



ANTONIO BRIGUGLIO

*Conciliazione e arbitrato. Contaminazioni**

SOMMARIO: 1. Nuovamente su conciliazione e arbitrato: la contaminazione. – 2. Quanto vi è di conciliativo nella decisione arbitrale. – 3. Che senso ha una Convenzione che appropria la transazione internazionale da conciliazione come se fosse un lodo arbitrale?

1. *Nuovamente su conciliazione e arbitrato: la contaminazione.* – Contribuendo, con un articolo dal titolo “Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell’arbitrato. Appunti sparsi fra diritto psicologico e prassi”, al varo della nuova lodevolissima e benvenuta Rivista “*Giustizia consensuale*”, mi sono occupato di alcune interazioni teoriche e pratiche fra i due principali e ben diversi metodi di adr, ed in particolare dell’esercizio delle funzioni conciliative in corso di arbitrato o ad esso prodromico.

Nella presente breve relazione - che trova posto in congresso dedicato alla presentazione ufficiale della Rivista - intendo tornare nella medesima zona di riflessione, ma in prospettiva diversa, occupandomi di due fra loro inversi profili di *contaminazione* fra conciliazione e arbitrato.

2. *Quanto vi è di conciliativo nella decisione arbitrale.* – Il primo profilo corrisponde alla risposta - prevalentemente propria della sociologia ma non aliena da risvolti tecnico-giuridici - alla seguente domanda: quanto vi è di “conciliativo” nell’arbitrato, o meglio nella decisione arbitrale, che per forza di cose non vi è e non può esservi nel giudizio statale?

Nel rispondere non intendo discorrere della patologia, del fatto cioè che per costume spesso gli arbitri esagerano nello *stalking* conciliativo o nel perseguire a tutti i costi soluzioni cerchiobottiste nella sostanza transattive già e proprio quanto ai capi del dispositivo e cioè alla allocazione dei beni della vita (ci si chiede troppo spesso, e se lo chiede a volte perfino l’arbitro unico, “quale sarebbe un’equa transazione che immaginerei da avvocato riguardo a questa controversia?”), e poi si prova ad utilizzare l’idea raggiunta quale letto di Procuste per il lodo; in tal modo il dispositivo è fin troppo ed inappropriatamente “precompreso” e “preassunto”, e non invece, come dovrebbe essere anche in arbitrato, il frutto finale della argomentazione in fatto e in diritto, e la motivazione corre il rischio di essere sghemba, ma tant’è: il regime impugnatorio del lodo è in proposito sufficientemente protettivo.

Questa però è - ripeto - patologia, quasi sempre veniale e per così dire a fin di bene (entro certi limiti), ma patologia. Ho avuto occasione di occuparmene nel precedente articolo e non intendo tornarci sopra.

Piuttosto vi è che nelle situazioni del tutto fisiologiche, quando il lodo risulta, come dovrebbe essere, davvero una decisione *tranchante* raggiunta attraverso un percorso argomentativo in fatto e in diritto e corrispondente, nella effettiva *intentio* dei decisori, alla giustizia, secondo diritto o equità, nel caso concreto, la differenza fra arbitro e giudice rimane ovviamente notevole, ed una componente di tale differenza - di là dagli aspetti puramente estrinseci o anche ordinamentali ed istituzionali - mi pare essere rappresentata da una intrinseca componente - o se si vuole appunto fisiologica contaminazione - “conciliativa” o “paraconciliativa” del giudizio arbitrale.

Il che tuttavia si riscontra con evidenza non già se confrontiamo una decisione di arbitro unico ed una decisione di giudice monocratico, perché allora la differenza non c’è o è solo estrinseca, e la componente “conciliativa” se c’è è del tipo patologico che ho segnalato in apertura.

* Testo della Relazione svolta al Convegno di “Presentazione della Rivista semestrale *Giustizia consensuale*” (Trento, 10 giugno 2022).



