

CARLO POLI

## Etica e tecnica dell'arbitrato Per una corretta conduzione del procedimento arbitrale

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. Gli Avvocati. – 3. I Co-Arbitri (ovvero gli arbitri di un Tribunale arbitrale che non rivestono le funzioni di Presidente). – 4. Il Presidente o l'Arbitro Unico. – 5. La Camera di Consiglio.

### 1. *Osservazioni preliminari*

La presente relazione si ripromette di tratteggiare alcune essenziali linee-guida per la conduzione di un procedimento arbitrale.

Si tratta di indicazioni in parte comuni, e in parte diverse, con riferimento alle varie figure che ruotano intorno all'arbitrato: gli Avvocati, i co-Arbitri ed il Presidente o Arbitro Unico.

La chiave di lettura che tenterò di offrire è di stretta rilevanza pratica, traendo spunto dall'esperienza maturata di volta in volta come segretario del Tribunale Arbitrale, come legale, come co-arbitro e, talvolta, anche come Presidente.

Molte osservazioni che potrebbero sembrare scontate od anche banali, nella pratica non si rivelano tali e comunque non lo sono per tutti, per cui possono essere utili alcuni chiarimenti.

Anzitutto è bene evidenziare che per promuovere l'arbitrato o, per meglio dire, la cultura arbitrale, bisogna formare degli arbitri preparati, credibili, autorevoli (non autoritari), degli arbitri corretti che non si facciano prendere dalla sindrome di onnipotenza ma neppure dall'ansia paralizzante di commettere errori<sup>1</sup>.

Ciò non è senz'altro facile. Occorre munirsi di pazienza, equilibrio, rispetto, educazione, empatia e, soprattutto, prepararsi bene sia sui fatti di causa che sulle questioni di diritto.

La differenza fondamentale tra l'arbitrato e il processo ordinario

<sup>1</sup> Per queste osservazioni v. U. DRAETTA, *Il «rovescio» dell'arbitrato*, Milano, 2010, p. 2 ss.

è, a mio parere, che nell'arbitrato, dovendosi l'attenzione concentrare su un'unica controversia, non sono ammesse distrazioni o scusanti.

L'attenzione, pertanto, è tutta concentrata sull'arbitro.

Se il procedimento andrà bene e si concluderà con soddisfazione, sarà tutto merito dell'arbitro, ma se qualcosa andrà storto, se ci saranno contestazioni, ricusazioni, o se il lodo sarà annullato, ogni responsabilità sarà a questi addebitata. Non sarà possibile attribuire responsabilità ad errori di cancelleria o a disfunzioni del sistema giustizia.

La dote fondamentale dell'arbitro è la credibilità. Una volta persa, sarà quasi impossibile poterla recuperare.

Occorre quindi prendere sul serio questo ruolo e comportarsi in modo rigoroso, efficiente, dignitoso ed onesto.

Nella conduzione dell'arbitrato non ci sono regole scritte<sup>2</sup>.

Come si è già rilevato, il procedimento arbitrale è un procedimento individuale e quindi è per sua natura influenzato dalla personalità degli arbitri, oltre ad essere riservato, confidenziale (e, finora, poco trasparente).

Per questi motivi, ritengo utile il tentativo di enucleare alcune regole di condotta, apprese, come si diceva, prevalentemente dall'esperienza e che enuncerò in modo del tutto sintetico, soffermandomi sulle singole figure o meglio sui protagonisti del procedimento arbitrale.

## 2. *Gli Avvocati*

Innanzitutto gli avvocati dovrebbero evitare di irritare inutilmente gli arbitri e non tenere atteggiamenti irrispettosi verso di essi, le controparti e gli altri difensori<sup>3</sup>.

Dovrebbero esporre pacatamente le proprie ragioni ed evitare toni aggressivi nei confronti delle controparti o, peggio, del legale della controparte.

<sup>2</sup> Sul procedimento arbitrale v. G. ALPA e V. VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, Utet, 2013, p. 284 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato. Disciplina comune e leggi speciali*, Padova, 2010.

