



CAMERA
ARBITRALE
MILANO



UNIVERSITÀ
CARLO
CATTANEO

ARBITRATO E RISERVATEZZA

*Linee guida per la pubblicazione in forma
anonima dei lodi arbitrali*

a cura di

ALBERTO MALATESTA E RINALDO SALI

CEDAM

RISERVATEZZA E TRASPARENZA: PERCHÉ L'ISTITUZIONE ARBITRALE DOVREBBE PUBBLICARE LE DECISIONI

Rinaldo Sali¹

SOMMARIO: 1. Premessa: il mito della riservatezza. – 2. Come si promuove l'arbitrato? – 3. I limiti alla riservatezza: l'esempio del sistema arbitrale italiano. – 4. La riservatezza e l'arbitrato amministrato. – 5. Quali sono le decisioni da pubblicare? – 5.1 Le decisioni sulla procedibilità dell'arbitrato. – 5.2 Le decisioni sull'indipendenza degli arbitri. – 5.3 I lodi arbitrali. – 6. I vantaggi della trasparenza: una conclusione.

1. Premessa: il mito della riservatezza

La confidenzialità dell'arbitrato? Un mito².

Così si potrebbe sintetizzare, con un titolo di giornale.

La riservatezza in arbitrato è stata spesso indicata come un requisito a priori, una conseguenza naturale della scelta arbitrale fatta dalle parti.

L'idea che ho invece ricavato dall'approfondimento del tema è che non esiste un principio aprioristico e universale di confidenzialità dell'arbitrato e che l'obiettivo migliore sia piuttosto la ricerca di un equilibrio tra la tutela della riservatezza, da un lato, e le esigenze di pubblicità e trasparenza dall'altro.

Riservatezza e trasparenza, *privacy* del procedimento e pubblicità delle decisioni arbitrali non sono degli *aut aut*. Sono

¹ L'autore è Vicesegretario generale della Camera Arbitrale di Milano (CAM). Le opinioni, espresse a titolo personale, non vincolano l'Istituzione.

² In questa prospettiva è significativo già dal titolo uno studio del 2005: Muller, C., *La confidentialité en arbitrage commercial international: un trompe-l'oeil?* in "ASA Bulletin", 2005, 2, 216-240.

principi che possono convivere in arbitrato e la mia convinzione è che possano convivere ancora meglio nell'arbitrato amministrato, ossia in quell'arbitrato in cui la presenza dell'istituzione arbitrale e le sue regole possono contemporaneamente garantire la tutela delle parti e favorire lo sviluppo e la diffusione della prassi arbitrale nei modi più idonei e opportuni.

Un dato da cui partire è che ad oggi non esiste un dovere generale e assoluto di confidenzialità in arbitrato. Non c'è nelle principali convenzioni internazionali in materia di arbitrato commerciale né nelle nuove *Arbitration Rules* 2010 dell'UNCITRAL³.

E non c'è nemmeno nelle principali legislazioni nazionali sull'arbitrato⁴: quelle europee - in particolare, Francia, Regno Unito, Germania e Italia - sono legislazioni in cui la riservatezza dell'arbitrato soccombe sempre non appena incroci le esigenze di pubblicità del processo ordinario⁵.

Questo vuoto normativo ha portato a due interpretazioni del fenomeno: da un lato, chi afferma una sorta di natura immanente della riservatezza, così connaturata alla scelta privata dell'arbitrato che, appunto, non ci sarebbe bisogno di regolarla. Dall'altro lato, chi, davanti a questo vuoto, sottolinea invece come sia importante che le parti non lascino troppo aperta la questione e regolino attentamente e di volta in volta questo aspetto, esattamente come fanno per altri aspetti quali la nomina degli arbitri o la procedura. Insomma, in questa seconda prospettiva, la riservatezza torna ad essere un elemento negoziale nella disponibilità delle parti, né più né meno della scelta della legge applicabile o della sede dell'arbitrato.

³ Il regolamento arbitrale UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law – varato nel 2010 si trova in www.uncitral.org

⁴ Cfr. Borghesi, D., *Arbitrato e confidenzialità*, in Rubino Sammartano, M., (opera diretta da), "Arbitrato, ADR conciliazione", Zanichelli, Bologna, 2009, 63-72. Uno studio comparativo particolarmente approfondito e di fresca stampa è Noussia, K., *Confidentiality in International Commercial Arbitration. A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Springer, Heidelberg, 2010.

