

815
827

Gli scritti difensivi in arbitrato

841 ANTONIO BRIGUGLIO (*)

873 1. Il senso di una riflessione su ciò che non si insegna né si spiega. — 2. Sinteticità
895 *versus* completezza. — 3. Chiedersi chi sono gli arbitri e soprattutto chi è il
presidente. — 4. Citazione di giurisprudenza e dottrina; utilizzazione di strumenti
di *soft law*. — 5. Gli scritti introduttivi. — 6. Altri scritti successivi e non tipizzati.
— 7. La precisazione delle conclusioni.

899 1. Le pagine che seguono sono dedicate al tema indicato nel titolo
considerando — in modo uniforme ove sia possibile o in modo necessa-
riamente diversificato quando occorra — l'arbitrato puramente domestico
svolgentesi in Italia e secondo il nostro diritto arbitrale e/o l'arbitrato
internazionale con sede in Italia (caratteristiche di internazionalità es-
sendo ormai non più quelle normative dell'abrogato art. 832 c.p.c. ma
quelle empiriche e, per ciò che qui interessa, date anche soltanto dalla
presenza di una o più parti estere e normalmente, dunque, ma non sempre
anche di uno o più arbitri non nazionali, o perfino italiani ma fortemente
immedesimati nel costume dell'arbitro internazionale).

Il mondo giuridicamente variegato — ma anche e come si avrà modo
di notare pragmaticamente standardizzato — dell'arbitrato internazionale
nel suo complesso e fuori dai nostri confini (e cioè in relazione ai casi in
cui il procedimento non ha sede in Italia e/o è radicato in altro ordina-
mento) non potrà ovviamente ricevere attenzione specifica per quanto
attiene al coinvolgimento di culture e linguaggi giuridici diversi dai nostri,
e sarà considerato sol perché da quel mondo è influenzato, anzitutto sul
piano concreto, anche un arbitrato italiano quando internazionale, il quale
finisce per essere o sembrare almeno "esteticamente" ben diverso da un
arbitrato italiano puramente domestico, vuoi che la lingua della procedura
sia l'inglese vuoi perfino che essa sia l'italiano.

Resteranno fuori da queste riflessioni le tecniche di redazione delle

(*) Professore ordinario nell'Università di Roma "Tor Vergata".
L'A. ringrazia Alessandro Fabbi per le preziose segnalazioni.

richieste istruttorie e degli atti comunque connessi alla istruttoria in arbitrato perché si tratta di argomento troppo intrinsecamente allacciato con quello generale della prova nell'arbitrato domestico e soprattutto internazionale, e con delicati inerenti snodi relativi alla legge applicabile a riguardo; tutte cose che richiedono una trattazione apposita ed unitaria attenta alla incidenza dei regolamenti arbitrali, nonché alle prassi virtuose o viziose (specialmente quando l'esigenza della *koiné* si trasforma in giogo di *routine*) orientate anche da questo o quello strumento di *soft law* (*IBA Rules on Taking of Evidence in Commercial Arbitration, Redfern Schedule* per la richiesta di esibizione documentale, ed in futuro *Prague Rules*, ecc...).

Infine, sempre in punto di premessa, occorre avvertire che, almeno a mio sommo parere, un discorso, pur sempre assai relativistico, sulle tecniche di redazione degli atti difensionali in arbitrato ha un senso di una qualche pregnanza — e che lo distingua da quanto si legge in volumetti reperibili presso edicole di stazione ferroviaria dagli invitanti titoli “*Come si diventa milionari*” o “*Come si conquistano le donne*” — solo a due condizioni: *a*) che lo si svolga il più possibile *per differentiam* rispetto alle prassi ed ai costumi forensi propri del giudizio davanti al giudice statale; *b*) che lo si svincoli dalla miriade pulviscolare del “caso per caso” (ove contano appunto l'intuito ed il buon senso occasionali e le *tecniche* si imparano sul campo ma non si insegnano né si spiegano) e lo si conduca dunque in dimensione assai generale, per macro-temi in relazione ai quali le constatazioni dell'esistente come gli eventuali suggerimenti abbiano o un aggancio empirico-sociologico sufficientemente diffuso, ovvero un aggancio “normativo” presupponendo cioè quel che prescrivono o che non prescrivono le norme sull'arbitrato.

2. L'ambiente dell'arbitrato è rimasto sostanzialmente estraneo alla ventata maniacale di “sinteticità”, fatta di protocolli inutili o peggio di disposizioni normative o affermazioni giurisprudenziali dannose, che ha investito l'ambito dei processi giurisdizionali. Difficile riscontrare nelle legislazioni nazionali o nei regolamenti arbitrali riconoscimenti espliciti o impliciti di un “principio di sinteticità” degli atti “arbitrali”.

Libertà piena dunque — in arbitrato — anche in proposito: scegliere volta per volta se il taglio complessivo dello scritto o del singolo argomento debba essere sintetico o analitico, schematico o discorsivo ecc...

Naturalmente *est modus in rebus*. Ed altrettanto ovviamente talune *guidelines* possono essere utilmente tracciate.

Gli arbitri per forza di cose hanno più tempo del giudice da dedicare alla lettura ed alla meditazione di fronte agli scritti difensionali e vi mettono (o dovrebbero mettervi) una qualche maggior cura, oltretutto perché più e meglio gratificati. Perciò sarebbe francamente ultronea una

raccomandazione pressante ed angosciata alla brevità “*perché altrimenti neppure ci leggono*” (come dice il cassazionista romano di lungo corso al giovane valoroso collega che da fuori Roma gli invia bozza di memoria di pagine cinquanta). Alla completezza argomentativa, piuttosto che al suo contrario in nome della brevità, invitano oltretutto la possibilità di interloquire con giudicanti assai esperti e spesso adusi a ragionamenti giuridici molto complessi (nonché pronti a confezionare a loro volta un lodo ricco e completo o perfino sovrabbondante), ed il naturale scrupolo del difensore che sa quanto siano ridotte per non dire pressoché inesistenti, dopo la decisione arbitrale, le possibilità di recupero impugnatorio sia in punto di argomentazione giuridica sia in punto di ricostruzione e valutazione fattuale.