<sup>3</sup> V. ancora DRAETTA, *op. cit.*, p. 27 ss. Sul ruolo dei difensori delle parti in un arbitrato sia pur riferito all'arbitrato internazionale v. D.J.A. CAIRNS, *Advocacy and the Function of Lawyers in International Arbitration*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La ley, 2010, p. 291 ss.

Gli avvocati dovrebbero poi evitare di sollevare un numero eccessivo o ingiustificato di eccezioni e di produrre una documentazione sovrabbondante, alluvionale, specie se in modo disordinato. Sono invece molto apprezzati indici con numerazione sempre progressiva, magari corredati da una guida di lettura ragionata ai documenti<sup>4</sup>. Tanto meglio se i documenti siano inseriti in un faldone separato.

La presentazione e l'ordine nella produzione documentale è essenziale per evitare che gli arbitri non colgano adeguatamente la correlazione tra deduzioni e produzioni documentali o prove costituendo richieste.

A tal fine è d'uopo predisporre un continuo collegamento tra allegazioni e documenti e prove richieste, e tra documenti e testo; utilizzare indici separati per gruppi di documenti; effettuare liste cronologiche; effettuare la numerazione dei documenti utilizzando etichette adesive sporgenti e di diverso colore per gruppi omogenei di documenti.

Sarebbe peraltro opportuno che queste regole venissero fissate dagli arbitri in un'ordinanza nella fase iniziale del procedimento.

I difensori possono includere direttamente negli atti brani di documenti o fotografie, per rendere più facile l'esame degli atti stessi e debbono essere perfettamente preparati sia sugli atti che sui documenti per rispondere «a tono» a tutte le possibili domande di chiarimento poste dagli arbitri.

Infatti, gli arbitri possono sempre porre tutte le domande che vogliono sia alle parti che ai difensori i quali non possono a ciò opporsi se non per violazione del contraddittorio.

Se il difensore ritiene violato il principio del contraddittorio, è sufficiente far verbalizzare la sua riserva e riservarsi il diritto di impugnare il lodo per questo motivo.

Gli avvocati, poi, non debbono interrompere gli avversari e assumere atteggiamenti polemici o nervosi, nonché mettere in atto tattiche dilatorie<sup>5</sup>. Diversamente, debbono saper cogliere le possibilità favorevoli di chiudere la vertenza con una transazione o con una conciliazione.

È sempre compito degli avvocati evitare di sottoporre agli arbitri atti prolissi, confusi o ripetitivi e di dare la sensazione che le allegazioni svolte non siano adeguatamente e puntualmente provate.

<sup>4</sup> V. DRAETTA, *op. cit.*, p. 32 ss.

<sup>5</sup> Sul punto v. MCILWRATH e J. SAVAGE, *International Arbitration and Mediation. A Practical Guide*, Kluwer, 2010, pp. 255-257.

Con riferimento allo stile degli atti, infine, questo deve essere ordinato, chiaro e conciso; si debbono utilizzare numeri per suddividere i paragrafi, conciso, occorre distinguere il fatto dal diritto e citare per esteso e senza omissioni precedenti giudiziari o di lodi arbitrali.

È bene ricordarsi che si ha una sola occasione per fare una buona prima impressione

### 3. *I Co-Arbitri (ovvero gli arbitri di un Tribunale arbitrale che non rivestono le funzioni di Presidente)*

Un buon livello di qualità, capacità ed efficienza degli arbitri è il fattore determinante per il corretto svolgimento dell'arbitrato.

Per prima cosa, l'arbitro si deve guadagnare il rispetto delle parti, degli avvocati e del co-arbitro, ma soprattutto del Presidente.

Agendo in modo corretto, e dimostrando imparzialità ed indipendenza, il co-arbitro si costruisce nel tempo reputazione e credibilità, due doti che costituiscono un patrimonio prezioso, ma che, una volta perso, con atteggiamenti scorretti, difficilmente può essere ricostruito.