⁵ Non è un caso che Noussia, K., *op. cit.*, 4, indichi come uno degli obiettivi della sua monografia sia "to investigate the reason why national courts and legislation assume that confidentiality is not to be preserved in national court proceedings on issues related to arbitrations, whether actually confidentiality is or should be preserved and if yes, how far it should be preserved".

Così, negli arbitrati *ad hoc* saranno le parti a dover regolare direttamente gli aspetti di riservatezza nella clausola compromissoria o in un atto successivo, mentre negli arbitrati amministrati si potrà far affidamento sull'istituzione arbitrale che dovrà approntare nel regolamento una buona e seria tutela della riservatezza e dei doveri di confidenzialità.

Insomma l'arbitrato non nasce riservato per natura, ma si può sviluppare come riservato perché le parti attuano nel caso concreto - direttamente o attraverso la scelta di una istituzione arbitrale - certe misure di tutela che riguardano le parti reciprocamente e gli altri soggetti della procedura.

Lo scopo di questo articolo non è un'analisi della questione giuridica della riservatezza, piuttosto è cercare di capire come si possa raggiungere un equilibrio tra riservatezza e pubblicità. In particolare intendo individuare quali atti di un arbitrato amministrato possano essere resi pubblici, in quali forme e modalità, ma senza mai venir meno alle esigenze di tutela delle parti. L'obiettivo dichiarato, in una prospettiva di politica istituzionale, è 'aprire le finestre' e diffondere la prassi, nella convinzione che una maggiore pubblicità delle decisioni e la messa a disposizione dei casi e delle risorse delle istituzioni arbitrali siano oggi le armi vincenti per uno sviluppo più compiuto dell'arbitrato nel nostro Paese, così come in ambito internazionale.

2. Come si promuove l'arbitrato?

Del resto, se si ripensa ai fattori di crescita dell'arbitrato in questi ultimi anni, si nota qualche cambiamento.

Fino ad alcuni anni fa, sia in ambito domestico che in ambito internazionale, gli elementi su cui si puntava di più per la promozione dell'arbitrato erano i tempi e i costi. Questi fattori sono ancora oggi al centro dell'attenzione, ma non sono più i soli elementi rilevanti per uno sviluppo del movimento arbitrale.

Tempi e costi sono, per così dire, gli elementi di prima necessità degli utenti, cioè delle imprese: avere a che fare con tempi rapidi e con costi accettabili. Peraltro, sotto quest'ultimo profilo mi pare importante segnalare che le parti - le imprese -

non lamentano tanto un generico eccessivo costo degli arbitrati (che pure in alcuni casi è ancora evidente) quanto piuttosto richiedono di capire preventivamente quali e quanti siano i costi da affrontare. E questo accento spostato sulla prevedibilità dei costi mi pare un dato di maggiore consapevolezza e maturazione da parte degli utenti.

Ma oggi, oltre ai costi e ai tempi, vi sono nuovi fattori e nuove domande che emergono: la garanzia di indipendenza degli arbitri e di trasparenza del procedimento.

Queste richieste non provengono più solo dalle parti, cioè dalle imprese, ma da tutti gli operatori professionali coinvolti nel procedimento: gli avvocati e gli arbitri, prima di tutti.

I professionisti che si avvicinano all'arbitrato sono sempre di più e chiedono di conoscerlo di più e meglio, di capire quali siano i casi e le relazioni che implicano un conflitto di interesse e una possibile ricusazione, di avere a disposizione dei lodi da poter studiare e ai quali riferirsi come precedenti quando siano chiamati a giudicare determinate fattispecie.

La costruzione di una giurisprudenza arbitrale consente certamente la circolazione di una cultura più stabile dell'arbitrato e la formazione di una classe di arbitri più preparata.

Queste risorse e questo tesoro di casi si trovano, tuttavia, presso poche istituzioni arbitrali che hanno pertanto il compito di rispondere alle nuove domande rendendo tali risorse di pubblico dominio. Il mio parere è che le istituzioni arbitrali lo possano e lo debbano fare, coniugando tale compito con una tutela della riservatezza che passa, ad esempio, attraverso una opportuna "anonimizzazione"⁶ dei lodi arbitrali e dei propri provvedimenti legati alle ricusazioni degli arbitri.