Che poi completezza non significhi sbrodolamento o petulante indulgenza al secondario o all'inconferente o al ripetitivo e che la sintesi purché chiara, come *habitus* metodologico e non necessariamente come numero di pagine (notoriamente si può essere sintetici anche scrivendone cento), sia sempre premiante, non vi è bisogno di dirlo. Ed è vero invece che specialmente negli ambienti dell'arbitrato internazionale si assiste sempre più ad una pericolosissima elefantiasi dei *files*, à *épater le client*, anche e soprattutto quanto al supporto documentale, elefantiasi che indispette l'arbitro esperto e confonde quello meno esperto allontanandolo da ciò che è davvero importante ⁽¹⁾.

Sovvengono qui due notazioni di ordine sociologico o fors'anche psicologico.

La prima è assai banale. L'elefantiasi è tanto più rischiosa quando il *file* sia rimesso all'arbitro (la cui attuale età media lo colloca ancora in generazione pre o paleoinformatica) per via telematica. Da qui la piena comprensione per i non pochi colleghi che alla prima riunione o nel primo *procedural order* dispongono espressamente la consegna di scritti e documenti anche cartacei a ciascuno degli arbitri.

Più complessa la seconda. Gli avvocati italiani hanno normalmente del giudice togato idea che lo ragguaglia (a torto o a ragione) ad un giurista per così dire *medio*, per di più sommerso di lavoro, per di più per *habitus* mal tollerante nei riguardi di estenuanti, puntigliosi o addirittura cavillosi battibecchi fra le difese. Da qui una certa qual moderazione di scrittura in tutti i sensi, almeno da parte del difensore provveduto. Anche gli arbitri, come ognuno che sia investito della delicata e già onerosa funzione di giudicare, hanno in uggia i battibecchi, ma sono, in quanto normalmente “colleghi” dei difensori, più tolleranti e meno autoritari. Inoltre i difensori, sol che l'arbitrato abbia una qualche rilevanza econo-

⁽¹⁾ Per tutti v. le raccomandazioni di U. DRAETTA, *Behind the scene in International Arbitration*, Jurisnet ed. 2011 (icasticamente: “avoiding too long submission”).

mica, tendono a compenetrarsi in una vicenda ritenuta elitaria immaginandosi (a torto o a ragione) al cospetto di giuristi di *élite*. Da qui la tendenza ad esagerare e sovrabbondare, a primeggiare sull'avversario scrivendo pagine e pagine (approntate spesso da schiere di giovani collaboratori anch'essi vogliosi di primeggiare ed immedesimati nella importante occasione) dense di ogni genere di confutazione, citazione, spiegazione, argomentino *ad abundantiam* o di estremo subordinate ecc., pur se inutili ed abissalmente lontani dal nocciolo o perfino dalla polpa.

Semmai la differenza sociologica fra giudice togato ed arbitro andrebbe riconsiderata in relazione ai sommessi suggerimenti di cui al paragrafo seguente, puntando all'ideale dell'approfondimento utile e non prolisso.

3. Non è certo frequente (con le dovute eccezioni e salva l'utilità di pensarci più volte di quanto non lo si faccia) che un avvocato prenda a scrivere ponendo mente alla personalità di giurista del consigliere Tizio o del dott. Sempronio, relatore o presidente del collegio nella causa di fronte alla giurisdizione statale. Se si vuole è questa una delle epifanie della circostanza che nei nostri territori (non invece in altri anche di *civil law*) il giudice, come osservava Gino Gorla, non è un "eroe culturale" e dovrebbe invece pur esserlo e ben più spesso purché — *ça va sans dire* — meritandolo sul campo. Molti arbitri sperimentati lo sono, alcuni davvero lo meritano, quasi tutti ritengono di esserlo. Meno *routine* ed asetticità dunque; si scriva anche per sedurre/interessare/blandire/appassionare a seconda della particolare figura di giurista che dovrà decidere la lite (l'arbitro unico o il presidente soprattutto, *ça va sans dire*) (2).

Insomma occorrerebbe non farsi trascinare a sproposito dalla corrente della standardizzazione, che alligna ormai sul fronte domestico e soprattutto su quello dell'arbitrato internazionale (3); standardizzazione che è comprensibile ed apprezzabile (fino ad un certo punto e purché non ammazzi la flessibilità intrinseca dello strumento arbitrale e ad esempio non imponga ad un piccolo arbitrato o ad un grandissimo arbitrato strutture incongrue per eccesso o per difetto) in termini di prevedibilità riguardo agli snodi procedurali ed alle incombenze istruttorie, ma che è invece incongrua quando si tratti di argomentare, dovendo in tal caso di gran lunga prevalere elasticità e fantasia. Su quest'ultimo versante davvero non dovrebbe mai perdersi di vista la personalizzazione e specializ-

(2) Interessanti osservazioni sulle "psychological dynamics in international arbitration" nel volume di R.D. BISHOP-E.G. KEHOE, *The Art of Advocacy in International Arbitration*, New York, 2010, 69 ss.

(3) Cfr., per tutti e di recente, S. JARVIN, *The Compendium of International Commercial Arbitration Forms*, The Hague, 2017: "the procedural pattern is largely identical irrespective of the values at stake and where in the world the proceeding take place".

zazione del singolo giudicante che è connotato fra i più caratteristici dell'arbitrato, a fronte della burocratizzazione livellante dell'ufficio giudiziario. Fuor da queste generalizzazioni, se devo sostenere una complessa tesi internazional-privatistica (poniamo in tema di legge applicabile al *trust*, o di legge applicabile alla prova, o di efficacia di un lodo estero non ancora munito di *exequatur* in arbitrato italiano) dovrò pur rendermi conto delle notevoli possibilità (ed anche necessità) di sofisticazione argomentativa che la presenza di un prestigioso accademico della materia o comunque di un arbitro assai esperto nel collegio mi offre, ben al di là della computazione semplificatoria ed iperdidascalica che utilizzerei su quei temi in tribunale o perfino al Palazzaccio vista la ancor poca familiarità con essi dei nostri giudici togati.

