

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI  
GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO  
INTERNO ED INTERNAZIONALE

XXIV CICLO

Coordinatore Chiar.mo Prof. Romano Vaccarella

*“L’istruzione probatoria negli arbitrati commerciali internazionali”*

Tutor  
Chiar.mo Prof. Bruno Nicola Sassani

Candidato  
Dott. Alessandro Fabbi

A.A. 2010/2011

# L'ISTRUZIONE PROBATORIA NEGLI ARBITRATI COMMERCIALI INTERNAZIONALI

## INDICE - SOMMARIO

	<i>pag.</i>
INDICE.....	2
INTRODUZIONE.....	6
 CAPITOLO PRIMO DISPONIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO, DISPONIBILITÀ DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA	
1. Arbitrati "flottanti", <i>arbitrage sans loi</i> , arbitrati "multinazionali".....	10
1.1 ( <i>Segue</i> ) Reviviscenze recenti in tema di arbitrato denazionalizzato. Critica della teoria che, riaffermando l'esistenza di un autonomo arbitral <i>legal order</i> , enfatizza la libertà di determinazione unilaterale delle regole del procedimento da parte degli arbitri.....	15
2. Libertà di forme e autonomia privata nella disciplina dei procedimenti arbitrari.....	19
2.1 ( <i>Segue</i> ) La graduale evoluzione sul piano internazionale.....	20
2.2 ( <i>Segue</i> ) L'evoluzione delle legislazioni statali e dei regolamenti di arbitrato.....	22
2.3 ( <i>Segue</i> ) Attuale estensione del legame dell'arbitrato con l'ordinamento processuale dello Stato sede.....	28
2.4 ... recenti inversioni di tendenza: il richiamo in via sussidiaria del diritto processuale statale per colmare le lacune. Suo fondamento.....	29
3. Vocazione per l'autonomia della disciplina dell'istruzione probatoria quale modello di armonizzazione di tradizioni processuali differenti. Suo "distacco" rispetto al diritto processuale dello Stato sede.....	32
4. Limiti a tale "distacco".....	34
4.1 ( <i>Segue</i> ) Controllo delle corti statali, principio di "non interferenza" e <i>standards</i> processuali minimi.....	35
4.1.1 ...in sede di impugnazione per nullità.....	35
4.1.2 Rinuncia convenzionale all'impugnazione.....	39
4.1.3 ...in sede di opposizione alla richiesta di <i>enforcement</i> .....	40

4.2 ( <i>Segue</i> ) <i>Standards</i> processuali minimi: il “giusto processo”.....	42
4.3 ( <i>Segue</i> ) <i>Standards</i> processuali minimi: norme processuali inderogabili e ordine pubblico processuale. Rinvio.....	44
5. Fattori “propulsivi” dell’autonomia del diritto processuale dell’arbitrato internazionale.....	46
5.1 ( <i>Segue</i> ) Ancora sulla fissazione delle regole del procedimento. Il ruolo dell'autonomia privata e degli arbitri: tensione tra rispettivi poteri e adozione di un approccio “collaborativo”. L’obbligo di motivazione. Rinvio.....	46
5.2 ( <i>Segue</i> ) Il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi. Cenni a rilevanza ed efficacia delle prassi degli arbitrati commerciali. Rinvio.....	52

## CAPITOLO SECONDO

### PROVA DEI FATTI, *LEX CAUSAE* E ARBITRATI INTERNAZIONALI

6. Premessa. Arbitrato e <i>strict rules of evidence</i> . In breve, sulla "natura" delle norme in tema di prove.....	54
7. Limiti di ammissibilità dei mezzi di prova, in genere.....	58
8. Peso ed efficacia delle prove. Libera valutazione delle prove e libero convincimento degli arbitri. Inesistenza di un sistema di prova "legale" nell'arbitrato internazionale.....	61
9. Arbitrato internazionale, regole di giudizio e legge sostanziale applicabile al rapporto.....	65
9.1 La ripartizione dell’onere della prova negli arbitrati internazionali.....	66
9.2 La prova presuntiva negli arbitrati internazionali.....	70
10. Cenni alla non contestazione dei fatti, all’utilizzo della scienza privata degli arbitri ed alla rilevanza del fatto notorio negli arbitrati internazionali.....	71
11. Conclusioni. Centralità del ruolo dell’autonomia privata.....	74

## CAPITOLO TERZO

### PROVE DOCUMENTALI

12. Premessa. Nozione di documento.....	76
13. Arbitrati meramente documentali.....	78
14. Questioni in tema di ammissibilità dei documenti e contestazione della loro autenticità.....	80
15. Valore probatorio delle prove documentali in arbitrati internazionali.....	84
16. Esibizione documentale. Rinvio.....	86

## CAPITOLO QUARTO

### PROVA PER TESTIMONI, CONFESSIONE, GIURAMENTO

17. L'oralità negli arbitrati commerciali internazionali.....	90
18. Accoglimento di una nozione di testimone “in senso lato”. Ammissibilità della testimonianza di parte.....	93
18.1 Cenni alla limitata rilevanza, nei procedimenti arbitrali internazionali, dell'istituto della confessione.....	98
19. Limiti di ammissibilità della prova testimoniale, in genere.....	99
20. Prova per testimoni e formazione del convincimento degli arbitri.....	104
21. Assunzione della testimonianza. Rinvio. Cenni all'irrilevanza delle diverse forme di giuramento negli arbitrati internazionali.....	105

## CAPITOLO QUINTO

### CONSULENZA E TESTIMONIANZA TECNICA

22. Differenze e convergenze tra ordinamenti giuridici di <i>common law</i> e sistemi di diritto continentale.....	107
23. Legislazioni nazionali e regolamenti arbitrali. Distinzione tra consulenti di parte e consulenti d'ufficio.....	112
24. La consulenza (testimonianza) tecnica di parte.....	116
25. La consulenza tecnica d'ufficio. Facoltà per le parti di escluderla convenzionalmente.....	120
25.1 ( <i>Segue</i> ) Garanzie di imparzialità dei consulenti.....	123
25.2 ( <i>Segue</i> ) Consulenza tecnica e contraddittorio. Rinvio.....	125
25.3 ( <i>Segue</i> ) Consulenza tecnica e decisione.....	127
26. La consulenza vertente su questioni giuridiche. Ancora sulla rilevanza del principio <i>iura novit curia</i> nei procedimenti arbitrali internazionali.....	130
27. Rilievi conclusivi.....	131

## CAPITOLO SESTO

### SVOLGIMENTO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA

28. Discussione “preliminare” e normale scansione temporale dell'istruzione probatoria.....	132
29. Il giudizio di rilevanza e ammissibilità dei mezzi di prova, in genere.....	135
30. Cenni ai limiti di ammissibilità dettati da esigenze di protezione di segreti commerciali e informazioni confidenziali.....	136
31. Prova documentale: modi di introduzione nel corso del procedimento.....	139
31.1 ( <i>Segue</i> ) Esibizione documentale: “unicità” dei procedimenti in uso in arbitrati internazionali.....	139
32. Prova testimoniale: modi di introduzione nel corso del procedimento.....	142
32.1 ( <i>Segue</i> ) Testimonianza scritta. <i>Witness statements, depositions e affidavits</i> .....	142
32.2 ( <i>Segue</i> ) Preparazione dei testimoni.....	146

32.3 ( <i>Segue</i> ) Giuramento.....	149
32.4 ( <i>Segue</i> ) Interrogatorio.....	151
32.5. ( <i>Segue</i> ) Aspetti peculiari nell’assunzione della testimonianza a contenuto tecnico.....	155
33. Il procedimento nella consulenza tecnica d’ufficio.....	157
34. Ispezioni ed esperimenti.....	158
35. Assenza di poteri coercitivi degli arbitri.....	159
36. Cenni all’assistenza giudiziaria in materia di istruzione probatoria.....	160
37. <i>Non-compliance</i> delle parti e relative “sanzioni”.....	162
37.1 Desunzione di inferenze negative dal comportamento processuale delle parti.....	163
37.2 Conseguenze sulla ripartizione dei costi del procedimento.....	165
38. Conclusioni. L’approccio collaborativo e le garanzie processuali riconosciute in sede di assunzione come contrappeso della libertà concessa agli arbitri in tema di ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova.....	165
38.1 Centralità dell’obbligo di motivazione e lodi “concordati” .....	167

## CAPITOLO SETTIMO

### CONCLUSIONI

39. Ancora in tema di libertà di forme e “tensione” tra ruolo degli arbitri e ruolo dell’autonomia privata nella determinazione delle regole del procedimento .....	169
40. “Distacco” dal diritto processuale civile nella disciplina dell’istruzione probatoria: estensione comunemente accolta, nell’ambito considerato, dei concetti di ordine pubblico e di norme processuali inderogabili riferiti alla materia delle prove .....	171
41. Prospettive future: deregolamentazione o <i>judicialisation</i> ? Necessità di affermazione e convalidazione di “buone prassi”: il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi.....	176
42. La prassi degli arbitrati commerciali internazionali tra <i>lex mercatoria arbitralis</i> e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili.....	178
43. Spunti ulteriori: considerazioni in tema di arbitrati domestici e accordi sul processo .....	182
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>185</b>

## INTRODUZIONE

Finalità del presente studio è di esaminare il tema dell'istruzione probatoria negli arbitrati commerciali internazionali, con riferimento tanto alla regolamentazione statica quanto ai profili dinamici della materia. In particolare, ci si soffermerà sui principi che informano l'istruzione, sull'analisi dei singoli mezzi di prova e strumenti istruttori e sulla loro astratta ammissibilità ed efficacia, nonché sui modi di assunzione di ciascun mezzo nel corso del procedimento. Si avrà riguardo, principalmente, ad arbitrati secondo diritto considerando soltanto saltuariamente l'arbitrato di equità cui raramente si fa ricorso nell'ambito transnazionale considerato<sup>1</sup>.

Nel primo capitolo verranno anzitutto delimitati i confini dell'indagine, analizzando l'attuale dimensione del diritto processuale dell'arbitrato internazionale per comprendere: *i.* sino a che punto le regole del procedimento siano rimesse alla libera determinazione dell'autonomia privata; *ii.* in che rapporto tale libertà si ponga rispetto al ruolo e ai poteri degli arbitri; *iii.* quali siano i limiti invalicabili posti al riguardo dalle legislazioni nazionali e dal diritto internazionale pubblico. In questa prima fase, si dovrà necessariamente: - accennare alle diverse ricostruzioni teoriche dell'arbitrato proposte nel tempo, senza però poterne esaurire i vari profili; - introdurre concetti problematici, come quelli di ordine pubblico processuale e di norme processuali inderogabili, senza però definirli e rinviando per le prime conclusioni del caso al termine del lavoro.

I successivi capitoli, dal secondo al sesto, si prefiggono di descrivere la disciplina dell'istruzione probatoria nei summenzionati aspetti.

A tale scopo, essendo l'arbitrato internazionale essenzialmente frutto di prassi, è apparso opportuno impostare la ricerca sulla valutazione dei precedenti arbitrali, oltre che delle pronunce di corti statali che, in sede di controllo dei lodi, abbiano a

---

<sup>1</sup> Peralto, afferendo la distinzione tra arbitrati secondo diritto e arbitrati *ex aequo et bono* al criterio di giudizio utilizzabile dagli arbitri, essa dovrebbe risultare di poco momento nella prospettiva qui considerata delle regole applicabili ai procedimenti (sul punto, v. Verde, G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 133).

loro volta esaminato tali prassi convalidandole *a posteriori*, correggendole, ovvero censurandole<sup>2</sup>.

Si è soliti affermare che il settore possa rappresentare il campo nel quale potrebbe attuarsi un'armonizzazione o, almeno, un'approssimazione del diritto processuale di ordinamenti tra loro distanti<sup>3</sup>. Si tratta, senz'altro, di un'occasione unica per testare - in procedimenti per liti tra privati di diversa nazionalità - l'efficienza di soluzioni che tentino di mediare tra sistemi processuali differenti<sup>4</sup>.

Quantunque la maggioranza delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato ponga nella disponibilità delle parti e, più limitatamente, degli arbitri, la disciplina del procedimento e della sua fase istruttoria è inevitabile che le tecniche adottate provengano da precedenti esperienze tipiche dei processi civili. È dunque naturale che negli arbitrati privati internazionali possano effettivamente scorgersi elementi dell'istruttoria in uso negli ordinamenti di *common law*, misti ad altri elementi mutuati da sistemi di diritto continentale.

Le citate prassi, tuttavia, non si limitano a rappresentare interessanti esempi di ravvicinamento di tradizioni processuali antitetiche, né i processi arbitrali in discorso costituiscono disordinate commistioni di norme di diversa origine trapiantate forzatamente in un unico modello<sup>5</sup>. Al contrario, queste soluzioni da un canto si connotano per garantire un elevato grado di flessibilità (nel senso di

---

<sup>2</sup> Sul presupposto che l'arbitrato presenti sempre un - seppur ristretto - legame con un dato ordinamento statale: *infra*, cap. 1, § 1 ss.

<sup>3</sup> Hazard, G. Jr., "From Whom No Secrets are Hid". *Segretezza e ricerca della verità nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 2, 465 ss., 466.

<sup>4</sup> In tal senso, tra gli altri, Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in *Riv. arb.*, 3, 2008, 311 ss. e Park, W. W., *Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography*, in *Arbitration International*, 2001, 3, 273.

Si nota fin da ora che presenta notevoli punti di contatto con quella dei procedimenti arbitrali internazionali la disciplina dell'istruzione probatoria nei processi dinanzi a corti internazionali, quali la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte Internazionale di Giustizia ovvero il Tribunale Internazionale del Diritto del Mare. Ampi parallelismi possono riscontrarsi anche nella disciplina dei procedimenti arbitrali per liti in materia di investimenti all'estero svolti sotto l'egida del Centro Internazionale di Risoluzione delle Controversie in materia di Investimenti Stranieri ("ICSID"). Questi modelli processuali, pertanto, saranno spesso presi a riferimento nel corso dell'indagine, con la generale avvertenza però (salvo quanto si dirà *infra*, cap. 7) che le situazioni giuridiche dedotte nei relativi giudizi sono (ancora) profondamente differenti dalle liti di carattere commerciale di cui si tratta in questa sede. Costituiranno infine utile punto di riferimento anche le prassi di arbitrati internazionali in materia sportiva, che si svolgono davanti al *Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport* ("CIAS") e al *Tribunal Arbitral du Sport* ("TAS"), nonché di arbitrati dinanzi a collegi internazionali permanenti quale è, ad esempio, il Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti.

<sup>5</sup> Cfr. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998, 83.

“opzioni possibili”, non anche di “indeterminatezza”), controbilanciato - come si dirà: *i.* dall'affermazione della supremazia di un principio di collaborazione tra parti e arbitri e; *ii.* dalla (correlativa) costante assicurazione, ancor più rigida che nel processo statale, delle garanzie legate al concetto di giusto processo<sup>6</sup>.

D'altro canto, come si intende illustrare nei capitoli dedicati a singoli mezzi di prova e loro assunzione, tali soluzioni godono oggi di un'applicazione pressoché uniforme, tanto che non sono mancati i tentativi di inquadrarle sotto l'espressione di *lex mercatoria arbitralis* e/o di affermare che dalla loro osservazione possa desumersi l'esistenza di taluni principi generali di diritto (processuale) riconosciuti dalle Nazioni civili ai sensi dell'art 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>7</sup>. Ambedue le proposte, in sostanza, vorrebbero collocare tali prassi, assurte a consuetudini, nella gerarchia delle fonti. Entrambe le teorie, tuttavia, sono osteggiate da ragioni in contrasto e la prima, in particolare, evocando la precedente proposta di considerare la *lex mercatoria* intesa in senso sostanziale quale fonte di produzione di norme giuridiche, sembra limitarsi a riversare in ambito processuale i medesimi ragionamenti spiegati in quel contesto<sup>8</sup>.

Ad un primo approfondimento circa tali temi - senza omettere di interrogarsi intorno a effettive utilità e opportunità di una simile indagine<sup>9</sup> - è pertanto dedicata una parte del settimo capitolo.

Si aggiunga, sempre a questo riguardo, che l'arbitrato internazionale è il più delle volte un arbitrato amministrato e, dunque, è alle maggiori istituzioni arbitrali che si deve il merito di aver posto per iscritto nei propri regolamenti, migliorato, o più semplicemente raccolto e pubblicato, le cosiddette *best practises*<sup>10</sup>. Inoltre,

---

<sup>6</sup> Ad evocare le garanzie formali che la giurisprudenza italiana ritiene imprescindibili per l'ammissione nel processo civile di prove atipiche: sul punto v. *infra*, nel testo, e spec. cap. 6, § 38.

<sup>7</sup> A riguardo, v. cap 7, § 42.

<sup>8</sup> Si è recentemente osservato, in proposito, come - petizioni di principio a parte - il contenuto di tale presunta *lex mercatoria* processuale non sia mai stato rivelato, né altrimenti provato: Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, 2010, 236, spec. nt. 15.

<sup>9</sup> E correlando tale approfondimento con le indagini già compiute in merito alla presunta esistenza di principi di diritto internazionale processuale generalmente riconosciuti: v. da ultimo il recente studio di Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten Reihe: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 2010.

<sup>10</sup> Data ad alcuni mesi orsono la pubblicazione della versione del 2011 (in vigore dal 1° gennaio 2012) delle Regole della Camera di Commercio Internazionale di Parigi; risale invece al 2010 la pubblicazione delle revisioni al Regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni



proliferano da alcuni decenni modelli di disciplina che tentano di guidare l'autonomia privata nella determinazione delle regole applicabili all'istruttoria (segno del fatto che una qualche "affermazione" delle procedure in uso, spesso etichettata come foriera di un'evitabile *judicialization* dell'arbitrato, era - ed è tuttora - necessaria)<sup>11</sup>.

La constatazione dell'esistenza di prassi consolidate e della progressiva emersione della materia considerata quale disciplina autonoma permette oggi di soppesarne, in un esercizio di comparazione giuridica in ambito processuale, efficacia e funzionalità. È bene precisare, pertanto, che il presente studio indaga una materia assestante e non si limita a rappresentare una semplice appendice di studi già realizzati intorno all'atteggiarsi della disciplina delle prove nell'arbitrato di diritto comune<sup>12</sup>. Piuttosto, come si vedrà, dall'esame delle soluzioni adottate nei processi arbitrali internazionali si generano riflessioni che in primo luogo si traspongono sull'arbitrato domestico (e sulla libera determinazione delle regole di tale procedimento), e che secondariamente si spostano sul processo civile statale, vertendo, all'occasione, sull'attualità del sistema della prova legale, sul corretto bilanciamento tra poteri istruttori officiosi e principio dispositivo, o sul quale sia preferibile, quale strumento istruttorio in termini di costi ed efficienza, tra la consulenza tecnica d'ufficio e la consulenza (testimonianza) tecnica di parte.

Infine, terminata l'analisi dei menzionati aspetti, nel presente lavoro ci si permetterà di spendere alcune brevissime considerazioni (o, più propriamente, esprimere taluni auspici) in merito all'ulteriore tematica degli accordi sul processo e all'opportunità che l'attuale e rinnovata attenzione su questa si giovi anche, con tutti i limiti e le riserve del caso, dell'esperienza degli arbitrati commerciali.

---

Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral), al Regolamento di arbitrato della Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, al Regolamento della Camera di Commercio di Stoccolma.

<sup>11</sup> Il riferimento è, principalmente, alle Regole in tema di istruzione probatoria predisposte dall'*International Bar Association* ("*IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*"), anch'esse recentemente riformate, nel corso del 2010 nonché, in passato, alle *Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (1996). In genere, sull'evoluzione storica del ricorso nel settore a linee-guida predisposte a livello privato e associativo, v. Park, W. W., *The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments*, in Mistelis, Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, 2006, 141 ss.

<sup>12</sup> Prospettiva richiamata, al contrario, da Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. 3 ss. e cap. VI.

## Capitolo Primo

# DISPONIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO DISPONIBILITÀ DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA

SOMMARIO: 1. Arbitrati "flottanti", *arbitrage sans loi*, arbitrati "multinazionali". - 1.1 Reviviscenze recenti in tema di arbitrato denazionalizzato. Critica della teoria che, riaffermando l'esistenza di un autonomo *arbitral legal order*, enfatizza la libertà di determinazione unilaterale delle regole del procedimento da parte degli arbitri. - 2. Libertà di forme e autonomia privata nella disciplina dei procedimenti arbitrali. - 2.1 La graduale evoluzione sul piano internazionale. - 2.2 L'evoluzione delle legislazioni statali e dei regolamenti di arbitrato. - 2.3 Attuale estensione del legame dell'arbitrato con l'ordinamento processuale dello Stato sede. - 2.4 ... recenti inversioni di tendenza: il richiamo in via sussidiaria del diritto processuale statale per colmare le lacune. Suo fondamento. - 3. Vocazione per l'autonomia della disciplina dell'istruzione probatoria quale modello di armonizzazione di tradizioni processuali differenti e suo "distacco" rispetto al diritto processuale dello Stato sede. - 4. Limiti a tale "distacco". - 4.1 (*Segue*) Controllo delle corti statali, principio di "non interferenza" e *standards* processuali minimi. - 4.1.1 ...in sede di impugnazione per nullità. - 4.1.2 Rinuncia convenzionale all'impugnazione - 4.1.3 ...in sede di opposizione alla richiesta di *enforcement* - 4.2 *Standards* processuali minimi: il "giusto processo". - 4.3 (*Segue*) *Standards* processuali minimi: norme inderogabili in tema di istruzione probatoria e ordine pubblico processuale. Rinvio. - 5. Fattori "propulsivi" dell'autonomia del diritto processuale dell'arbitrato internazionale. - 5.1 (*Segue*) Ancora sulla fissazione delle regole del procedimento. Il ruolo dell'autonomia privata e degli arbitri: tensione tra rispettivi poteri e adozione di un approccio "collaborativo". L'obbligo di motivazione. Rinvio. - 5.2 (*Segue*) Il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi. Cenni a rilevanza ed efficacia delle prassi degli arbitrati commerciali. Rinvio.

### 1. Arbitrati "flottanti", *arbitrage sans loi*, arbitrati "multinazionali".

L'analisi del tema dell'istruzione probatoria negli arbitrati internazionali tra privati richiede di inquadrare preliminarmente la questione della disciplina applicabile a tali procedimenti, per cui occorre anzitutto interrogarsi in merito all'attuale ed eventuale valenza della teoria vertente sul concetto di un arbitrato

privo di nazionalità, del tutto svincolato dalle regole del diritto processuale civile dello Stato sede<sup>13</sup>.

È noto che il fondamento di tale teoria va identificato nelle proposte avanzate da Goldman, durante la seconda metà del secolo scorso<sup>14</sup>, a fronte delle quali si è aperto un annoso dibattito che ha visto dottrina e giurisprudenza di diversi Paesi dividersi fra due contrapposte opzioni ricostruttive<sup>15</sup>.

A un primo estremo, si pone la visione che ritiene di considerare che l'arbitrato internazionale possa (*rectius*: debba) trovare fondamento e ragion d'essere esclusivamente in un dato ordinamento nazionale, ossia quello della sede<sup>16</sup>, assumendo all'uopo, per identificare nello Stato la fonte del potere degli arbitri, un'assimilazione totale tra questi e i giudici (spiegazione "giurisdizionalista") ed enfatizzando al contempo il ruolo dell'autonomia privata (spiegazione "soggettivista"), nel senso di ritenere che la preferenza manifestata dalle parti con la scelta di una certa sede meriti ossequio poiché essa varrebbe a dimostrare che in tal modo queste hanno consapevolmente inteso radicare il procedimento in un dato ordinamento statale non soltanto accettando, ma ancor

---

<sup>13</sup> Parte della vastissima letteratura in argomento è commentata (e confutata nelle diverse argomentazioni) da Briguglio, in *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, spec. 8 ss. e cap. I e, in precedenza, *Id., Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in *Riv. arb.*, 1998, 453 ss. Oltre ai rife. *ivi* citati e a quelli di cui si farà menzione nelle note successive, si vedano Gentinetta, *Die lex fori internationaler Handelschiedsgerichte*, Bern, 1973, *passim* e spec. parte X; David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982; Mustill, *The New Lex Mercatoria: the First Twenty Five Years*, in Bos, Browlie, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, 149 ss.; Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998; Pinto, *Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 619 ss.; Mayer, *The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years*, in Aa.Vv., Hunter, Marriott, Veeder (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration. The LCLA Centenary Conference*, London, 1996, 37 ss. e, più di recente, Lew, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 2, 179 ss.

<sup>14</sup> Espresse in Goldman, *Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CIX, 1963, 347 ss. e *Id., Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit. Le droit subjective en question*, IX, 1964, Paris, 177 ss. Le teorie dell'a. sono state in seguito corroborate dalla dottrina francese sulla base della precedente opera di Santi Romano e delle concezioni da questi espresse in *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, *passim*.

<sup>15</sup> Per un riepilogo, cfr. sin d'ora il recente lavoro di Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Boston, 2010, *passim*, cui si farà ampio riferimento nel prosieguo e spec. *infra*, § 1.1. L'a. analizza nel dettaglio le differenti teorie avanzate nel corso del tempo, criticando la ricostruzione classica legata all'enfatizzazione d'importanza della legge dello Stato sede, a suo dire basata su un rigido (e oggi inattuale) richiamo a nozioni di positivismo giuridico; egli propende al contrario per una riaffermazione dell'esistenza di un autonomo *arbitral legal order*.

<sup>16</sup> Tra i fautori di tale teoria, v. per tutti Mann, *Lex Facit Arbitrum*, in Aa. Vv., Sanders (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, 157 ss.

prima perseguendo, le precise "conseguenze" del caso<sup>17</sup>. Entrambe le ricostruzioni muovono da una necessità di ordine e certezza del diritto e, a prima vista, dall'aderenza a postulati discendenti dal positivismo giuridico, tali per cui gli arbitri potrebbero derivare la loro autorità soltanto da un ordinamento che sia emanazione di sovranità statale<sup>18</sup>.

Ambedue le spiegazioni sono state avversate dalle opposte teorie, secondo cui, in breve: *i.* in un contesto di globalizzazione, sarebbe *anacronistico*<sup>19</sup> considerare che soltanto l'ordinamento dello Stato sede possa interferire con il procedimento arbitrale e, inoltre, *ii.* sarebbe in ogni caso inadeguato, trattandosi di operazione puramente *speculativa*, pretendere di ricostruire con certezza l'espressione della volontà delle parti, al momento della scelta della sede, nel summenzionato verso. È in scia a tali critiche, dunque, che si sviluppa la teoria per la quale, perfezionando il ragionamento del citato precursore, va sostenuto che l'arbitrato internazionale possa trovare fondamento in un presunto "ordinamento transnazionale", ossia che esso sia "flottante" nella pluralità degli ordinamenti giuridici astrattamente predisposti a riconoscere efficacia e dotare di esecutorietà il lodo (ritenendo, dunque, che gli arbitri trovino il loro potere *a posteriori*, al momento di tale riconoscimento e che, per ciò stesso, tale visione non contrasti con il positivismo giuridico)<sup>20</sup>. Nello stesso ordine di idee, di tale concezione si è pure proposta una variante (anch'essa sviluppo delle costruzioni del Goldman, ma con alcuni emendamenti di carattere teoretico) che denega il postulato secondo cui sarebbe una pluralità di Stati a legittimare l'autonomia dell'arbitrato (ed il potere degli arbitri). L'arbitrato, per contro, sarebbe alla pluralità degli Stati indifferente, quasi a dire che esso graviti su di una *terra nullius*, talché l'assenza di territorio statale e l'impossibilità del correlativo esercizio di sovranità precluderebbero in radice qualsiasi ordinamento dall'avocare a sé la disciplina del (e l'interferenza sul) procedimento. Ambedue le ricostruzioni dell'arbitrato a-

---

<sup>17</sup> In questi termini, v. anche Schwartz, *Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 795 ss. e spec. 807.

<sup>18</sup> Come rammentato da Gaillard, *Legal Theory*, cit., spec. 13 ss.

<sup>19</sup> Gaillard, *Legal Theory*, cit.: "(i)n a world in which international transactions are increasingly common and where, as a result, there are even more States in which enforcement of arbitral awards may be sought, the idea that a single legal system, because it is that of the seat, can govern the binding force of international arbitration seems increasingly anachronistic".