⁶ La particolare novità della materia mi porta, malvolentieri e con un po' di pigrizia, all'uso di termini d'importazione e di neologismi. Così, chiamo "anonimizzazione" l'operazione con cui viene ripulito il testo eliminando i nomi e i dati identificativi (in inglese si usa il termine 'sanitization', dal vago sentore ospedaliero). Nell'articolo, alterno talvolta il più appropriato termine 'riservatezza' con il termine 'confidenzialità', che traduce un po' pedissequamente l'anglosassone "confidentiality", sebbene da noi, almeno tradizionalmente, il termine abbia altro significato.

3. I limiti alla riservatezza: l'esempio del sistema arbitrale italiano

Che sia poco innovativo e anche fuorviante puntare su un concetto di assoluta riservatezza intesa come totale separatezza dell'arbitrato rispetto a qualunque tipo di accesso pubblico lo testimoniano le situazioni in cui l'arbitrato incrocia, come accennavo prima, il giudice ordinario: in tutte quelle situazioni prevalgono le esigenze di pubblicità del giudizio ordinario e il dovere di confidenzialità diviene l'eccezione, comprimendosi notevolmente.

Ho detto prima di non volere fare un'analisi di questioni di diritto e mi limito, dunque, ad elencare alcune situazioni dell'ordinamento giuridico italiano. Peraltro, un lavoro comparato sulle principali legislazioni europee mostrerebbe un panorama analogo al nostro.

Anzitutto, la domanda di arbitrato può essere trascritta rendendo, così, pubblico il contenuto delle pretese della parte. Nell'arbitrato societario, la domanda proposta dalla società o nei confronti della stessa è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile a tutti i soci⁷ (dunque anche a quelli che non sono parti dell'arbitrato), ma la notizia della introduzione della domanda è conoscibile da chiunque, con semplice visura. Peraltro, sempre nell'arbitrato societario, è prevista l'iscrizione nel registro delle imprese del dispositivo dell'ordinanza di sospensione delle delibere assembleari e dei lodi che decidono sull'impugnazione della delibera⁸. E per questi atti non sembrerebbe esserci limitazione di accesso ai soli soci.

Inoltre, tutti i casi che richiedono l'intervento del Presidente del Tribunale negli arbitrati *ad hoc* configurano una situazione di pubblicità in cui chi ha interesse può venire a conoscenza almeno dell'esistenza stessa dell'arbitrato: penso ai casi di nomina e di sostituzione dell'arbitro.

Inoltre, il deposito del lodo (e della relativa convenzione arbitrale) nella cancelleria del tribunale perché ne sia dichiarata l'efficacia esecutiva in base all'art. 825 c.p.c. e, ancora più integralmente, il procedimento di impugnazione del lodo in Corte

⁷ D. lgs. n. 5/2003, art. 34, comma 1.

⁸ D. lgs. n. 5/2003 art. 34, comma 5 bis.

d'Appello costituiscono fattispecie in cui la confidenzialità dell'arbitrato deve cedere il passo ai criteri di pubblicità tipici della giustizia ordinaria.

4. La riservatezza e l'arbitrato amministrato

Di fronte a questa trama di invasioni pubbliche e all'assenza normativa di un disegno più generale sulla confidenzialità in arbitrato, quali garanzie può offrire l'istituzione arbitrale? Come può essere il centro di equilibrio tra la tutela della riservatezza e le esigenze di trasparenza e pubblicità che, come ho ricordato, costituiscono il nuovo vero motore di sviluppo dell'arbitrato?

Ritengo che la migliore formula stia in questo: (a) massima cura e garanzia di riservatezza del procedimento, degli atti delle parti e delle udienze e (b) pubblicazione in forma anonima e previo consenso delle parti dei lodi arbitrali e dei provvedimenti dell'istituzione.

Un buon regolamento arbitrale deve avere una previsione sulla riservatezza e dare alle parti la certezza che nel corso del procedimento la loro esigenza sarà tutelata al massimo grado, che gli atti depositati dalle parti rimarranno chiusi nei cassetti dell'istituzione e che circoleranno solo tra i soggetti partecipanti all'arbitrato e, infine, che le udienze saranno sottoposte alla massima *privacy* e non ospiteranno persone estranee all'arbitrato.