L'arbitro straniero richiederà poi attenzione particolare ed appropriatezza linguistica e culturale. Solo per fare un esempio: quale che sia la lingua dell'arbitrato (in arbitrato con sede in Italia ma con caratteristiche di internazionalità essa potrà ben essere diversa dall'italiano: arg. *ex art. 816 bis, c. 1, c.p.c.*) e quale che sia la familiarità dell'arbitro francese o inglese con la nostra cultura giuridica, l'avvocato italiano dovrà rammentare che il francese (sebbene fortunatamente non aduso a redigere lodi con l'oracolare sistema giudiziale degli "*attendu que...*") gradisce schematizzazione rigorosa e *clarté* (fino e banalmente dalla impostazione dei paragrafi) piuttosto che argomentazione di tipo retorico e discorsivo, e che l'inglese (o l'americano o, manco a dirlo, l'olandese) per quanto perspicace ed acuto, non intenderà mai la troppa sofisticazione e raffinatezza che il giurista latino impiega nel sostenere le proprie tesi in diritto.

Infine, e senza voler assumere toni da maestrina dalla penna rossa, vale la pena di sottolineare che l'arbitrato dovrebbe essere — non solo per buon costume ma per sana necessità funzionale utile a tutti — palestra di sommo *fair play*: più il tennis all'*All England* che il calcio al *Maracaná*. Perciò i difensori dovrebbero eliminare, e gli arbitri dovrebbero per quanto possibile scoraggiare, i toni ultra-aggressivi "per il cliente" (o per un certo tipo di cliente) sempre più diffusi nel nostro foro (o in un certo nostro foro, ma non solo nel nostro). Purtroppo — anche a motivo del fatto che si ritiene a ragione più facile intimidire un arbitro che non il giudice togato e del fatto che a torto alcuni arbitri si fanno troppo intimidire — accade sovente il contrario, con la conseguenza che la denominazione "paciscenti", data dalla nostra dottrina nobile ai litiganti in arbitrato, suona sempre più involontariamente ironica, ed ahimè non solo per il tono degli scritti difensivi (4).

(4) Di "unnecessarily aggressive attitudes" discorre DRAETTA, *Behind the scene*, cit., cap. II, par. 5.

4. Pressoché intatta deve considerarsi, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit*, la valenza del precedente giudiziale in arbitrato rispetto a quanto si verifica innanzi al giudice. Perfino l'arbitro di equità, sebbene non strettamente vincolato all'osservanza di "principi regolatori" (è ovvio che l'arg. ex art. 339, c. 3, c.p.c. in arbitrato non si applichi) vorrà farsi orientare all'occorrenza da un impianto sedimentato di orientamenti ermeneutici riguardo agli istituti giuridici che è comunque chiamato a maneggiare. E per l'arbitro di diritto la futura insindacabilità del lodo quanto agli *errores in iudicando* (con le dovute deroghe) non è certo, sociologicamente e culturalmente, ragione tale da estraniarlo dal *corpus* dei precedenti. Semmai — e proprio in virtù di quella caratteristica del sistema impugnatorio — l'arbitro, specie se molto autorevole o molto autoconsapevole, sarà ben più propenso che non il giudice togato a divergere motivatamente da orientamenti pur consolidati e perfino della Cassazione. Insomma lo sforzo disperato che, con il cappello in mano, il ricorrente in ultima istanza giudiziale compie, mediante sollecitazione dell'*overruling*, per superare la barriera formale dell'art. 360 *bis*, n. 1, o per conquistare la rimessione alle Sezioni Unite o per lo meno la pubblica udienza, troverà di fronte ad un collegio arbitrale maggiore facilitazione e disponibilità (si consideri a solo titolo di esempio che gli arbitri, anche non di equità, hanno principiato a ridurre equitativamente le penali contrattuali ben prima che il giudice).

Quanto ai precedenti arbitrali (la cui invocazione in giudizio ordinario è o era circoscritta, in posizione del tutto ancillare, alle materie di peculiare e statisticamente prevalente competenza arbitrale come fino a poco tempo fa quella dei pubblici appalti ed oggi quelle di pertinenza dell'ABF), essi troveranno ovviamente nella elaborazione di uno scritto difensivo da depositarsi innanzi ad arbitri uno spazio tutt'altro che trascurabile; specie quando si tratti di questioni processuali in arbitrato amministrato e si sia in grado di produrre precedenti formati nell'ambito del medesimo organismo di amministrazione ed espressivi dunque di una risalente tradizione autoctona (lodi ICC ad esempio).

Una certa qual vocazione "internazionalistica", per lo meno sul piano della apertura mentale, degli arbitri potrà rendere utile, anche ove la controversia in diritto coinvolga la sola legge nazionale (altrimenti i precedenti esteri risulteranno come è ovvio essenziali), il richiamo di precedenti stranieri quale elemento di convincimento rafforzativo (basti rammentare quanto possa contare, pur essendo applicabile la legge processuale italiana, invocare in punto di rito di fronte ad un arbitro svizzero un precedente del Tribunale Federale, non a torto ritenuto battistrada in materia di arbitrato internazionale). E le sentenze della Corte di Giustizia andranno ovviamente, ove del caso, specificamente richiamate ed illustrate, come pure le "questioni comunitarie" non ancora risolte dalla Corte, perché gli arbitri se tuttora non possono rivolgersi direttamente a

quest'ultima, sanno benissimo — o dovrebbero saperlo ed all'occorrenza va loro sobriamente rammentato — che dietro l'*error iuris* circa il diritto dell'Unione possono ben affiorare (non sempre) profili di sindacabilità del lodo, in sede impugnatoria interna o in sede di *exequatur* all'estero, per vulnerazione dell'"ordine pubblico comunitario".