<sup>20</sup> *Id.*, *op. cit.*, 25.

nazionale fanno ampio ricorso all'argomento per cui, con l'adozione della Convenzione di New York del 1958<sup>21</sup>, la rilevanza delle legge processuale dello Stato sede è profondamente mutata (scemando)<sup>22</sup>. La seconda ricostruzione, in particolare, ne deriva che la violazione di quest'ultima non debba più rilevare una volta che il lodo sia stato emesso<sup>23</sup>.

Inoltre, la medesima ricostruzione quanto al potere degli arbitri sembra suggerire che questi, non derivando la loro *auctoritas* da alcun ordinamento nazionale, esercitino un potere non conferito da nessuno (neppure e non già dalle parti<sup>24</sup>), a prima vista innato e in assolvimento di una funzione "per il bene della comunità internazionale". Il loro potere deriverebbe da una non meglio identificata "*normative activity of a community of states*", ossia da un ordinamento autonomo (*arbitral legal order*) e collocantesi sul piano internazionale.

Le concezioni del fenomeno arbitrale da ultimo descritte, accentuatamente liberiste (e per alcuni tratti a-giuridiche: di qui l'espressione di *arbitrage sans loi*<sup>25</sup>),

---

<sup>21</sup> Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York, il 10 giugno 1958, ratificata nell'ordinamento italiano in data 31 gennaio 1969, con entrata in vigore il successivo 7 giugno 1969.

<sup>22</sup> A riguardo v., per tutti, Atteritano, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*, Milano, 2009, *passim* e spec. 202 ss., il quale, dopo aver trattato dei rischi legati all'esistenza di diversi gradi di tutela accordati alle parti nei giudizi di impugnazione ed in quelli di *enforcement* (per cui v. anche, in precedenza, van den Berg, *The New York Arbitration Convention. Toward a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, 1989, 329 ss. e Briguglio, *L'arbitrato*, cit., 211 ss.) conclude affermando che "*relegare la rilevanza della violazione della lex loci arbitratus ai soli giudizi di nullità, senza che la stessa possa avere ripercussioni sull'enforcement, non è poi soluzione così giuridicamente impensabile*". Negare la rilevanza della *lex loci arbitratus* nell'ambito disciplinato dal diritto internazionale pattizio, però, non conduce certamente a negare, come si pretenderebbe con la teoria dell'arbitrato a-nazionale riaffermata da Gaillard, utilità/rilevanza della previsione e dei meccanismi di impugnazione per nullità del lodo: sul punto, v. *infra*, spec. § 2.3 e § 4.1.

<sup>23</sup> Ritiene in particolare Gaillard che l'ordinamento dell'*enforcement* abbia titolo esclusivo a effettuare il controllo sul procedimento, attraverso il lodo, ed afferma pure che il sistema di cumulare tale controllo sia in sede di *enforcement*, appunto, che in sede di impugnazione, non sia soddisfacente poiché, se intendiamo correttamente, eccessivamente garantista: dire ciò, per l'a., equivale a concludere che in capo agli arbitri dovrebbe gravare esclusivamente l'obbligo di emettere lodi *enforceable* e non anche di un lodo che sia in grado di resistere all'impugnazione per nullità, il che non pare accettabile nell'attuale contesto internazionale e, peraltro, conduce alla pericolosa conseguenza, su cui si tornerà a breve, di esaltare indebitamente il ruolo degli arbitri (cfr. *Legal Theory*, cit., spec. 33).

<sup>24</sup> Per questa teoria, infatti, non è adeguato ritenere che la fonte del potere decisionale degli arbitri sia la volontà delle parti poiché, in questo modo, dovrebbe ulteriormente chiarirsi quale sia la fonte che alla volontà delle parti attribuisca, a sua volta, tale ruolo.

<sup>25</sup> Espressione, anche questa, presa in prestito dal diritto commerciale internazionale e dalla teoria per cui, a certe condizioni, vi sarebbero contratti regolati esclusivamente dall'autonomia privata (cc.dd. "*self-regulatory contracts*") senza alcun legame con un dato ordinamento giuridico: in tema v. Nigh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999, *passim* e spec. 175 e, nella dottrina

sono state sviluppate e riprese nel corso degli anni ed è noto che esse hanno finito per ispirare (trovando così una qualche consacrazione, a sentire i loro fautori) altrettanto conosciuti e estremistici orientamenti pretori generatisi, perlopiù, tra le corti francesi<sup>26</sup>.

In epoca attuale, tuttavia, fatti salvi alcuni sporadici ritorni di cui si dirà tra breve, il dibattito sopra riportato appare almeno parzialmente sopito. Come già osservato a suo tempo da Briguglio, va oggi ribadita l'imprescindibile nazionalità di ogni arbitrato e di ogni lodo, ciò dovendo ascrivere "a una ragione lampante come tutte quelle semplici"<sup>27</sup>. Il carattere di "chimera" della costruzione del *floating arbitration*, nelle sue possibili varianti, segue alla constatazione che, quale che sia il complesso di norme applicabile all'arbitrato e quali che siano i collegamenti che questo presenta con un dato sistema giuridico, esso abbisogna sempre, in linea generale, di un ordinamento (e di un giudice) che vi fornisca assistenza, anche soltanto suppletiva e di norma vi eserciti il controllo, tanto dietro impugnazione, quanto a seguito della richiesta di riconoscimento e esecuzione del lodo<sup>28</sup>.

---

italiana, tra gli altri, Carbone, S. M., *Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, 279 ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza relativa all'esecuzione di lodi annullati nel Paese di origine (il cui approccio Briguglio, *L'arbitrato*, cit., 50 ss., etichetta in termini di "denazionalizzazione unilaterale"). Per una rassegna delle pronunce più recenti in arg. v. Hascher, *The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts. France*, in Aa.Vv., Gaillard (a cura di), *IAI Series on International Arbitration no. 6. The Review of Arbitral Awards*, New York, 2010. Nella dottrina italiana, cfr. anche Atteritano, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero perché è un lodo che non esiste*, in *Riv. arb.*, 2008, 1, 100 ss.; *Id.*, voce *Arbitrato estero*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2007, 78 ss.; e, in precedenza, Lattanzi, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989, spec. 83 ss.

Va aggiunto, peraltro, che per i fautori di tali teorie esse troverebbero conferma anche nella prassi arbitrale: Gaillard, ad es., nell'opera sopra menzionata cita il lodo reso nel noto caso ICC n. 1512, 14 gennaio 1970 (in *Yearbook Commercial Arbitration*, V, 1980, 174 ss.), in cui il Professor Lalive, in veste di arbitro unico, aveva affermato che il procedimento dell'arbitrato commerciale internazionale dovesse ritenersi, per effetto di una presunta norma di diritto internazionale consuetudinario, "*entirely detached or separated from the national laws of the parties*", essendo per contro esclusivamente governato dalle regole scelte da queste e dagli arbitri. Altro è però discorrere di un distacco dell'arbitrato dall'ordinamento nazionale, rispetto all'affermare la totale irrilevanza di quest'ultimo. Le affermazioni di Lalive, lungi dal rappresentare adesione alle teorie dell'arbitrato a-nazionale, ci sembrano piuttosto rappresentare una prima spiegazione, in tempi non sospetti, dell'attuale dimensione dei rapporti tra arbitrato e legge processuale dello Stato sede (per cui v. *infra*, § 2.3 ss.).

<sup>27</sup> Briguglio, *L'arbitrato*, cit., spec. 17 e 21 ss.

<sup>28</sup> Così anche, di recente, Benedettelli, Radicati di Brozolo, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1, 136, spec. § 3. Le principali opere sulla materia, cui si farà riferimento nel corso della trattazione, danno oggi comunemente per scontata l'esistenza di un legame del procedimento arbitrale con l'ordinamento dello Stato sede.

Meno chimerica è la possibilità di imbattersi in lodi con nazionalità duale o multipla: la situazione può tuttora presentarsi, in astratto, ove siano coinvolti nella lite a carattere transnazionale due o più sistemi giuridici che, sulla base di differenti criteri di collegamento, pretendano di avocare a sé la disciplina del procedimento arbitrale (per il fatto di essere la sede di questo situata nel territorio dello Stato; per essersi ivi svolto il procedimento; ovvero perché qui il lodo è stato pronunciato<sup>29</sup>). Si tratta, però, (come si è osservato pure in passato<sup>30</sup>, tanto più può concludersi oggi) di situazioni: *i.* mediamente rare; *ii.* in ogni caso conoscibili e, dunque, evitabili *a priori* e che, in concreto, possono essere poste nel nulla evidenziando come in ciascun caso sarà sempre possibile identificare un “collegamento più stretto” con un dato ordinamento giuridico; *iii.* che, comunque, come si vedrà, poco mutano la prospettiva qui considerata della disciplina del procedimento, stante il sostrato di garanzie comuni a tutti i sistemi riconosciute in sede di controllo del lodo rispetto alla conduzione dello stesso.

*1.1 Recenti riviviscenze in tema di arbitrato denazionalizzato. Critica della teoria che, riaffermando l'esistenza di un autonomo arbitral legal order, enfatizza la libertà di determinazione unilaterale delle regole del procedimento da parte degli arbitri.*

Residuano ancora oggi isolate trattazioni che sostengono l'esistenza di arbitrati a-nazionali, *sans loi*, transnazionali, o che dir si voglia: la teoria del *floating arbitration*, nelle sue varie accezioni, non smette di affascinare.

È stato osservato, ad esempio, che procedimenti a-nazionali sarebbero oggi gli arbitrati che, in materia sportiva, si svolgono dinanzi ai collegi arbitrali permanenti costituiti in Svizzera, a Losanna, presso le Federazioni internazionali. Si è fatto poi riferimento agli arbitrati telematici, per i quali la fissazione di una sede sarebbe mera finzione, mentre il procedimento dovrebbe innestarsi in un

---

<sup>29</sup> Sul tema v. van Houtte, H., *International Arbitration and National Adjudication*, in Aa.Vv., Voskuil, Wade (a cura di), *Hague-Zagreb Essays of the Law of International Trade*, New York, 1983, 325 ss.; Ricci, E. F., *Il lodo arbitrale con nazionalità plurima: rapporti tra il Brasile e alcuni stati europei*, in *Riv. arb.*, 1999, 643 ss. Si veda poi, ad esempio, il nuovo testo dell'art. 1522 *n.c.p.c.* francese, riportato *infra* in nt. 125.

<sup>30</sup> Già Briguglio, *lc. ult. cit.*, ha definito "insignificante" e dunque errata la costruzione concernente le multiple nazionalità di un lodo, sull'assunto che vi sarà sempre un ordinamento più competente degli altri ad interferire con il procedimento arbitrale.

non meglio individuato ordine sovranazionale<sup>31</sup>. Si tratta, però, di costruzioni assertive o ugualmente teoriche e che si prestano a semplici confutazioni: nel primo caso, la possibilità, ormai universalmente riconosciuta, dell'impugnazione dei lodi presso il tribunale federale svizzero annulla in radice ogni questione<sup>32</sup>; nel secondo caso, è sufficiente riconoscere che, anche a volerlo chiamare "finzione", quello della sede è effettivamente un criterio giuridico (e non solo in arbitrati telematici!) ossia una convenzione che, a prescindere dalla collocazione geografica del procedimento, serve esattamente a dotare l'arbitrato di un sistema di copertura, nel senso spiegato poc'anzi<sup>33</sup>.

Emmanuel Gaillard, sviluppando le precedenti costruzioni fondanti la teoria dell'arbitrato denazionalizzato, ha recentemente riaffermato l'esistenza di un autonomo *arbitral legal order*, sostenendo che, da qualunque ricostruzione teoretico/filosofica dell'arbitrato si muova, l'idea dell'arbitrato internazionale quale fenomeno autonomo, indipendente rispetto a ogni ordinamento nazionale, risulterebbe sempre provata<sup>34</sup>. In particolare, secondo Gaillard, l'esistenza di tale ordine legale sarebbe confermata dalla prassi arbitrale e dai singoli sistemi giuridici nazionali, tanto nella giurisprudenza, quanto nel dato legislativo<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr., per entrambi gli esempi, Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, 667 ss.

<sup>32</sup> Per cui v., da ultimo, Netze, *Appeals against Arbitral Awards by the CAS*, in *Bulletin TAS*, 2011, 2, 18 ss. (altro è dire che, come rammentato dall'a., difficilmente impugnazioni avverso lodi del TAS hanno buon esito).

<sup>33</sup> Nello stesso senso, si veda pure Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004, spec. 194 ss., il quale afferma che: *i.* la sede dell'arbitrato sia da ritenersi in ogni caso essenziale per lo stesso e che *ii.* essa, scelta per accordo delle parti, integri per l'appunto una nozione giuridica, e non un mero riferimento geografico, utile a collegare il procedimento con l'ordinamento statale prescelto.

<sup>34</sup> *Legal Theory*, cit.: l'a., in particolare, ripercorre l'evoluzione delle diverse costruzioni sinteticamente riportate di sopra (*transnazionale, monolocale e westfalica*) evidenziandone punti di convergenza verso il citato concetto.

<sup>35</sup> Dei riferimenti alle pronunce arbitrali si è fatto cenno in nt. 26. In giurisprudenza, Gaillard (*op. ult. cit.*, 60 ss.) cita le decisioni di corti francesi che hanno fornito interpretazioni restrittive della nozione di ordine pubblico internazionale, oltre all'orientamento (parimenti citato *supra*) che ammette il riconoscimento del lodo annullato nel Paese d'origine. Sul versante legislativo, evidenti segni nel senso voluto dovrebbero identificarsi per l'a. nella tendenza, sempre maggiore negli ultimi anni, a prevedere nei singoli ordinamenti processuali la possibilità per le parti di una rinuncia preventiva a qualsiasi mezzo d'impugnazione avverso il lodo (per cui v. *infra*, § 4.1.2).



È un approccio che, come detto, irradia un indiscutibile fascino<sup>36</sup> (oltre ad attrarre proseliti<sup>37</sup>), e non è questa la sede per un puntuale approfondimento delle teorie da questo spiegate. Va nondimeno riferito di alcune conseguenze che il citato a. vorrebbe derivare dall'assunzione di tale approccio e che, oltre a non rispondere alle migliori prassi in uso nel settore degli arbitrati internazionali, sembrano prestare il fianco a preoccupanti aperture.

Gaillard, difatti, prova a corroborare la compiuta riaffermazione dell'esistenza di un ordine arbitrale autonomo sostenendo che tale conclusione sarebbe avvalorata dalla possibilità per gli arbitri di disapplicare il diritto scelto dalle parti quando questo sia contrario a principi morali superiori<sup>38</sup> e, più in genere, desumendone (anche) in punto di procedura, che da tale presunto sistema autonomo gli arbitri (non le parti, né *con* le parti) deriverebbero la più ampia libertà di determinare le regole applicabili ai procedimenti, senza dover prestare riguardo all'ordinamento dello Stato sede, ma garantendo soltanto quegli *standards* minimi riconosciuti dalla Convenzione di New York<sup>39</sup>.

Ebbene, se è certamente condivisibile, come si vedrà nel prosieguo, riconoscere l'esistenza di un sostrato minimo di garanzie, non è del pari accettabile evocare la centralità (e l'autosufficienza) del ruolo degli arbitri nella determinazione delle regole applicabili al procedimento.

---

<sup>36</sup> Appare di particolare interesse, per lo sviluppo di un diritto processuale uniforme dell'arbitrato internazionale, il percorso intrapreso da Gaillard in merito alla possibilità di utilizzare il metodo di "ricerca della norma transnazionale" anche allo scopo di indagare l'estensione dei concetti di norme imperative e di ordine pubblico processuale (cfr. *Legal Theory*, cit., spec. 55).

<sup>37</sup> V. quanto si dirà *infra*, spec. § 4.1.

<sup>38</sup> Evocando, sul punto, un presunto parallelismo tra il diritto naturale ed il diritto dell'arbitrato (ed in ciò riprendendo le costruzioni di Oppetit, per cui v. rife. *supra*, nt. 5).

<sup>39</sup> *Op. cit.*, spec. 94 ss. Tale visione diviene particolarmente chiara nel punto in cui Gaillard (102 ss.), trattando un precedente arresto della Corte Suprema di Dubai (in cui la Corte aveva annullato un lodo poiché alcuni testimoni non erano stati escussi sotto giuramento, sebbene ciò fosse avvenuto con l'accordo delle parti, ritenendo violata una presunta norma di ordine pubblico del diritto degli Emirati: v. *op. cit.*, 102), conclude che *idiosincrasie* di questo tipo non dovrebbero incidere affatto nella posizione del problema: gli arbitri, per Gaillard, non dovrebbero prevenire situazioni di tal genere, ma potrebbero sempre agire come meglio credono, prescindendo dal rischio di emettere un lodo con "elevata percentuale" di probabilità di annullamento. Alle parti, invece, Gaillard consiglia semplicemente di evitare di fissare la sede del proprio arbitrato presso ordinamenti a questo avversi. Tale ottica desta preoccupazioni e la prospettiva sembra limitata poiché, allo scontro con il problema, provvede a far fronte con la fuga. Si è inclini a ritenere che orientamenti di tal genere siano ad oggi anacronistici, ma non si è del pari d'accordo sul mezzo proposto per mutarli (rifuggirne). L'evoluzione della disciplina del procedimento in arbitrati internazionali è avvenuta nel tempo, come si dirà, adottando un'ottica collaborativa tra parti e arbitri e non conferendo a questi illimitati poteri di gestione dello stesso: sul punto, v. *infra*, spec. § 5.1.

Gaillard motiva la sua teoria sostenendo che, a ritenere che gli arbitri ricevano i propri poteri da un non meglio identificato ordine autonomo, si eviterebbe anche che questi, come talora accade, credendo di derivare la loro autorità dal sistema statale della sede del procedimento tendano ad applicare di questo, in via sussidiaria, le regole processuali. Sul punto si tornerà più in dettaglio nel prosieguo<sup>40</sup>; per ora ci preme segnalare che la costruzione, oltre ad apparire tautologica (non dimostrando il postulato iniziale, ossia l'esistenza di un autonomo ordine legale arbitrale), lascia riemergere le medesime preoccupazioni avvertite a suo tempo dalla dottrina italiana che metteva in guardia in merito a iniziative drastiche ed unilaterali volte a realizzare in fatto l'ideologia dell'arbitrato denazionalizzato<sup>41</sup>. Si tratta di una visione rischiosa, talora seguita in dottrina e nelle decisioni arbitrali (e raramente avallata in giurisprudenza), che rovescia i rapporti di prevalenza tra soggetti coinvolti nella procedura. Ed è proprio la prassi di arbitri che arrogano a sé estesi poteri in questo senso, esercitandoli senza il coinvolgimento delle parti, ad aver ispirato i ricordati orientamenti che, come si vedrà meglio più avanti, tendono a rievocare dopo anni la rilevanza del diritto processuale della sede.

Al contrario, va senza dubbio ribadita la natura privatistica del fenomeno arbitrale per rammentare che sono le parti ad avere e a poter esercitare il dominio sul procedimento: dovrebbero essere sempre queste, se del caso, a permettere i poteri, anche officiosi, degli arbitri<sup>42</sup>.

Ciò detto, va in ultimo rimarcato che, nel rigettare la concezione dell'arbitrato *tout court* denazionalizzato, anche per le infauste conseguenze che se ne vorrebbero derivare, del concetto di arbitrato *flottante* e della teoria dell'arbitrato *sans loi* deve tuttora apprezzarsi l'originario intento, ossia, segnatamente, la volontà di evirare il procedimento arbitrale da interferenze statali, sia al livello di controllo successivo che di riserva a sé stessi, da parte dei legislatori, della disciplina dei

---

<sup>40</sup> *Infra*, § 2.4).

<sup>41</sup> Briguglio, *L'arbitrato*, cit., spec. 62.

<sup>42</sup> Cfr. Mistelis, *Mandatory Rules in International Arbitration. Too Much Too Early or Too Little Too Late?*, in Aa.Vv., Bermann, Mistelis (a cura di), *Mandatory Rules in International Arbitration*, New York, 2011, 291 ss., spec. 294: "(a)s a result one could speak of arbitration as a system generated and organized by the will of the parties".

procedimenti<sup>43</sup>. La denazionalizzazione, insomma, merita ancora la massima considerazione, "perché [e soltanto se] ne sono pronubi un ideale potenziamento della autonomia privata, risalente e per buona ventura ancora fecondissimo frutto del liberalismo, nonché le più prosaiche ma non meno efficaci atmosfere della moderna globalizzazione dei mercati"<sup>44</sup>.

## 2. Libertà di forme nella disciplina dei procedimenti arbitrali, in genere.

La richiamata propensione per il liberalismo, senza mai dimostrare l'illusione di un arbitrato flottante, ha effettivamente comportato ampi progressi nella disciplina processuale dell'arbitrato internazionale.

All'inizio degli anni novanta, Blessing ha osservato che "the freeing of the international arbitral procedure from local procedural rules is one of the most significant milestones and achievements of international arbitration"<sup>45</sup>.

La flessibilità e la libertà di forme dei procedimenti arbitrali sono sempre state viste, peraltro, come uno dei maggiori vantaggi dell'arbitrato rispetto ai processi statali<sup>46</sup>.

Oggi, in prima approssimazione, non sembra più avere seguito nel contesto internazionale l'antica concezione per cui l'intero impianto del diritto processuale civile vigente nell'ordinamento dello Stato sede doveva ritenersi vincolante in

---

<sup>43</sup> Da sempre il diritto dell'arbitrato, specialmente quello internazionale, si muove su queste linee direttrici: rigettare le interferenze da parte di corti statali, ma ammettendone e richiedendone l'assistenza (a riguardo, v. es. Tarzia, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, 3, 473 ss.).

<sup>44</sup> Così, Briguglio, *L'arbitrato*, cit., 62.

<sup>45</sup> Blessing, *The Arbitral Process. Part III: The Procedure Before the Arbitral Tribunal*, in *ICC Bulletin*, 1992, 2, 18 ss., spec. § 10.

<sup>46</sup> V. Göthlin, Bexelius, *Voluntary Solutions to Procedural Problems*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 175 ss., spec. 176. Nello stesso senso. v. pure Wyss, *Versorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme - die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 195.

arbitrato<sup>47</sup>, e si può notare come, pure a livello meramente persuasivo, l'influenza del diritto processuale statale sia venuta fortemente scemando<sup>48</sup>.

Si tratta del prodotto di una graduale evoluzione. Storicamente, infatti, la disciplina dei procedimenti arbitrari non è sempre stata rimessa all'esclusiva e libera scelta delle parti.

### 2.1 La graduale evoluzione sul piano internazionale.

L'art. 2 del Protocollo di Ginevra sull'accordo compromissorio<sup>49</sup>, risalente al 1923, prevedeva che la procedura arbitrale fosse regolata dalla volontà delle parti e dalla legge dello Stato sul cui territorio avesse luogo l'arbitrato<sup>50</sup>. Pur aggiungendosi l'impegno degli Stati contraenti a "*facilitate all steps in the procedure which require to be taken in their own territories*", era dunque centrale e imprescindibile, nel sistema ideato dai rappresentanti della Società delle Nazioni, il ruolo della *lex arbitri* (o *lex loci arbitratus*), identificata nella legge processuale dello Stato sede del procedimento.

La medesima impostazione, a grandi linee, è ancora presente nella Risoluzione adottata dall'Istituto di Diritto Internazionale, nel 1957<sup>51</sup>, intitolata a "*L'arbitrage en droit international privé*". Lo scopo dell'iniziativa era effettivamente quello di fornire un indirizzo in merito alla scelta della sede dell'arbitrato e agli effetti di tale scelta anche con riguardo alle regole applicabili al procedimento<sup>52</sup>. Così, in

---

<sup>47</sup> Così, *ex multis*, Poudret, Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, spec. § 352.

<sup>48</sup> Hascher (a cura di), *Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004)*, Paris, 2011, spec. 5 ss.; conf., in precedenza, Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, The Hague, Boston, 1999, spec. 1239.

<sup>49</sup> Protocollo relativo alle clausole arbitrali, adottato a Ginevra in data 24 settembre 1923, dalla quarta sessione ordinaria dell'Assemblea della Società delle Nazioni, in vigore a livello internazionale dal 28 luglio 1924; successivamente adottato in Italia con l. di esecuzione, 8 maggio 1927, n. 783 e qui in vigore a partire dal 27 agosto 1927.

<sup>50</sup> Cfr. art. 2: "(t)he arbitral procedure, including the constitution of the arbitral tribunal, shall be governed by the will of the parties and by the law of the country in whose territory the arbitration takes place".

<sup>51</sup> *Institut de droit international*, Risoluzione adottata nella sessione di Amsterdam del 1957, intitolata "*L'arbitrage en droit international privé*", reperibile all'indirizzo [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1957\\_amst\\_03\\_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1957_amst_03_fr.pdf).

<sup>52</sup> Cfr. art. 1, in tema di libertà di scelta e rilevanza dell'ordinamento giuridico dello Stato sede dell'arbitrato: "*Les parties sont libres dans la convention arbitrale (compromis ou clause compromissoire)* de

quell'occasione si è precisato che la legge processuale dello Stato sede dovesse necessariamente disciplinare alcuni aspetti ritenuti di particolare importanza del procedimento arbitrale (cfr. art. 8<sup>53</sup>); al di fuori di essi, si è previsto, all'art. 9, che "(l) a loi du lieu du siège du tribunal arbitral détermine si la procédure à suivre par les arbitres peut être librement établie par les parties, et si, à défaut d'accord à ce sujet entre les parties contractantes, elle peut être arrêtée par les arbitres ou doit être remplacée par les dispositions applicables à la procédure devant les tribunaux ordinaires". Ferma restando la persistente rilevanza della legge processuale della sede, si affaccia quindi l'idea di una valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata in punto di determinazione delle regole applicabili alla procedura.

Con la Convenzione europea firmata a Ginevra nel 1961<sup>54</sup> si è compiuto un netto passo in avanti. All'art. 4, ci si è infatti limitati a richiamare la facoltà per le parti "di stabilire le regole di procedura da seguirsi dagli arbitri", senza più riproporre alcun riferimento alla legge processuale dello Stato sede. E, sebbene fosse stata auspicata un'interpretazione cauta e restrittiva della norma<sup>55</sup>, la prassi ha poi dato ragione a chi riteneva che la flessibilità garantita dall'art. 4 potesse avallare la più ampia libertà per le parti di determinare le regole applicabili al procedimento.

Definitiva conferma di tale evoluzione è venuta con la Risoluzione adottata nel 1989 dallo stesso Istituto di Diritto Internazionale, con cui, seppur in ambito

---

*faire usage de leur autonomie et d'indiquer le lieu où le tribunal arbitral doit siéger; ce choix implique qu'elles entendent soumettre l'arbitrage privé à la loi du pays de ce siège, dans la mesure indiquée par les dispositions qui suivent".*

<sup>53</sup> Cfr. art. 8 (inserito nel capo E, in tema di "Arbitres et procédure"), in cui si prevedeva che, in riferimento alla legge processuale della sede: "(c)ette loi indique aussi la composition du tribunal arbitral et les conditions que doivent remplir les arbitres pour pouvoir accomplir leur mission. Elle est applicable aux motifs de récusation des arbitres, à leur révocation, au déport des arbitres et à ses conséquences, ainsi qu'aux causes mettant fin à l'arbitrage. Les autorités compétentes pour procéder à la nomination des arbitres ou du surarbitre, lorsque ceux-ci n'ont pas été désignés par les parties, sont celles indiquées par la loi du siège du tribunal arbitral".

<sup>54</sup> Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, adottata a Ginevra nel 1961 ed in vigore sul piano internazionale dal 7 gennaio 1964 (con eccezione per l'art. 4, commi 3-7, relativi alla nomina degli arbitri, effettivi, invece, dal 18 ottobre 1975); adottata nell'ordinamento italiano con l. di esecuzione, 10 maggio 1970, n. 418 ed *ivi* in vigore dal 1° novembre 1970. Vedila con commenti in Luzzato, *Accordi Internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, 47 ss.

<sup>55</sup> V. Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., spec. 158 ss., il quale, per il tramite di una lettura restrittiva dell'art. 2 Conv. Ginevra, escludeva che, anche nell'arbitrato internazionale come in quello interno (oggetto principale, quest'ultimo, dello studio compiuto dall'a.), una eventuale disciplina convenzionale delle prove potesse spingersi oltre certi limiti, permettendo - ad esempio - che le parti si accordassero in merito a limiti di ammissibilità delle prove o loro efficacia.

diverso da quello commerciale<sup>56</sup>, si è preso atto di detta prassi, definitivamente consolidando, in capo alle parti, la piena "signoria" in ordine alla regolamentazione del procedimento arbitrale<sup>57</sup>.