Richiamo, per conoscenza diretta, la previsione dell'art. 8.1 del Regolamento della CAM - Camera Arbitrale di Milano:

“La Camera Arbitrale, le parti, il Tribunale Arbitrale e i consulenti tecnici sono tenuti a osservare la riservatezza del procedimento e del lodo, fatta salva la necessità di avvalersi di quest'ultimo per la tutela di un proprio diritto”.

Si tratta di una riservatezza piena che tocca tutti i soggetti che partecipano all'arbitrato, parti, arbitri, consulenti tecnici e istituzione (in tutti i suoi organi).

Poste quelle garanzie, il secondo comma dello stesso art. 8 del Regolamento CAM prevede che “a fini di studio, la Camera Arbitrale può curare la pubblicazione in forma anonima dei lo-

di, salva l'indicazione contraria anche di una sola delle parti manifestata nel corso del procedimento".

Terminato, cioè, il procedimento e salvo che le parti non abbiano espresso contrarietà specifica alla pubblicazione, il lavoro migliore che può fare un'istituzione per favorire lo sviluppo dell'arbitrato è pubblicare, in forma anonima e con modalità che non rendano riconoscibili le parti, i lodi più importanti per la costruzione di una giurisprudenza arbitrale e per la crescita di una cultura dell'arbitrato.

Non riesco a vedere contraddizione tra i due aspetti: la garanzia della *privacy* nel corso del procedimento si può coniugare con l'esigenza di pubblicità e di pubblicazione, terminato il procedimento.

In fondo, è vero che l'arbitrato è una scelta negoziale delle parti, ma il suo prodotto finale, il lodo, non è un documento esclusivamente privato. Stiamo parlando di una decisione che ha efficacia pari a quella di una sentenza giudiziale e che comunque, una volta dichiarata esecutiva, è pubblica. Stiamo parlando di uno strano animale, l'arbitrato, che inizia negoziale ma che finisce giurisdizionale. La pubblicazione dei lodi non può non interessare la comunità degli affari (si pensi, ad esempio, ai particolari obblighi informativi che riguardano le società quotate nei listini) o i professionisti che sono chiamati a scrivere nuovi lodi la cui qualità dipende anche da una migliore conoscenza e dallo studio delle precedenti decisioni arbitrali.

Va segnalato che di tenore simile al Regolamento milanese sono i Regolamenti della LCIA - London Court of International Arbitration⁹ - e quello delle Camere di commercio svizzere

⁹ LCIA, 1998 Rules, Article 30 - Confidentiality: 30.1. Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority.

30.2. The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to

SCCAM (Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation)¹⁰. Entrambi contengono una regolamentazione della confidenzialità dei lodi e dei provvedimenti del Tribunale Arbitrale, nonché dei documenti prodotti nel corso del procedimento dalle parti, prevedendo nello stesso tempo la pubblicazione delle decisioni, dietro espresso consenso delle parti.

Più generica risulta la previsione della ICC - International Chamber of Commerce di Parigi che non menzionando alcuna previsione generale di riservatezza, si limita ad attribuire agli arbitri il potere di assumere le misure necessarie a proteggere segreti commerciali e informazioni riservate¹¹.

5. Quali sono le decisioni da pubblicare?

Quali sono i provvedimenti e le decisioni che un'istituzione arbitrale può opportunamente pubblicare perché si sviluppi una cultura e una conoscenza fondata sulla pratica dei casi? Su quali documenti è possibile il formarsi di una giurisprudenza e di pre-

participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12 and 26.

30.3. The LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal.

¹⁰ SCCAM, 2006 Rules, Article 43:

1. Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards and orders as well as all materials submitted by another party in the framework of the arbitral proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that a disclosure may be required of a party by a legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in legal proceedings before a judicial authority. This undertaking also applies to the arbitrators, the tribunal-appointed experts, the secretary of the arbitral tribunal and the Chambers.

2. The deliberations of the arbitral tribunal are confidential.

3 An award may be published, whether in its entirety or in the form of excerpts or a summary, only under the following conditions:

(a) A request for publication is addressed to the Chambers;

(b) All references to the parties' names are deleted; and

(c) No party objects to such publication within the time-limit fixed for that purpose by the Chambers.