Il riferimento anche approfondito alla dottrina è molto più frequente ed utilizzato negli scritti difensivi "arbitrali" che non in quelli "giudiziali" (del che si ha riscontro anche nei lodi), forse — ma certo non solo — per l'inesistenza quanto agli arbitri del noto divieto imposto al giudice *ex art.* 118, c. 3°, disp. att. c.p.c. Specie in ambito internazionale si usa anzi corredare la produzione documentale con la riproduzione di ampi stralci della dottrina citata, come se si trattasse di documenti. Essi — è appena il caso di dirlo — non lo sono, ed ogni equivoco contrario occasionalmente riscontrabile da parte di professionisti — arbitri o avvocati — non italiani (che la "documentazione" della dottrina andrebbe depositata nei termini, che gli arbitri d'ufficio non potrebbero tener conto di argomenti dottrinali non invocati e documentati dalle parti) va fieramente rintuzzato anzitutto (ma non solo) quando la *lex arbitrati* sia quella italiana. Il discorso è per altro più generale e su tale piano più generale non è del tutto marginale rispetto alle "tecniche di redazione" degli scritti o se si vuole alla impostazione della difesa in arbitrato. Se ne può qui solo accennare: il principio *iura novit curia* non è ovunque inossidabile come nei nostri lidi ed è anzi altrove variamente inteso (e perfino nell'area di *civil law*, si pensi alla Francia)⁽⁵⁾; di ciò il professionista legale (arbitro o avvocato) dovrà tenere sicuramente conto quando l'arbitrato sia radicato all'estero; ma se l'arbitrato pur se connotato da internazionalità sia radicato nel nostro ordinamento, di quel principio, con tutto il rispetto per le diverse culture di uno o più arbitri, va rivendicata la rigorosa dimensione e la sicura appartenenza alla *lex fori* dell'arbitrato.

Piuttosto consueto ed utile allorché la materia sostanziale trattata abbia caratteristiche di transnazionalità e/o allorché almeno una delle parti sia straniera è il richiamo integrativo, rispetto al diritto sostanziale e/o processuale applicabile, a strumenti di *soft law*, quali in primo luogo i *Principi Unidroit* sui contratti commerciali internazionali o gli *Incoterms* della ICC (sul versante sostanziale, i primi a valenza paranormativa, i secondi a valenza esplicativa di espressioni tecnico-commerciali) o le *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (su quello processuale); non esclusi altri, ed anche — sempre in materia processuale

⁽⁵⁾ Si veda, ad esempio, per una riaffermazione e però "relativistica" del principio, la sentenza della *Assemblée Plénière* del 21 dicembre 2007, n. 06-11.343, consultabile sul sito della *Jurisprudence Dalloz*. Notoriamente ancor più relativa l'applicazione del principio negli ambienti di *common law*: utili riflessioni ed ampi riferimenti da ultimo in CAVALLINI, *Iura novit curia (civil law e common law)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2017, 754 ss.

— la Legge Modello UNCITRAL, la quale, com'è a tutti noto, legge non è affatto e modello è stata per relativamente pochi legislatori marginali, ma è pur sempre autorevolmente indicativa di un comune sentire in materia di arbitrato internazionale. Di tale comune sentire fa sicuramente parte anche la Convenzione di New York del 1958; senonché essa è a volte invocata come se fosse direttamente applicabile dagli arbitri anche al di là dei limitati casi in cui ciò può davvero accadere sul piano tecnico ed in base alla logica giuridica (discorso questo che merita ancora una approfondita indagine qui ovviamente non conducibile).

5. Gli scritti introduttivi sono nella sostanza gli unici scritti difensivi arbitrali normativamente tipizzati nell'*an* e nel *quomodo*. Senonché il legislatore italiano tipizza la *domanda di arbitrato* ed il reciproco atto introduttivo del resistente (che può ben chiamarsi, senza essere a ciò autorizzati dalle norme, *risposta alla domanda di arbitrato* o semplicemente *risposta*; in ambito internazionale di solito: *Request for arbitration* e *Answer to the request*) ⁽⁶⁾ essenzialmente e soltanto come formale atto di impulso la prima, e perciò per quanto possa rilevare determinativo della pendenza del giudizio arbitrale e con effetti a carico della controparte, ed entrambe come meri atti di nomina dell'arbitro che ciascuna parte sia chiamata a designare secondo l'accordo compromissorio (ove lo sia; in caso di arbitro unico o di arbitro o collegio già designati nominativamente nella convenzione arbitrale, dunque, mentre la domanda sarebbe sempre necessaria come atto d'impulso, la risposta immediata potrebbe in teoria anche mancare senza effetti di sorta e la difesa del convenuto essere del tutto rinviata al momento in cui l'organo arbitrale darà istruzioni e termini a riguardo).

Già agli effetti dell'impulso e della nomina la domanda e per quanto di ragione anche la risposta hanno, nella implicita *voluntas legis*, un contenuto minimo sia pure ridottissimo al quale qualsiasi tecnica redazionale deve attenersi. È chiaro infatti che deve essere possibile attraverso esse, anzitutto agli arbitri ma anche e reciprocamente a ciascuna delle parti, individuare quale controversia si voglia deferire al giudizio privato e sulla base di quale volontà compromissoria (sicché, ad esempio, il riferimento alla convenzione arbitrale o meglio la sua materiale trascrizione nella domanda di arbitrato non è previsto espressamente da alcuna

⁽⁶⁾ Su tali scritti (tipizzati, sia pur laconicamente o implicitamente, pressoché in ogni ordinamento), come su quelli di solito non tipizzati di cui si dirà nel paragrafo successivo, si veda, quanto alla prassi dell'arbitrato internazionale, il bel volume di S. JARVIN, *The Compendium*, cit., *passim*. Ma anche la rete è affollata di articoli e formulari *on line*, taluni intelligenti ed utili come il volume appena ricordato, altri fatalmente più simili alle pubblicazioni da stazione ferroviaria cui si è accennato nel primo paragrafo.

norma di legge, ma rientra senz'altro in quel contenuto minimo idoneo a perseguire l'effetto utile dell'atto).

Il nostro legislatore ha però come è ben noto, affinando le norme nel corso delle novellazioni, arricchito il contenuto minimo della domanda di arbitrato e della domanda riconvenzionale ove ricompresa nella risposta, sia pure limitatamente al conseguimento di certi effetti diversi dal semplice impulso come determinativo della pendenza e dalla nomina come attributiva di un potere-dovere all'arbitro: interruzione/sospensione del termine di prescrizione *ex art. 2943 c.c.*, trascrivibilità *ex art. 2691, c. 2, c.c.*, preservazione della efficacia del provvedimento cautelare giudiziale *ante causam* ove il merito sia di competenza arbitrale, *ex art. 669 octies, c. 5, c.p.c.* A tali effetti — si consenta il bisticcio — la "domanda" come atto (e la risposta in caso di riconvenzionale) deve contenere (non solo una generica individuazione della materia del contendere in relazione alla quale esprimere la volontà di valersi della convenzione arbitrale ma) una autentica *domanda*, soggettivamente ed oggettivamente compiuta e perciò corredata di *petitum e causa petendi*.