## 2.2 L'evoluzione nelle legislazioni statali e nei regolamenti di arbitrato.

La libertà di forme dei procedimenti arbitrali, inoltre, è stata negli anni avallata dalle singole legislazioni, progredite parallelamente alla ricordata evoluzione verificatasi sul piano internazionale.

La flessibilità dei procedimenti è ora generalmente garantita da disposizioni statali, talora *apertis verbis*, altre volte con l'adozione di formule laconiche, oppure senza esprimersi affatto e lasciando spazio a interpretazioni "liberiste".

Ad esempio, gli ordinamenti che hanno adottato la Legge Modello Uncitral sull'arbitrato commerciale internazionale<sup>58</sup>, di tale Legge hanno generalmente recepito l'art. 19, c. 2<sup>59</sup>, nel punto in cui valorizza il principio dell'autonomia delle

---

<sup>56</sup> *Institut de droit international*, Risoluzione adottata nella sessione di Santiago de Compostela del 1989, intitolata "Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises": vedila all'indirizzo [http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1989\\_comp\\_01\\_en.PDF](http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1989_comp_01_en.PDF).

<sup>57</sup> L'art. 6 di tale Risoluzione legge come segue: "(t)he parties have full autonomy to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce. To the extent that the parties have left such issues open, the tribunal shall supply the necessary rules and principles drawing on the sources indicated in Article 4".

<sup>58</sup> Adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 11 dicembre 1985, seduta plenaria n. 112, successivamente modificata in data 7 luglio 2006. La L. Modello è stata nel tempo recepita in diversi ordinamenti statali, tra i quali, fra gli altri, Australia, Bermuda, Canada, Germania, Hong Kong, Nuova Zelanda, Nigeria, Singapore, Spagna e, da ultimo (nel 2010), seppure con alcune variazioni, Irlanda: per la lista completa, si veda l'indirizzo [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

Di recente, peraltro, la Legge è stata adottata anche quale regolamento arbitrale di alcune istituzioni arbitrali: nel 2010 era stata la volta del *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* ("KLRC.A"); più di recente, in data 1° marzo 2011, è stato il turno del *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* ("CRCICA"). A commento di tale Legge, v. fin d'ora Holtzmann H. M., Neuhaus J. E., *A guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*, Deventer, Boston, 1994.

<sup>59</sup> Cfr. art. 19 ("Determination of rules of procedure"): "(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings. (2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence".

parti nella determinazione delle regole di procedura, che - non a caso - era stato ritenuto nel corso dei lavori di redazione come "*the most important principle on which the model law should be based*"<sup>60</sup>. Così, tra questi, l'attuale testo dell'art. 1042 ZPO<sup>61</sup> prevede che, posti i limiti dell'uguaglianza e del diritto delle parti ad essere sentite: "(i)m Übrigen können die Parteien vorbehaltlich der zwingenden Vorschriften dieses Buches das Verfahren selbst oder durch Bezugnahme auf eine schiedsrichterliche Verfahrensordnung regeln", proseguendo poi col precisare che: "(s)oweit eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt und dieses Buch keine Regelung enthält, werden die Verfahrensregeln vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt".

Nello stesso senso, si orienta l'art. 25 della *Ley de arbitraje* spagnola<sup>62</sup>.

L'attuale testo dell'art. 1464 *n.c.p.c.* francese, in vigore dal 1° maggio 2011<sup>63</sup>, stabilisce che "(à) moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques". Con specifico riferimento all'arbitrato internazionale, è previsto che ove manchi un'indicazione delle parti il tribunale arbitrale possa direttamente regolare

---

<sup>60</sup> Cfr. *Report on Possible Features of the Model Law on International Commercial Arbitration*, redatto nel 1981; tale centralità è rammentata anche da Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions*, London, 2010, 280 ss.

<sup>61</sup> Diverso approccio era invece riscontrabile nel vecchio testo del codice tedesco, prima che la Germania sposasse l'impostazione della L. Modello, non prevedendosi in passato alcuna valorizzazione della sede del procedimento: sul punto, v. Böckstiegel, *Zu den Thesen von einer "delokalisierten" internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Munich, 1985, 4 ss.

<sup>62</sup> Cfr. art. 25 ("*Determinación del procedimiento*"), per cui "*las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones*". Si precisa poi che "(a) falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado".

<sup>63</sup> Come riformato dal decreto 2011-48 del 13 gennaio 2011: in *Journal du Droit International*, 2011, I, 255 ss., commentato, tra gli altri, da Castellane, *The New French Law on International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 4, 371 ss.; Kühner, *Das neue französische Schiedsrecht*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 125 ss.; Gaillard, De Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 2, 263 ss.; Schwartz, *The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure*, *ivi*, 349 ss.; Jarrosson, Pellerin, *Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'arbitrage*, 2011, 1, 5 ss.; Harb, Lobier, *New arbitration Law in France: The Decree of January 13, 2011*, in *International Arbitration Report*, 2011, 3, 26 ss.

Tra i punti salienti della recente riforma dell'arbitrato nel sistema francese, cui si avrà occasione di tornare saltuariamente nel corso della trattazione, vanno fin d'ora rammentati: *i.* il nuovo art. 1505, che stabilisce l'attribuzione della competenza per l'assistenza all'arbitrato internazionale al presidente del *Tribunal de grande instance* di Parigi quando le parti abbiano scelto di sottoporre la disputa al diritto processuale francese, quando l'arbitrato abbia sede in Francia, quando la competenza in tal senso sia stata espressamente conferita dalle parti o, infine, quando una parte sia sottoposta al rischio di subire un "diniego di giustizia"; *ii.* l'art. 1522, che prevede la possibilità di rinuncia all'impugnazione per lodi resi all'esito di arbitrati internazionali svolti in Francia.

come meglio crede il procedimento, se del caso facendo riferimento a regolamenti arbitrali o altre regole di procedura<sup>64</sup>.

L'art. 34 dell'*Arbitration Act* inglese, promulgato nel 1996, prevede la facoltà per il tribunale di decidere su ogni questione procedurale, ma "*subject to the right of the parties to agree any matter*"<sup>65</sup> e tale previsione è tanto più rilevante se si pensa che, vigente la precedente disciplina, l'arbitrato inglese era spesso definito come (con connotazione chiaramente negativa) "*litigation without wigs*"<sup>66</sup>, stante l'eccessiva influenza esercitata nel relativo procedimento dal diritto processuale statale.

Molti altri ordinamenti si esprimono in senso sostanzialmente equipollente<sup>67</sup> (in particolare, v. l'art. 182 della *Loi fédéral sur le droit internationale privé* svizzera -

---

<sup>64</sup> Art. 1509, c. 2: "*dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure*". Nella vigenza della precedente disciplina, per l'affermazione della non applicabilità in arbitrato delle regole previste in tema di prova per processi civili, cfr. Betto, J. G., *L'arbitre n'est pas tenu par les formalités applicables à l'instruction civile*, in *Revue de l'arbitrage*, 2000, 271 ss.

<sup>65</sup> Prosegue poi così l'art. 34: "(2) *Procedural and evidential matters include: (a) when and where any part of the proceedings is to be held; (b) the language or languages to be used in the proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied; (c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended; (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage; (e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done; (f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented; (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law; (h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions. (3) The tribunal may fix the time within which any directions given by it are to be complied with, and may if it thinks fit extend the time so fixed (whether or not it has expired)*".

<sup>66</sup> Lo rammenta, ad es., Pendell, *England and Wales - National Report*, in *World Arbitration Reporter*, novembre 2010 (versione *on-line*). Su questa espressione e, più in genere, sull'evoluzione della legislazione inglese in materia di arbitrato, v. Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, London, 1989, spec. cap. 23, 313 ss., nonché, circa il passaggio dall'*Arbitration Act* del 1950 alla versione del 1979, cap. 29 431 ss. e quanto si dirà *infra*, in tema di *strict rules of evidence*, *sub cap.* 2, § 8.

<sup>67</sup> Si vedano, ancora: art. 1696 *Code Judiciaire* belga; art. 1039 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* dei Paesi Bassi; art. 27 *Arbitration Act* danese; art. 25 l. sull'arbitrato egiziana; artt. 18 e 19 delle legge greca in materia di arbitrato internazionale; art. 794, l. giapponese sull'arbitrato; art. 28 *Arbitration Act* scozzese; art. 21 *Arbitration Act* svedese, secondo cui "(t)he arbitrators shall handle the dispute in an impartial, practical, and speedy manner. They shall thereupon act in accordance with the decisions of the parties insofar as there is no impediment to so doing"; art. 19 *Arbitration and Conciliation Act* indiano; art. 45 della legge sull'arbitrato yemenita, in cui si prevede la possibilità per le parti di concordare liberamente le regole di procedura soltanto nel caso in cui una di loro o entrambe siano di nazionalità straniera (rendendo invece immediatamente applicabile in arbitrati domestici il diritto processuale civile statale: vedila con commenti in Gharavi, Karam, *Arbitration in Yemen*, in *ICC Bulletin*, 2006, 17, 2, 41 ss. e spec. 44).

D'interesse e particolarmente sofisticata è la scelta adottata nella *Lei Sobre Arbitragem* brasiliana (di cui v. il capitolo IV), in cui è prevista una serie di norme applicabili al procedimento arbitrale (anche in tema di istruttoria), ma con valenza meramente raccomandativa.



LDIP<sup>68</sup>), mentre è dato registrare soltanto alcune lievi differenze (le quali, peraltro, tendono a scomparire<sup>69</sup>). Va citato, ad esempio, il sistema lussemburghese, per il quale l'art. 1230 *n.c.p.c.* dispone che, in mancanza di diverso accordo delle parti, "(l)es parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux"<sup>70</sup>.

Anche l'art. 816-*bis* c.p.c. valorizza la facoltà di scelta delle parti, letteralmente limitandone l'esercizio, però, a un tempo anteriore all'inizio dell'arbitrato<sup>71</sup>. Prevede, poi, in linea con le indicazioni di altri sistemi, la successiva facoltà<sup>72</sup> per gli arbitri di condurre il procedimento nel modo ritenuto più opportuno<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Su cui v., recentemente, Wyss, *Versorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme*, cit., *passim*.

<sup>69</sup> Peculiare e di particole "chiusura" era ad esempio, sempre in tema di istruzione, l'ottica in passato assunta dalla previsione di cui all'art. 18 *Lei da Arbitragem* portoghese, che recitava: "(p)ode ser produzida perante o tribunal arbitral qualquer prova admitida pela lei de processo civil"; di recente, tuttavia, tale legge è stata modificata (con l. del 2011 di cui si dirà nel prosieguo, cap. 2, e spec. § 11) ed appare oggi pienamente coerente con i dettami della L. Modello.

<sup>70</sup> Previsioni equipollenti sono contemplate nella legge processuale romena e in quella sudafricana: v. a riguardo i dovuti riff. (con i necessari aggiornamenti del caso, qui impossibili) in *Evidence in international arbitration: summary of jurisdiction*, in *Practical Law Company - Arbitration*, 2008.

<sup>71</sup> Di tale apparente limitazione temporale all'esplicazione dell'autonomia privata nella fissazione delle regole del procedimento (e sulla necessità di un'interpretazione correttiva in punto) si dirà più ampiamente *infra*, spec. § 5.1. Per ora ci si limita a notare che tale previsione non trova riscontro in altri ordinamenti; peraltro, fu proprio la delegazione italiana che, durante i lavori preparatori della Legge Modello e discutendo sulla redazione del menzionato art. 19, espresse perplessità in merito all'opportunità di non sottoporre ad alcun limite temporale l'esercizio della facoltà delle parti di determinare le regole applicabili al procedimento. Come rammentato da Binder, *International Commercial Arbitration*, cit., spec. 283, però, alla fine prevalse la posizione contraria e non si introdusse alcun termine, sulla considerazione che la Legge intendeva essere strutturata in un'ottica di protezione delle parti e non del tribunale.

<sup>72</sup> Ed è di centrale importanza, per le finalità della presente indagine, quanto rimarcato da Verde, G. *Lineamenti*, cit., che osserva come "*alle prime è consentito più di quanto sia consentito ai secondi*". Stante l'art. 816-*bis*, gli arbitri possono soltanto disporre sulle modalità di assunzione delle prove, nel rispetto del contraddittorio, mentre soltanto le prime possono "*indicare agli arbitri quali norme osservare nel procedimento e, per questa via, potrebbero anche loro vietare di fare uso di taluni istituti*": sul punto si tornerà *infra*, § 5.1.

<sup>73</sup> La dottrina italiana ha generalmente riconosciuto sulla base del dato normativo ampia libertà, a parti e arbitri, in tema di strutturazione del procedimento (v. es. già Fazzalari, *Sulla "libertà di forme" nel procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637 ss.), ma non è stata parimenti univoca in merito ai confini entro cui tale libertà potrebbe muoversi rispetto alle regole stabilite per il processo civile. Sul punto, cfr. di recente Tota, *Commento all'art. 816-bis c.p.c.*, in Aa.Vv., Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. vol. 3. tomo 2, Arbitrato*, Torino, 2009, 689 ss.: "*benché sia consentito il rinvio alla disciplina dettata per il processo civile di cognizione, in nessun caso potrà imporsi l'osservanza delle disposizioni codicistiche incompatibili con le peculiarità del giudizio privato [...] nemmeno potranno essere pretermesse le garanzie immediatamente desumibili dal cd. ordine pubblico processuale, dall'imparzialità del giudice, al contraddittorio e alla parità delle armi*". Va anche detto che il riconoscimento di tale libertà sembra essere presente, in termini generici, pure in giurisprudenza (cfr. es., da ultimo, Cass., Sez. I, 17 febbraio 2011, n. 3917, secondo cui "(i)l procedimento arbitrale è ispirato alla libertà delle forme, con la conseguenza che gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione, a meno che le parti non vi abbiano fatto esplicito richiamo, nel conferimento dell'incarico arbitrale"; in *Mass. Foro it.*, 2011, 3, 162 ss.).

Volendo generalizzare, sembra potersi affermare che il dato più diffuso sia quello che lascia alle parti e - in mancanza di loro scelta - al tribunale arbitrale, la determinazione delle regole di procedura applicabili. Come si è visto, inoltre, anche nei pochi casi in cui il diritto processuale civile dello Stato sede si applica automaticamente, ciò è normalmente reso possibile soltanto dall'assenza di diversa convenzione tra le parti, tacita o espressa.

La scelta privata in tal senso, peraltro, è tutelata dalla possibilità, generalmente riconosciuta nei diversi ordinamenti considerati, di annullamento del lodo ove gli arbitri non vi prestino ossequio: si veda, per tutti, l'art. 34 L. Modello, che, al c. 2 lett. (a) punto (iv), prevede quale motivo di impugnazione l'ipotesi in cui "[...] *the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement*

---

Con specifico riguardo all'istruzione probatoria, Fazzalari (*L'arbitrato*, Torino, 1997, 68 ss. e in precedenza *sub* art. 816 c.p.c., in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, spec. 104-105), muovendo dalla constatazione della natura processuale delle norme in tema di prova, aveva da tempo osservato come non basti "per desumere la volontà delle parti che sia applicato il regime probatorio del processo statale, ch'esse abbiano per avventura scelto, quale legge regolatrice del giudizio, la legge sostanziale italiana", ammettendo poi che parti e arbitri potessero obliterare quel regime, in tutto o in parte, disponendo altri mezzi di prova, regolando diversamente l'impiego di uno dei mezzi di estrazione codicistica, con i soli limiti "dell'ordine pubblico e del buon costume". Conf. v. Verde, G., *Lineamenti*, cit. (riff. in nota precedente). Cfr. poi pure, sempre *ante* riforma del 2006, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, spec. 644, che ha ritenuto che nel giudizio arbitrale dovessero trovare applicazione le norme sulle *probationes probatae* e quelle sull'ammissibilità delle *probationes probandae* e "solo se richiamate espressamente dalle parti nel patto compromissorio, quelle sul *modus procedendi per la loro assunzione e le relative norme sanzionatorie contenute nel codice di procedura civile*", affermando poi che massima libertà avrebbe dovuto ammettersi, al contrario, in ipotesi di arbitrati di equità (per l'incensurabilità delle violazioni delle regole di diritto di cui all'art. 829 c.p.c. ult. co. vecchio testo) e ciò quand'anche le parti, pur in arbitrato da decidersi *ex aequo et bono*, avessero imposto agli arbitri, sotto pena di nullità, l'osservanza delle forme stabilite per i giudizi (come previsto dall'art. 829 n. 7 c.p.c. vecchio testo).

Nel senso di riconoscere la massima libertà possibile alle parti a riguardo si orienta pure la letteratura scandinava: ricorda Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, New York, 2003, spec. 257, che le parti potrebbero concludere accordi di esclusione di determinati mezzi o concordare che debba ricorrersi in via esclusiva soltanto ad alcuni di essi ecc. Si anticipa invece sin da ora che, fatte salve le ricordate eccezioni e poche altre, la dottrina italiana appare per il resto concorde nel ritenere l'applicabilità in arbitrato delle norme in tema di ammissibilità ed efficacia delle prove proprie del processo civile (v. per un riepilogo delle diverse posizioni Ghirga, *Commento all'art. 816-ter*, in Aa.Vv., Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, spec. 219 ss.; Auletta, *L'istruzione probatoria*, in Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 293 ss.; Danovi, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, 21 ss.; Giacobbe, *La prova in Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009; Bugliani, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 1, 183 ss.). In tal senso, ad esempio, già Ricci, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., aveva enfatizzato l'inopportunità della previsione di un rafforzamento o estensione del ruolo della signoria delle parti sulla disciplina del procedimento e, specialmente, delle prove, avvertendo come "altro è consentire alle parti di scegliersi su misura il giudice [...] altro è consentirgli di costruire su misura il processo".

*was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law*"<sup>74</sup>.

Tale ampia libertà, infine, trova oggi riscontro nei regolamenti procedurali delle maggiori istituzioni di arbitrato amministrato<sup>75</sup>, che si limitano a stabilire delle *basic procedural guidelines for arbitrators*<sup>76</sup> e che hanno anch'essi conosciuto un certo affinamento nel corso del tempo<sup>77</sup>. Per questi regolamenti sono sempre le parti *in primis* a poter stabilire le regole, senza alcuna obbligazione di riferirsi a una determinata legge processuale nazionale (né tale rinvio, del resto, sarebbe raccomandabile<sup>78</sup>); sono poi gli arbitri, ove manchino indicazioni delle parti sul

---

<sup>74</sup> Vizio che, peraltro, si ritrova pure, come si dirà più avanti, all'art. V, c. 1 lett. d) della Convenzione di New York.

<sup>75</sup> V. in part. con espressioni generiche e sostanzialmente coincidenti, art. 14, II co. del Regolamento della *London Court of International Arbitration* ("Reg. LCIA"); art. 19 ("*Rules governing the proceedings*") del Regolamento della Camera di Commercio Internazionale di Parigi, versione emendata nel 2011 (in vigore dal 1° gennaio 2012) ("Reg. ICC") ("*(t)he proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration*"); R-30, lett. a) secondo periodo e lett. b) Regolamento della *American Arbitration Association* ("Reg. AAA").

La medesima apertura informa pure le Regole ("Reg. Uncitral") e la Legge Modello Uncitral ("L. Modello"): cfr. spec art. 17 c. 1, Reg. Uncitral e art. 19 L. Modello (sulle prime, riformate nel 2010, v. in particolare Sanders, *The revision of the Uncitral Arbitration Rules*, The Hague, 2009; Vigoriti, *La revisione delle Rules of Arbitration dell'Uncitral*, in *Riv. arb.*, 2009, 4, 575 ss.; Bernardini, *La revisione del Regolamento di arbitrato dell'Uncitral*, in *Dir. comm. int.*, 2010, 4, 683 ss.; Skinner, Luttrell, Levi, *The Uncitral Arbitration Rules 2010*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2011, vol. 7, 1, 76 ss.).

Si discosta leggermente dalle fonti citate l'art. 2 del Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano ("Reg. CAM"), nella versione riformata nel 2010. Vi si prevede, infatti, con limite al rispetto di norme inderogabili e dei principi di uguaglianza e parità delle armi (commi 2 e 3), che "(i)l procedimento arbitrale è retto dal Regolamento, dalle regole fissate di comune accordo dalle parti sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale in quanto compatibili con il Regolamento medesimo o, in difetto, dalle regole fissate dal Tribunale arbitrale [...]". Sono due, in particolare, gli aspetti peculiari di tale disposizione: da un lato, l'apparente compressione temporale all'espressione della scelta delle parti, in linea con il ricordato art. 816-bis c.p.c. (ma con limite, in tal caso, alla costituzione del collegio); dall'altro, la previsione che richiede la "compatibilità" delle regole scelte dalle parti con quelle stabilite nel Regolamento, stabilendone dunque l'apparente inderogabilità: su entrambi i profili si tornerà *infra*, nel testo, sia *sub* § 5.1, sia *sub* § 41.

<sup>76</sup> Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, 2000, spec. 422.

<sup>77</sup> Si veda ad es. l'attuale testo, riformato nel 2010, dell'art. 19 del Regolamento di arbitrato della *Stockholm Chamber of Commerce* ("Reg. SCC"), in cui si prevede che: "(s)ubject to these rules and any agreements between the parties, the Arbitral Tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate"; e lo si confronti con il precedente testo dell'art. 20, nella versione del Regolamento risalente al 1999, in cui si stabiliva che "(t)he manner of conducting the proceedings is to be determined by the Arbitral Tribunal in compliance with the conditions set down in the arbitration agreement and these Rules, with due account to the wishes of the parties".

<sup>78</sup> Così Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2005, The Hague, spec. 76: "(i)ndeed, it is not particularly recommendable to do so, as national procedural laws are designed to meet the domestic requirements of civil trials".

punto, a poter condurre il procedimento nella maniera più appropriata (ma con precisi limiti di cui si dirà più oltre).

### 2.3 Attuale estensione del legame dell'arbitrato con l'ordinamento processuale dello Stato sede.

Dopo aver rammentato l'inattualità dell'espressione delocalizzazione<sup>79</sup> e una volta viste le fonti di cui sopra, comuni nel consacrare la cancellazione del preesistente legame con il diritto processuale della sede, la libertà di forme sembra porsi come regola generale per i procedimenti in discorso.

Le scelte legislative e regolamentari compiute in questo senso, dettate dal duplice obiettivo di valorizzare il ruolo dell'autonomia privata e di non "soffocare" i procedimenti arbitrali con regole troppo dettagliate<sup>80</sup>, lasciano spazio a soluzioni tendenzialmente flessibili<sup>81</sup>. Oltre a quanto si dirà a breve in merito al vaglio che di tali soluzioni è compiuto in sede di controllo del lodo da parte di corti statali (per verificare se queste, realmente, avallino la flessibilità *a posteriori*<sup>82</sup>), si può dunque affermare che i procedimenti arbitrali pongano soltanto minime radici nei sistemi processuali nazionali: non essendovi più ingerenza dei legislatori nella disciplina

---

<sup>79</sup> Salvo accoglierne un'accezione prettamente pratica, come quella formulata da Kaufmann Kohler (per cui v. spec. *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure. The Role of the Law of the Place of Arbitration*, in Aa.Vv., van den Berg (a cura di), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. 40 Years of Application of the New York Convention*, Deventer, 1999, 336 ss.) la quale afferma che, se si accetta che il criterio della sede dell'arbitrato sia una *factio iuris*, "then the issue of delocalisation becomes moot" (= irrilevante) "because delocalisation is in fact achieved, though indirectly". L'a., in sostanza, sostiene che le parti, fissando la sede del procedimento presso un ordinamento che abbia un atteggiamento di particolare apertura verso l'arbitrato (leggi: particolarmente liberista), potrebbero raggiungere l'auspicata libertà di forme e, perciò, la delocalizzazione del procedimento si realizzerebbe in via di fatto.

<sup>80</sup> Cfr. Park, *The Procedural Soft Law*, cit., 145 ss., che rimarca come sia stato di solito ritenuto inopportuno provvedere ad una regolamentazione di dettaglio dei procedimenti ("(d)etail is devil"); conf. v. pure Derains, Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague, London, Boston, 1998, spec. 251, dove gli aa. rammentano che, in sede di revisione delle regole ICC nei primi anni novanta, pur essendo stata avanzata la proposta di prevedere una più puntuale regolamentazione della procedura e dell'istruttoria, si è infine deciso di propendere per flessibilità e rispetto delle diverse tradizioni giuridiche.

<sup>81</sup> Si tratta, però, di una flessibilità soltanto tendenziale poiché, come si dirà specificamente trattando dell'istruzione probatoria, vi è ampia richiesta di linee guida e indicazioni direttrici sullo svolgimento dei procedimenti, i quali, pertanto, finiscono per essere regolati in dettaglio (e si anticipa che, pur restando intoccabile la libertà per le parti di rifarsi o meno alle linee guida disponibili, la prassi dimostra che esse sono seguite in modo pressoché costante).

<sup>82</sup> Il tema si lega pure all'eventuale possibilità, ove ammessa dalla legislazione nazionale, di preventiva rinuncia delle parti a qualsiasi impugnazione del lodo (di cui si dirà più avanti, § 4.1.2).

del procedimento, agli arbitri basterà emettere un lodo che, per come questo sia stato condotto, sia in grado di resistere all'impugnazione, oltre che all'eventuale opposizione alla richiesta di *enforcement*.

Ciò di cui si può certamente discutere è invece il margine di libertà accordato alle parti e agli arbitri nella determinazione delle regole applicabili al procedimento, ossia i limiti che, per i singoli ordinamenti nazionali, sia comunque necessario rispettare<sup>83</sup>.

#### 2.4 ... recenti inversioni di tendenza: il richiamo in via sussidiaria del diritto processuale statale. *Suo fondamento.*

Come più sopra avvertito, peraltro, si è recentemente iniziata a registrare una prima, seppur embrionale, inversione di tendenza rispetto al passato.

In particolare, in più di un'occasione si è proposto che la legge processuale dello Stato sede fosse automaticamente richiamata per sopperire a lacune della disciplina dell'arbitrato e tale indirizzo, sorto nella prassi, ha ricevuto impulsi e conferme sia in giurisprudenza<sup>84</sup> che in dottrina<sup>85</sup>. Si tratta di orientamenti che

---

<sup>83</sup> Petrochilos, in *Procedural Law*, cit., spec. cap. 2, 19 ss. e 42, ha affermato che, al fine di determinare la disciplina processuale applicabile ad arbitrati internazionali, sia necessario, nell'ordine: *i.* identificare le corti statali competenti sulla base del criterio della sede; *ii.* tenere a mente che, nell'esercitare le proprie funzioni di supervisione e assistenza, tali corti non stanno proteggendo alcun interesse fondamentale del loro *legal order*, ma soltanto rendendo un "servizio" a parti private che hanno scelto tale ordinamento per situare giuridicamente il loro procedimento; *iii.* assumere, in terzo luogo, che le stesse corti debbano lasciar libere le parti di conformare come meglio credono la regole procedurali applicabili in arbitrato, soggette soltanto "*to certain imperative limits of due process which should be contained in the arbitration law of those courts*".

<sup>84</sup> Come ricordato, ad es. da Park, *Two Faces*, cit., spec. 502: "(a) *necdotal evidence indicates that the lesson has been learned with mixed results. [...] The new openness does not command universal acceptance, however. In at least one recent international case, an English chairman of great distinction endorsed application of the Civil Procedure Rules to document production on the basis that London had been chosen as the venue for hearing*". In tal senso, cfr. Tribunale Marittimo di Guangzhou, 15 luglio 1998, *Contestanshipping Company Ltd. c. Sino-trans Guangdong Zhanjiang Company*, in Jarvin, Magnusson (a cura di), *International Arbitration Court Decisions*, New York, 2008, 115 ss., in cui la corte cinese ha affermato che in un arbitrato avente sede nel Regno Unito, in mancanza di diverso accordo delle parti, la regolarità di notificazioni compiute nel procedimento dovesse valutarsi sulla base delle relative legge processuale. Cfr. anche la giurisprudenza delle corti svedesi menzionata da Heuman, *Arbitration Law*, cit., 289 ss., in merito, ad es., all'applicazione in arbitrato di regole in tema di giudicato formale e sostanziale (qui, però, come si vedrà nel prosieguo, si tratta piuttosto di principi processuali inderogabili).