¹¹ ICC, 1998 Rules, Art. 20 (7) – Establishing the facts of the case: “The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information”.

cedenti che costituiscano per gli operatori un riferimento concreto e stabile?

Viene ovviamente da pensare ai lodi, almeno a quelli più significativi da un punto di vista giuridico e argomentativo.

Certamente i lodi. Ma non solo.

Sulla base dell'esperienza maturata con la CAM, individuo altri due tipi di provvedimenti peculiari dell'intervento di una istituzione arbitrale: i provvedimenti sulla procedibilità dell'arbitrato e i provvedimenti sull'indipendenza (la conferma/non conferma dell'arbitro).

5.1. *Le decisioni sulla procedibilità dell'arbitrato*

Sono quei provvedimenti con cui l'istituzione decide *prima facie*, in una fase anteriore all'intervento degli arbitri, se sia stata correttamente richiamata nella clausola e se dunque si possa procedere correttamente con l'arbitrato amministrato.

L'oggetto della contestazione preliminare è l'applicabilità del regolamento al caso concreto.

Si veda, a questo proposito, l'art. 11.1 della CAM: "Se una parte contesta l'applicabilità del Regolamento, prima della costituzione del Tribunale Arbitrale, il Consiglio Arbitrale dichiara la procedibilità o l'improcedibilità dell'arbitrato".

Nel caso sia dichiarata la procedibilità, resta impregiudicata ogni definitiva decisione sul punto ad opera degli arbitri, mentre in caso di improcedibilità, il rifiuto della Camera ad amministrare diverrà definitivo.

Per fare un esempio, si tratta di capire se il riferimento della clausola compromissoria alla "Camera di Commercio Arbitrale Internazionale, Milano" richiami l'Istituzione milanese oppure altra diversa istituzione.

In ogni caso, si tratta di decidere esclusivamente della applicabilità del Regolamento e del corretto (sufficiente) richiamo dell'Istituzione nella clausola. Ogni diversa questione preliminare relativa all'esistenza, alla validità della clausola o alla competenza degli arbitri deve essere rinviata esclusivamente al Tribunale Arbitrale.

La pubblicazione di una casistica delle deliberazioni sulla improcedibilità servirebbe agli avvocati difensori delle parti

che, avendo già dei precedenti cui riferirsi, sarebbero aiutati nella corretta presentazione della domanda di arbitrato. E, in via più generale, contribuirebbe ad una più corretta e attenta formulazione delle clausole da parte dei professionisti (avvocati, giuristi d'impresa, commercialisti, notai).

5.2. Le decisioni sull'indipendenza degli arbitri

È indubbio che le ricusazioni degli arbitri siano in grande aumento negli ultimi anni. È aumentato il numero di avvocati che accedono all'arbitrato, si è ingrandita la platea professionale dell'arbitrato (ingegneri e commercialisti nominati arbitri). Sono aumentati i motivi di conflitto di interesse e, più in generale, le situazioni e le relazioni che vedono coinvolti arbitri, parti e avvocati difensori.

Prodotto di queste nuove necessità sono state, già alcuni anni fa, le IBA (International Bar Association) *Guidelines on Conflict of Interest*, una serie di criteri che possono aiutare le parti, gli avvocati, gli arbitri e le istituzioni¹² a prevenire e risolvere casi di conflitto di interesse e di possibile ricusazione dell'arbitro. Costituiscono ad oggi il più importante tentativo di trovare degli *standards* comuni di trasparenza nella identificazione dei casi in cui l'arbitro risulti palesemente parziale o non indipendente.

Anche la CAM svolge un'attività di controllo sull'indipendenza¹³. Il Regolamento prevede, anzitutto, che ciascun arbitro sia sottoposto ad una procedura di conferma: all'arbitro è inviata la *disclosure* - la dichiarazione di accettazione e di indi-

¹² Le IBA *Guidelines* si trovano in www.ibanet.org/Publications/publications_home.aspx. Anche la CAM le usa come riferimento non vincolante nelle sue decisioni sull'indipendenza. È prassi della CAM, inoltre, allegarle alla prima lettera di incarico indirizzata all'arbitro nominato, nell'auspicio che una lettura delle stesse possa aiutare l'arbitro a una migliore e più completa valutazione di casi e situazioni che lo riguardano sotto il profilo dell'indipendenza.