Si tratta invece di confrontare il giudizio di un collegio arbitrale ed il giudizio di un collegio di giudici. Qui vi è anzitutto una differenza pragmatica evidentissima sulla quale si innesta la fisiologica componente “conciliativa” o “paraconciliativa”:

- in un collegio di giudici l’attività istruttoria è di regola delegata ad uno di essi (e non solo in Italia); anche in un collegio di arbitri in teoria potrebbe esserlo se così dicono le regole che le parti hanno assegnato agli arbitri o che gli arbitri, nel silenzio delle parti, si sono assegnati *in limine litis*, ovvero le disposizioni del regolamento arbitrale che le parti hanno richiamato nella convenzione arbitrale, ma è molto raro che in concreto si scelga questo *modus procedendi* anche se previsto in astratto come possibile (i testimoni sono ascoltati collegialmente, e così pure gli *expert witness*, e tutti i membri del collegio seguono con attenzione e pongono domande o sollecitano chiarimenti, nel variegato ambito, comunque più elastico che non nel nostro processo civile statale, che le prassi dell’arbitrato internazionale o domestico offrono);
- in un collegio di giudici al momento della decisione rimane una palese asimmetria di consapevolezza sulla materia del contendere; riguardo al fatto può essere data in primo luogo dalla cennata conduzione monocratica dell’istruttoria; riguardo al diritto, o anche riguardo al fatto se il materiale probatorio è documentale, l’asimmetria è data comunque dalla notoria circostanza, invalsa con varie sfumature sia in primo grado che in appello che in Cassazione, secondo cui dei tre (o dei cinque in Cassazione) uno arriva in camera di consiglio molto preparato (il relatore o istruttore e futuro estensore), uno ci arriva dopo aver annusato o studiacchiato la causa (il presidente), ed il terzo (o gli altri tre in Cassazione) pensa ai fatti suoi ed alle cause in cui è o sarà relatore e nella migliore delle ipotesi, se molto bravo e pronto, è solo in grado di evitare madornali cappellate, soprattutto in diritto, degli altri due.

Questa asimmetria di consapevolezza, per norma e soprattutto per prassi, nei collegi giudiziali statuali è giustificabile in base a due fattori: per le parti come per la qualità oggettiva della amministrazione della giustizia è sostanzialmente indifferente che il giudicante terzo imparziale sia uno o trino, salva l’incidenza dei “sei occhi che vedono meglio di due”; d’altro canto per la efficienza economicistica della amministrazione della giustizia, la quale mette per intero le risorse a disposizione dei *justiciables*, il vantaggio del risparmio di lavoro e di impegno da parte di alcuni membri del collegio (che saranno poi diversamente impegnati in altri collegi ed in altre cause) è sicuramente apprezzabile e fa premio sul “sei occhi vedono meglio di due”; sicché insomma, pur quando il legislatore ritiene la controversia particolarmente significativa e meritevole di decisione collegiale, i “sei occhi” che “vedono comunque un po’ meglio di due” sono organizzati in modo che (nella migliore delle ipotesi) un paio ha dieci/decimi, un paio ha cinque/decimi, ed un paio sì e no due/decimi.

Quando passiamo al collegio arbitrale – il quale, si badi, è costituito con risorse messe a disposizione integralmente dalle parti, non esercita ovviamente amministrazione (statale) della giustizia, e per il quale dunque non si pone alcun problema di economia processuale nel senso del dispendio/risparmio di mezzi pubblici - le cose cambiano. E cambiano, sia pure in correlazione con i fattori generali ed istituzionali che ho appena cennato, essenzialmente perché vi sono gli “arbitri di parte” e cioè - detta in modo più aulico - perché l’ordinamento assegna meritevolezza alla possibilità di scelta su base fiduciaria di un componente del collegio concessa a ciascuna delle parti.

Perciò nell’arbitrato - in ordine alla qualità della decisione ma dal punto di vista interessato della parte - il *Leitmotiv* non è quello astratto del “sei occhi vedono meglio di due”, bensì quello molto concreto: “gli occhi dell’arbitro che ho scelto debbono guardare sempre e per bene”. Da qui la tendenziale assenza, nei collegi arbitrali, di quella che ho chiamato asimmetria di consapevolezza. Vi è anzi il suo contrario: gli arbitri di parte devono essere preparatissimi ed attentissimi (è vero che in avvio dell’arbitrato chi studia particolarmente il dossier è soprattutto il presidente, ma quando il gioco si fa duro, quando cioè ci si indirizza verso snodi autenticamente “decisori” - istruttori, interlocutori o finali - l’arbitro di parte che finisca per fare il convitato di pietra, ad esempio mostrandosi insipiente ed inconsapevole in sede di assunzione della prova testimoniale, perde la faccia e le *chances* di nuova nomina.