I regolamenti di arbitrato amministrato (si vedano a titolo di esempio l'art. 4 delle *ICC Rules* e l'art. 10 del Reg. Camera Arbitrale Milano) arricchiscono ulteriormente il contenuto minimo degli atti introduttivi prevedendo in generale ulteriori semplici specificazioni (ad esempio l'indicazione del valore economico della controversia, o l'eventuale indicazione di legge applicabile, lingua ecc...). Sono ulteriori *input* "normativi" da tenere in conto nella redazione, in caso di applicazione di quei regolamenti, con l'avvertenza che si tratta di specificazioni o semplicemente opzionali ovvero scontate e già ricomprese nella nozione legislativa elementare ovvero, e quando effettivamente aggiuntive e non facoltative, tali di solito da ingenerare, in caso di loro assenza, una semplice irregolarità sanabile con l'ausilio dell'organismo di amministrazione dell'arbitrato.

Insomma, per ciò che attiene ai due reciproci atti introduttivi non vi sarebbe anzitutto, quanto alle tecniche redazionali, che da rinviare alle disposizioni, legislative o anche regolamentari volta a volta applicabili, con l'ovvia conclusione che se la parte intende raggiungere certi effetti (interruzione/sospensione della prescrizione a seguito di domanda arbitrale principale o riconvenzionale, trascrivibilità della domanda, impedimento della decadenza, preclusione alla altra parte, mediante designazione valida ed efficace del proprio arbitro, della possibilità di adire surrogatoriamente il presidente del tribunale, attivazione cogente delle funzioni dell'organismo che amministra l'arbitrato ecc...) dovrà rispettare, salve possibili sanatorie, per il proprio atto introduttivo, domanda o risposta che sia, oltre che la tempistica anche i requisiti di forma-contenuto appositamente previsti da quelle norme legislative o regolamentari.

Resta il fatto che al di là di ciò e di tale contenuto minimo, pur variamente individuabile a seconda degli effetti da conseguire, la prassi

inveterata, sia in ambito puramente domestico sia in ambito internazionale, è nel senso del carattere comunque assai laconico ed esplorativo di tali atti introduttivi, sostanzialmente limitati, nella loro reciproca interazione, ad una sommaria individuazione della controversia mediante sommaria *editio actionis* e sommarissima prospettazione difensiva, e con ampia riserva esplicita o implicita di fare sul serio, quanto a compiuta formulazione di domande o eccezioni e soprattutto quanto ad argomentazione in fatto ed in diritto e supporto istruttorio (ben di rado gli atti introduttivi sono accompagnati da deposito documentale diverso da copia del contratto principale e/o della convenzione di arbitrato) solo una volta che il collegio o l'organo arbitrale sia formalmente costituito e nei termini che questi fisserà. E la ragione pratica e fondamentale di ciò — pur se non si tratta di razionalità scritta in cielo e qualunque norma legislativa o regolamentare potrebbe discrezionalmente imporre il contrario o per lo meno invertire il *trend* — sta appunto nel fatto che nessuno intende sbilanciarsi quando ancora, pur formalmente pendendo la lite arbitrale, i giudicanti non sono costituiti come tali e uno di essi (il terzo arbitro o l'arbitro unico) è di norma sconosciuto.

Opzioni strategiche diverse sia per il *claimant* sia per il *respondent* sono ovviamente sempre possibili, ma si tratta appunto di strategia da calibrare all'occorrenza. In taluni casi essa imposta o consigliata ancor una volta da dati normativi speciali: ad esempio in caso di ricorso all'*Emergency Arbitration* per le *interim or conservatory measures* (v. l'art. 29 *ICC Rules* e disposizioni connesse, o altri regolamenti di arbitrato consimili), ove è ovvio che l'atto introduttivo e la eventuale replica immediata devono essere tutt'altro che esplorativi; oppure quando, sempre in arbitrato amministrato, il regolamento attribuisca all'organismo di amministrazione il potere di verifica *prima facie* della validità ed efficacia della convenzione arbitrale, ov'è altrettanto ovvio che il *respondent* si scaterà da subito ed all'occorrenza in più pagine argomentate a riguardo.

6. Dico ora di "scritti non tipizzati" perché in effetti nella nostra disciplina arbitrale (come nella larga maggioranza delle altre) alle già scarse disposizioni sugli scritti introduttivi nessuna segue riguardo agli scritti successivi, al loro tipo, numero e contenuto (al contrario, giusto per intenderci, di quanto accade secondo gli artt. 183, 190 ecc. del nostro c.p.c.). E ben poco supporto danno in proposito, ov'essi siano richiamati, anche i regolamenti di arbitrato amministrato, i quali di solito tutto rimettono, salvo ancor qui il consueto rispetto del contraddittorio, alla discrezionalità arbitrale da esercitarsi in concerto collaborativo con le parti e sebbene in modo preferibilmente prestabilito *in limine litis* (*terms of reference, procedural timetable*) (7).

(7) È sintomatico ad esempio che perfino nel sistema dell'arbitrato amministrato ICC non si riscontri alcuna tipizzazione di tali scritti successivi non solo nel Regolamento (v. gli artt.

Qui davvero ben poco vi è da dire — salvo quanto già emerge dalle pagine precedenti e fermo il “caso per caso” — sulle differenze fra il versante giudiziale e quello arbitrale. Sull’un versante come sull’altro uno scritto difensivo ben redatto, successivamente ai primi e che esso sia conclusivo o interlocutorio, è quello efficace nel convincere e strategicamente idoneo nella selezione degli argomenti da trattare.

In arbitrato vi sono tuttavia — a parte la mancata tipizzazione — altri presupposti “normativi”, più che altro per *assenza* di prescrizioni, che rendono particolarmente elastica e mutevole la redazione degli scritti successivi, moltissimo appunto affidando al caso per caso.