<sup>85</sup> Tale possibilità è stata prospettata, nell'ordinamento inglese, da Brawn, *The court's power to intervene in arbitration matters in England and Wales, with particular reference to the court's inherent and residual discretion*, in *Arbitration*, 2010, 76(2), 214 ss., il quale, segnalata l'esistenza di alcuni vuoti di

hanno attirato su di loro critiche<sup>86</sup> e che, a prima vista, sembrano effettivamente segnare un passo indietro nell'evoluzione del ruolo dell'autonomia privata in arbitrati internazionali.

Il problema di tali orientamenti, per alcuni, sarebbe di (mancata) consapevolezza da parte degli arbitri dell'esistenza di un diritto transnazionale dell'arbitrato e, quindi (per quanto rammentato più sopra), di (mancata) contezza da parte loro del fatto di poter agire come meglio credono per colmare le lacune esistenti<sup>87</sup>. Sennonché, a nostro avviso, tale inversione di tendenza trova esattamente spiegazione nella necessità di porre dei limiti, non alle corti statali in questo caso, ma prima e soprattutto al ruolo e all'operato di arbitri che *agiscano come meglio credono*.

Se si vuole evitare un ritorno allo *status quo ante* e preservare la libertà di forme raggiunta e riconosciuta dopo anni di evoluzione, il percorso da seguire non può essere quello di incrementare i poteri degli arbitri, senza che essi siano stati definiti previamente ovvero concordati con le parti. La via più opportuna, piuttosto, è quella delle parti che predeterminino il più possibile i vari aspetti del procedimento (essendo inoltre garantite con strumenti che permettano di controllare *ex post* l'operato degli arbitri: v. *infra*) e, così facendo, riducano al minimo il successivo ruolo del tribunale e il conseguente rischio di incertezze.

Quanto sostenuto, peraltro, non è assolutamente inteso ad annullare il ruolo integrativo e suppletivo che, nell'ottica dell'*enforcement*, la Convenzione di New

---

tutela nella disciplina dell'arbitrato contenuta nell'*AA*, ha proposto che essi venissero colmati dalle corti attivando meccanismi e disposizioni propri del diritto processuale civile: si pensi, ad es., alla mancanza nel sistema inglese di un mezzo straordinario di impugnazione dei lodi ed all'ipotesi di sopravvenuta esistenza di materiale probatorio che comproui, per ipotesi, la falsità del documento su cui è fondata la decisione arbitrale (per cui v., in giurisprudenza, High Court of Justice Queen's Bench Commercial Division, 28 maggio 2010, *H. J. Heinz Co Ltd. c. EFL Inc.*).

<sup>86</sup> Cfr. Gaillard (*Legal Theory*, cit., spec. cap. 3, anche per riff. ulteriori), il quale contesta la posizione della Kaufmann Kohler (espressasi nel senso indicato nel testo), osservando che simili proposte sarebbero dettate da un senso di sfiducia verso l'idea che il diritto dell'arbitrato internazionale possa affermarsi autonomamente: gli arbitri, per Gaillard, sarebbero inclini ad assumere tali comportamenti ove il procedimento abbia sede presso un sistema tra quelli con approccio di favore verso l'arbitrato per essere certi di assicurare che il lodo non sia facilmente annullabile. V. anche Heuman (*Arbitration Law*, cit., spec 290), che mette in guardia da un'applicazione analogica in arbitrato di principi e regole del codice di procedura svedese, con eccezione per quegli *standards* minimi che apparterrebbero ad ogni processo o procedimento.

<sup>87</sup> Così Gaillard, *l. ult. cit.*

York attribuisce alla legge processuale dello Stato sede<sup>88</sup>, ma semplicemente ne ridimensiona la possibile rilevanza nei fatti: in mancanza di espressione di volontà delle parti nella convenzione d'arbitrato sulle regole dell'istruzione probatoria o quando il regolamento arbitrale richiamato contenga lacune, prima di procedere all'eventuale automatica applicazione dell'impianto del diritto processuale dello Stato sede, gli arbitri dovrebbero opportunamente aprire la "discussione" sul punto, per tentare di raggiungere, ove possibile, un nuovo accordo delle parti (con natura "endoprocessuale") sul profilo da regolare<sup>89</sup>.

Tale accordo, come spesso accade nella prassi, potrebbe essere incorporato in un'ordinanza di procedura la cui emissione permetterebbe di limitare (se non addirittura di precludere: ma sempre nel rispetto di eventuali norme processuali inderogabili v. *infra*, § 4 ss.) successive impugnazioni in merito agli aspetti concordati<sup>90</sup> (non anche, però, alla loro concreta attuazione).

Soltanto in caso d'insuccesso gli arbitri potranno orientarsi nel senso sopra indicato, ispirandosi o ricorrendo alla *lex loci arbitratus*, ma non senza avvisare preventivamente le parti della scelta da compiere, nel rispetto del contraddittorio (e si avverte sin d'ora che dall'analisi della prassi emerge che, quando gli arbitri siano "collaborativi", difficilmente le parti non raggiungeranno un accordo su aspetti procedurali).

---

<sup>88</sup> *Ex art. V, c. 1 lett. d) della Convenzione: in arg., v. per tutti Atteritano, L'enforcement, cit., spec. 196 ss. Si rammenta in proposito che, per il tema dell'istruzione probatoria qui considerato, non può valere il ricorso all'argomento che evoca la Convenzione di Ginevra del 1961 per annullare del tutto la rilevanza delle legge processuale dello Stato sede nel giudizio di opposizione all'enforcement: la disciplina dei procedimenti prevista da questa - prevalente rispetto alla *lex loci arbitratus* - concerne aspetti che nulla hanno a che vedere con l'istruzione probatoria; rispetto ad essa, come visto, la Convenzione si limita a sancire la libertà delle parti di determinare le regole del caso.*

<sup>89</sup> È perfettamente in linea con le indicazioni precisate nel testo quanto previsto nell'ultima parte dell'art. 14 c. 1 Reg. LCIA, in cui si stabilisce che gli accordi processuali tra le parti siano conclusi in forma scritta ovvero "*recorded in writing by the arbitral tribunal at the request and with the approval of the parties*" (in tema v. per tutti Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford, 2009, 96 ss.).

<sup>90</sup> Viene alla mente il meccanismo, di rado utilizzato nel processo civile, delle ordinanze "concordate" *ex art. 177 c. 3 n. 1) c.p.c.*, revocabili e modificabili solo se con il nuovo accordo di tutte le parti. In proposito, comunque, v. pure *infra*, cap. 6, spec. § 28.

3. *Vocazione per l'autonomia della disciplina dell'istruzione probatoria quale modello di armonizzazione di tradizioni processuali differenti. Suo "distacco" rispetto al diritto processuale dello Stato sede.*

La flessibilità delle regole procedurali raggiunta in astratto ha comunque permesso l'emersione di criticità, vuoti di disciplina e, in finale, l'insorgenza di problemi applicativi.

Non stupisce allora apprendere che, ferma restando la più ampia e potenziale libertà di scelta nel conformare ogni singolo procedimento, nella disciplina della fase istruttoria sia oggi comunemente riscontrabile un elevatissimo grado di dettaglio.

Da sempre, il tema dell'istruzione negli arbitrati internazionali è stato oggetto di particolari attenzioni in dottrina<sup>91</sup>, soprattutto perché, in queste sedi, come già accennato, l'incontro di diverse tradizioni processuali ne lasciava immaginare (o meglio, sperare) una progressiva convergenza<sup>92</sup>. E in effetti, com'era stato auspicato, nella prassi arbitrale si è nel tempo gradualmente sviluppato un modello

---

<sup>91</sup> In arg. v. sin da ora, tra i tanti, Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit.; *Id.*, *Evidence in international arbitration: a synthetic glimpse*, in Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010, 1025 ss.; Carlevaris, *Commento all'art. 20 Reg. ICC*, in Aa.Vv., Briguglio, Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale. Commentario*, Milano, 2005, 356 ss.; Marriott, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 1989, 5, 3, 280 ss.; Derains, *La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 781 ss.; Dieryck, *Procedure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1988, 267; Hunter, M., *The Procedural Powers of the Arbitrators under the English 1996 Arbitration Act*, in *Arbitration International*, 1997, 13, 4, 351 ss.; Perrot, *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1974, 159 ss.; Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 3, 75 ss.; Rubino Sammartano, *La prova nell'arbitrato internazionale*, in *Foro pad.*, 1987, 2, 85 ss.; De Witt Wijnen, *Collection of evidence in international arbitration*, in Fernández, Ballesteros, Arias, *Liber Amicorum*, cit., 351 ss.; Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators*, in *International Business Law Journal*, 2010, 3, 211 ss.; Patocchi, P. M., Meakin, *Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration: the interaction of civil law and common law procedures*, in *International Business Law Journal*, 1996, 7, 884 ss.; Molitoris, Abt, *Oral Hearings and the Taking of Evidence in International Arbitration*, in Aa.Vv., Klausegger, Klein, *et al.* (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2009, 165 ss.

<sup>92</sup> Non mancando, peraltro, voci in senso contrario: v. es. per l'affermazione dell'esistenza di minori differenze rispetto ai normali intendimenti tra sistemi inquisitori e sistemi accusatori e per l'opinione secondo cui non sarebbe opportuna la totale perdita delle peculiarità proprie delle distinte tradizioni giuridiche processuali in arbitrati internazionali, Reymond, *Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, in *Arbitration International*, 1989, 4, 357 ss.



unico, definito come misto o ibrido<sup>93</sup> poiché rappresentativo e commistione di tradizioni processuali differenti.

Non solo: sebbene gli arbitri tendano ancora talvolta ad applicare schemi e regole a essi familiari<sup>94</sup>, si è ormai giunti a un'uniformità di soluzioni, tale che può a buon diritto parlarsi di vera e propria *standardizzazione dei procedimenti istruttori*, ossia della formazione di un autonomo modello processuale<sup>95</sup> in cui i tratti misti tra diverse tradizioni incominciano a confondersi, perdendo originarie identità e provenienza per incastonarsi in un mosaico unico.

Questo processo, peraltro, non ha preso piede soltanto per il tramite della spontanea iniziativa di parti e arbitri, ma è stato aiutato da un'attività di ricognizione e conseguente "codificazione" delle prassi in uso all'interno di codici di disciplina redatti per iniziative di auto-regolamentazione della classe forense. La (voluta) laconicità delle previsioni in tema di istruzione nei regolamenti arbitrali e nelle legislazioni nazionali, insomma, ha generato una necessità di direttive, linee guida, indicazioni, e tale esigenza è stata sopperita con l'elaborazione di fonti di *soft law* procedurale, liberamente richiamabili e applicabili per parti e arbitri nei loro procedimenti. Simili istanze hanno indotto nel 1983 la nascita delle Regole in tema di prove della *International Bar Association*<sup>96</sup> e queste regole, giunte oramai alla terza

---

<sup>93</sup> Così, tra gli altri, Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit.; Carlevaris, *Commento*, cit.; Bernardini, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 3, 481 ss.; Wirth, *Ihr Zeuge Herr Rechtsanwalt! Weshalb Civil-Law Schiedsrichter Common-Law Verfahrensrecht anwenden?*, in *SchiedsVZ*, 2003, 9 ss.; Friedland, *A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration*, in *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, 133 ss.; Hanotiau, *The Conduct of the Hearings*, in Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008, 337 ss.; più in generale, v. poi Böckstiegel, *Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration*, in *Arbitration International*, 2009, 25, 3, 293 ss. e, più di recente, *Id.*, *Assumptions regarding Common Law versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 113 ss.; Elsing, *Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*, *ibidem*, 2011, 3, 114 ss.

<sup>94</sup> Carlevaris, *Commento*, cit.; conf. Blackaby, Partasides, *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, Oxford, 2009, spec. cap. 6.

<sup>95</sup> In questo senso, v. pure, tra gli altri, Gaillard, *Legal Theory*, cit., 105, Petrochilos, *Procedural Law*, cit., spec. 218 ss.; Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen an den Rijn, 2009, spec. 1237 ss. e 1748 ss.

<sup>96</sup> *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* ("Reg. IBA"): v., a commento della prima edizione del 1983 (denominata "*Supplementary Rules Governing the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration*") Shenton, *An Introduction to the IBA Rules of Evidence*, in *Arbitration International*, 1984, 118 ss.; sulla versione del 1999, v. *Evidential Rules in International Commercial Arbitration: From the Tower of London to the New 1999 IBA Rules*, in *Arbitration*, 1999, 291 ss.; Mourre, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv. arb.*, 2, 2007, 179 ss.; sulla versione del 2010, v. Kreindler, *The 2010 Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Study in Both Consistency and Progress*, in *International Arbitration Law Review*,

edizione, da diversi anni risultano costantemente applicate nella prassi arbitrale, richiamate *per relationem* o quale possibile fonte ispiratrice<sup>97</sup>.

Entrando nel merito di tale autonomo modello processuale, Edoardo Ricci<sup>98</sup> ha recentemente riconosciuto, dandola quasi per implicita e per presupposto, l'esistenza di un distacco delle regole dell'istruzione in uso in arbitrati internazionali rispetto alle regole del diritto processuale civile dei diversi Stati.

Alla libertà di forme sopra ricordata, va dunque affiancato detto distacco: non si applicano in arbitrati internazionali, alla luce di questi concetti, le regole in tema di prova previste nei processi statali, ma si adottano soluzioni peculiari che non rispecchiano più esattamente alcun ordinamento giuridico processuale.

#### 4. Limiti a tale "distacco".

Resta "soltanto" da individuare quali limiti incontri la facoltà, per parti e arbitri, di derogare al modello dei codici di procedura nella disciplina dei procedimenti<sup>99</sup>; si è accennato, in proposito, che il grado di accettabilità delle soluzioni adottate in concreto va misurato in particolare al momento del loro scontro con i singoli sistemi processuali e, ossia, al momento del controllo che le corti statali possono esercitare sugli arbitrati.

---

2010, 5, 157 ss.; Kläsener, A. C., *The Duty of Good Faith in the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, *ivi*, 160 ss.; Newmark, *Efficient, Economical And Fair - The Mantra of the New IBA Rules*, *ivi*, 165 ss.; Kläsener, A. C., Dolgorukow, *Die Überarbeitung der IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SchiedsVZ*, 2010, 6, 302 ss.; von Segesser, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *28 ASA Bulletin*, 4, 2010, 735 ss.; Gill, Tawil, Kreindler, *The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 23 ss. In tema di istruzione probatoria, vanno anche menzionate, sebbene non abbiano avuto la stessa applicazione in concreto, le linee guida predisposte dall'Uncitral ("*Uncitral Notes on Organizing International Arbitration Proceedings*"), su cui v. Cecon, *Uncitral Notes on Organizing International Arbitration Proceedings and the Conduct of Evidence*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, 2, 67 ss.

<sup>97</sup> Cfr. in tal senso il Preambolo alle Reg. IBA, in cui si legge che "(t)hese IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration [...] are designed to supplement the legal provisions and the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration [...] Parties and Arbitral Tribunals may adopt the IBA Rules of Evidence, in whole or in part, to govern the arbitration proceedings, or they may vary them or use them as guidelines in developing their own procedures".

<sup>98</sup> Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., § 1. Di distacco, parla anche Bernardini, *L'arbitrato internazionale*, cit., spec. nota 26.

<sup>99</sup> Cfr. Verde, G., *Lineamenti*, cit., spec. 122.

#### 4.1 (Segue) Controllo delle corti statali, principio di “non interferenza” e standards processuali minimi.

##### 4.1.1 ...in sede di impugnazione per nullità.

Come già sottolineato<sup>100</sup>, nei limiti in cui un arbitrato si radica inevitabilmente presso l'ordinamento giuridico statale della sede tale radicamento guarda ai mezzi e motivi di impugnazione disponibili avverso il lodo. A dire che, in primo luogo, la tanto decantata deformalizzazione dei procedimenti può trovare conferma, se mai, una volta analizzato l'ambito delle impugnative possibili.

Ebbene, va anzitutto rimarcato che la totalità degli ordinamenti statali prevede meccanismi di ricorso avverso i lodi.

Trovare un ragionevole compromesso tra il carattere definitivo di un lodo e il potere delle corti di proteggere le parti da un'ingiusta conduzione del procedimento arbitrale costituisce tuttavia compito delicato<sup>101</sup> e, infatti, la dottrina è solita considerare la previsione di tali mezzi come uno “*struggle between finality and fairness*”<sup>102</sup>.

Si tratta, per i più, di forme di garanzia necessarie per promuovere l'efficienza dell'arbitrato e per incrementare l'affidabilità dello strumento<sup>103</sup>. Vi è però anche chi afferma (in zona contigua a quella frequentata dai sostenitori dell'idea dell'arbitrato a-nazionale) che sarebbe opportuna la totale eliminazione di qualsiasi mezzo di impugnazione dei lodi, bastando alle esigenze di controllo di questi quello svolto dalle corti in sede di *enforcement*<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. *supra*, § 2.3 e Fabbi, *Alcune osservazioni circa l'impugnativa per nullità del lodo, il dovere di act fairly del tribunale arbitrale e la conduzione della fase istruttoria negli arbitrati commerciali internazionali*, in *Riv. arb.*, I, 2010, *passim*.

<sup>101</sup> Smith, *Tribunal's duty to act fairly*, in *International Arbitration Law Review*, 2008, 11, 1, 3 ss.

<sup>102</sup> Cfr. Park, W. W., *Why Courts Review Arbitral Awards*, in Briner, Fortier, Berger, Bredow, *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, 2001, spec. 596, in cui si legge che “*efficient arbitration implicates a tension between the rival goals of finality and fairness*” e soltanto “*a middle ground provides judicial review for the grosser forms of procedural injustice. To this end, legislators and courts must engage in a process of legal fine tuning that seeks a reasonable counterpoise between arbitral autonomy and judicial control mechanisms*”.

<sup>103</sup> In tal senso, cfr. Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International*, cit., 664 ss.

<sup>104</sup> Fouchard, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 329 ss., spec. 351-352.

In quest'ultima direzione, peraltro, si è recentemente assistito all'istituzione, in seno al Golfo Persico, della prima *freezone* arbitrale al mondo: con la promulgazione nel 2009 della nuova legge arbitrale del Regno del Bahrain si è previsto che i lodi resi in arbitrati con sede in tale Stato, per cui le parti abbiano scelto di sottoporre la loro controversia a una legge straniera, non siano impugnabili presso le relative corti<sup>105</sup>. Il dato è da considerarsi menzionato *ad colorandum*, non essendo affatto statisticamente significativo nel quadro complessivo; serve, nondimeno, a far comprendere la mutevolezza che contraddistingue un contesto necessariamente internazionale com'è quello in discorso.

Date queste premesse, il vaglio dei procedimenti nei giudizi di nullità con riferimento a vizi attinenti alla conduzione dell'istruttoria va analizzato in questa sede da una duplice prospettiva: *i.* quella che attiene al controllo, "*per come esercitabile*", ossia avendo riguardo al catalogo dei motivi di impugnazione previsti nei diversi ordinamenti; *ii.* quella che concerne, più in genere, il controllo "*per come esercitato*", ossia l'approccio assunto dalle corti a riguardo.

Con riferimento ai motivi, va detto in primo luogo che, se uniformità può riscontrarsi, ciò non è dovuto ad alcuna indicazione normativa vincolante: né la Convenzione di New York, né, soprattutto, la Convenzione di Ginevra del 1961 provvedono chiaramente in tal senso<sup>106</sup>. In via di fatto, tuttavia, va senz'altro riconosciuta una parziale coincidenza dei motivi di nullità dei lodi generalmente previsti negli ordinamenti nazionali con i motivi di opposizione all'*enforcement* contemplati dalla prima delle citate Convenzioni<sup>107</sup>, a dimostrare l'esistenza di alcuni *standards* processuali minimi da rispettare: in tema di trattazione dei procedimenti, come si dirà in seguito, possono rilevare soltanto violazioni del

---

<sup>105</sup> Per cui v. Karrar, Lewsley, *Revolution in Bahrain - Decree No. 30 of 2009 and the World's First Arbitration Freezone*, in *International Arbitration Law Review*, 2011, 3, 80 ss. L'art. 25 del citato decreto n. 30/2009 prevede che "(w)ithout prejudice to the procedures stipulated in Articles (23) and (24) of this law concerning enforcement of the Dispute Resolution Tribunal award, parties to the dispute shall not be entitled to challenge on nullity base against the award issued by the Dispute Resolution Tribunal in accordance with Article (24) of this law, if the parties have agreed in writing to choose a foreign law concerning the dispute, and they shall not be entitled to challenge the award before Bahrain's Courts, and that the challenge against the award shall be before the competent authority in another state".

<sup>106</sup> Dell'impossibilità di ricorso al testo della seconda Convenzione per le tematiche qui considerate (su cui v. Atteritano, *L'enforcement*, cit., spec. 206 ss.) si è già detto *supra*.

<sup>107</sup> V. es. L. Modello, art. 34, comma 2; art. 829 c.p.c. nn. 7 e 9.

contraddittorio, o, eventualmente, dell'ordine pubblico<sup>108</sup>. A queste violazioni si affianca l'ipotesi, più volte citata nel testo, di mancata osservanza delle forme stabilite dalle parti, a loro volta limitate dal rispetto di eventuali norme processuali inderogabili previste nella legge dello Stato sede<sup>109</sup>.

Di tali *standards* minimi si tratterà nei paragrafi successivi.

Passando ora al punto *ii.* (*i.e.* l'approccio delle corti nei giudizi di nullità), si prenda ad esempio il sistema inglese. Qui si prevede il più sopra ricordato dovere del tribunale arbitrale di agire secondo correttezza (artt. 33 e 34 *Arbitration Act*)<sup>110</sup>, la cui violazione può integrare un motivo di impugnazione per nullità (tra quelli tassativamente elencati dall'art. 68), ma solo se in presenza di una *serious irregularity*, che abbia causato, a danno della parte, una *substantial injustice*<sup>111</sup>.

Risulta che l'applicazione di questa norma, pensata per controllare la discrezionalità garantita agli arbitri in materia procedimentale e istruttoria<sup>112</sup>, sia limitata dalla giurisprudenza a ipotesi estreme di errori grossolani<sup>113</sup>. Risultano

---

<sup>108</sup> Motivi di opposizione e diniego della richiesta di *enforcement*, previsti, rispettivamente, all'art. V, c. 1 lettere b) e d) e c. 2 lett. b).

<sup>109</sup> Per cui v., di nuovo, il già citato art. 34 L. Modello.

<sup>110</sup> Dovere fondato "on the common law duty on the tribunal to act in accordance with natural justice": così, Tweeddale K., Tweeddale A., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, 2005, 768; conf. Merkin, Flannery, *Arbitration Act 1996*, 4<sup>a</sup> Ed., London, 2008.

<sup>111</sup> E il fatto che le condizioni debbano ricorrere insieme rende ancor più improbabile l'accoglimento di un'impugnazione *ex art.* 68: per alcune ipotesi applicative, si veda la giurisprudenza citata in Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., spec. 23.

<sup>112</sup> Sul punto, v. Park, *Two Faces*, cit., 500: "(...) *The discretion, however, must always be exercised in the shadow of section 68, which imposes constraints related to fundamental procedural fairness (...) These provisions work in tandem to present the two faces of progress in English arbitration law. One rejects parochial application of purely local procedures. The other aims to safeguard elemental due process (...)*".

<sup>113</sup> Cfr. Gloster, *Attempts to thwart the arbitration process: current examples of how the court makes parties stick to their agreement to arbitrate*, in *Arbitration*, 2007, 73, 4, 407 ss., che fa riferimento a "extreme cases where something has gone wrong with the arbitral process, where the substance and nature of the injustice goes well beyond what could reasonably be expected as an ordinary incident of arbitration". Simile tenore, peraltro, presenta la relazione già presente nei lavori preparatori uniti all'*AA* (per cui cfr. *Report of the Department Advisory Committee on Arbitration Law*, febbraio 1996), ove si legge l'art. 68 descritto come "a longstop, only available in extreme cases where the tribunal has gone so wrong in its conduct of the arbitration that justice calls out for it to be corrected". Nello stesso senso, v. anche Sutton, Gill, Gearing, *Russell on Arbitration*, London, 2007, spec. 484; Dennys, *Arbitration update: the limits of the courts' interference*, in *Construction Law Journal*, 2008, 24, 1, 3 ss.; Tweeddale, *Recent cases on serious irregularity*, in *Arbitration*, 2000, 66, 4, 317 ss., in cui l'a. rammenta come, nella giurisprudenza inglese, il controllo dei giudici *ex art.* 68 sia limitato per il solo fatto di vertersi in materia di arbitrato (e, dunque, di scelta delle parti): "(t)he test [on substantial injustice] is not what would have happened had the matter been litigated. To apply such a test would be to ignore the fact that the parties have agreed to arbitrate, not litigate".

pochissimi casi in cui impugnazioni *ex art. 68* siano state accolte<sup>114</sup> e, ciononostante, c'è comunque chi lamenta un intervento eccessivo delle corti inglesi nei procedimenti arbitrari<sup>115</sup>.

L'approccio delle corti inglesi è soltanto un esempio del più generale approccio diffuso tra i giudici statali nei processi di impugnazione. Per il carattere tassativo dei motivi di annullamento e per la più generica volontà di non "interferire" con l'arbitrato, ovunque si tende a limitare lo spettro delle critiche disponibili fornendo interpretazioni restrittive<sup>116</sup>. La giurisprudenza richiede alla parte che intenda utilmente impugnare un lodo per vizi che attengono al procedimento un "*considerable hurdle*" e, in definitiva, ottenere l'annullamento di un lodo per motivi attinenti alla conduzione dell'istruttoria si rivela impresa assai ardua<sup>117</sup>.

L'idea sottesa a tali interpretazioni restrittive, si è osservato, dovrebbe rinvenirsi nel concetto della delocalizzazione dell'arbitrato in materia di procedimento<sup>118</sup>, per cui, fatte salve alcune garanzie fondamentali, il processo arbitrale non avrebbe alcun legame con l'ordinamento giuridico della sua sede. Non serve però scomodare la tesi della delocalizzazione ogni volta che si voglia ricorrere ad un'argomentazione liberista; più semplicemente, si tratta di gravami che, oltre a limitarsi a preservare soltanto alcune garanzie fondamentali, spesso non permettono per loro natura un nuovo vaglio delle corti: si pensi, ad esempio, alla materia della valutazione delle prove<sup>119</sup>, ove eventuali vizi sono incensurabili da

---

<sup>114</sup> Per una casistica in punto, v. tra gli altri Dundas, *Metropolitan Property Realisation Ltd v. Atmore Investments Ltd: when is an irregularity neither irregular nor serious*, in *Arbitration*, 2009, 75, 2, 284 ss.; Galloway, *Ascot Commodities v. Olam International Ltd [2002] C.L.C. 277 (QBD (Comm))*, in *International Arbitration Law Review*, 2002, 5, 2, 20 ss.; Holland, Berry, *Metropolitan Property Realizations v. Atmore Investment - serious irregularity or simply wrong?*, in *International Arbitration Law Review*, 2009, 12, 3, 25 ss.

<sup>115</sup> Dundas, *Challenging awards and arbitrators: a losing game?*, in *Arbitration*, 2005, 71, 4, 353 ss.

<sup>116</sup> Cfr. es. Blackaby, Partasides, *Redfern and Hunter*, cit., spec. 600 ss., in cui gli aa., rammentano che, sebbene ogni corte nazionale potrà approcciare ipotesi identiche in maniera diversa, l'interpretazione resta mediamente restrittiva.

<sup>117</sup> Si vedano i dati riportati dagli stessi aa. citati nella nota precedente (spec. § 10): con riferimento a impugnazioni *ex art. 68 Arbitration Act*, ad es. questi riportano che, al 2006, poteva riscontrarsi soltanto il 30% di esiti positivi.

<sup>118</sup> Parla di delocalizzazione dell'arbitrato a tale riguardo Mourre, *Differenze e Convergenze*, cit., spec. 181 e nota 5.