Proprio su questo quadro tendenziale si innesta la tendenziale contaminazione conciliativa.



Voglio dire che la formazione della decisione e se del caso della maggioranza sulla decisione sono cose molto diverse in un collegio giudiziale ed in un collegio arbitrale.

In un collegio giudiziale vi è una dialettica puramente argomentativa e sbilanciata dalla asimmetria di consapevolezza; l'iniziativa la assume il relatore; il presidente applica all'occorrenza l'art. 276, c. 4, c.p.c. per il raggiungimento della maggioranza sulle varie questioni e non si sforza più di tanto per mettere d'accordo due colleghi che la pensano diversamente o per convincere quello dei due che è rimasto in minoranza.

In un collegio arbitrale invece tutti sono di pari consapevolezza, e due dei tre - per costume più che lecito (non arrivo a dire, come qualcuno si spinge a dire, doveroso) - sostengono su ciascuna questione, nei limiti della plausibilità tra le tesi possibili, quella più favorevole o meno sfavorevole alla parte che li ha designati.

L'iniziativa è assunta dal presidente. Ed il sogno di qualunque presidente è il lodo all'unanimità su ogni questione, in subordine il lodo a maggioranza ove si faccia però e semmai semplicemente constare il dissenso di uno degli arbitri su una o più questioni; in ultimo subordine il lodo con opinione dissenziente (sempre meglio che il lodo firmato solo dai due arbitri di maggioranza).

Stando così le cose, vi è di norma da parte del presidente l'avvio di una dialettica non tanto argomentativa ma soprattutto "conciliativa", uno sforzo di mediare fra posizioni giuridico-fattuali apparentemente lontane, e di pervenire venendosi incontro - sulle singole questioni come sulla decisione finale nel suo complesso - a soluzioni intermedie fra le tante plausibili; (certo vi sono anche presidenti, specie quelli di più lungo corso, particolarmente insofferenti verso gli arbitri di parte, e propensi a decidersi in modo solipsistico e chiedere poi "chi ci sta?", ma questa è - a mio avviso - la negazione della ragion pratica dell'arbitrato).

Ovviamente, se si vuol restare alla fisiologia, siffatto approccio "conciliativo" deve essere di tipo cultural-giuridico: una mediazione fra tesi (come quella che si adopera nel redigere un comunicato politico congiunto, o un *dictum* di dottrina della fede o di dottrina morale fra padri conciliari che abbiano esordito guardandosi in cagnesco e tacciandosi reciprocamente di eresia). Insomma una "conciliazione" di idee, e non una conciliazione di interessi economici, come accade nella vera conciliazione. Perché se diventa, invece, una conciliazione di interessi economici allora vuol dire che gli arbitri di parte si sono fatti diretti portatori degli interessi economici delle parti, ciò appunto che non deve accadere.

Volendo esprimerci in altre e più icastiche parole diremmo: posto che ogni decisione all'esito di un processo è e deve essere il frutto della dialettica del contraddittorio in fatto come in diritto, nel giudizio statale il contraddittorio termina alle soglie della camera di consiglio, nel giudizio arbitrale prosegue, sia pure in altra veste, dentro la camera di consiglio.

E l'arbitro presidente difficilmente - pur non essendo ragioni giuridiche ad impedirlo - applicherà il brutale art. 276, c. 4. Ed invece cercherà di mediare su ogni questione e se non vi riesce formerà maggioranza secca su ogni questione in ordine logico. Ma poi la mediazione culturale tornerà in scena alla questione successiva. Ove intendo "successiva" in senso logico, ma non necessariamente cronologico perché la discussione è molto più spesso complessiva: d'accordo tutti sulla responsabilità contrattuale di Tizio, perché nella graduazione del suo concorso colposo alla causazione del danno vi è modo di trovare un soddisfacente equilibrio.

Ed in questo gioco di mediazione culturale entrano *nuances* "compensative" ancora più sottili e relative non alla decisione ma al *wording* della motivazione: decidiamo in senso A, purché però la motivazione sia scritta in un certo modo.