Esaminiamo allora i comportamenti da tenere e quelli da evitare da parte degli Arbitri.

Essi, anzitutto, debbono essere preparati alle udienze.

Non basta, in altre parole, leggere accuratamente le memorie e studiarle in dottrina e in giurisprudenza, ma occorre piuttosto avere ben presenti tutti i documenti prodotti.

È poi vietato distrarsi durante le udienze, controllare la posta elettronica sul cellulare, le telefonate, o parlare tra arbitri.

Se durante l'udienza vi sia qualche disaccordo tra gli arbitri, non bisogna mai discutere davanti alle parti ma, piuttosto, sospendere l'udienza e riprenderla dopo aver preso una decisione unanime o a maggioranza.

Non si debbono poi avere atteggiamenti arroganti o di superiorità nei confronti degli avvocati o delle parti<sup>6</sup>.

Occorre ricordarsi che le decisioni prese in arbitrato hanno conseguenze rilevanti per le parti, spesso definitive, visto il regime di impugnazione molto severo per il lodo.

<sup>6</sup> V. DRAETTA, *op. cit.*, p. 75 e G.P. McALLIN, *Seven Ways To Irritate Counsel In An Arbitration*, in *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 23, n. 10, ottobre 2008, pp. 31-33.

Il procedimento arbitrale deve avere quindi anche una dignità formale che ricordi a tutti, ma soprattutto agli stessi arbitri, di stare concorrendo alla funzione della amministrazione della giustizia.

Bisogna, per esempio, verificare sempre che non vi siano situazioni di conflitto di interessi e dichiarare subito alle parti eventuali situazioni dubbie, non farsi prendere dalla sindrome della «prima donna»<sup>7</sup>, ricordarsi che i co-arbitri devono essere imparziali e indipendenti anche se sono stati nominati da una parte. È questo l'aspetto più delicato da comprendere e da mettere in pratica<sup>8</sup>.

Quello che si richiede ad un co-arbitro è unicamente che metta in luce, senza calcare la mano, anche le ragioni della parte che lo ha nominato. Niente di più. Non deve essere infatti un Avvocato aggiunto.

Il co-arbitro non deve avere contatti inopportuni con i legali o la parte che lo ha nominato. Perderebbe in tal modo la propria credibilità e ciò sarebbe infine controproducente per la parte medesima.

Anche se si accorge delle carenze della difesa svolta dei legali della parte che lo nominato, il co-arbitro non può cedere alla tentazione di porvi rimedio, o peggio di avvertire ed istruire i legali medesimi sugli sviluppi del procedimento o sulle opinioni espresse dagli arbitri.

Un'altra buona regola è quella di non affrettarsi ad esporre la propria opinione al Presidente ma aspettare che sia quest'ultimo a chiedere supporto, magari su questioni specifiche per dividere il lavoro da svolgere tra i componenti del Collegio.

È sbagliato e controproducente far avere al Presidente memorie o studi senza che il Presidente stesso l'abbia richiesto. Si rischia in tal modo di perdere la fiducia del Presidente medesimo sulla imparzialità ed indipendenza dei co-arbitri.

La conduzione dell'Arbitrato deve essere lasciata al Presidente.

#### 4. Il Presidente o l'Arbitro Unico

Il Presidente deve avere tutte le doti dei co-arbitri ma in misura maggiore, vale a dire una maggiore disponibilità di tempo, una mag-

<sup>7</sup> Così testualmente ancora DRAETTA, *op. cit.*, p. 81.

<sup>8</sup> Sulla natura del rapporto che lega le parti agli arbitri nonché sulle questioni relative alla nomina e all'accettazione degli arbitri v. ALPA e VIGORITI, *L'arbitrato rituale*, cit., pp. 268-272.

giore preparazione di base; una maggiore preparazione su i fatti e sulle questioni di diritto della controversia nonché sui documenti.