<sup>119</sup> V. es., nella giurisprudenza inglese, High Court of Justice (Q. B. Commercial Court), 7 novembre 2002, *Bulfracht (Cyprus) Ltd c. Bonaset Shipping Company Limited MV Pamphilos*, con nota di

parte dei giudici, atteso che una valutazione al riguardo implicherebbe la necessità di (ri)entrare nel merito ed effettuare apprezzamenti in via di fatto.

L'interpretazione restrittiva dei motivi di impugnazione per nullità che le corti forniscono convalida *a contrario* la teoria del procedimento arbitrale flessibile e slegato dalle norme di diritto processuale dello Stato sede. Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di impugnazione svolgono inevitabilmente un ruolo nel processo di armonizzazione della disciplina dell'arbitrato, poiché la loro analisi finisce per influenzare *a priori* la conduzione della fase istruttoria nei procedimenti.

#### 4.1.2 Rinuncia convenzionale all'impugnazione.

Se le impugnative del lodo siano rimedi rinunciabili o meno dipende oggi da ciascun ordinamento e/o dall'eventuale carattere derogabile delle disposizioni che le prevedono<sup>120</sup>. Il legame dell'arbitrato con l'ordinamento dello Stato sede può variare d'intensità quando le parti, ove possibile - per espressa permissione legislativa o per l'assenza di contrasto con norme inderogabili - si accordino con degli appositi *exclusion agreements*, rinunciando preventivamente ad ogni ricorso avverso il lodo<sup>121</sup>. In alcuni ordinamenti, in effetti, ciò è ammesso da apposite disposizioni: simili patti, per citare alcuni esempi, sono previsti tanto nella normativa svizzera (contenuta nella *LDIP*)<sup>122</sup>, tanto all'art. 1717, c. 4 *code judiciaire*

---

Smith, *Tribunal's duty*, cit., secondo cui errori nella valutazione delle prove integrerebbero un “*simply and ordinary incident of the arbitral process based on arbitrator's power to make findings of facts*”; in dottrina, v. Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International*, cit., 675: “*the assessment of evidence is in the discretion of the tribunal and can rarely amount to a ground to challenge an award*”. V., infine, la giurisprudenza citata *infra*, cap. 2, § 11.

<sup>120</sup> Cfr. artt. 829, 830, II co. e 831 c.p.c.; in dottrina v. Briguglio, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 688 ss.

<sup>121</sup> Sul tema, cfr. in genere Petrochilos, *Procedural Law*, cit., 87 ss., nonché van den Berg, *Annulment of Awards in International Arbitration*, in Aa.Vv., Lillich, Brower (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?*, Charlottesville, 1992, 133 ss. V. anche Gaillard (*Legal Theory*, cit., *passim*), per cui la circostanza che le legislazioni nazionali prevedano o ammettano la rinuncia delle parti all'impugnazione del lodo e l'osservazione che, tendenzialmente, aperture in tal senso siano aumentate nel corso degli anni, sarebbe ulteriore dimostrazione del fatto che, in tali casi, il lodo dovrebbe essere considerato del tutto svincolato dall'ordinamento nazionale dello Stato sede del procedimento e che, pertanto, tale lodo si collocherebbe entro un ordine arbitrale autonomo.

<sup>122</sup> Cfr. art. 194 *LDIP*, che prevede la possibilità di esclusione totale o parziale (ossia limitata soltanto ad alcuni motivi di impugnazione), tramite accordo espresso anche successivo alla stipula della convenzione di arbitrato, per ipotesi in cui nessuna tra le parti abbia il domicilio, la

belga (come modificato nel 1998)<sup>123</sup>, tanto nell'*Arbitration Act* svedese<sup>124</sup> e sono stati più di recente ammessi, per arbitrati internazionali, anche nell'ordinamento francese, stante la riforma apportata all'art. 1522 *n.c.p.c.* dal già citato decreto n. 48/2011<sup>125</sup>.

Anche ove l'ordinamento non preveda la possibilità di stipulare un *exclusion agreement*, è possibile ragionare su tale possibilità, riflettendo sul se le norme che prevedono l'impugnazione siano *mandatory* o meno: la giurisprudenza canadese, ad esempio, ha ammesso tali accordi, dopo aver ritenuto la derogabilità delle previsioni normative in tema di impugnazione nel relativo sistema<sup>126</sup>.

Si tratta di esperienze pur sempre rare, ma di cui va nondimeno tenuto conto. Il lodo, in questi casi, non dovrà premurarsi di rispettare tutte le garanzie che l'ordinamento dello Stato sede assicura.

#### 4.1.3 ...in sede di opposizione alla richiesta di enforcement.

Anche quando vi sia stato un accordo di rinuncia all'impugnazione del lodo presso l'ordinamento di origine, ogni qualvolta si voglia eseguire un lodo

---

residenza o una sede in territorio svizzero (si ammette, ossia, tale possibilità nel caso in cui la Svizzera sia stata scelta come sede "neutrale").

<sup>123</sup> In precedenza, per alcuni anni a partire dal 1985, l'art. 1717 c. 4 del *code judiciaire* belga esclude *tout court*, senza necessità di rinuncia, l'impugnabilità del lodo reso a seguito di arbitrato internazionale con sede in Belgio; oggi, invece, si ammette l'accordo ai sensi del medesimo articolo del codice.

<sup>124</sup> Cfr. art. 51 *Arbitration Act*, per cui: "(w)here none of the parties is domiciled or has its place of business in Sweden, such parties may in a commercial relationship through an express written agreement exclude or limit the application of the grounds for setting aside an award as are set forth in section 34".

Anche altri sistemi hanno introdotto disposizioni che prevedono in tal senso: v. es. Tunisia, per cui cfr. art. 78 comma 6 della legge tunisina sull'arbitrato; Però, per cui v. la legge peruviana sull'arbitrato, 3 gennaio 1996, art. 126; Panama, per cui v. art. 36 del decreto governativo in tema di arbitrato, conciliazione e mediazione.

<sup>125</sup> Cfr. art. 1522: "(p)ar convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur".

<sup>126</sup> V. Corte Suprema, 22 settembre 1999, *Corporation Transnacional de Inversiones SA c. Stet International SpA*, 1999, in *Yearbook Commercial Arbitration*, XXVI, 2001, 323 ss. (si rammenta che in Canada è stata adottata la L. Modello). Per un'analisi del sistema statunitense che pare pure optare, nonostante alcune posizioni contrarie in giurisprudenza, per una risposta affermativa in tal senso, v. es. Drahozal, *Standards for Judicial Review of Arbitral Awards in the United States: Mandatory Rules or Default Rules?*, in *Mealey's International Arbitration Report*, 2001, 16, 9, *passim*.



l'arbitrato sarà sempre soggetto al controllo assicurato dalla Convenzione di New York<sup>127</sup> che riconosce anch'essa, sotto forma di motivi di opposizione alla richiesta di *enforcement*, certe specifiche garanzie procedurali.

Tra queste, si è già accennato di sopra all'ipotesi di mancata osservanza di forme stabilite dalle parti o, in assenza di accordi, dalla *lex loci arbitratus* (art. V, c. 1 lett. d Conv.<sup>128</sup>) e si è già rammentato che, dal disegno della Convenzione in punto, la migliore dottrina desumerebbe la supremazia della volontà privata sulla legge processuale dello Stato sede nei giudizi di *enforcement*<sup>129</sup>. Nello specifico, la *lex loci arbitratus* assolverebbe a un ruolo meramente sussidiario rispetto ai patti dei privati<sup>130</sup>, mentre non dovrebbe rilevare affatto ove, pur mancando accordi delle parti, vengano in rilievo aspetti del procedimento già disciplinati uniformemente sul piano internazionale (*i.e.* dalla Convenzione di Ginevra)<sup>131</sup>. Ferme tali conclusioni, va però osservato che: *i.* essendo qui in analisi l'istruzione probatoria non è possibile richiamare alcuna normativa internazionale uniforme, non esistendo disposizioni cogenti in materia; *ii.* anche assegnando alla legge dello Stato sede una valenza meramente sussidiaria, di questa dovranno in ogni caso rispettarsi le norme processuali inderogabili, la cui estensione è ancora da analizzare<sup>132</sup>.

Assumono inoltre rilevanza, per il tema in considerazione, le ulteriori garanzie procedurali minime contemplate in altri motivi di opposizione all'*enforcement* previsti dalla Convenzione: la violazione del principio del contraddittorio o, più in

---

<sup>127</sup> Così v. anche Petrochilos, *Procedural Law*, cit., spec. 217: "(w)ithin the bounds of award enforceability, procedural rules in international arbitration should not have colour of nationality".

Nè può affermarsi che l'aver escluso tra le parti l'impugnazione del lodo farebbe in modo che per questo non possa più invocarsi neppure la disciplina della citata Convenzione (teoria proposta in passato, ma senza successo: v. in proposito, van Houtte, H., *La loi belge de 27 mars 1985 sur l'Arbitrage International*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1986, 29 ss.).

<sup>128</sup> Cfr. art. V., c. 1 lett. d): "*la costituzione del tribunale arbitrale o la procedura d'arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti oppure, in mancanza d'una convenzione, alla legge del paese dove è avvenuto l'arbitrato*".

<sup>129</sup> V. i riff. citati *supra* e in part. Atteritano, *L'enforcement*, cit., spec. 192 ss.; Gaillard, *Legal Theory*, cit., spec. § 33.

<sup>130</sup> Dell'estensione di tale rapporto si è già detto *supra*, § 2.2.

<sup>131</sup> V. a riguardo la dottrina citata in nt. 88.

<sup>132</sup> Sul punto, v. di nuovo Atteritano, *L'enforcement*, cit., il quale osserva che "*la violazione delle norme imperative finisce con l'aver rilevanza anche nei procedimenti di enforcement, ex art. V (1) lett. e) della Convenzione di New York*" (ossia, quale violazione dell'ordine pubblico).

genere, delle regole del “giusto processo”, di cui all'art. V, c. 1 lett. b) Conv. e, se mai, la violazione dell'ordine pubblico, *ex art. V, c. 2 lett. b)*.

Anche in questo caso, come si vede, sono stati richiamati i concetti di norme inderogabili, giusto processo e ordine pubblico, a confermare l'esistenza del già menzionato *common standard of review*<sup>133</sup> o *tronc commun* di motivi, i quali saranno analizzati nell'immediato prosieguo.

Va soltanto aggiunto che, come in sede di impugnazione, pure nei giudizi di *enforcement* l'approccio delle corti statali appare piuttosto restrittivo. Così, ad esempio, la violazione del principio del contraddittorio, pur sussumibile sotto vari aspetti, può essere invocata soltanto nel caso in cui sulla parte che l'ha asseritamente subita si siano prodotti effetti pregiudizievoli concreti e sempre che non vi sia stata sanatoria del vizio in corso d'arbitrato<sup>134</sup>.

#### 4.2 (Segue) Standards processuali minimi: il “giusto processo”.

È opinione condivisa che gli arbitri internazionali debbano anzitutto rispettare gli *standards* procedurali minimi rientranti nella nozione di giusto processo, quali il principio del contraddittorio<sup>135</sup>, il diritto alla difesa o altri generici canoni di correttezza<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> Così anche Blackaby, Partasides, *Redfern and Hunter*, cit., 601.

<sup>134</sup> V., tra gli altri, Bergamini, *L'arbitrato estero (la ricezione dei lodi esteri)*, in Aa.Vv., Cecchella (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, spec. 373. Anche nel piano del diritto internazionale pattizio, inoltre, si conferma quanto detto in tema di impugnazione per nullità circa l'incensurabilità della valutazione delle prove compiuta dagli arbitri: in proposito, v., di recente, Corte d'Appello Milano, 29 aprile 2009, *CG Impianti S.p.A. c. BMAAB and Son International Contracting Company WWL*. E sempre tenendo a mente che, anche in sede di opposizione alla richiesta di *enforcement*, alla corte nazionale è precluso qualsiasi riesame nel merito del procedimento: in proposito, v. es. Tampieri, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. arb.*, 2005, 637 ss.

<sup>135</sup> V. artt. 14 c. 1 e 19 c. 1 Reg. LCIA; r-30 Reg. AAA; art. 2 Reg. CAM; art. 18 L. Modello; art. 17 Reg. Uncitral. In dottrina, v. es. Guinchard, *L'arbitrage et le respect du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 185 ss. e, in ambito domestico, Bugliani, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, 4, 552 ss.

<sup>136</sup> Così come, ad es., le garanzie di imparzialità degli arbitri: cfr. art. 14, c. 1 lett. (i) Reg. LCIA.

Sebbene persista un minimo divario tra corti nazionali<sup>137</sup> le varie accezioni di *due process*<sup>138</sup> e *fair trial*<sup>139</sup> sono unanimemente condivise, anche alla luce dell'art. 6, c. 1 CEDU<sup>140</sup>. La violazione di tali principi, per molti, sarebbe l'unico vizio a permettere un controllo di profili procedurali attinenti alle prove<sup>141</sup>. In concreto, però, dimostrare l'esistenza di una simile violazione è compito oneroso e si scontra con gli approcci restrittivi delle corti citati più sopra.

Così, ad es., le impugnazioni sono spesso rigettate sulla base della considerazione che fasi attinenti all'istruzione sono rimesse alla valutazione discrezionale degli arbitri<sup>142</sup>. Oppure, in tema di giudizio di rilevanza delle prove, sono spesso respinte azioni con la ricorrente affermazione che gli arbitri possono sempre,

---

<sup>137</sup> Così, Park, *The Procedural Soft Law*, cit., 145.

Nelle legislazioni nazionali v. es. artt. 1693 e 1694 *code judiciaire* belga; art. 182 c. 3 LDIP svizzera; artt. 33 c. 1, 34 e 68 *Arbitration Act* inglese. L'art. 10 del *Federal Arbitration Act* statunitense prevede, tra i motivi di annullamento del lodo, il caso in cui gli arbitri "*were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy*".

<sup>138</sup> V. Rubino Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, The Hague, 2001, spec. 715 che ricollega il concetto di *breach of due process* all'antico concetto di *breach of natural justice*. In giurisprudenza, v. di recente, Tribunale Parigi, 17 febbraio 2011, n. 10, *Erjagi c. Solei Environnement* (vedila in Mourre, Pedone, *Panorama international de jurisprudence – France*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011).

<sup>139</sup> Per cui v. Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, cit., 302 ss.

<sup>140</sup> Cfr. art. 6 "*Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*", fatta a Roma, in data 4 novembre 1950, nel punto in cui prevede il diritto a una *fair and public hearing (within a reasonable time e dinanzi a un tribunale indipendente e imparziale)*. La Convenzione, peraltro, è oggi, dopo le modifiche fatte a Lisbona, parte del diritto comunitario primario, ossia dei trattati istitutivi dell'Unione europea (v. Trattato sull'Unione europea e Trattato sul Funzionamento).

Per l'affermazione dell'applicazione in arbitrati internazionali dei principi espressi dalla Convenzione, v. es. Mourre, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2000, 2066 ss e *Id.*, *Differenze e convergenze*, cit., *passim*. Più in genere, sulla genesi del concetto di giusto processo, la sua derivazione dagli ordinamenti di *common law* e sul contributo apportato nel ravvicinamento tra tradizioni processuali dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. Trocker, "*Civil law*" e "*Common law*" *nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 421 ss. e Comoglio, *Il "giusto processo civile" nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss.

<sup>141</sup> Al di fuori di tale caso, per la Corte di Cassazione di Dubai, "*(t)out recours fondé sur un vice autre que ceux précédemment énumérés et qui serait fondé sur la violation des règles de preuve ou sur l'appréciation fait par l'arbitre ou sur l'omission par l'arbitre de statuer sur un chef de demande ou sur l'erreur ou sur l'insuffisance de motivation de la sentence, ne permettrait pas de rapite nulle la sentence arbitrale. Le recours en annulation doit par conséquent être rejeté*" (sent. 24 marzo 2009, X c. Y, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 2, 375 ss.).

<sup>142</sup> Corte d'Appello Parigi, 26 novembre 2009, n. 8/11583, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2010, 4, 131 ss., con nt. di Ziadé, De Taffin.

debitamente motivando, rifiutare l'ammissione di un determinato mezzo di prova<sup>143</sup>.

Si tratta di decisioni che non sempre appaiono eque<sup>144</sup>, ma tant'è: alle parti e alle corti per vagliare tali vizi resta la garanzia integrata dall'obbligo di motivazione del lodo<sup>145</sup>.

#### 4.3 (Segue) Standards processuali minimi: norme inderogabili in tema di istruzione probatoria e ordine pubblico processuale. Rinvio.

Le questioni ancora da trattare per la ricerca e l'individuazione dei limiti di cui si parla concernono: *i.* la definizione del concetto di norme inderogabili previste dalla legge processuale dello Stato in cui vi è la sede del procedimento<sup>146</sup>; *ii.* la definizione del concetto di ordine pubblico riferito al processo, cui fanno riferimento sia la Convenzione di New York, che i singoli ordinamenti statuali.

---

<sup>143</sup> Sul diniego di richieste istruttorie, v. già Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, cit., 306 e nt. 17 e *infra*, cap. 6, § 29. Per letture restrittive nel senso indicato nel testo, v. sin d'ora nella giurisprudenza più recente, Tribunale federale svizzero, 19 febbraio 2009, 4A\_539/2008, X. *SpA in liquidation c. Y. BV*; Tribunale federale svizzero, 26 maggio 2010, 4A\_433/2009, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 4, 905 ss. Per rife. ulteriori, Carlevaris, *Commento*, cit., 376; Jacquet, *Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?*, in *Revue de l'arbitrage*, III, 2010, 445 ss.; Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., spec. 154 e nt. 14 e *Id.*, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi "non esperti") e arbitrato commerciale internazionale*, *ibidem*, 2011, 3, spec. nt. 19.

<sup>144</sup> Si pensi alla recente pronuncia con il Tribunale federale svizzero ha rigettato l'impugnazione per nullità di un lodo emesso a seguito di un procedimento arbitrale in materia sportiva in cui il TAS aveva omesso di fissare una nuova udienza per l'escussione di un testimone che, secondo una delle parti, era divenuta necessaria dopo che l'avversario aveva prodotto su invito del tribunale alcuni nuovi documenti: la corte svizzera, in particolare, ha ritenuto legittimo il lodo ritenendo che la richiesta istruttoria fosse stata avanzata tardivamente (cfr. Tribunale federale svizzero, 20 luglio - 2 settembre 2011, sent. n. 4A\_162/2011 in *Kluwerarbitrationblog*, con commento critico di Scherer, *Calling a witness (too) late in the proceedings*).

<sup>145</sup> V. a riguardo, Corte Suprema Delhi, 3 agosto 2007, n. 257/2007: "(l)earned Arbitrator has given detailed reasons for arriving at his findings of facts which are based on cogent evidence recorded by him", soggiungendo che "(i)t is not for the Court to sit in appeal over the findings of facts arrived on a scrutiny of the evidence by the learned Arbitrator" (vedila in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 315 ss.).

<sup>146</sup> V. es. art. 34 L. Modello. Cfr. anche lo scrutinio del lodo da parte della Corte Arbitrale ICC, ai sensi dell'art. 6 Reg. ICC: "(w)hen the Court scrutinizes draft Awards in accordance with Article 33 of the Rules, it considers, to the extent practicable, the requirements of mandatory law at the place of arbitration".

Sebbene sia stato indicato di prescindere in principio<sup>147</sup> da tali categorie per descrivere la disciplina dell'istruttoria che l'arbitrato internazionale tenta di darsi, a chiusura della presente indagine si tenterà di proporre una prima sistemazione<sup>148</sup>.

Per ora basti chiarire brevemente alcuni aspetti.

È in primo luogo opportuno precisare che nell'ambito considerato è spesso disconosciuta qualsiasi differenza tra i due concetti, quanto meno da un punto di vista dell'uso pratico che se ne compie.

In genere, inoltre, si tende a restringere l'estensione di entrambe le categorie.

Così, con riferimento all'ordine pubblico processuale, già Mustill e Boyd<sup>149</sup> ne ammettevano la possibile violazione soltanto per il caso di conduzione dell'arbitrato "*in a manner inconsistent with the basic procedural requirements of English arbitration law*". Più di recente, si è affermato<sup>150</sup> che il mancato rispetto di regole in tema di prova non dovrebbe rientrare nel concetto di *truly international public policy*, mentre entro tale parametro dovrebbero essere compresi soltanto i principi minimi del giusto processo.

Similmente, con riguardo alle norme processuali inderogabili, si afferma che: *i.* esse coinciderebbero con le norme riconducibili alla nozione di ordine pubblico processuale<sup>151</sup>; *ii.* la loro identificazione, in ogni caso, dovrebbe risultare agevole, poiché tali sarebbero soltanto le norme che prevencono "*major procedural irregularities*"<sup>152</sup>.

Con riserva di tornare su questi argomenti a tempo debito, sembra potersi affermare che la visione prevalente tende ad accostare le due categorie, considerandole entrambe deputate alla tutela di quegli *standards* rientranti nella

---

<sup>147</sup> Così, Ricci E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., spec. 312-313.

<sup>148</sup> Sul concetto di norme imperative e su quello di ordine pubblico processuale, v. *amplius* sin d'ora i diversi saggi raccolti nel recente volume a cura di Bermann e Mistelis, *Mandatory Rules*, cit., *passim*.

<sup>149</sup> *Commercial Arbitration*, cit., 284.

<sup>150</sup> Petrochilos, *Procedural Law*, cit., spec. § IV, 99, 108 ss. *Contra*, v. Carlevaris, *Commento*, cit., 365.

<sup>151</sup> In tal senso, v. es. Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial*, *loc. cit.*. Cfr. poi Mistelis, *Mandatory Rules*, cit., spec. 295: "(w)hile arbitration laws make express or implied references to mandatory rules, such rules are hard to find and their content would have been normally inserted as a matter of common sense or public policy. Effectively the essential content of procedural mandatory rules would coincide with that of due process" e gli altri saggi contenuti nella già citata raccolta a cura di quest'ultimo e Bermann, *Mandatory Rules*, cit., *passim*.

<sup>152</sup> Così lo stesso Mistelis, *Mandatory Rules*, cit., 308.

nozione di *due process* che dovrebbero assicurarsi in ogni processo di *adjudication*. Se ciò fosse vero, pertanto, si avrebbe una completa convergenza dei diversi limiti posti dai legislatori nazionali alla libertà di forme in arbitrato sulla nozione di giusto processo, che assurgerebbe in questo modo a unico limite. A parziale correzione, va già da ora avvertito, però, che i concetti di ordine pubblico e norme inderogabili sono spesso succubi di particolarismi di singoli sistemi nazionali e che a causa di alcuni di questi ogni tentativo di elaborare un'unica teoria di tali limiti è destinato a vacillare: esemplare è il tema dell'obbligo di giuramento dei testimoni, ritenuto inderogabile anche in arbitrati nel diritto processuale dei Paesi islamici<sup>153</sup>. Nell'impossibilità di porre un argine con metodo giuridico a soluzioni di tal genere (dettate da postulati morali e non giuridici) ci si può solo limitare a criticarle, ritenendole, com'è stato fatto, "*entirely out of step with modern practice*"<sup>154</sup>.

## 5. Fattori "propulsivi" dell'autonomia del diritto processuale dell'arbitrato internazionale.

5.1 (Segue) Ancora sulla fissazione delle regole del procedimento: il ruolo dell'autonomia privata e degli arbitri: tensione tra rispettivi poteri e adozione di un approccio "collaborativo". L'obbligo di motivazione. Rinvio.

Come già rammentato, muovendo dalla libertà di forme concessa nella regolamentazione dei procedimenti, la creazione di un modello autonomo nella disciplina dell'istruzione probatoria è stata possibile con lo sviluppo della prassi e tramite la sua osservazione. Questa ha adottato nel tempo misure idonee a consentire un'accettazione delle soluzioni processuali prescelte, che sono venute evolvendosi e perfezionandosi parallelamente alla progressiva evoluzione delle convinzioni intorno al corretto bilanciamento tra poteri degli arbitri e autonomia delle parti nella regolamentazione della procedura<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Su cui v. in particolare cap. 6 § 32.2.

<sup>154</sup> Così Petrochilos, *Procedural Law*, cit., 84, che dopo aver elencato una serie di norme in tema di procedimento normalmente ritenute inderogabili dalla giurisprudenza, prosegue affermando che "*if a state were to exact compliance with them in an international arbitration this would be an excess of jurisdiction, a delict under international law*". Sul punto si tornerà *infra*, cap. 7, § 40.

<sup>155</sup> Su questi temi, oltre ai riff. citati *supra*, § 1.1, v. spec. Kaufmann Kohler, *Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité*, in Aa.Vv., Bernardini, Besson,

Qualsiasi tentativo di individuare un giusto bilanciamento in proposito, si è già osservato, rischia di saltare se, per riaffermare che l'arbitrato internazionale si muove in un autonomo ordinamento, si finisce per ritenere che gli arbitri - quali portatori di un potere innato - possano fare della procedura unilateralmente ciò che più credono<sup>156</sup>.

Di sopra si è soltanto trattato della tensione tra libertà di forme e leggi statali e del progressivo riconoscimento della prima nelle seconde, limitandosi a citare ma senza approfondire la questione di chi, una volta riconosciuta detta libertà, possa esercitarla.

Le parti, verrebbe ora da rispondere e in questo senso la Convenzione di Ginevra nel 1961 è essenziale ma chiarissima: sono queste a fissare le regole del giuoco, indicandole agli arbitri.

Al livello di ordinamenti nazionali e regolamenti di arbitrato, il dato di gran lunga prevalente (con minime eccezioni<sup>157</sup>), vuole che, in mancanza di una scelta espressa delle parti, intervenga la c.d. *default procedural discretion* del tribunale, ovvero sia questo a poter condurre liberamente il procedimento, ricorrendo a "*such a manner as it considers appropriate*"<sup>158</sup>.

Occorre tuttavia intendersi sul possibile oggetto di tale *default discretion*.

---

de Boisseson, Bredin (a cura di), *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004, 153 ss.; Mayer, *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law*, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, 163 ss.; e, più di recente, Park, *Les devoirs de l'arbitre: ni un pour tous, ni tous pour un*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 13 ss. In giurisprudenza, cfr. Corte d'Appello Parigi, 24 aprile 1992, in *Revue de l'arbitrage*, 1992, 601 ss. V. infine lo *speech* presentato al convegno del 28 novembre 2011, presso l'*Institute of Arbitrators* della Corte Arbitrale di Singapore ("SIAC"), da Heilbron, *Is the Process of Arbitration Really Consensual? Balancing Party Autonomy with tribunal control*.

<sup>156</sup> V. in proposito anche Zaiwalla, *Are Arbitrators Not Human? Are They from Mars? Why Should Arbitrators be a Separate Species?*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 3, 273 ss.

<sup>157</sup> Si veda ad esempio il testo dell'art. 28 "*Procedure and evidence*" dell'*Arbitration Act* scozzese, come riformato nel 2010, in cui si legge che "(1) It is for the tribunal to determine: (a) the procedure to be followed in the arbitration, and (b) the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence. (2) In particular, the tribunal may determine: (a) when and where the arbitration is to be conducted, (b) whether parties are to submit claims or defences and, if so, when they should do so and the extent to which claims or defences may be amended, (c) whether any documents or other evidence should be disclosed by or to any party and, if so, when such disclosures are to be made and to whom copies of disclosed documents and information are to be given, (d) whether any and, if so, what questions are to be put to and answered by the parties, (e) whether and, if so, to what extent the tribunal should take the initiative in ascertaining the facts and the law, (f) the extent to which the arbitration is to proceed by way of: (i) hearings for the questioning of parties, (ii) written or oral argument, (iii) presentation or inspection of documents or other evidence, or (iv) submission of documents or other evidence, (g) the language to be used in the arbitration (and whether a party is to supply translations of any document or other evidence), (h) whether to apply rules of evidence used in legal proceedings or any other rules of evidence".

<sup>158</sup> V. es. in tal senso, nel sistema della L. Modello, l'art. 19, c. 2.

La lettura più adeguata è senza dubbio quella suggerita da autorevole dottrina con riferimento all'arbitrato in Italia<sup>159</sup>, per cui nel distinguere fra ciò che possono le parti e ciò che, suppletivamente, possono gli arbitri, deve ritenersi che le prime possano decidere intorno ad ogni profilo della procedura, mentre i secondi possano soltanto regolarne gli aspetti per così dire, dinamici (talune modalità di assunzione e svolgimento del procedimento, scandendone fasi ecc.).