Gli scritti successivi depositati innanzi all’organo arbitrale già costituito potrebbero in teoria del tutto mancare purché quelli introduttivi siano (eccezionalmente) esaustivi e gli arbitri, in arbitrato assai poco complesso, trovino il modo di assicurare decentemente il contraddittorio, ad esempio e direttamente mediante la discussione orale, o perfino senza di essa secondo lo schema prefigurato da alcuni organismi di amministrazione di arbitrati in appositi regolamenti o previsioni regolamentari per “arbitrato rapido”, nonché — *mutatis mutandis* — allorché si tratti di “arbitrato d’urgenza” ossia di misure cautelari arbitrali da impartirsi a cura della istituzione o di arbitro appositamente designato.

Di regola però quegli scritti successivi non mancheranno mai e saranno anzi particolarmente importanti ai fini dell’esercizio del diritto di difesa visto il consueto carattere esplorativo della domanda e della risposta di cui si è detto. Di regola vi saranno allora almeno due tornate di scritti intesi anzitutto alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* (salve varianti, in ambito domestico: una prima memoria per la precisazione ed illustrazione delle domande, anche riconvenzionali, ed eccezioni nonché per la produzione ed indicazione di mezzi di prova, una seconda memoria per replica ed ulteriori deduzioni istruttorie, raramente, ed ancor più raramente con carattere preclusivo, con la nominale limitazione alla prova contraria o ai mezzi resi necessari dalla precedente memoria avversaria; in ambito internazionale di solito: *Statement of Claim* e *Statement of Defence* con eventuale *Counterclaim*, e poi *Reply* con eventuale *Defence to Counterclaim*, e *Rejoinder*; ed eventuali ulteriori fra cui una *Rejoinder on Counterclaim* a disposizione del *claimant*; con il successivo deposito delle liste di testimoni ed esperti che può anche essere anticipato contemporaneamente alle tornate precedenti).

In proposito, il presupposto normativo che può orientare la mutevole e strategica varietà di impostazione, confezione dello scritto ed alloca-

19 ss.), ma neppure nella Appendix IV (“*Case Management techniques*”), cui l’art. 24 fa espresso rinvio.

zione degli argomenti e dei contenuti ⁽⁸⁾ è dato anzitutto dalla ben nota assenza di preclusioni nel giudizio arbitrale (salvi i casi espressamente previsti dalla legge i quali ovviamente determinano forzatamente, ove del caso, il contenuto dello scritto: v. l'art. 817, c. 2°, c.p.c. riguardo alla contestazione di sussistenza, validità o efficacia dell'accordo compromissorio da formularsi nella prima difesa successiva alla accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, non dunque nella risposta alla domanda di arbitrato se prodotta, come di solito accade, prima della formale costituzione dell'organo; o l'art. 817, c. 3°, riguardo alla eccezione di esorbitanza oggettiva delle conclusioni di controparte dai limiti dell'accordo compromissorio, da formularsi comunque nel corso dell'arbitrato).

A meno che gli arbitri non definiscano come perentori (e ben raramente lo fanno in questa fase) i termini per le memorie che precedono la eventuale udienza e/o la fase finale, i *nova* in punto di allegazione e prova sono com'è ben noto sempre possibili. Ma un eccesso di strategia non paga in proposito, sia perché può palesare condotta processuale che influenzi negativamente i giudicanti foss'anche sul piano subliminale, sia perché si tratta in definitiva, in questa fase, di instradare nel modo più lineare e deciso e meno ondivago possibile la successiva attività istruttoria o decisoria degli arbitri, i quali — preclusioni o meno — saranno umanamente restii alla reimpostazione, ben potendo stopparla con la semplice e fortemente discrezionale arma della declaratoria di irrilevanza di fatti o prove che la parte voglia successivamente introdurre.

Altro presupposto normativo di cui tener conto nella redazione degli scritti pre-istruttoria è dato dal sicuramente più ampio potere officioso degli arbitri, rispetto al giudice, in ordine al *fact finding* ed in primo luogo riguardo alla acquisizione della prova, potere di cui gli arbitri domestici italiani sono a volte poco consapevoli, e che è invece assai più reclamizzato nell'ambito dell'arbitrato internazionale e soprattutto dell'arbitrato amministrato (ove apposite disposizioni dei regolamenti lo proclamano timidamente — v. art. 28, c. 1, Reg. Camera Arbitrale Milano — o perentoriamente — v. art. 25 *ICC Rules*). All'avvocato consapevole ogni valutazione strategica in proposito: riguardo ad esempio al tacere circo-

⁽⁸⁾ In termini generali, e sul versante dell'arbitrato internazionale, è noto il dibattito eminentemente pragmatico sulla prevalenza, per tali scritti iniziali e precedenti l'udienza, del modello dei *Pleadings* (più consono alle attitudini di *common law*, attesa la centralità dell'udienza, e dunque caratterizzato da maggior sintesi e schematicità intese ad una provvisoria e sommaria delimitazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*) o dal modello dei *Memorials* (più vicino alle attitudini di *civil law* e caratterizzato da maggior dettaglio illustrativo ed argomentativo). È inutile dire che — salva la scontata e tendenziale preferenza dei pratici dell'arbitrato internazionale, pressoché in ogni lido, per il secondo sistema (ma vedi, per la perdurante attualità del dibattito sia pure in settore particolare, il recente scritto di M. GROSE - K. CYWICKI, *Pleadings or Memorials: which are more appropriate for Construction Arbitrations?*, in *BCDR International Arbitration Review*, 2017, 43-52) — ciascuno si regolerà strategicamente secondo il caso.

stanze che potrebbero stimolare rischiose iniziative officiose degli arbitri, o al sollecitare gli arbitri (anche puramente domestici) ad un uso dell'ordine di esibizione ben più efficace e penetrante di quanto non accada nel nostro processo civile (9).

Esaurita l'istruttoria o non essendovi bisogno di essa, vi sarà di regola una tornata di scritti finali ("conclusionali" o "note" o "memorie conclusive") con eventuali repliche sempre scritte (in ambito internazionale: *Post-hearing Brief* ed eventuale, ma alquanto rara nella prassi, *Post-hearing Reply*), seguita, ovvero sostituita per lo meno quanto alle repliche, da una finale discussione orale; quest'ultima, se non totalmente inusuale è ben meno diffusa in ambito internazionale, ove la *hearing* è pensata — *if any* — come prevalentemente funzionale alla assunzione della prova; il che comporta — ciò che l'avvocato in un arbitrato con sede in Italia ma a connotazione internazionale e con arbitri stranieri deve ben tenere a mente nel redigere la *post-hearing Brief* — che quest'ultima è uso dedicarla soprattutto alla illustrazione e commento di quanto accaduto in istruttoria e cioè nella *hearing*, e che la *reply* è appunto rara.