¹³ I numeri della CAM relativi all'indipendenza sono questi: negli anni 2004-2009, sono stati nominati 1317 arbitri, di cui il 92.8% confermati e il 7.2% non confermati. Sono percentuali che indicano una moderata severità della CAM (le percentuali di non conferma presso un'istituzione arbitrale internazionale come la ICC Parigi, per avere un parametro di confronto, sono più basse, mediamente attorno al 3%).

pendenza - che l'arbitro compila e con la quale dichiara all'Istituzione ogni tipo di rapporto, situazione, circostanza, relazione che lo abbia legato o lo leghi attualmente a tutti gli altri soggetti dell'arbitrato (le parti, i loro avvocati, gli altri arbitri).

La dichiarazione, restituita alla CAM, viene poi inviata alle parti, le quali hanno 10 giorni di tempo per formulare osservazioni in merito ovvero, nei casi più rilevanti, presentare istanza di ricasazione dell'arbitro.

Sulla base della dichiarazione e delle eventuali osservazioni delle parti, la CAM (il Consiglio Arbitrale della CAM) delibera la conferma o la non conferma dell'arbitro, valutando, caso per caso, la capacità degli elementi dichiarati dall'arbitro o dalle parti di incidere sull'indipendenza e l'imparzialità (e sull'apparenza di indipendenza e imparzialità) dell'arbitro.

La delibera di conferma/non conferma è comunicata alle parti e agli arbitri.

Il testo della delibera è composto da:

a) una premessa narrativa che contiene i riferimenti agli atti presi in considerazione per la decisione e riporta il testo della dichiarazione dell'arbitro e le eventuali osservazioni (anche per estratto) delle parti;

b) il dispositivo vero e proprio, solitamente non motivato, salvo che la particolarità del caso ovvero le parti espressamente lo richiedano. Va segnalato che non è previsto nel Regolamento un obbligo di motivazione del provvedimento.

Il fatto che il testo della delibera riporti le dichiarazioni dell'arbitro e delle parti consente la ricostruzione completa del caso e si rivela molto importante per avere condensata la storia in un unico testo.

Il problema non è *se* pubblicare decisioni di questo tipo ma *come* pubblicarle.

Come già hanno indicato due autori, G. Nicholas e C. Partasides, in uno studio del 2007¹⁴ che incitava la LCIA alla pubblicazione delle decisioni sulle ricasazioni (i *challenges*), si possono prospettare tre tipi di pubblicazione:

¹⁴ Nicholas, G., Partasides, C., *LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish*, in "Arbitration International", 2007, 1, 1-41.

c) un'indagine o una relazione panoramica dei temi più rilevanti e ricorrenti che escono dalle decisioni, senza pubblicare nessun singolo caso. La ICC talvolta pubblica commenti e articoli di questo tipo nei propri bollettini, senza i testi dei provvedimenti;

d) la pubblicazione di estratti dei singoli casi. Lo ha fatto, sporadicamente, la SCC - Stockholm Chamber of Commerce su alcuni rilevanti casi decisi dal proprio *Board*¹⁵;

e) la pubblicazione di tutti i singoli casi di ricusazione o meglio di tutti i casi in cui l'istituzione sia chiamata a valutare la conferma/non conferma dell'arbitro sulla base delle osservazioni/ricusazioni delle parti.

A me pare preferibile, come peraltro sostengono i due autori citati, l'ultima opzione. Con queste ulteriori caratteristiche:

- l'"anonimizzazione" della decisione: analogamente ai lodi mi pare opportuna e ovvia quanto ai nomi delle parti e degli arbitri coinvolti, fino alla eliminazione di tutti quegli elementi che rendano comunque riconoscibili i soggetti dell'arbitrato;

- la sistematicità: devono essere pubblicati tutti i casi di *challenge*, non solo i più rilevanti. Il panorama completo dei casi può dar meglio l'idea agli utenti delle tendenze, del livello e della specificità delle dichiarazioni degli arbitri e delle osservazioni delle parti (anche le osservazioni incongruenti o le ricusazioni inconsistenti danno un'idea di cosa sia da evitare e rendono gli arbitri più attenti nel considerare le loro situazioni di conflitto);

- la periodicità della pubblicazione: i provvedimenti vanno pubblicati poco dopo la loro assunzione, senza attendere troppo tempo, e in modo continuo (il sito internet dell'istituzione appare, in questa prospettiva, il luogo migliore);

- la categorizzazione: suddividere tutti i casi per tipologie di situazioni decise: ad esempio, casi di relazione tra arbitro e parte; casi di relazione tra arbitro e difensore della parte; casi di relazione tra arbitri; relazione tra arbitro e oggetto della controversia (casi di interesse personale verso l'oggetto della controversia o di pregiudizio o riserva verso la materia del contendere, etc).