Va precisato, inoltre, che la libertà delle parti di accordarsi in tal senso non dovrebbe incontrare ostacoli temporali né essere necessariamente espressa nella convenzione di arbitrato. Anche su tale evenienza il sistema italiano può rappresentare un utile esempio, essendo uno dei pochi a prevedere un'apparente limite al riguardo (ad accordi presi, *in limine litis*, prima dell'inizio del procedimento arbitrale). La stessa dottrina sopra citata ha auspicato una lettura correttiva dell'art. 816-*bis* c.p.c., ammettendo che le parti possano intervenire modificando le regole di comune accordo e con l'assenso degli arbitri anche dopo l'inizio del procedimento<sup>160</sup> e la giurisprudenza ha fatto propria tale interpretazione, ritenendo che la citata disposizione sia di carattere dispositivo (non imperativo) e dunque derogabile con il consenso delle parti<sup>161</sup>. In questi termini, peraltro, sembra potersi inquadrare anche la recente riforma del diritto dell'arbitrato francese, con il nuovo testo dell'art. 1464 *n.c.p.c.* che in tema di determinazione delle regole del procedimento fa oggi riferimento semplicemente all'accordo delle parti, laddove nel vecchio testo del corrispondente art. 1460 si faceva riferimento all'accordo di queste contenuto nella convenzione di arbitrato.

Le migliori prassi riscontrabili negli arbitrati internazionali mostrano una propensione conforme a quanto si è appena detto, nel senso di limitare i poteri

---

<sup>159</sup> Verde, G., ruff. citati *supra*, nt. 72.

<sup>160</sup> Verde, G. *Lineamenti*, cit., spec. 100: "(f)ino a prova contraria, l'arbitrato continua ad essere fondato sulla volontà delle parti e non si vede perché debba essere loro proibito di intervenire di comune accordo sulle regole del procedimento in corso di giudizio, laddove le stesse potrebbero addirittura revocare l'incarico agli arbitri".

<sup>161</sup> Da ultimo, Cass., 4 maggio 2011, n. 9761, *Soc. costruz. Gen. Mazzon c. T.*, per cui "(i)n tema di arbitrato, l'accordo delle parti sulle norme da osservare nel procedimento arbitrale – che, secondo il disposto dell'art. 816 c.p.c. (nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.leg. 2 febbraio 2006 n. 40), deve essere concluso prima dell'inizio dello stesso, può intervenire anche dopo tale inizio, purché ricorra, in tal caso, anche l'assenso degli arbitri; invero, la norma pone il limite temporale nel loro interesse, affinché possano conoscere, prima di accettare l'incarico (momento cui si collega l'inizio del procedimento arbitrale), le regole procedurali che saranno chiamati ad applicare e, pertanto, ha carattere dispositivo e derogabile con il consenso degli interessati" (vedila in *Mass. Foro it.*, 2011, 5, 382 ss.).



degli arbitri e valorizzare l'autonomia privata<sup>162</sup> e ciò specialmente nel corso dei procedimenti, rarissimamente prima della loro formale instaurazione.

Questa propensione si sostanzia nell'adozione di un approccio collaborativo, tale per cui, posta la signoria delle parti sulla regolamentazione del procedimento, ogni profilo dubbio o mancante di disciplina convenzionale dovrebbe essere sì affrontato e risolto dagli arbitri ma con l'accordo delle prime<sup>163</sup>.

Tale approccio, che incrementa efficienza e rapidità dei procedimenti<sup>164</sup>, è talmente enfatizzato dalla migliore dottrina<sup>165</sup> (si parla anche di necessità "*for a preliminary dialogue*"<sup>166</sup>), al punto che il procedimento arbitrale è stato definito come né *purely adversarial* né *purely inquisitorial*, ma, più propriamente, come *consultative*<sup>167</sup>.

Il metodo "collaborativo" si esplica con le modalità più disparate, quali la compilazione dei *terms of reference*, lo svolgimento di *procedural hearings*, l'emissione di ordinanze di procedura a contenuto concordato, la predisposizione di calendari dei procedimenti e ogni altro accorgimento che permetta un contatto tra parti e arbitri per il raggiungimento di accordi di gestione della procedura<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> V. es. Corte d'Appello Parigi, 25 marzo 2010, *Commercial Caribbean Niquel c. Overseas Mining Investments Limited*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 1, 130 ss., con nt. Carlevaris, *Annulabilità del lodo fondato su un argomento giuridico non invocato dalle parti*, che ha ritenuto annullabile per violazione del contraddittorio il lodo fondato su argomenti o qualificazioni giuridiche sollevati d'ufficio dal tribunale arbitrale sui quali alle parti non sia stato consentito presentare le proprie osservazioni. Più in genere, per una risalente affermazione dell'"approccio collaborativo" in uso in arbitrati internazionali, v. il lodo reso nel caso ICC n. 1434 del 1975, in Jarvin, Derains (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Deventer, 1990, spec. 262 ss.

<sup>163</sup> Ed è quanto riscontrato, come si avrà modo di ribadire *infra*, § 42, pure da Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten*, cit., con riferimento a processi dinanzi a corti internazionali, per cui v. 129-288, in tema di "(a) *bgrenzung der Kompetenzen zwischen Gericht und Parteien in der Tatsachenermittlung*" e 289-325, in tema di "(k) *operationspflichten der Parteien*".

<sup>164</sup> Cfr. Göthlin, Bexelius, *Voluntary Solutions*, cit., spec. 182: "*arbitral proceedings run more smoothly if the arbitrator can find a way to help the parties to what we described at the outset as contractual solutions to procedural problems*".

<sup>165</sup> In tal senso, v. ad es. Heuman, *Arbitration Law*, cit., 250, il quale afferma che: "(p) *erhaps the party autonomy principle is important above all because the arbitrators should not make any procedural decisions without asking the parties how they want the proceedings to be conducted. Even if the parties cannot agree among themselves, opportunities are created for the arbitrators to make compromise decisions*".

<sup>166</sup> Così Tackaberry, Marriott, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, London, 2003, cap. 13, § 2-656.

<sup>167</sup> Kurkela, in *Due Process*, cit., spec. 155

<sup>168</sup> V. es. le decisioni nei casi ICC 5082 e 5926 in Hascher, *Collection of ICC Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993- 1996*, 1997, Paris, The Hague, Boston, risp. 110 e 106; ed anche ord. 21 giugno 2004, affare 12296/2004, in *Id.*, *Decisions on ICC*, cit. e ord. in affare ICC 7170/1993, in *Id.*, *Collection*, cit., 23 ss., in cui il presidente del tribunale ha posto alle parti una serie di domande relative ad aspetti procedurali da concordare prima dell'inizio dell'istruzione probatoria.

Tali prassi sono state man mano recepite nei regolamenti arbitrali e nelle altre fonti non vincolanti che regolano la materia.

La revisione delle Regole IBA in tema di prova ha in particolare consacrato questo approccio con l'esplicita introduzione, nell'art. 2<sup>169</sup>, del c.d. *meet and consult method*, che permea ora l'intero svolgimento dell'istruzione probatoria in arbitrati che su tali regole si basino.

Ulteriore riconoscimento è venuto con le modifiche apportate al Reg. ICC nel 2011, con l'introduzione di un nuovo art. 24, intitolato "*Case Management Conference and Procedural Timetable*"<sup>170</sup>, in cui si prevede oggi che al momento della compilazione dei *terms of reference* da parte del tribunale (o in momento immediatamente successivo) questo fissi una "*case management conference to consult the parties on procedural measures that may be adopted [...]*"<sup>171</sup>. Si prevede, inoltre: *i.* che il tribunale fissi anche il calendario procedurale che intenderà seguire (c. 2) e, *ii.* che in qualsiasi momento risulti necessario, il tribunale sia obbligato ad attivare la consultazione delle e fra le parti rispetto a ogni evenienza processuale (c. 3). Questa nuova disposizione serve a interpretare il già citato art. 19 Reg. ICC: per il combinato disposto di tali norme, gli arbitri in procedimenti ICC possono sì

---

<sup>169</sup> Cfr. art. 2 ("*Consultation on Evidentiary Issues*"): "(t)he Arbitral Tribunal shall consult the Parties at the earliest appropriate time in the proceedings and invite them to consult each other with a view to agreeing on an efficient, economical and fair process for the taking of evidence. The consultation on evidentiary issues may address the scope, timing and manner of the taking of evidence, including: (a) the preparation and submission of Witness Statements and Expert Reports; (b) the taking of oral testimony at any Evidentiary Hearing; (c) the requirements, procedure and format applicable to the production of Documents; (d) the level of confidentiality protection to be afforded to evidence in the arbitration; and the promotion of efficiency, economy and conservation of resources in connection with the taking of evidence. The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issues: (a) that the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case ad material to its outcome; and/ or (b) for which a preliminary determination may be appropriate".

<sup>170</sup> Cfr. art. 24: "(w)hen drawing up the Terms of Reference or as soon as possible thereafter, the arbitral tribunal shall convene a case management conference to consult the parties on procedural measures that may be adopted pursuant to Article 22(2). Such measures may include one or more of the case management techniques described in Appendix IV. During or following such conference, the arbitral tribunal shall establish the procedural timetable that it intends to follow for the conduct of the arbitration. The procedural timetable and any modifications thereto shall be communicated to the Court and the parties. To ensure continued effective case management, the arbitral tribunal, after consulting the parties by means of a further case management conference or otherwise, may adopt further procedural measures or modify the procedural timetable. [...]"

<sup>171</sup> Da svolgersi con le modalità più disparate: cfr. art. 24, c. 4 ("*c*ase management conferences may be conducted through a meeting in person, by video conference, telephone or similar means of communication. In the absence of an agreement of the parties, the arbitral tribunal shall determine the means by which the conference will be conducted. The arbitral tribunal may request the parties to submit case management proposals in advance of a case management conference and may request the attendance at any case management conference of the parties in person or through an internal representative").

determinare le regole con la suddetta *default discretion*, ma sono vincolati ad usare il metodo collaborativo e non possono decidere unilateralmente.

La descritta recezione, peraltro, soltanto a prima vista traspone per iscritto un principio tanto importante da apparire scontato: se ne tratterà meglio in seguito, ma si avverte sin d'ora che l'esplicitazione del principio conduce l'utile effetto di "procedimentalizzare" ogni passo da compiersi da parte del tribunale nella conduzione del procedimento e volge ad evitare abusi in procedura da parte di questo. L'inserimento di previsioni esplicite, inoltre, rappresenta un forte impulso chiarificatore nel ricordato bilanciamento tra poteri di arbitri e parti nel determinare le regole del procedimento. Se ne avvertiva il bisogno, tanto più vista la persistente diffusione di teorie come quella sopra analizzata, per cui agli arbitri sarebbe permesso di decidere da soli le regole senza curarsi di tale approccio collaborativo. Questo approccio, al contrario, va tenuto costantemente presente poiché esso è la chiave di volta per comprendere e legittimare la vocazione per l'autonomia del sistema di diritto processuale dell'arbitrato internazionale che si vien formando.

Sempre allo scopo di incrementare l'accettazione delle prassi seguite e per ottenere l'utile e prolifica gestione dell'istruttoria per il tramite di autonome regole, assume particolare rilevanza nei procedimenti arbitrali internazionali anche l'obbligo di motivazione dei lodi da parte degli arbitri. Tale obbligo si lega all'ovvia necessità di permettere a parti e giudici di ricostruire il percorso logico compiuto dagli arbitri nell'assumere la decisione e la sua centralità, in vista dello sviluppo di un autonomo modello procedimentale, è stata recentemente affermata, e da più parti<sup>172</sup>. Così si è espressa la giurisprudenza prevalente<sup>173</sup> ed esattamente in tal

---

<sup>172</sup> Come segnalato da Kurkela, *Due Process*, cit., spec. 161 che sottolinea pure l'importanza del controllo preventivo sui lodi normalmente esercitato dalle istituzioni arbitrali.

<sup>173</sup> Cfr. es. in tal senso, Audiencia Provincial de Zaragoza, 5 febbraio 2010, n. 50, *Hobby Moto Adventure c. A&G 22 Gestión de Comercio Internacional*, in *Arbitraje*, 2011, 2, 550 ss.; *contra*, v. però Tribunale federale svizzero, 26 maggio 2010, 4A\_433/2009, *X c. Y Inc.*, secondo cui "(l)e droit d'être entendue en procédure contradictoire n'exige pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée; par ailleurs, les arbitres n'ont pas l'obligation de discuter tous les arguments invoqués par les parties, de sorte qu'ils ne sauraient se voir reprocher, au titre de la violation du droit d'être entendue exige toutefois un devoir minimum pour l'autorité d'examiner et de traiter les problèmes pertinents. Ce devoir est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre. Il incombe à la partie se prétendant lésée d'établir, d'une part, que le tribunal arbitral n'a pas examiné certains des éléments de fait, de preuve ou de droit qu'elle avait régulièrement avancés à l'appui de ses conclusions et, d'autre part, que ces éléments étaient de nature à influencer sur le sort du litige" (in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 4, 905 ss.).

senso milita la recente riforma della *Ley de arbitraje* spagnola<sup>174</sup>, con la quale si è intervenuti sul testo dell'art. 37 (che già prevedeva la necessità di motivazione del lodo) introducendo l'avverbio *siempre*, ad inibire qualsiasi tentativo di sostenere che tale obbligo potesse ritenersi derogabile da parte degli arbitri<sup>175</sup>.

Obbligo di motivazione e approccio collaborativo, peraltro, sono garanzie che interagiscono e che si fanno reciproche rimesse: una maggiore affermazione del secondo potrebbe avallare la possibilità, ad oggi in uso ma in principio fortemente sconsigliata, di chiudere i procedimenti con lodi privi di motivazione, se con l'accordo delle parti<sup>176</sup>.

*5.3 (segue) Il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi. Cenni a rilevanza ed efficacia delle prassi degli arbitrati commerciali. Rinvio.*

Il menzionato processo di recepimento delle prassi arbitrali all'interno dei regolamenti delle maggiori istituzioni o in altre linee guida redatte ad opera di associazioni forensi (Regole IBA su tutte) può certamente contribuire all'ulteriore sviluppo e perfezionamento della materia qui considerata ed è dunque da incoraggiare. Completata l'analisi della disciplina dell'istruzione probatoria in arbitrati internazionali, si tenterà di tracciare alcune linee direttrici per tale futura evoluzione.

Per ora si intende anticipare che il ruolo degli operatori potrebbe essere svolto contestualmente su vari canali.

Da un lato, è certamente utile continuare a raccogliere le esperienze.

---

<sup>174</sup> V. la l. n. 11/2011, del 20 maggio 2011, "de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado" e il testo riformato del citato art. 37 c. 4, che ora legge come segue: "(e)l laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior". Tra i primi commenti alla riforma, v. von Fröhlingsdorf, *Reform des spanischen Gesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 174 ss.

<sup>175</sup> Così, ad esempio, si prevede pure nel *n.c.p.c.* francese, all'art. 1471, per il quale il lodo "doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens" e, soprattutto, "doit être motivé". Tale disposizione va letta congiuntamente al successivo art. 1480, in cui si precisa che essa ed altre "sont prescrites à peine de nullité" (cfr. art. 1480: "Les dispositions des articles 1471 (alinéa 2), 1472, en ce qui concerne le nom des arbitres et la date de la sentence, et 1473 sont prescrites à peine de nullité").

<sup>176</sup> A riguardo si ravvisano pure interrelazioni con il tema dei lodi *by consent*: v. più ampiamente sul punto la trattazione dedicata *infra*, cap. 7, § 38.1.

Dall'altro lato, sarebbe pure opportuno tentare di migliorarle e a questo riguardo potrebbero specialmente giovare iniziative di studio su aspetti quali, ad esempio, i limiti all'autonomia privata nella regolamentazione dei procedimenti e gli *standards* processuali minimi per come previsti e intesi nei diversi ordinamenti nazionali e negli orientamenti giurisprudenziali.

Potrebbero essere poi le stesse istituzioni o associazioni ad indagare in merito al profilo della rilevanza ed efficacia di tali prassi, ordinate in vere e proprie raccolte di usi, nel quadro delle fonti del diritto.

Come già detto, per alcuni questi usi sarebbero già entrati a far parte del sistema delle fonti, sotto l'espressione di *lex mercatoria* processuale. Tale argomento sarà ripreso a tempo debito: la *diurnitas* delle regole potrà desumersi soltanto dopo averne studiato la loro applicazione nei capitoli che seguono. Più problematico sarà riscontrare l'esistenza di una *communis opinio* circa la loro legittimità e non meno problematico, infine, sarà tentare di superare l'obiezione per cui, non essendo i privati soggetti del diritto internazionale pubblico, comportamenti procedurali di questi non potrebbero assurgere a usi internazionali. Su quest'ultimo fronte andrà allora inquadrata e valutata la proposta di applicazione del modello procedimentale sviluppatosi negli arbitrati internazionali anche in processi arbitrali in materia di investimenti stranieri o, più in genere, in processi che coinvolgano Stati, ossia soggetti di diritto internazionale (procedimenti nei quali, peraltro, può da tempo riscontrarsi una certa uniformità di soluzioni).

## Capitolo Secondo

### **PROVA DEI FATTI, *LEX CAUSAE* E ARBITRATI INTERNAZIONALI**

SOMMARIO: 6. Premessa. Arbitrato e *strict rules of evidence*. In breve, sulla "natura" delle norme in tema di prove. - 7. Limiti di ammissibilità dei mezzi di prova, in genere. - 8. Peso ed efficacia delle prove. Libera valutazione delle prove e libero convincimento degli arbitri. Inesistenza di un sistema di prova "legale" nell'arbitrato internazionale. - 9. Arbitrato internazionale, regole di giudizio e legge sostanziale applicabile al rapporto. - 9.1 La ripartizione dell'onere della prova negli arbitrati internazionali. - 9.2 La prova presuntiva negli arbitrati internazionali. - 10. Cenni alla non contestazione dei fatti, all'utilizzo della scienza privata degli arbitri e alla rilevanza del fatto notorio negli arbitrati internazionali. - 11. Conclusioni. Centralità del ruolo dell'autonomia privata.

*6. Premessa. Arbitrato e strict rules of evidence. In breve, sulla "natura" delle norme in tema di prove.*

La necessità di evitare che agli arbitri sia attribuito il potere di determinare unilateralmente le regole del procedimento senza attenzione alla volontà delle parti e senza invitare queste a partecipare a tale fissazione attiene ad un *modus operandi* che risulta tanto più necessario una volta spostata l'attenzione sul tema dell'ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova e, più, in genere, dei principi e criteri che presiedono all'utilizzo del materiale probatorio disponibile ai primi per l'assunzione della decisione finale. Ciò è in quanto, nell'ambito ora considerato, gli arbitri godono di una estrema libertà, cui il citato approccio collaborativo fa da contrappeso (imponendo loro di consultare e avvertire le parti, lasciar traccia di ogni decisione assunta e dei percorsi logici seguiti nel farlo ecc.).

Già nel 1994 si rammentava l'opportunità di distaccarsi in arbitrati internazionali dalle *formal rules* sull'istruzione della causa applicabili in processi dinanzi a corti

statali<sup>177</sup> e tale obiettivo è stato negli anni raggiunto nella prassi arbitrale, che ha visto l'attribuzione ai tribunali del potere di prescindere totalmente dalle cc.dd. *strict rules of evidence* (ossia, nell'accezione qui accolta, dalle regole in tema di ammissibilità, rilevanza ed efficacia dei mezzi di prova).

Che non sia necessario applicare le regole in uso nei processi statali sembra oggi un dato (statisticamente) incontestabile: così si esprimono le fonti di *soft law* procedurale e la stragrande maggioranza dei regolamenti arbitrali, che conferiscono agli arbitri la libertà di decidere in merito a "*admissibility, relevance, materiality, and weight of evidence*"<sup>178</sup> ovvero, detto altrimenti, di decidere se applicare o meno le citate "*strict rules*" (art. 22, c. 1 f) Reg. LCIA).

Gli ordinamenti nazionali talora riconoscono espressamente tale principio<sup>179</sup>, tal'altra volta non si esprimono in argomento, lasciando spazio all'interpretazione. Soltanto in limitatissimi casi, però, si ritiene ancora che gli arbitri debbano tendere a osservare tali regole e, comunque, ammettendone sempre la deroga per scelta delle parti<sup>180</sup>. L'ordinamento inglese, ad esempio, è progredito sul punto e se

---

<sup>177</sup> Redfern, *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: an English Perspective*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Arbitration International*, 1994, 10, 317 ss. e spec. 318. Conf. Reymond, *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: a Further Perspective, ibidem*, spec. 325: "(s)ome take it for granted that arbitrators find the answer in the procedure of the place of arbitration. I disagree".

<sup>178</sup> Cfr.: art. 25, c. 8 Reg. AAA; art. 27, c. 4 Reg. Uncitral; art. 9, c. 1 Reg. IBA; art. 25 c. 1 Reg. CAM; art. 25 Reg. Camera arbitrale svizzera. V. anche art. 27 del Regolamento del *Netherlands Arbitration Institute* ("Reg. NAP") ("*unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal shall be free to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of evidence as well as the allocation of the burden of proof*") e art. 31 lett. c) del regolamento arbitrale del *Ghana Arbitration Centre*, secondo cui "(t)he Arbitrator shall be the judge of the relevance and materiality of the evidence offered and conformity to legal rules of evidence shall not be necessary". Significativo è pure riscontrare che mentre nell'attuale testo dell'art. 26 ("(e)vidence") Reg. SCC si dispone al c. 1 che "(t)he admissibility, relevance, materiality and weight of evidence shall be for the Arbitral Tribunal to determine", la versione dello stesso regolamento del 1999 non conteneva tale precisazione (introdotta soltanto nel 2007). Tali previsioni, infine, trovano un precedente anche nel Reg. ICSID, all'art. 34 c. 1, in cui si prevede che il tribunale arbitrale "*shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and its probative value*".

<sup>179</sup> V. i riff. già citati *supra* e spec. cap. 1, § 2.2 e, segnatamente (all'accettabile "prezzo" di ripetersi): art. 1464 *n.c.p.c.* francese; art. 34 c. 2 *AA* inglese; art. 1696 *code judiciaire* belga; art. 1039 *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* dei Paesi Bassi; art. 19 L. Modello e, sulla scia di questo, art. 1042 c. 4 ult. parte ZPO ("*das Schiedsgericht ist berechtigt, über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden, diese durchzuführen und das Ergebnis frei zu würdigen*") (enfasi aggiunta) e art. 25 c. 2 *ley de arbitraje* spagnola ("*Determinación del procedimiento*"), che recita come segue: "(a) *falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración*".

<sup>180</sup> Così, malgrado l'art. 1039 c. 5 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* olandese attribuisca espressamente la facoltà di prescindere da tali regole, si rimarca che arbitri olandesi in procedimenti domestici tenderanno ad applicare le regole in uso nei processi civili: van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, Alphen an den Rijn, 2009, spec. 137-138, a

prima dell'emanazione dell'AA del 1996 si riteneva che i tribunali nel silenzio della legge dovessero applicare automaticamente le summenzionate *strict rules* (con facoltà per le parti di escluderle)<sup>181</sup>, con l'introduzione della nuova disciplina se ne può normalmente prescindere (salvo diversa determinazione pattizia).

La libertà per gli arbitri su questi aspetti è dunque assurta a principio generalmente riconosciuto<sup>182</sup> ed è utile rimarcare come essa trovi un precedente nella prassi dei processi dinanzi a corti internazionali, com'era stato affermato già nel 1966 dalla Corte Internazionale di Giustizia<sup>183</sup>. Tale libertà, peraltro, è

---

commento del citato art. 27 Reg. NAI, lasciando intendere, però, che tale scelta sia limitata ad arbitrati, come detto, interni. La conclusione dell'automatica applicabilità delle regole previste per il processo civile in arbitrato è presente pure nella dottrina italiana (v. i riff. citati *supra*, spec. nt. 73 e, tra questi, l'indagine di Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., *passim*). Senza entrare nel merito delle posizioni espresse in riferimento all'arbitrato interno, ci si limita ad anticipare (proposta della cui bontà e/o attuale utilità potrà tornare a dirsi una volta esaurita l'indagine: v. spec. cap. 7), che tra gli altri possibili vantaggi di un *requiem* per il regime "dualista" e la reintroduzione di una disciplina differenziata per arbitrati internazionali (su cui v. per tutti Radicati di Brozolo, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 6, 1267 ss.) potrebbe essere forse inserita anche l'opportunità di aggiungere una differenziazione in tema di istruzione probatoria.

<sup>181</sup> Sul sistema previgente all'AA del 1996, v. Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, cit., spec. 77 ss. e Gill, Sutton, Gearing, *Russell*, cit., spec. 239, § 4-078 e 5-130. Attesta come i primi temperamenti al riguardo si fossero già verificati nella vigenza dell'*Arbitration Act* del 1997, Park, *Two faces*, cit., 500. In arg. cfr. altresì Reymond, *The Practical Distinction*, cit., spec. 325, il quale rammenta come l'approccio adottato dalla dottrina inglese prima dell'AA del 1996 fosse del tutto isolato nel contesto internazionale. Dopo la riforma del 1996, v. l'art. 34 lett. f), in cui si garantisce massima libertà di scelta al tribunale (subordinatamente all'eventuale accordo delle parti) in merito a "*whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented*".

<sup>182</sup> Così van Hof, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The Application by the Iran - US Claims Tribunal*, The Hague, 1991, spec. 173; conf. Bond, *The Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration*, 2011, 3, 304 ss. ("*arbitrators are empowered to admit, reject or weigh the evidence as they see fit*") e, in precedenza, Reymond, *op. cit.*, spec. 323. Per l'affermazione di tale libertà nella prassi arbitrale v. ord. proc. 12 marzo 2003, in caso ICC 12169, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., in cui si legge che "*(t)he Tribunal is not bound by any strict rules of evidence. It may receive and rely upon any evidence it considers relevant and helpful and will determine the relevance, materiality and weight of the evidence before it*".

<sup>183</sup> Corte Internazionale di Giustizia, *South-West Africa Cases (Ethiopia c. South Africa; Liberia c. South Africa) (Second Phase)*, luglio 1966, nel sito <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=f2&case=46&code=esa&p3=92> e in *ICJ Report*, 1966, 122 ss., in cui si legge che "*(t)his Court is not bound by the strict rules of evidence applicable in municipal courts and if the evidence established by the witness does not sufficiently convey that the evidence is reliable in point of fact, the the Court, of course, deals with it accordingly when it comes to its deliberation*".



comunemente valutata come un enorme vantaggio tanto a favore degli arbitri<sup>184</sup> quanto a favore delle parti<sup>185</sup>.

Dire che gli arbitri siano liberi di distaccarsi da *strict rules of evidence* non è però elemento di poco conto e si è segnalato il rischio dell'adozione di soluzioni divergenti, derivanti in larga parte dall'assenza nel contesto transnazionale di un univoco orientamento intorno alla natura delle norme sulle prove<sup>186</sup>.

Divergenze furono in effetti manifestate al momento di discutere dell'attuale testo dell'art. 19 L. Modello: in quella sede fu la delegazione italiana ad avanzare la preoccupazione che, dovendo le norme sulle prove essere ricondotte al diritto sostanziale, tale previsione potesse comportare un'ingerenza dell'arbitro nella *lex causae*; la Commissione, tuttavia, scelse di non accogliere tale osservazione, apparentemente avallando l'opposta tesi della loro natura processuale<sup>187</sup>.

Non essendo questa la sede per approfondire tale dibattito, ci si limita ad evidenziare come differenze residuino ancora oggi<sup>188</sup> e ciò malgrado taluno abbia di recente dato atto dell'assoluta prevalenza della tesi della natura processuale di

---

<sup>184</sup> Così Hanotiau, *Satisfying the Burden of Proof: the Viewpoint of a 'Civil Law' Lawyer*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof*, cit., spec. 350.

<sup>185</sup> In modo di "*ne pas avantager une partie plutôt que l'autre car le système probatoire peut varier suivant l'ordre juridique dont ressortissent les parties*": così, Hascher, in nt. all'ordinanza di procedura resa nel caso ICC 7170/1993, in *Id.*, *Collection*, cit., spec. 31.

<sup>186</sup> Così van Hof, *l.c. ult. cit.* Per uno studio in tema di ammissibilità, v. Mordivucci, *La legge competente a regolare l'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, 733 ss.; più in genere, v. anche Trocker, *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 475 ss.