La variante della discussione orale — come nel giudizio ordinario ma tenendo presente che nella clinica privata dell'arbitrato essa, se disposta, avrà spazio più ampio ed attenzione almeno apparentemente maggiore — non è priva di rilievo ai fini della selezione degli argomenti, soprattutto di stretto diritto, da inserire nello scritto o negli scritti conclusivi: ad esempio un argomento in prevenzione ed in risposta ad immaginabile rilievo altrui, e dunque in odore di *excusatio non petita*, potrà essere inserito nello scritto ("né si dica che...") se non vi è discussione orale ovvero escluso e tenuto di riserva per la discussione orale (10).

(9) Deve tenersi a mente che tale maggior ampiezza del potere officioso controbilancia, nell'arbitrato internazionale — di impronta ormai indubitabilmente e per varie ragioni più angloamericana che continentale — non solo il tendenziale (e per vero spesso solo apparente) approccio antierverista degli arbitri nel corso della *cross-examination* (così diverso rispetto al protagonismo esclusivo, anch'esso a volte apparente, del nostro giudice nella assunzione di testi), ma soprattutto il carattere ultra dispositivo del sistema di esibizione dei documenti, sempre più diffuso, secondo il quale una parte richiede all'altra l'esibizione e di fronte al rifiuto decidono gli arbitri, ma sia nel caso di esibizione spontanea sia nel caso di esibizione ordinata dagli arbitri i documenti non sono acquisiti al fascicolo se non dopo che la parte che li ha richiesti li abbia esaminati e abbia scelto di produrli (ma nulla esclude appunto che l'arbitro disponga d'ufficio l'acquisizione di un documento ritenuto essenziale e dell'esistenza del quale abbia appreso proprio dalla lista presentata dall'una o dall'altra delle parti).

(10) L'ambiente dell'arbitrato internazionale, in specie di *common law*, si porta non raramente dietro nella *hearing*, per osmosi dal processo giudiziale (specialmente ma non solo penale e specialmente ma non solo *by jury*) la prassi dell'*Opening statement* e dell'eventuale *Closing statement* o *Closing argument*, accuratamente verbalizzati. Sinceramente in arbitrato (e dunque in arbitrato internazionale con sede in Italia) se ne potrebbe tranquillamente fare a meno, perché la *hearing* non è qui affatto il primo momento di contatto fra avvocati e giudicanti che richieda una formale allocuzione introduttiva ed eventualmente finale dei primi specialmente concentrata sui fatti.

Scontato poi che il ruolo degli avvocati nella *hearing* sarà concentrato sulla *cross* e *direct-examination* nonché *recross* e *redirect*, resta il problema delle eventuali interlocuzioni definitive,

Specialmente in ambito internazionale, ed in arbitrati non particolarmente complessi, non solo la discussione orale ma anche la tornata di scritti conclusivi potrebbe mancare: la *hearing* non è stata necessaria perché non vi erano prove da assumere, le *post-hearing brief* neppure sono dunque necessarie e, nelle intenzioni degli arbitri, il lodo può essere *de plano* deliberato perché la materia del contendere, documentale, è sufficientemente illustrata negli scritti iniziali depositati innanzi al collegio costituito (non quelli meramente introduttivi). Non è atteggiamento assurdo (esso troverebbe oltretutto giustificazione esplicita o implicita in quasi tutti i regolamenti di arbitrato amministrato) o sociologicamente non plausibile: l'arbitro per costume è più disposto del giudice a leggere ma meno propenso a farsi aiutare dagli avvocati delle parti nella soluzione delle questioni giuridiche, e il presidente del collegio sa di avere in camera di consiglio due coarbitri, nella ipotesi più sana sicuramente portatori e mediatori di ogni ragionevole argomento a sostegno della tesi della parte che ciascuno di essi ha designato. Normalmente però arbitri avveduti dovrebbero avvertire le parti fin dall'inizio riguardo a questo possibile sviluppo procedimentale, ed in tal caso gli avvocati potranno e sapranno essere più scrupolosi, accurati e completi nella confezione degli scritti iniziali (le due o più tornate di memorie iniziali) anche in punto di pura argomentazione giuridica. Altrimenti all'avvocato che non lo abbia fatto o non sia stato preavvertito e posto in condizione di farlo non resterà che sollecitare la fissazione a tutti i costi di un termine per scritti conclusivi, sbandierando, non sempre agevolmente e men che meno ove sorpresa non vi sia, esigenze di rispetto del contraddittorio e della difesa.

Da aggiungere — ancora un presupposto normativo *per assenza di norme* di cui tener conto — che in arbitrato non vige il principio secondo cui la emanazione di una decisione parziale o non definitiva è sempre

a chiarimento o ad ulteriore illustrazione della materia del contendere in fatto come in diritto, e delle eventuali — detto con espressione nostrana — "note a verbale".

Va premesso che la verbalizzazione propriamente detta può essere molto varia e diversificata: da quella registrata e poi eventualmente trascritta in grande arbitrato — internazionale o meno — amministrato, a quella normale in arbitrato domestico, che si concentrerà ovviamente sulle dichiarazioni testimoniali e quanto alle interlocuzioni orali argomentative degli avvocati (vuoi che esse avvengano in udienza dedicata anche alla assunzione delle prove vuoi che esse avvengano in udienza dedicata appositamente alla discussione orale) le sintetizzerà con il consueto "i legali delle parti illustrano ampiamente le rispettive posizioni" o *similia*. Ma anche nel primo caso non ci si può certo fidare che gli arbitri riascoltino il dire degli avvocati o leggano con trasporto e piena comprensione la avventurosa sbobinatura scritta. Ciò premesso, qualunque difensore abbia qualcosa di davvero importante da dire e di cui lasciare traccia vorrà allegare a verbale uno scritto. Attesa la deformalizzazione dell'arbitrato non vedrei in ciò nulla di strano e l'approccio degli arbitri dovrebbe essere senz'altro favorevole, salva la giusta attitudine di questi ad impedire inutili appesantimenti del contraddittorio. Morale: l'avvocato esperto saprà sintetizzare a dovere (e se del caso preparare in anticipo) la verbalizzazione scritta e valutare ove essa sia davvero opportuna o possa invece essere utilmente rinviata agli scritti conclusivi (se siamo in udienza puramente "istruttoria" o se vi sia comunque ancora spazio, eventualmente da sollecitare in *extremis*, per quelli).