¹⁵ Cfr. Jung, H., *SCC Practice: Challenges to Arbitrators – SCC Board Decisions 2005-2007*, in "Stockholm International Arbitration Review", 2008, 1, 1, dove vengono riportati in *abstract* 6 casi del periodo 2005-2007.

L'obiezione di molti è che una pubblicità di questi tipo faccia aumentare le ricusazioni strumentali perché alimenterebbe la fantasia degli avvocati che propongono le relative istanze. A me pare uno svantaggio di gran lunga inferiore al vantaggio dato dalla maggiore trasparenza delle decisioni e da una più ampia circolazione di una cultura dell'indipendenza.

5.3. I lodi arbitrati

È evidente che per far crescere una conoscenza dell'arbitrato basata sulla pratica dei casi la pubblicazione più importante rimane quella dei lodi arbitrati.

I lodi oggi sono, almeno nell'ordinamento italiano, completamente equiparati alle sentenze (art. 52 del 'Codice della privacy', d.lgs. n.196/2003).

In sostanza, per i lodi depositati (per l'esecutività), come per le sentenze, è ammessa la diffusione integrale del contenuto (6° comma), salvo che una parte chieda che sia apposta una annotazione al provvedimento in base alla quale siano precluse l'identità e gli altri dati indicativi della parte richiedente.

In sintesi: oggi il lodo (depositato) può essere pubblicato per intero.

Nel caso di arbitrato amministrato, le istituzioni - la CAM tra queste - preferiscono comunque avere il consenso delle parti e pubblicare in forma anonima.

Tali condizioni dovrebbero favorire da un lato la tutela della riservatezza e dall'altro la sempre più cospicua ed auspicabile pubblicazione delle decisioni.

È da escludere, almeno per quanto riguarda gli arbitrati della CAM, che sarà mai pubblicato un lodo in presenza di esplicita indicazione contraria anche solo di una delle parti.

In ogni caso, anche per il lodo arbitrale, come abbiamo già visto per i provvedimenti sulla procedibilità o sull'indipendenza, il problema non è tanto *se* quanto *come* pubblicare: questo è il vero oggetto delle *Linee guida per la pubblicazione in forma anonima dei lodi arbitrati* che si offrono con il presente volume.

Senza pretendere di commentare le proposte contenute nelle *Linee guida* relativamente ai vari dati capaci o meno di ren-

dere riconoscibile il lodo, sottolineo un solo elemento, il nome degli arbitri.

A me pare opportuno che i lodi - resi anonimi quanto alle parti e a tutti gli altri dati identificativi - contengano comunque il nome degli arbitri¹⁶.

Sapere da chi è composto il collegio è importante: l'arbitro è un professionista scelto e selezionato in modo molto più personale rispetto al giudice. Quando si nomina un arbitro si ha riferimento alla sua specializzazione nella materia del contendere e alla sua reputazione professionale. Dunque esiste un legame molto più diretto tra arbitro e lodo che tra giudice e sentenza. Ed è bene che io sappia se il lodo che sto studiando come precedente di una mia possibile decisione sia stato fatto da esperti della materia.

La costruzione di una giurisprudenza arbitrale non può prescindere dal valore aggiunto portato dalla conoscenza del nome e della reputazione professionale degli arbitri che la creano e, inoltre, sapendo che il nome circolerà è possibile che si alzi ulteriormente il livello di attenzione e di qualità nella redazione del lodo.

Si può obiettare che in taluni casi il nome dell'arbitro sia un elemento di riconoscibilità della parte, specie quando la parte nomini sempre lo stesso arbitro nei suoi contenziosi.

In realtà anche qui si dispiega un effetto virtuoso perché la circolazione dei nomi sarà un incentivo a variare le designazioni e ampliare la platea professionale degli arbitri: passare da una fase elitaria delle nomine dei soliti pochi ad una fase in cui nuove generazioni professionali di giovani preparati siano nominati arbitri è un altro fattore importante per la crescita dell'istituto e un punto essenziale della politica di una seria istituzione arbitrale.