<sup>187</sup> Cfr. Binder, *International Commercial Arbitration*, cit., spec. 286 ss. che riporta il testo della relazione finale di accompagnamento redatta dalla Commissione: "(i)t was understood that the objective of paragraph (2) was to recognise a discretion of the arbitral tribunal which would not be affected by the choice of law applicable to the substance of the dispute".

<sup>188</sup> Nella letteratura italiana, ad es., si vedano: per l'affermazione della natura processuale, Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., spec. 68 e Verde, voce *Prova in generale (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.; Colesanti, Merlin, Ricci, E. F., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007, spec. 299, che parlano invece di norme "strumentali - processuali" (da cui tener distinte le norme che regolano la forma dei contratti, di natura sostanziale perché prescrittivi requisiti di forma ai fini della validità di un atto). Cfr. poi Danovi, *L'istruzione probatoria*, cit., 21 ss., che ritiene che le norme sulle prove presentino "natura composita" e, più di recente, v. l'indagine condotta da Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, 171 ss. e spec. 174, la quale ritiene che siano di natura sostanziale le norme che si riferiscono a ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova, mentre sarebbero di natura processuale (e peraltro certamente inderogabili poiché di ordine pubblico) le regole che disciplinano il procedimento in senso stretto, contemplate dal c.p.c. Si rimarca, infine, che la Cassazione sembra in più di un'occasione aver sposato la tesi della natura sostanziale delle norme in tema di onere, ammissibilità ed efficacia delle prove contenute nel codice civile (v. es. Cass. 25 febbraio 2002, n. 2751 in *Giust. civ.*, 2002, I, 1863 ss.).

tali norme, con l'esclusione di quelle sull'onere della prova e sui requisiti di forma scritta *ad substantiam* dei negozi<sup>189</sup>.

Considerato, però, che la libertà degli arbitri (loro conferita dai regolamenti arbitrali quali espressione della volontà delle parti) è ugualmente ampia tanto nel regolare i profili che si vorrebbero parte del diritto sostanziale, quanto nel disciplinare quelli che si vorrebbero parte del diritto processuale, appare senz'altro ragionevole la proposta di prescindere da tale inquadramento<sup>190</sup>.

È possibile infatti rilevare come l'ampia libertà riconosciuta faccia sì che nella prassi la disciplina in tema di prova in arbitrati internazionali, guardando alla formazione di un autonomo modello procedimentale<sup>191</sup>, tenda ad un progressivo distacco sia dalla *lex causae*, sia dalla *lex loci arbitratus*<sup>192</sup>.

#### 7. *Limiti di ammissibilità dei mezzi di prova, in genere.*

Oltre a quanto si dirà nel prosieguo dell'indagine in merito ai singoli istituti, si può anzitutto rammentare come gli arbitri tendano a ritenere astrattamente ammissibile ogni mezzo di prova<sup>193</sup>, senza applicare le regole di esclusione previste per i processi civili nei singoli ordinamenti statali<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> Lo rammenta, con riferimento a dottrina italiana e straniera (riportando maggiori ritrosie da parte di quella francese) Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., spec. § 1.

<sup>190</sup> In tal senso, Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof*, cit., spec. 330. In precedenza, v. Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., spec. 94, per l'affermazione per cui allo scopo di stabilire quale sia il limite di derogabilità delle norme sulle prove sarebbe opportuno prescindere dalla loro natura sostanziale o processuale. La portata di tale affermazione ci sembra vada intesa nel senso di ritenere che, sia che si debba derogare al diritto sostanziale, sia che si debba derogare al diritto processuale, la libertà per parti (e arbitri) sussiste comunque e i limiti saranno pur sempre *lato sensu* di ordine pubblico e sarà dunque l'estensione di questo a doversi determinare.

<sup>191</sup> Così Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 374.

<sup>192</sup> Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, § 1.

<sup>193</sup> Astrattamente, si è detto, poiché è questione diversa - attinente ai poteri riconosciuti in capo agli arbitri - quella dell'ammissione in concreto di singoli mezzi di prova, ossia del diniego di richieste istruttorie ove queste siano "*burdensome, duplicative, defamatory or obviously irrelevant*", di cui si dirà *infra*, cap. 6, § 29. Nella stessa sede si accennerà anche al diverso tema delle regole, sempre denominate di ammissibilità, che il settore dell'arbitrato internazionale conosce e tenta di darsi, anche "codificandole", circa la tutela di informazioni riservate o altrimenti coperte da segreto (casi in cui non si verte in tema di inammissibilità ontologica di un determinato mezzo di prova, bensì di eventuale rigetto in concreto di una certa richiesta istruttoria dianzi a prerogative di tutela di esigenze di segretezza e/o riservatezza, per ipotesi di "*special political or institutional sensitivity*", o di

Ciò avviene in quanto, così come accade nei processi dinanzi giudici internazionali<sup>195</sup>, "*arbitrators approach the task of evaluating evidence more by assessing the weight to be given to it, rather than its admissibility*"<sup>196</sup>.

Tale circostanza è stata oggetto di prevedibili critiche da parte di giuristi di *common law*, avvezzi a sistemi in cui - stante la presenza della giuria (ovvero per altre ragioni<sup>197</sup>) - vigono limiti alquanto rigorosi all'ammissibilità delle prove<sup>198</sup>. La mancanza di regole nell'ambito considerato, inoltre, comporterebbe per alcuni il rischio che gli arbitri commettano errori ammettendo incondizionatamente mezzi di dubbia rilevanza<sup>199</sup>.

Senonché, a giustificazione della scelta (accanto alla necessità di mediare tra sistemi processuali differenti) si pone la stessa natura dei rapporti sostanziali dedotti in arbitrati internazionali.

Da un lato, sono spesso le molteplici fonti del diritto commerciale internazionale (vincolanti o meno) a prevedere specifiche regole in punto di ammissibilità delle prove, in maniera del tutto autonoma e prevalente rispetto agli ordinamenti nazionali<sup>200</sup>.

---

tutela di informazioni coperte da segreto professionale, anche con specifico riguardo a comunicazioni tra avvocato e cliente).

<sup>194</sup> Con eccezione, ovviamente, per le regole di diritto sostanziale che richiedano la forma scritta ai fini della validità di un atto.

<sup>195</sup> Per cui cfr. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, Charlottesville, 1975, spec. 383.

<sup>196</sup> Così, Hunter, *The Procedural Powers*, cit., 352; conf. Pietrowski, *Evidence*, cit., 378.

<sup>197</sup> Leggile menzionate, con riferimento ai precedenti studi di A. Giuliani, in Cavallone, ne *In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, spec. 21.

<sup>198</sup> Pietrowski, *lc. ult. cit.* che parla di "*technical, restrictive rules of evidence which may preclude the admission of documentary or testimonial evidence for lack of sufficient relevance, materiality and credibility*". Adde, più specificamente, Malek, *Phipson*, cit., 196, in cui si legge quanto segue: "*(q)uestions of the admissibility of evidence belong, as we have seen, to the judge; those of its weight, credibility and sufficiency, to the jury (or, if there is no jury, to the judge). Unlike admissibility, the weight of evidence cannot be determined by fixed rules, since it depends mainly on common sense, logic and experience*".

<sup>199</sup> Von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide*, in *Journal of International Arbitration*, 20, 3, 285 ss. e spec. 290, cui va però replicato ripetendo che, a prescindere da regole sull'ammissibilità in astratto delle prove, il giudizio di rilevanza e ammissibilità in concreto di queste resta sempre tra i poteri degli arbitri, come già visto alla precedente nt. 17 e come si dirà più ampiamente *infra*, § 28.

<sup>200</sup> Cfr. es. la Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili; la Convenzione di Roma, dello stesso anno, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, (oggi Reg. (CE) n. 593/2008); i Principi Unidroit, dei quali si vedano (nella versione del 2010) Part. 1.2 che alla rubrica "*libertà di forma*" stabilisce che "*(n)essuna disposizione di questi Principi richiede che un contratto, dichiarazione o qualunque altro atto sia fatto o provato in una forma particolare. Esso può essere provato con qualsiasi mezzo, inclusi i testimoni*" e l'art. 2.1.17, intitolato "*clausole di completezza del documento*", che

Dall'altro lato, sono talvolta gli stessi sistemi nazionali a garantire una maggior flessibilità nella disciplina dei rapporti commerciali sugli aspetti considerati<sup>201</sup>.

L'assenza di regole generali a riguardo, infine, è sovente sopperita da patti con cui le parti stabiliscono specifici limiti all'ammissibilità dei mezzi di prova e sulla cui legittimità non pare discutersi nell'ambito considerato.

Non sono infrequenti accordi con cui queste convengono che per il loro contratto non sia ammessa alcuna prova diversa da quella scritta<sup>202</sup> o con cui esse escludono o limitano il ricorso a determinati mezzi di prova (es. escludendo la consulenza tecnica oppure optando per un procedimento meramente documentale)<sup>203</sup>. Spesso accade, infine, che le parti avallino l'adozione di soluzioni finanche più peculiari, come è ad esempio avvenuto in un arbitrato *ad hoc* in materia di investimenti e condotto secondo il Reg. Unictal, in cui i litiganti - all'avvio del procedimento - hanno concordato di ammettere nel procedimento pendente la piena validità di alcune dichiarazioni testimoniali raccolte in precedente procedimento arbitrale in cui uno solo dei due era stato parte<sup>204</sup>.

---

recita come segue: “un contratto scritto contenente una clausola che indica che il documento comprende interamente tutte le condizioni dell'accordo non può essere contraddetto o integrato attraverso la prova di precedenti dichiarazioni o accordi. Tuttavia, tali dichiarazioni o accordi possono essere usati per interpretare il testo scritto”.

<sup>201</sup> V. in tal senso l'ordinamento francese per cui, all'art. 1341 c.c., si stabilisce la possibilità di deroga ai limiti di ammissibilità della prova per testimoni in caso di rapporti fra commercianti (“(i) doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre”, precisandosi poi al c. 2 “(l) e tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce”). Cfr. anche il sistema belga, su cui v. lodo reso nel caso n. 2120 amministrato dal *Centre belge d'arbitrage et de médiation* (“CEPANP”) (“entre commerçants, la preuve est libre”): vedi in *Collection of CEPANI Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales du CEPANI - Verzameling van arbitrale uitspraken van CEPINA 1996-2001*, Bruxelles, 2008, 316 ss. e spec. 326, con la seguente massima: “(l) e caractère non contradictoire de constatations contenues dans un procès-verbal d'état des lieux de sortie ne s'oppose pas à ce que pareilles constatations soient prises en compte au titre d'éléments de preuve, dès lors que c'est en raison des retards et de la mauvaise foi de l'autre parti que l'établissement de l'état des lieux de sortie d'a pas pu être rendu contradictoire et que de plus lesdites constatations n'ont pas été formellement contestées”.

<sup>202</sup> Le cc.dd. *entire agreement clauses* menzionate da Kurkela, in *Due Process*, cit., 136.

<sup>203</sup> Per un'ipotesi di applicazione della legge sostanziale applicabile al rapporto, che richiedeva in tal caso la forma scritta ad probationem, v. lodo 13 agosto 1981, in affare ICC n. 3779, in Jarvin, Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, cit. e spec. 141, in cui si legge che “(i) n Dutch, as well as in Swiss law, the proof of the amicable settlement can only be provided in writing”.

<sup>204</sup> Cfr. lodo parziale reso in arbitrato Unictal con sede a Stoccolma, nel caso *CHE Czech Republic B.V. c. The Czech Republic*, in data 13 settembre 2001 (inedito), spec. 15.

8. *Peso ed efficacia delle prove. Libera valutazione delle prove e libero convincimento degli arbitri. Inesistenza di un sistema di prova "legale" nell'arbitrato internazionale.*

In tema di efficacia delle prove, è esemplare la lettura - tra le fonti della materia sopra citate - dell'art. 25 c. 2 Reg. CAM, secondo cui “(i)l Tribunale Arbitrale valuta liberamente tutte le prove, salvo quelle che hanno efficacia di prova legale secondo norme inderogabili applicabili al procedimento o al merito della controversia”. Evitando di prendere posizione sulla questione della natura delle norme sulle prove, si stabilisce il principio del libero apprezzamento di queste, richiamando espressamente l'ineludibile limite delle norme inderogabili, ove ne sussistano, su prove “legali”, e adottando il criterio del libero convincimento degli arbitri<sup>205</sup>.

Si ricorda in generale che negli arbitrati internazionali “(t)he evaluation of evidence is entirely within the discretion of the tribunal”<sup>206</sup>, chiamato a basarsi su di un “robust common sense”<sup>207</sup> e la prassi dimostra in effetti la totale estraneità al settore di un rigido sistema di predeterminazione dell'efficacia delle prove, sebbene siano diversi gli ordinamenti che nel processo civile si orientano in tal senso<sup>208</sup>. Ne deriva che, in ragione del carattere fiduciario dell'incarico conferito agli arbitri<sup>209</sup>,

---

<sup>205</sup> Assumendo in questa sede l'automatico collegamento tra i due concetti (spunti per una distinzione tra prudente apprezzamento e libero convincimento in Patti, *Le prove. Parte generale*, in Aa.Vv., Iudica, Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, spec. 215-226).

Con riferimento al limite di norme inderogabili che prevedano “prove legali”, va sin da ora precisato che né la prassi arbitrale né la giurisprudenza sembrano annoverare precedenti in cui sia stata data applicazione a norme statali di tal genere sulla base del loro carattere inderogabile (sul tema v. diffusamente quanto si dirà nei capp. successivi e, concludendo, nel cap. 7).

<sup>206</sup> Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 379; conf. Reiner, *Burdens and General Standards of Proof*, cit., 317 ss. e Saleh, *Reflections on Admissibility of Evidence: Interrelation between Domestic Law and International Arbitration*, in *Arbitration International*, 1999, 15, 142 ss.

<sup>207</sup> Marriott, *Evidence*, cit., 286.

<sup>208</sup> V. la rassegna contenuta in Bond, *The Standard*, cit., § 2 e, tra tutti, si confronti il testo dell'art. 286 ZPO (“freie Beweiswürdigung”): “(d)as Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind”. Si aggiunga poi, al c. 2, che “(a)n gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden”. Sul libero convincimento, in genere e in prospettiva comparatistica, v. pure Taruffo, voce *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss. e Montero Aroca, *Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil*, in Aa.Vv., Bongiorno (a cura di), *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008.

<sup>209</sup> Contrapposto alla “sfiducia” nei confronti del giudice cui è storicamente ispirato il sistema della prova “legale” (su cui v. gli aa. citati nella nota precedente cui *adde* Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, I, 123 ss.; Lombardo, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 611 ss. e Comoglio, *Le prove civili*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, spec. 127).

nei procedimenti in analisi non trova applicazione la c.d. *best evidence rule* anglosassone<sup>210</sup>, gli “esiti” di una confessione non sono vincolanti per i tribunali<sup>211</sup>, e così via.

La soluzione, anche in questo caso, ricalca quanto avviene negli arbitrati in materia di investimenti<sup>212</sup> oltre che nei processi internazionali, rispetto ai quali la possibilità di prescindere da simili regole era stata da tempo accolta positivamente poiché portatrice di una maggior flessibilità<sup>213</sup>.

La prassi arbitrale, peraltro, - pur muovendo dal libero apprezzamento - si mostra affatto consapevole della necessità di graduare il peso probatorio dei differenti mezzi a seconda delle circostanze<sup>214</sup>. Come si vedrà a tempo debito, i tribunali non richiedono necessariamente la produzione di documenti originali, accettando la produzione delle relative copie, fintanto che vi sia stato un accordo

---

<sup>210</sup> Si tratta di un’antica regola, legata alla dottrina del *profert* e non più applicata neppure nel processo civile inglese, con l’effetto di vietare qualsiasi prova indiretta (*secondary evidence*): “the contents of a document must, in the absence of legal excuse, be proved by primary and not by secondary or substitutional evidence” (in arg. v. Malek (a cura di), *Phipson on Evidence*, 17<sup>a</sup> ed. London, 2009, 208 ss. e spec. 213, il quale riporta come essa sia ormai da consegnarsi “to the history book”).

<sup>211</sup> V. In proposito, *infra*, cap. 4, § 18.1 e 20.

<sup>212</sup> Per cui v. es. il lodo reso nel caso ICSID n. ARB/03/16, *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. c. Republic of Hungary*, spec. § 517.

<sup>213</sup> Sul processo dinanzi ai giudici dell’Unione europea, v. Biavati, *Diritto processuale dell’Unione Europea*, Milano, 2005, spec. 202. Per processi dinanzi alle corti internazionali, v. già Sandifer, *Evidence*, cit., spec. 203 e successivamente Kazazi, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, The Hague, 1996, 217 ss. in cui si legge quanto segue: “(t)he restrictive rules of evidence in municipal law, by which international tribunals are not bound, include the rule generally referred to in common law countries as the “best evidence rule”. While this issue touches upon admissibility of evidence, it is in fact related to the evaluation of evidence and the probative value to be given to secondary evidence”, riconoscendo poi come “(n)on application of the ‘best evidence rule’ in international procedure has resulted in more flexibility and less formalism in the rules of evidence before international tribunals” (v. spec. 217). In giurisprudenza, v. la decisione della Commissione generale dei Reclami Messico - Stati Uniti (costituita con gli Accordi di Bucareli del 1923 per regolare conflitti insorti tra i due Stati in merito allo sfruttamento di risorse petrolifere da parte di compagnie statunitensi e la minaccia di nazionalizzazione di queste da parte del governo messicano), 31 marzo 1926, nel caso *William A. Parker (U.S.A.) c. United Mexican States*, in *Recueil des sentences arbitrales*, 2006, IV, 35 ss. *Adde*, infine, per l’affermazione per cui “convertire in prova liberamente valutabile la confessione porterebbe una serie di effetti, tra cui l’elasticità”, Comoglio, *Le prove*, cit., 682-683.

<sup>214</sup> Può citarsi sin da ora, rinviando ai capp. successivi per ulteriori approfondimenti, il caso ICC n. 12575, ord. proc. del 16 dicembre 2003 (in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.), in cui il tribunale arbitrale ha distinto l’efficacia probatoria di *written statements* alla cui produzione in giudizio non abbia fatto seguito l’escussione orale del dichiarante e *statements* prodotti in giudizio e poi confermati/riprodotti oralmente nell’interrogatorio, ritenendo che nel primo caso la dichiarazione debba essere valutata come una prova documentale formata appositamente ai fini di essere utilizzata nel procedimento (con ridotto valore probatorio), mentre nel secondo debba trattarsi di vera e propria prova testimoniale.

delle parti al riguardo<sup>215</sup>; distinguono tra prova diretta e prova indiretta e, in tal senso, riconoscono ad esempio che “(t)he direct evidence of a document is the document itself”, mentre “(a) copy of the document or testimony as to the content of the document by a person who has read it is indirect evidence”; distinguono la testimonianza di chi abbia avuto diretta percezione dei fatti da rappresentare da quella di chi ne sia stato messo al corrente da altri (*de relato*) ecc.<sup>216</sup>.

Anche su questo aspetto, poi, può svolgere un ruolo fondamentale l'autonomia privata: accade sovente, infatti, che le parti si accordino per l'efficacia vincolante (*conclusive*) di un certo mezzo di prova, non ammettendo prova contraria rispetto ad esso<sup>217</sup>.

Concludendo sul punto, merita una breve menzione il concetto dello *standard of proof*, ossia del grado di certezza che si richiede agli arbitri nell'assumere la decisione<sup>218</sup>, certamente attiguo a quello del libero convincimento<sup>219</sup>, ma spesso confuso nel settore in analisi con il tema dell'efficacia delle prove<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> Con l'ovvio limite, di ordine pubblico, di prevenire eventuali condotte fraudolente e, dunque, in tema di documenti, eventuali falsi o contraffazioni (su cui v. *amplius* cap. 3).

<sup>216</sup> V. *infra*, e Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 380, il quale rimarca come, così facendo, la distinzione tra prova diretta e indiretta che per lungo tempo ha permeato la materia dell'ammissibilità delle prove nei sistemi di *common law*, si sposta in arbitrato sul piano dell'efficacia (“(i)n international arbitration, the distinction between direct or primary evidence and indirect or secondary evidence involves the weight of the evidence, not its admissibility”).

<sup>217</sup> Kurkela, *Due Process*, cit., 137 ss. e spec. 142, il quale rammenta come ciò avvenga soprattutto in contratti finanziari, di garanzia o assicurativi (“(s)ometimes the agreement restraints the bringing of evidence or provides that for the purposes of proceedings certain evidence submitted is irrefutable, i.e., it cannot be challenged”).

<sup>218</sup> Malek, *Phillips*, cit., spec. 149 (“the degree to which the proof must be established”).

<sup>219</sup> Per l'attiguità dei due concetti v. Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 28 ss. e spec. 41 ss. (“di fronte alla vaghezza di una formula come quella del “prudente apprezzamento” utilizzata dal legislatore ordinario, l'interprete ed il giudice in sede di individuazione e di applicazione dei criteri extra-giuridici, integrativi della disciplina giuridica, non possono non tener conto dell'interesse dell'ordinamento ad avere una decisione giusta”, concludendo poi con l'affermare “l'opportunità che [...] si riesca ad individuare quale sia il grado massimo di dubbio che l'ordinamento tollera nell'accertamento dei fatti di causa o, capovolgendo il discorso, quale sia il grado minimo di certezza”).

<sup>220</sup> Bond, *The Standard*, cit., spec. § 3, premesso di non poter riscontrare alcuna regolamentazione di tale aspetto nelle fonti del settore, ha riconosciuto l'esistenza, nel contesto della comparazione giuridica tra diversi ordinamenti, di cinque diverse accezioni della nozione di *standard of proof* e ossia: *i. balance of probabilities; ii. clear and convincing evidence; iii. beyond any reasonable doubt; iv. intine conviction; v. free assessment*, come si vede mescolando profili tra loro diversi, seppure correlati. Tiene invece distinti i due concetti, Raymond, *The Practical Distinction*, cit., 326.

A riguardo, vi è chi ha ritenuto che l'uso del criterio probabilistico (“*balance of probabilities*”) adottato in materia civile nel sistema anglosassone<sup>221</sup> condurrebbe nei fatti a esiti coincidenti rispetto a quelli ottenibili adottando i diversi criteri della *intime conviction* francese o del libero convincimento italiano e che pertanto il ricorso all'uno o all'altro criterio, in arbitrati internazionali, sarebbe equivalente<sup>222</sup>. All'opposto, vi è invece chi ha affermato che l'arbitrato internazionale non conosca alcuna regola in tema di *standard of proof*<sup>223</sup> e che il concetto non sia qui “*capable of precise definition*”, sottolineando l'opportunità di un intervento chiarificatore<sup>224</sup>.

Anche alla luce di una prassi arbitrale che pare tenere in debita considerazione la necessità di ricorrere a criteri di giudizio più o meno rigidi a seconda dei casi<sup>225</sup>, ci sembra ragionevole riscontrare una porzione di verità in ambedue le posizioni, ritenendo sufficiente che su questi temi gli arbitri facciano ricorso a criteri

---

<sup>221</sup> Per cui v. Malek, *op. cit.*, spec. 183, anche sullo *standard of proof* in materia penale che, non diversamente dal nostro sistema, si sostanzia nel più stringente parametro del “*beyond any reasonable doubt*”.

<sup>222</sup> Marriott, in *Evidence*, cit., spec. 234; conf. anche Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, cit., 335. Cfr. poi von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., spec. 291, che ritengono che il sostrato comune tra il criterio anglosassone del *balance of probabilities* ed il criterio più rigido dell'*intime conviction* sarebbe da identificarsi in un test sulla *preponderance of evidence*. È opportuno precisare che una convergenza al riguardo esiste certamente, ma che essa, se si ragiona sul sistema italiano, più che legarsi all'astratto concetto del libero convincimento, è ravvisabile dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali che, ad esempio, sulla causalità in materia civile e penale adottano criteri in tutto assimilabili a quelli in uso negli ordinamenti anglosassoni (così è ad es. in materia civile per la regola del “*più probabile che non*”, su cui cfr. *ex multis* Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581).

<sup>223</sup> Bond, *The Standard*, cit., 307; conf. von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., spec. 290; Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 379, rammentando pure come - già con riferimento a processi dinanzi a corti internazionali - si fosse affermata l'esistenza di “*very little international precedents on the subject*” e citando a supporto Aa.Vv., Lillich (a cura di), *Fact-Finding Before International Tribunals: Eleventh Sokol Colloquium*, New York, 1992, spec. 271.

<sup>224</sup> Bond, *op. cit.*, spec. § 4, che richiama l'utilità a tale scopo dei *Principles of Transnational Civil Procedure* pubblicati nel 2004 all'esito di un lavoro condotto dall'*American Law Institute* e dall'*Unidroit* (ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, New York, 2006), per cui v. art. 21.2 (“*(f)acts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth*”) e art. 28.2, non adottato nel testo definitivo, per cui “*(t)he court should make a free evaluation of the evidence and attach no unjustified significance to evidence according to its type or source. Facts are considered proven when the court is reasonably convinced of their truth*”.

<sup>225</sup> Adottando, ad es., parametri più rigidi di un mero giudizio probabilistico quando siano coinvolti aspetti quali asserite frodi o questioni di rilevanza penale: v. rife. a precedenti arbitrali in Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, cit., 336 (il quale rammenta anche l'utilizzo distorto del ricorso a parametri di equità da parte degli arbitri talora compiuto nella prassi in riferimento a questi temi) e quanto rimarcato da Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections on the assessment*, 219-220.



derivanti dai rispettivi ordinamenti di provenienza<sup>226</sup>, senza la necessità di stabilire degli *standards* fissi.

#### 9. Arbitrato internazionale, regole di giudizio e legge sostanziale applicabile al rapporto.

Come si è detto poc'anzi, pur dovendosi in questa sede prescindere dal ricercare conclusioni in merito alla natura delle norme sulle prove, è però possibile riscontrare che le regole sulla ripartizione dell'onere della prova e quelle in tema di presunzioni sono da tempo e unanimemente considerate parte del diritto sostanziale<sup>227</sup>, come del resto confermato all'art. 14 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>228</sup> e oggi ribadito all'art. 18 del Reg. (CE) n. 593/2008<sup>229</sup>.

Di seguito, pertanto, si analizzerà la possibile rilevanza del diritto sostanziale su tali aspetti nella prassi di arbitrati commerciali.

---

<sup>226</sup> Nello stesso senso, Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 379 (“(i)n assessing the evidence, arbitrators will generally apply standards with which they are familiar”). V. anche Marriott, *Evidence*, cit., 283 il quale osserva che “in practice, onus and standard of proof are not matters of great dispute in international arbitration” aggiungendo poi il “sospetto” che ciò sia dovuto “to a certain conformity of arbitrators regardless of their background and also because the fact fall to be determined in a relatively limited legal context, namely that of breach of contract”.

<sup>227</sup> Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., § 1 e rife. in nota 1 e, nella prassi arbitrale, ord. proc. in caso ICC n. 7170/1993, in Hascher, *Collection*, cit., spec. 26 (a tali profili, come anticipato *supra*, deve aggiungersi quello relativo a regole che impongano requisiti di forma scritta ai fini della validità dei negozi).

<sup>228</sup> Cfr. art. 14 Convenzione 80/934/CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980) che recita come segue: “1. La legge regolatrice del contratto in forza della presente convenzione è applicabile in quanto, in materia di obbligazioni contrattuali, essa stabilisca presunzioni legali o ripartisca l'onere della prova. 2. Gli atti giuridici possono essere provati con ogni mezzo di prova ammesso tanto dalla legge del foro quanto da quella tra le leggi contemplate all'articolo 9 secondo la quale l'atto è valido quanto alla forma, sempreché il mezzo di prova di cui si tratta possa essere impiegato davanti al giudice adito”.

<sup>229</sup> Cfr. art. 18 del Reg. (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (“Roma I”), pubblicato in GUUE, 4 luglio 2008, n. L177: “1. La legge che disciplina un'obbligazione contrattuale ai sensi del presente regolamento si applica nella misura in cui, in materia di obbligazioni contrattuali, stabilisca presunzioni legali o ripartisca l'onere della prova. 2. Il contratto o un atto giuridico possono essere provati con ogni mezzo di prova ammesso tanto dalla legge del foro quanto da una delle leggi di cui all'articolo 11 secondo la quale il contratto o l'atto è valido quanto alla forma, sempreché il mezzo di prova di cui si tratta possa essere impiegato davanti al giudice adito”.