preceduta dalla precisazione delle conclusioni "su tutta la causa" e dunque dalla illustrazione "su tutta la causa" delle conclusioni negli scritti finali. Se gli arbitri avviano il giudizio verso la possibile emanazione di una decisione parziale o non definitiva (sulla loro *potestas iudicandi*, o sulla legge applicabile, o su singola questione di merito a carattere preliminare, o perfino su singola domanda senza necessità di inutile formale separazione della causa) lo segnaleranno alle parti, le quali interloquiranno conclusivamente solo su quel ristretto *thema decidendum*.

Vi sono poi, per l'avvocato in arbitrato, possibili e relativamente semplici incombenze scritte per così dire minori e normativamente tipizzate. Ma per esse (istanza di ricsuzione, istanza di sospensione del giudizio arbitrale *ex art. 819 bis*, atto di proroga dei termini *ex art. 820*, intimazione di decadenza dal termine di emanazione del lodo *ex art. 821* ecc.) sarebbe pignolesco discorrere di apposite tecniche redazionali e non vi è che da rinviare alle norme.

Quanto infine alle istanze istruttorie ed in generale agli atti relativi alla assunzione della prova si è già detto in apertura come e perché il discorso esuli dal presente scritto.

7. La prassi arbitrale italiana pare essersi definitivamente liberata, salve sacche di resistente nostalgia, dalla "formulazione dei quesiti" e dal relativo apposito atto scritto o segmento di atto; il tutto trovava origine appunto nella prassi, ma riceveva consacrazione normativa in un inciso ormai abrogato dell'art. 823, c. 2°, n. 2, c.p.c., e dava luogo ad a volte comiche e comunque equivoche circonvoluzioni verbali per trasformare in interrogativo (quesito appunto) quel che l'avvocato era aduso davanti al giudice a formulare in forma assertiva (la conclusione).

Oggi da un lato l'art. 823, c. 2°, n. 4 continua ad annoverare fra i requisiti del lodo la indicazione delle "conclusioni delle parti", d'altro lato nessuna disposizione impone alla parte la apposita formulazione o la successiva e finale "precisazione delle conclusioni" (occasionalmente un riferimento alla "precisazione delle conclusioni", come apposito snodo formale di chiusura della trattazione ed avvio della fase decisoria, è contenuto in regolamenti arbitrali: v. ad esempio l'art. 31 di quello della Camera Arbitrale Milano; non invece nel principio dei regolamenti arbitrali internazionali, le *ICC Rules*, ove all'art. 27 ci si riferisce solo alla formale indicazione del "*closing of the proceedings*" da parte degli arbitri). Altro discorso è ovviamente che anche innanzi agli arbitri debbono essere proposte specifiche "domande" corredate di *petitum* e *causa petendi*, e che a ciò e cioè alla "domanda" (arbitrale) facciano riferimento le disposizioni normative in tema interruzione/sospensione della prescrizione, di trascrizione ecc... cui si è fatto cenno al par. 5.

La morale, per ciò che qui limitatamente interessa, è che gli arbitri — in assenza oltretutto di qualsiasi disposizione che sanzioni l'indetermina-

tezza della domanda — hanno il potere-dovere, a prescindere da qualsiasi snodo formale che possa ragguagliarsi alla “precisazione delle conclusioni” ex art. 189 c.p.c., di ricostruire ed individuare *ex actiis*, se del caso chiedendo chiarimenti alle parti, le rispettive domande, eccezioni e conclusioni sia al fine della emanazione di una decisione sostanzialmente rispettosa della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato, sia al fine formale della indicazione delle “conclusioni delle parti” nel lodo nel rispetto del requisito di legge cennato (e per altro non previsto a pena di nullità: v. art. 829, c. 1, n. 5).

Fermo quanto sopra sul piano giuridico, sul piano pragmatico è ovvio che gli arbitri di regola chiederanno alle parti una esplicita finale formulazione delle definitive conclusioni prima di avviarsi alla decisione nei modi ritenuti più consoni (nell’ambito degli scritti conclusivi o con foglio separato, e non necessariamente, di certo, in apposita riunione o udienza); e che anche in assenza di ciò qualunque avvocato in arbitrato sentirà la necessità di tale finale precisazione in qualunque sede congrua; la cui tecnica redazionale non può che obbedire all’elementare canone, valido anche innanzi al giudice, secondo cui le conclusioni devono chiaramente ed inequivocamente indicare il *petitum* mediato e immediato (per il resistente quello di rito oppure di accertamento negativo corrispondente alla richiesta di rigetto nel merito delle avverse domande) con un opzionale sobrio cenno alla *causa petendi*.

Al potere-dovere ricostruttivo degli arbitri cui si è fatto cenno spetterà — ove non sia stato definito un momento finale *ad instar* della “precisazione delle conclusioni” innanzi al giudice pur deformalizzata — valutare se e come, nella sequenza successiva degli scritti difensivi versati in arbitrato, una originaria domanda sia stata abbandonata o precisata o modificata (sulla non necessità di precisare le conclusioni “su tutta la causa” allorché si prefiguri la possibilità di una decisione arbitrale parziale o non definitiva vedi quanto si è già osservato al paragrafo 6).

The article offers a reflection on the drafting techniques of the parties' briefs in arbitration with reference to both domestic and international arbitration based in Italy. The analysis, therefore, takes into account the regulatory framework arising from Italian law and arbitration rules, soft law instruments, and practices in international arbitration in general; and is based on a comparison with the drafting techniques of parties' briefs in ordinary civil proceedings.

The author specifically examines: the difficult balance between conciseness and completeness; the impact of the personality of the arbitrators on the drafting and argumentation choices made by the counsels; the ways in which jurisprudence and authors should be quoted; the approach to opening briefs (Request for arbitration and Answer to the request); the approach to pre- or post-hearing defensive briefs (usually not expressly regulated by the legislator).