È opportuno, almeno per una istituzione, pubblicare sistematicamente tutti i lodi? Direi di no. A differenza dei provvedimenti sull'indipendenza la cui pubblicazione sistematica in-

¹⁶ Su questo aspetto, Mourre, A., *Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: the Case for a Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions*, in "Kluwer Arbitration Blog", www.kluwerarbitration.com, (posted May 28, 2009).

contra, a mio parere, doveri di trasparenza istituzionale più stringenti, i lodi vanno selezionati ed è opportuno pubblicare quelli più rilevanti per le questioni di diritto trattate o per la specifica materia oggetto del contendere oppure ancora per le questioni procedurali affrontate.

6. I vantaggi della trasparenza: una conclusione

Nel ricercare un equilibrio tra riservatezza e pubblicità, ho concluso che la prima è soprattutto una questione di comportamenti: delle parti tra loro, dei loro difensori, degli arbitri e, quando sia chiamata in causa, anche dell'istituzione arbitrale. Comportamenti che vanno regolati attentamente e specificamente in via negoziale (o facendo riferimento all'istituzione) e non dati per scontati, sull'errato presupposto di una *naturale* confidenzialità dello strumento.

La riservatezza è una questione dinamica. Di comportamenti. Nel corso del procedimento. Riguarda i soggetti del procedimento, gli atti, i documenti prodotti, lo svolgimento delle udienze.

Garantiti questi suoi aspetti, non vi è nessuna prevalenza naturale della riservatezza sui principi di pubblicità e trasparenza, tanto più che questi ultimi presentano una serie di vantaggi che possono davvero aprire nuovi spazi e nuovi sviluppi per l'arbitrato.

Provo semplicemente ad elencarli, a mo' di conclusione provvisoria e aperta:

a) migliore selezione degli arbitri: le parti, venendo a conoscenza dei precedenti, sceglieranno gli arbitri che abbiano dimostrato specifica competenza di un certo settore o di una certa materia del contendere. La scelta dell'arbitro non sarà più solo affidata al passaparola e si allargherà;

b) migliore formazione degli arbitri, che possono studiare e basarsi su precedenti arbitrali finalmente pubblicati;

c) maggiore circolazione della cultura dell'arbitrato e delle sue regole improntate alla lealtà e alla collaborazione processuale;

d) maggiore circolazione della cultura dell'indipendenza e della terzietà dell'arbitro: pubblicare i provvedimenti istituzio-

nali sulle ricusazioni aumenta la sensibilità delle parti e dei professionisti verso le designazioni terze (anche quando si tratta dell'arbitro di parte, *rectius* dell'arbitro designato dalla parte);

e) qualità dei lodi più alta: gli arbitri, sapendo che il loro nome circola con il lodo, presteranno una cura e un'attenzione ancora più forte alla sua redazione;

f) certezza e prevedibilità delle decisioni: la costruzione di una giurisprudenza arbitrale e di un sistema di precedenti, oltre ad aiutare gli arbitri nella redazione del lodo, aiuta le parti nella loro azione commerciale, facendo loro prevedere l'esito in nuovi possibili contenziosi;

g) minori costi: le parti, con la pubblicazione dei precedenti e una maggiore prevedibilità degli esiti, saranno spinte verso soluzioni di mediazione e di transazione, meno costose;

h) più dati empirici: l'emersione dei lodi consentirebbe anche l'uscita di più dati sull'arbitrato, che scientificamente è un buco nero. Abbondano in arbitrato le analisi teoriche, i commenti dottrinali e gli studi accademici, ma pochissimi sono i numeri e i dati empirici. Nuovi preziosi dati potrebbero riguardare, ad esempio, la durata dei procedimenti, la geografia delle parti e la sede degli arbitrati, l'età, la formazione e la figura, in generale, dell'arbitro, un più chiaro rapporto numerico tra lodi, depositi e impugnazioni.

Infine, se è consentita una chiusura che alza per un momento lo sguardo, e ribadite tutte le garanzie per le parti, pubblicità, certezza e trasparenza della giustizia (compreso l'arbitrato) continuano ad essere un'esigenza e un pilastro fondamentali di uno Stato liberale e democratico.