È chiaro che non sempre è così.

È chiaro altresì che il salto dalla fisiologia alla patologia e cioè all'arbitrato-transazione è sempre dietro l'angolo, e la forma più beccera ma anche più frequente di questo salto è: "ok mi avete convinto, o meglio mi avete convinto solo se compensiamo le spese". Ma perché mai se l'accoglimento della domanda di Tizio è pressoché integrale, la condanna di Caio è per un mln di euro, le sue speciose riconvenzionali ed eccezioni sono state respinte, e l'arbitrato è costato, quanto ai soli compensi arbitrali, 200.000 euro ?

Quel che mi interessava era però mettere in evidenza questo aspetto della decisione arbitrale come frutto di "conciliazione culturale" (piuttosto che di mediazione transattiva fra interessi economici), e come risultato di un contraddittorio che prosegue in camera di consiglio ma da parte di soggetti che non sono più gli avvocati, e che



invece devono concorrere alla decisione e che dunque idealmente devono concorrere ad una decisione il più possibile unanime.

Ed in questo scenario è pur vero che sotto le tesi plausibili sposate in partenza dagli arbitri di parte si celano, o almeno vi corrispondono interessi economici della parte. E tutto il discorso che ho svolto potrebbe essere in odore di finzione ed ipocrisia.

Ma così non è perché qui come altrove la forma è sostanza.

Nella vera conciliazione ciascuna parte persegue esclusivamente i propri interessi economici e non deve certo convincere il terzo imparziale e cioè il media-conciliatore che tali interessi siano più meritevoli di tutela di quelli della controparte. Deve solo offrire, per quanto le convenga e nei tempi e nei modi che ritenga convenienti, margini di disponibilità transattiva, e stare a guardare cosa, a seguito degli sforzi del mediatore ovvero spontaneamente, fa la controparte. Nella psicologia della vera conciliazione può anche trovare posto un profilo di utile *captatio benevolentiae* del terzo conciliatore, attraverso una condotta *fair* o una particolare dimostrazione di disponibilità transattiva. Sennonché tale particolare approccio va valutato strategicamente con la massima attenzione, e la *captatio benevolentiae* del terzo mediatore è al postutto ben secondaria, perché quel terzo non decide.

Nello scenario della “conciliazione culturale” da camera di consiglio arbitrale, invece, si tratta di decidere ed alla fin fine di convincere il presidente (meglio se perfino l’altro coarbitro ma ovviamente basta solo il presidente) alla convergenza su una tesi piuttosto che su un’altra. Perciò la *captatio benevolentiae* (oltre che la abilità nella argomentazione giuridica) conta eccome. E non vi è cosa che indisponga di più un presidente di collegio arbitrale dell’atteggiamento di un arbitro di parte che scende sostanzialmente dal piedistallo e dà l’impressione di rappresentare biecamente e direttamente gli interessi economici di una parte e/o (altra faccia della medesima e non commendevole medaglia) prospetta tesi implausibili. Tornando all’esempio di poc’anzi: da arbitro di parte posso sperare di stimolare un approccio conciliativo-compensativo del presidente nonché una disponibilità al consapevole ascolto nell’altro arbitro, quanto alla individuazione largamente discrezionale del grado di concorso colposo del creditore Tizio nella causazione del danno, solo se in precedenza non mi sono battuto istericamente contro ogni plausibile evidenza per negare che la responsabilità contrattuale di Caio sussista.

1. 3. *Che senso ha una Convenzione che approccia la transazione internazionale da conciliazione come se fosse un lodo arbitrale?* – Il secondo profilo di “contaminazione” fra arbitrato e conciliazione riguarda la Convenzione ONU di Singapore sulla “*circolazione degli accordi transattivi transnazionali risultanti da mediazione*” (vedi il testo integrale in *Rivista dell’arbitrato*, 2019, p. 429 ss.), alla quale ho fatto già brevissimo cenno nel mio articolo di esordio su questa Rivista.