Dato che il Presidente deve redigere la bozza di lodo, conviene che il medesimo cominci a predisporre per tempo almeno le parti iniziali, e le parti in fatto e in diritto che via via si chiariscono; organizzare il procedimento in modo che i tempi tra un incombente e l'altro siano quelli ottimali e il procedimento stesso proceda nel modo più spedito possibile; dirigere infine il procedimento nel modo più efficiente.

Può essere molto utile convocare ad un'udienza preliminare le parti, gli avvocati ed i tecnici, un'udienza in cui stabilire un calendario processuale in cui chiarire le questioni preliminari sia di fatto che di diritto.

Al Presidente conviene studiare ed esaminare gli atti ed i documenti via via che vengono depositati, prendendo subito nota scritta dei punti che necessitano approfondimenti, in modo da discutere con i co-arbitri ed eventualmente dividere il lavoro di approfondimento dei vari temi controversi e le ricerche in dottrina e in giurisprudenza tra i co-arbitri.

Sempre il Presidente deve poi identificare, fin dalle prime fasi dell'arbitrato, le questioni da decidere preliminarmente e quelle da risolvere: giurisdizione, legge applicabile, qualificazione degli istituti giuridici e dei contratti, decadenze, prescrizione.

È sempre suo compito prendere in considerazione la possibilità di emettere lodi parziali ad esempio sull'*an*, riservandosi di decidere in un secondo tempo sul *quantum*.

Il Presidente dovrebbe evitare di far trapelare la sua opinione sulla controversia fino alla Camera di consiglio finale ed affrontare le questioni tecniche.

In particolare, il Presidente non deve demandare ai tecnici questioni giuridiche. Il Presidente può anche chiedere che i tecnici delle parti si incontrino senza la presenza delle parti stesse e redigano un documento congiunto che elenchi tutti i punti in cui si trovano d'accordo e tutti i punti in cui vi è disaccordo. In udienza i tecnici potranno essere messi a confronto per valutarne l'attendibilità.

Il Presidente deve anche favorire in ogni momento la transazione della causa senza per questo trasformarsi in mediatore.

A tal fine, una gestione efficiente del procedimento crea anzitutto un clima improntato alla razionalità e induce le parti a rivedere le proprie aspettative con maggior realismo.

Indicando alle parti le questioni che il Tribunale ritiene decisive,

si identificano anche le questioni giuridiche da risolvere preliminarmente.

È bene far partecipare le parti a determinate udienze.

##### 5. *La Camera di Consiglio*

La Camera di Consiglio si tiene dopo l'ultimo scambio di memorie. Anche durante la Camera di Consiglio sia i co-arbitri che il Presidente devono mantenere un elevato *standard* di credibilità.

Dipende dal Presidente se far parlare subito i co-arbitri o prima fornire il proprio punto di vista.

Dopo la Camera di consiglio il Presidente prepara la prima bozza di lodo in un tempo ragionevole.

Il co-arbitro non deve difendere a tutti i costi tutte le argomentazioni delle parti che lo hanno nominato e, se le riconosce errate, lo deve ammettere. Basta, come si è detto, che metta in evidenza, invece, con pacatezza e serenità le tesi che ritiene valide, pronto a cambiare idea se viene convinto degli altri arbitri<sup>9</sup>.

Quanto più il co-arbitro è preparato sui documenti, sulle argomentazioni ed ha approfondito le questioni giuridiche, tanto più si rivela autorevole e, quindi, convincente.

Se non si raggiunge l'unanimità è possibile formulare una *dissenting opinion* rispetto al lodo.

Come in ogni campo, ma nell'arbitrato a maggior ragione, mi pare di poter affermare che più che le regole contano le persone e quindi la scelta dell'arbitro si rivela fondamentale.

Probità, correttezza, competenza, efficienza sono qualità essenziali che le parti debbono considerare nella scelta del collegio arbitrale.

<sup>9</sup> V. DRAETTA, *op. cit.*, p. 115 ss.