La Convenzione è stata varata dalla Commissione UNCITRAL, aperta alla firma il 7 agosto 2019 e ad oggi firmata da 52 Stati. Ed è anche, almeno sulla carta, entrata in vigore, il 12 settembre 2020, in ragione dell’iter accelerato che prevedeva come sufficiente la terza ratifica. Le ratifiche allo stato sono di Singapore, Fiji, Qatar, e poi ancora di Arabia Saudita e Bielorussia. La Convenzione è dunque di fatto alquanto insignificante e lo è ancora di più perché grandi assenti tra i firmatari sono l’Unione Europea e la maggioranza degli Stati europei, che hanno considerato la Convenzione sostanzialmente inutile.

Non si tratta tanto di uno strumento di diritto uniforme sui presupposti, la procedura ed eventualmente gli effetti della media-conciliazione, che si aggiungerebbe a quelli già esistenti sia di *soft law* (come la Legge modello UNCITRAL sulla conciliazione commerciale internazionale del 2002) sia di stretto diritto (come la Direttiva UE sulla mediazione del 2008); strumenti questi ultimi che hanno, a mio avviso, senso solo entro limiti territoriali corrispondenti ad aree culturali di una qualche omogeneità.

Si tratta di una Convenzione che ha l’obiettivo astrattamente molto più ambizioso di rappresentare strumento di circolazione all’estero, e cioè di riconoscimento ed esecuzione all’estero di accordi transattivi “commerciali” di carattere “internazionale” conclusi in sede di mediazione e cioè con l’intervento di un terzo imparziale. Insomma una sorta di Convenzione di New York per le transazioni private derivanti da mediazione, stipulate in materia commerciale e connotate da “internazionalità”.



Ed il problema che evoca il profilo della contaminazione fra arbitrato e conciliazione - questa volta in senso inverso rispetto al profilo precedente e cioè: l'arbitrato che contamina la conciliazione - è appunto questo: ha senso scimmiettare la Convenzione di New York per le transazioni, e sia pure per le transazioni da mediazione ?

Perché obiettivamente - e sul piano internazionalprivatistico generale - il lodo arbitrale è una decisione di lite e per circolare all'estero, con effetti (al di là di ogni variegata qualificazione teorica) nella sostanza decisori della lite, conseguentemente preclusivi in ordine alla stessa, e soprattutto esecutivi, ha bisogno di meccanismi deliberatori, fortemente analoghi a quelli escogitati per le sentenze, previsti dai diritti interni dei singoli paesi, o ancor meglio di una convenzione indirizzata potenzialmente all'universo mondo che uniformi quei meccanismi recettivi e li renda al contempo più elastici e favorevoli alla circolazione del prodotto arbitrale, come è stata ed è appunto la Conv. di N Y. Viceversa una transazione, anche quando raggiunta mercé l'intervento di un conciliatore, è un contratto privato e i contratti privati circolano senza bisogno di alcun meccanismo deliberatorio o recettivo. Essi, nell'universo mondo, sono attuati ed eseguiti spontaneamente ovvero attraverso una necessaria iniziativa giudiziale, nell'ambito della quale scontano solo il fatto che giudici di diversi paesi potranno (non necessariamente dovranno) applicare al contratto-transazione, alla sua validità ed efficacia, regole sostanziali diverse a seconda delle diverse regole di conflitto dalle quali essi debbano muovere; e che perciò il contratto-transazione, valido ed efficace e da eseguirsi in un certo modo nel paese X, potrà invece risultare invalido o inefficace o da eseguirsi in altro modo nel paese Y.

Quello che occorrerà indagare, prima di condannare semplicisticamente la Convenzione di Singapore a frutto velleitario di turismo scientifico dei membri di una delle tante commissioni UNCITRAL, ovvero ed al contrario di correre ai ripari avverso l'indifferenza europea ed implementare la effettività concreta ed il futuro successo della Convenzione di Singapore, è appunto se, su un tale quadro normale e risalente della circolazione dei contratti all'estero, la Convenzione innesti qualcosa di nuovo e di utile, di ragionevolmente protettivo, nonché limitativo delle incertezze, per quel particolare prodotto della autonomia privata che è la transazione stipulata attraverso mediazione; e ciò sia sul piano del "riconoscimento", che nel nostro caso è sostanzialmente quello dell'effetto preclusivo della lite su controversia transatta, sia sul piano della "esecuzione" e cioè della attuazione in senso ampio del programma negoziale transattivo.