### 9.1 La ripartizione dell'onere della prova negli arbitrati internazionali.

Innanzitutto, così come accade nella stragrande maggioranza dei processi civili<sup>230</sup>, si applica in arbitrati internazionali quella regola di giustizia (e prima ancora di buon senso<sup>231</sup>) che vuole che chi afferma un fatto sia tenuto a dare la prova di ciò che dice (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), spettando poi all'arbitro (come a qualsiasi giudice) assumere la decisione allo stato di quanto provato (o non provato)<sup>232</sup> e, aggiungiamo, *dovendo* questi farlo, per un non scritto divieto di *non liquet*<sup>233</sup>.

A tale regola generale, espressa dall'art. 27 c. 1 Reg. Uncitral<sup>234</sup>, nella prassi arbitrale si riconosce la valenza di *principe de portée universelle*<sup>235</sup> e non è privo di rilievo rammentare che essa, per alcuni, dovrebbe già da tempo collocarsi tra le fonti del diritto internazionale pubblico, quale principio generale riconosciuto dalle Nazioni civili *ex art. 38* dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> Per una rassegna dei sistemi processuali dei diversi Stati europei, v. es. Aa.Vv., Lebre de Freitas (a cura di), *The Law of Evidence in the European Union*, The Hague, 2004; sui sistemi processuali di Stati del sud-est europeo v. anche Ansay, Basedow, *The Structures of civil and procedural law in South Eastern European countries*, Berlin, 2008.

<sup>231</sup> Nell'ordinamento italiano, v. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 304 ss. e Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010, spec. 225 e, per l'ordinamento anglosassone, Malek, *Phipson*, cit., 149 ss. e spec. 150 (“*the general rule is that the party who asserts must prove [...] it is an ancient rule founded on considerations of good sense and should not be departed from without strong reasons*”).

<sup>232</sup> Kurkela, *Due process*, cit., 42: “(w)hat has been established and what has not been established is within the exclusive powers of the arbitrators”.

<sup>233</sup> Che è peraltro espressamente incorporato nell'art. 42 c. 2 Reg. ICSID: “(t)he Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law”.

<sup>234</sup> Su cui v. van Hof, *Commentary on the Uncitral*, cit., 162 ss. e Reiner, *Burden and General Standards*, cit., spec. 329.

<sup>235</sup> Cfr. lodo in affare ICC 1434/1975 e relativa nota redazionale, in Jarvin, Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, cit., spec. 273. Conf., lodo nel caso ICC n. 2508/1976, *ibidem*, spec. 295 e lodo in caso ICC n. 2216 del 1974, *ibidem*, 224 ss.

<sup>236</sup> V. in tal senso il citato studio di Kazazi, *Burden of proof*, cit., *passim*, in cui l'a. prende in esame la prassi dei processi dinanzi alle corti internazionali, confutando le minori indicazioni giurisprudenziali in contrario (tra cui ad es. la decisione resa nel caso Parker citata *supra*, in cui si era affermato che “(n)o international rules exist relative to a division of the burden of proof between the parties”) e giungendo a concludere per l'esistenza di tre principi di natura consuetudinaria e ossia: *i.* la regola *actor incumbit probatio* (sul cui carattere di principio generale si era già espresso Lalive, J. F., *Quelques remarques sur la preuve devant la Cour Permanente et la Cour Internationale de Justice*, VII *Annuaire suisse de droit international*, 1950, 77 ss., spec. 78); *ii.* il dovere di cooperazione delle parti “*in order to place the facts related to the disputed issues before an international tribunal*” (derivante in capo ad esse “*from the idea of peaceful settlement of disputes*”); *iii.* l'autorità del tribunale in materia di istruzione probatoria (intesa come ampia flessibilità rilasciata a questo in tema di ammissibilità ed efficacia delle prove (“*the*

Anche a voler prescindere per il momento da un simile qualificazione, è un fatto che l'applicazione del principio appaia costante e indiscussa nei procedimenti in discorso<sup>237</sup> e se in prima approssimazione meno univoco potrebbe dirsi il suo atteggiarsi nei differenti casi concreti<sup>238</sup>, ciò è perché alla regola *actor incumbit probatio* dovranno affiancarsi di volta in volta le indicazioni sull'onere probatorio contenute in fonti sovranazionali<sup>239</sup>, nella normativa nazionale applicabile al rapporto e/o scaturenti da eventuali accordi delle parti, che risultino in un'inversione o modificazione di questo rispetto alla regola generale<sup>240</sup>.

Il tema dell'onere della prova deve poi indagarsi in riferimento alle sue interrelazioni con il principio *iura novit curia*.

---

*liberalism of international law and the inherent flexibility of international procedure favour the authority of international tribunal to investigate proprio motu the facts at issue*). Attesta la valenza generale nel diritto internazionale pubblico del principio considerato anche Marrella, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi di contratti del commercio internazionale*, in Galgano, Marella, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 30, Padova, 2003, 723. Su questi temi si tornerà *amplius, infra*, cap. 7, § 43.

<sup>237</sup> In tema v. Redfern, *The Practical Distinction*, cit., spec. 319; Kurkela, *Due process*, cit., 41; Rubino-Sammartano, *International Arbitration*, cit., spec. 653. Con riferimento ad arbitrati svolti sotto l'egida del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, v. Selby, *Fact-Finding before the Iran-United States Claims Tribunal: The View from the Trenches*, in Aa.Vv., Lillich (a cura di), *Fact-Finding Before International Tribunals*, cit., 135 ss. e spec. 144, ripreso da von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., spec. 291 (in cui si afferma che "the burden of proof is that you have to convince me").

<sup>238</sup> V. van Hof, *lc. ult. cit.*: "the principle that each party must bear the burden of proving the facts he relies on is generally undisputed. The way this principle is applied to the facts, however, is rather discretionary, and not much guidance can be obtained from the cases".

<sup>239</sup> V. es. gli artt. 2.2.10, 7.1.7 e 9.1.12 dei Principi Unidroit, i quali stabiliscono molteplici regole in tema di onere della prova, di cui conviene riportare i relativi testi. Cfr. art. 2.2.10 ("Estinzione della procura"): "(1) Le cause di estinzione della procura non sono opponibili al terzo se non si prova che questi le conosceva o avrebbe dovuto conoscerle. (2) Nonostante l'estinzione della procura il rappresentante conserva il potere di compiere tutti gli atti che si rendano necessari per evitare un danno ai legittimi interessi del rappresentato". Art. 7.1.7 ("Forza maggiore"): "(1) La parte inadempiente è esonerata da responsabilità se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuta a prevedere tale impedimento al momento della conclusione del contratto o ad evitare o superare l'impedimento stesso o le sue conseguenze". Art. 9.1.12 ("Prova idonea della cessione"): "(1) Se l'avviso riguardante la cessione viene dato dal cessionario, il debitore ceduto può richiedere al cessionario stesso di fornirgli entro un termine ragionevole una prova idonea dell'avvenuta cessione. (2) Il debitore ceduto ha diritto di sospendere il pagamento fino a quando la prova idonea non venga fornita. (3) In assenza di prova idonea della cessione l'avviso non è efficace. (4) La prova idonea è costituita, sia pure non esclusivamente, da ogni atto scritto di provenienza dal cedente che indichi che la cessione ha avuto luogo". Rilevano poi le già menzionate convenzioni internazionali di diritto uniforme: nella prassi arbitrale, con riferimento alla Convenzione di Vienna, si veda ad es. la decisione resa nel caso ICC n. 6653 del 1993, in Arnaldez, Derains, Hascher (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, The Hague, Paris, spec. 513, in cui il tribunale ha ritenuto che in caso di lacune nella Convenzione stessa dovesse farsi applicazione del diritto francese, quale legge sostanziale applicabile al rapporto.

<sup>240</sup> V. Kurkela, *Due process*, cit., spec. 41 "(s)ometimes parties have agreed on how the burden of proof is to be divided between them in case of a dispute like e.g. whether or not the goods delivered were defective or conforming at the time of delivery".

Tale brocardo, com'è noto, esprime la regola vigente in ordinamenti continentali per cui è il tribunale a dover accertare *motu proprio* il contenuto del diritto applicabile alla lite, con eccezioni, più o meno condivise, in riferimento alla prova di norme consuetudinarie, “antiche” e straniere<sup>241</sup>. Per converso, nella logica *adversarial* dei sistemi di *common law* rientra nell'onere di chi afferma la rilevanza di una determinata norma provarne l'esistenza (oltre che l'applicabilità nella fattispecie concreta)<sup>242</sup>.

Date le profonde distinzioni di partenza, si è a lungo discusso in merito alla vigenza o meno di un principio a questo equivalente in arbitrati internazionali (*iura novit arbiter*) e se in un primo momento al quesito si era data risposta negativa, sull'assunto che - non avendo gli arbitri alcun “foro” - non dovesse esistere per loro tale obbligo (essendo invece per essi ogni diritto “straniero”)<sup>243</sup>, più di recente la posizione di iniziale chiusura pare essere mutata sia in dottrina<sup>244</sup> che in giurisprudenza<sup>245</sup>.

Ferme restando le previsioni a riguardo eventualmente derivanti dal diritto sostanziale scelto dalle parti o imposte dalle norme di conflitto quale fonte di regolamentazione del proprio rapporto giuridico, in linea generale si è giunti a riconoscere la rilevanza di tale principio in misura temperata rispetto al modo in

---

<sup>241</sup> In proposito, v. Patti, *Le prove*, cit., spec. 9 ss.

<sup>242</sup> Su cui v., per tutti, Malek, *Phipson*, cit., *passim*.

<sup>243</sup> Era stata perlopiù la dottrina francese a prospettare l'idea che non esistesse alcun obbligo di conoscenza e applicazione del diritto da parte degli arbitri internazionali: in tal senso, tra gli altri, rammentiamo ancora di recente l'intervento di Derains durante il convegno organizzato dalla ICC e dall'Istituto di Studi Superiori sull'Arbitrato, tenutosi a Roma nel febbraio 2010, ora in ISSA, *I Quaderni dell'Arbitrato, Atti del convegno “La prova nell'arbitrato internazionale”*, Roma, 2011 e si vedano anche Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, spec. 692.

Va aggiunto che tali affermazioni derivano in larga parte dal fatto che nel diritto francese (sull'assunto ricordato nel testo che per gli arbitri ogni diritto sia straniero) il diritto straniero è spesso considerato come una *quaestio facti* (come in quello anglosassone) e deve pertanto essere provato dalle parti (in proposito v. anche Marriott, *Evidence*, cit., spec. nt. 9); diversamente dall'ordinamento italiano, per cui v. art. 14 l. n. 218/1995 (e *infra*, cap. 5, § 26): in tema cfr. anche Pittaluga, *La prova del diritto straniero: evoluzioni giurisprudenziali in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 3, 675 ss.

<sup>244</sup> V. Kurkela, in *Due Process*, cit., spec. 171 ss. (che parla di un *burden of education* degli arbitri e si domanda chi debba sopportarlo) e Carlevaris, *Commento*, cit., 381. In arg., v. poi *Id.*, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra principio jura novit curia e onere della prova*, in *Riv. arb.*, 2007, 4, 505 ss.; Corapi, *Iura novit curia nell'arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2010, 3, 429 ss.; Carbone, S. M., *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 2, 353 ss.; Giovannini, *International arbitration and Jura Novit Curia - Towards Harmonization*, in Fernández, Ballesteros, Arias, *Liber Amicorum*, cit., 495 ss. e, da ultimo, Waincymer, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 3, 201 ss.

<sup>245</sup> V. es. Tribunale Federale Svizzero, 9 febbraio 2009, 4A\_400/2008, X. c. Y.

cui esso è inteso negli ordinamenti nazionali: il dovere per gli arbitri di conoscere (ricercare) la legge sarebbe limitato alla conoscenza di norme di ordine pubblico e, in ogni caso, tale obbligo dovrebbe esercitarsi nel rispetto del principio del contraddittorio<sup>246</sup>.

Pur apprezzando tale mitigazione, può osservarsi come essa non avalli *tout court* l'esistenza di un obbligo siffatto, portandoci a osservare come risulti tuttora consigliabile alle parti in arbitrati internazionali di non fare in pieno affidamento sul principio in parola<sup>247</sup>.

Tanto più consigliabile, allo scopo di appianare le citate differenze ed eliminare ogni incertezza, appare poi la prassi<sup>248</sup> di concludere accordi tra le parti (se del caso risultanti da ordinanze del tribunale a contenuto “concordato”) con cui queste regolino l'onere della prova e, per l'effetto, escludano o concordino l'applicabilità di tale principio<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Così Chainais, *L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre*, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 3 ss. la quale rimarca pure la pratica constatazione del “*gigantisme des réglementations*” tale per cui all'arbitro potrebbe essere al più attribuito l'obbligo di ricercare, comprendere ed interpretare le norme di diritto, non anche di conoscerle.

<sup>247</sup> Kurkela, “*Jura novit curia*” and the Burden of Educational in International Arbitration - A Nordic Perspective, in *ASA Bulletin*, 21, 3, 486 ss. e spec. 494. L'indicazione ivi espressa, peraltro, è rispecchiata dalla prassi in cui spesso accade che, per non “correre rischi”, avvocati di formazione continentale se dinanzi ad arbitri di nazionalità, per ipotesi, inglese, tendano sempre a fornire la “prova” del diritto ritenuto applicabile, anche ove non sarebbero a ciò tenuti per il diritto sostanziale applicabile al rapporto.

<sup>248</sup> Per cui v. es. ord. nel caso ICC n. 7170 del 1993, in Hascher, *Collection*, cit., spec. 26, in cui si legge “*the Tribunal expects the claimant to prove its claim in fact and in law and the counterclaim shall similarly prove in fact and in law its own claim*” (sebbene il diritto sostanziale applicabile fosse quello olandese per cui vige il principio *iura novit curia*: v. van Den Eeckhout, in Aa.Vv., Palao Moreno, Iglesias Buhigues, Esplugues Mota (a cura di), *Application of Foreign Law*, Munich, 2010). Conf. cfr. lodo in caso ICC 9333 del 1998, in Arnaldez, Derains, Hascher (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, Alphen aan den Rijn, Paris, 2009, spec. 575 ss.

<sup>249</sup> E per tal via potrebbe forse ammettersi l'esclusione di tale principio anche nel caso in cui il diritto sostanziale applicabile alla disputa sia quello italiano. Con il patto di inversione o di modifica dell'onere, ai sensi dell'art. 2698 c.c., ben potrebbe concordarsi tra le parti il loro onere di “provare il diritto”, ciò che, peraltro, non escluderebbe *in toto* il controllo degli arbitri cui spetterebbe sempre il vaglio sul rispetto di norme inderogabili e di ordine pubblico nel senso indicato nel testo (e ossia, nello specifico, il vaglio in merito all'imperativo limite di cui alla citata norma, di evitare inversioni o modificazioni che abbiano l'effetto “*di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto*”).

## 9.2 La prova presuntiva negli arbitrati internazionali.

Strettamente connessa alla *lex causae* è pure l'evenienza, su cui non occorre dilungarsi, che in arbitrati internazionali si faccia ricorso a presunzioni<sup>250</sup>.

Basti rammentare che questa possibilità è pacificamente riconosciuta in dottrina<sup>251</sup> e documentata dalla prassi arbitrale<sup>252</sup>, anche perché - come si è visto più in genere sull'onere della prova - presunzioni semplici o legali, relative o assolute, sono previste nella stragrande maggioranza degli ordinamenti statali<sup>253</sup>.

Pari univocità, inoltre, si registra in merito all'efficacia da attribuirsi alla prova presuntiva, considerata quale prova indiziaria (e su fatti secondari), nonché all'utilizzo in un certo senso "sussidiario" che di questa dovrebbe farsi, ossia soltanto ove manchino prove dirette (dei fatti primari) e, comunque, preferendo queste ultime ad essa<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> In genere sulla prova presuntiva in arbitrato e sulle affermazioni della dubbia riconducibilità alla materia delle prove delle norme sulle presunzioni e del fatto che una presunzione assoluta altro non significherebbe se non l'"irrelevanza di un fatto per il diritto", v. Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., spec. 6 e riff. citati in nt. 7 e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit.

<sup>251</sup> Cfr., *ex multis*, Marriot, *Evidence*, cit., 283.

<sup>252</sup> V. es. lodo nel caso ICC 2508/1976, cit., in cui, riconosciuta l'applicabilità del principio *actor incumbit probatio*, il tribunale ha affermato quanto segue "(c)ependant, s'il appartient, de façon générale, à celui qui prétend avoir subi un dommage d'en établir le montant, les arbitres du commerce international n'hésitent pas par fois à établir des présomptions dont l'effet est de dispenser le demandeur d'apporter la preuve qui lui incomberait normalement [...] c'est de cette analyse du comportement d'un vendeur soucieux de poursuivre l'exécution du contrat des conditions qui cessent de lui être par trop défavorables, que les arbitres tirent une présomption". Cfr. anche lodo 15 gennaio 2006, in arbitrato *ad hoc*, in *Yearbook Commercial Arbitration*, XXXI, 2006, 13 ss. e spec. 25, in cui il tribunale arbitrale, contesa nel giudizio la proprietà di alcune opere d'arte, ha ritenuto di dare applicazione alla regola contenuta nell'art. 1237 c.c. austriaco (sebbene abrogata nel 1978), cd. *praesumptio muciana*, per cui - in caso di disputa circa la proprietà di una cosa tra due coniugi - si presume che questa appartenga, tra i due, al marito.

<sup>253</sup> La convergenza dei singoli ordinamenti processuali in tema di presunzioni è ravvisata da Karaci, *Burden of Proof*, cit., 246 ss., il quale riconosce l'applicazione in processi dinanzi alle corti internazionali di presunzioni previste nei singoli sistemi statali, rimarcando anche l'esistenza in controversie tra Stati di talune presunzioni derivanti dal diritto internazionale consuetudinario, quali ad es. la presunzione *iuris tantum* di legittimità degli atti di Stati che siano loro esercizio di sovranità (*puissance publique*) o la presunzione di buona fede nelle relazioni internazionali. Sui processi dinanzi a corti internazionali, cfr. anche, nello stesso senso, Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953 (rist. 2006), Cambridge, spec. 304.

Sull'ordinamento anglosassone, v. per tutti Malek, *Phipson*, cit., spec. 159 ss.: un esempio di presunzione legale assoluta nel sistema inglese è quella contenuta nell'art. 13 c. 1 del *Civil Evidence Act* del 1968, in cui stabilisce che in cause risarcitorie per diffamazione (*libel*) "*where the issue of whether a person committed a criminal offence is relevant, proof that at the relevant time that person stands convicted of that offence shall be conclusive evidence that he committed that offence*"; vi è poi la presunzione, in materia di danni, della regola *res ipsa loquitur*, su cui v. *ibidem*, 166 e Marriot, *Evidence*, cit., 234.

<sup>254</sup> V. così van Hof, *Commentary on the Uncitral*, cit., spec. 162 ("*presumptive evidence is acceptable only if no other evidence is available*") e, nello stesso senso, Pietrowski, *Evidence*, cit., 381: "(i)n

10. *Cenni alla non contestazione dei fatti, all'utilizzo della scienza privata degli arbitri e alla rilevanza del fatto notorio negli arbitrati internazionali.*

Occorre infine far cenno ad ulteriori aspetti rilevanti nel processo di *fact-finding* comunemente seguito in arbitrati internazionali.

Tra questi, l'attenzione va in primo luogo al tema dell'utilizzazione della scienza privata del giudicante che, com'è stato rimarcato da autorevole dottrina, può trovare collocazione in arbitrato in maniera diversa di quanto non avvenga nel processo dinanzi a giudici dello Stato<sup>255</sup>. Mentre per tale processo - stante il relativo divieto - “*al giudice è inibito di utilizzare dati le cui fonti si pongano fuori dalle regole del procedere*”<sup>256</sup>, non esiste una identica proibizione in arbitrato e ai tribunali sembrerebbe pertanto permesso utilizzare le proprie conoscenze personali, purché rispettino il principio del contraddittorio e della paritaria difesa.

Perfettamente in linea con tale affermazione, si riconosce in astratto che gli arbitri internazionali possano ad esse far riferimento, alla condizione di “*disclose the matters within their own knowledge on which they intend to rely to avoid any subsequent argument that the parties should have been given an opportunity to address them*”<sup>257</sup>. Fermo il riconoscimento di tale possibilità in via di principio, la prassi di arbitrati internazionali, tuttavia, non mostra né un'aperta fiducia né un esteso ricorso ad essa ed è significativo notare che, mentre nella prima versione delle Reg. IBA risalente al 1983 in tema di poteri del tribunale si prevedeva espressamente (all'art. 7) quello di “*rely on his own expert knowledge*”, ogni riferimento in tal senso è stato successivamente espunto con la modifica delle Regole del 1999 e da allora nessuna fonte prevede più nulla in tal senso.

---

*the absence of direct evidence, international tribunals often presume or infer facts on the basis of other proven or accepted facts*”.

<sup>255</sup> Verde, *Lineamenti*, cit., 124.

<sup>256</sup> Così, Sassani, *Lineamenti*, cit., 221.

<sup>257</sup> Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 203-204.

Discorso non dissimile vale poi per la tematica del fatto notorio in arbitrati internazionali<sup>258</sup>. Si ricorda sovente che i tribunali arbitrali, non essendo tenuti a decidere esclusivamente sulla base delle prove presentate dalle parti, possono al contrario “take judicial notice of facts that are as well known or so easily verified that any kind of formal proof would obviously be superfluous”<sup>259</sup>. Fatti notori, nei procedimenti in commento, possono essere eventi storici, trattati internazionali, atti legislativi, indirizzi, o ogni altro fatto o documento di pubblico dominio<sup>260</sup> e anche in questa sede è possibile affermare che in astratto la categoria del notorio possa essere persino più ampia di quanto essa non sia nei processi civili<sup>261</sup>. La condizione è che sia sempre garantito il controllo delle parti in ossequio al principio del contraddittorio (e con adeguata motivazione), d'accordo con quanto si è detto per ipotesi di utilizzo della privata conoscenza degli arbitri, e come del resto suggerito dalla prassi di arbitrati in materia di investimenti<sup>262</sup> e di altri processi internazionali<sup>263</sup>.

Va però aggiunto che le pronunce arbitrali e le diverse fonti della materia ammettono sì che gli arbitri ritengano taluni fatti notori, ma non sembrano incentivare tale prassi, preferendo che siano invece le parti a dedurre per prime eventuali fatti nel pubblico dominio, in pieno segno con la consueta ottica “collaborativa”<sup>264</sup>.

---

<sup>258</sup> In arg., nella dottrina italiana, v. di nuovo Verde, *lc. ult. cit.* e Panzarola, *Arbitrato e “fatto notorio”*, in *Aa.Vv., Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 603 ss. e spec. 606. Sull'utilizzo del fatto notorio in arbitrati internazionali, v. gli aa. citati nelle note seguenti.

<sup>259</sup> Così Pietrowski, *Evidence*, cit, spec. 385.

<sup>260</sup> Pietrowski, *lc. ult. cit.*; conf. Cook, Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2010, 200.

<sup>261</sup> Panzarola, *Notorious fact - Fato notório*, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 2009, 28, 1 ss. e spec. 11, che rimarca come sia centrale in tal caso la necessità di garantire le parti permettendone il controllo (oltre che con motivazione sul punto). Conf. v. *Id.*, *Arbitrato e “fatto notorio”*, cit., e già Verde, *Lineamenti*, cit., 125.

<sup>262</sup> V. es. lodo ICSID, reso nel 2006 nel caso n. ARB/03/9, *Continental Casualty Company c. Argentine Republic*, in cui quanto segue “(t)he Tribunal informed the parties [...] that it believes it is empowered to take judicial notice of such published decisions. However, in accordance with due process principles, the Tribunal is of the opinion that should it consider necessary for its decision on jurisdiction to specifically rely on points raised and discussed in those decisions, it should give an opportunity first to the parties to comment on those possibly relevant points. The Tribunal would accordingly do so should the situation envisaged occur”.

<sup>263</sup> V. i riff. giurisprudenziali indicati da Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten*, cit., 380 ss. e spec. 382-383.

<sup>264</sup> In tal senso va inquadrato l'art. 3 c. 1 Reg. IBA (per cui v. anche cap. 3 e cap. 6, risp. § 16 e 31.1), in cui si prevede che le parti producano nel termine stabilito dal tribunale tutti i documenti disponibili cui si riferiscono nelle proprie allegazioni, con l'inclusione dei “*public Documents and those in the public domain*”.



Resta infine da far menzione della non contestazione dei fatti negli arbitrati internazionali.

La rilevanza di questa (e dell'esplicita ammissione di fatti<sup>265</sup>) è espressamente confermata dagli autori e prima ancora che nei procedimenti analizzati essa era stata affermata in riferimento a processi internazionali<sup>266</sup>.

In particolare, come preconizzato in dottrina<sup>267</sup>, è prassi frequentissima in arbitrati internazionali che le parti si accordino all'inizio del procedimento su fatti tra loro non contestati, ponendoli al di fuori dall'indagine probatoria<sup>268</sup>. Tali *stipulation of uncontested facts* vengono di norma assunte nel corso delle udienze preliminari tenute a scopo organizzativo, come prevede espressamente l'art. 21 Reg. ICSID<sup>269</sup> e come era già indicato al punto 43 delle *Uncitral Notes* sull'organizzazione dei procedimenti<sup>270</sup>. Questa prassi, peraltro, appare tanto frequente da non mancare ipotesi in cui sull'opportunità di accordarsi in merito a fatti non contestati sono

---

<sup>265</sup> Quando si tratti di ammissione di fatti, il tema viene ad avvicinarsi, pur senza coprirlo interamente, a quello della confessione su cui si tornerà *infra*, cap. 4, § 18.1 e 20. In genere, sull'ammissione dei fatti nell'ordinamento anglo-sassone v. Malek, *Phipson*, cit., spec. cap. 4, 75 ss.

<sup>266</sup> Cfr. Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, cit., 338 (“(t)he non-contestation, or even the express admission of facts can obviously only be taken into account within the limits drawn by the applicable international public order?”) e nello stesso senso, con riguardo ad arbitrati svolti sotto l’egida della AAA (per cui v. art. 16 Reg.), Hoellering, *The Institution’s Role in Managing the Arbitration Process*, in OMPI, *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, Genève, 1994, 203 ss. e spec. 206. In precedenza, con riguardo a processi internazionali, Coester, Waltjen, *Internationales Beweisrecht. Das Auf den Beweis anwendbare Recht in Streitigkeiten mit Auslandsbezug*, München, 1983, 223 ss.

<sup>267</sup> Verde, *loc. cit.*: “come e anzi più che nel processo ordinario, nell’arbitrato le parti ben possono porre fuori dall’indagine probatoria taluni fatti con la scelta di darli per pacifici?”. In tema v. anche Cavallini, *La non contestazione nell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, I, 55 ss., il quale, dando apparentemente per scontata l’automatica applicabilità in arbitrato del principio di cui all’art. 115 c.p.c., rimarca invece come in questa sede, più che nel processo civile, grazie alla libertà di forme riconosciuta dal c.p.c. sarebbe possibile concordare un termine a partire dal quale ritenere un fatto pacifico tra le parti.

<sup>268</sup> V. così ad es. ord. proc. 31 luglio 2003 nel caso ICC 12279, in *Decisions on ICC*, cit., in arbitrato con sede in Santa Barbara tra una parte cinese ed una parte statunitense, in cui è stato lo stesso tribunale a consigliare alle parti di accordarsi in merito a fatti tra loro non contestati (“(t)he Parties shall consider a joint written stipulation as to undisputed facts”).

<sup>269</sup> In cui si prevede il possibile svolgimento, su iniziativa del tribunale o del delegato della segreteria arbitrale, di un’udienza o conferenza preliminare “to arrange for an exchange of information and the stipulation of uncontested facts in order to expedite the proceeding” (in proposito, v. già Delaume, *ICSID Arbitration*, in Aa.Vv., Lew (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987, spec. 36).

<sup>270</sup> Cfr. punto 43: “(i)n considering the parties’ allegations and arguments, the arbitral tribunal may come to the conclusion that it would be useful for it or for the parties to prepare, for analytical purposes and for ease of discussion, a list of the points at issue, as opposed to those that are undisputed”.

insorte accese discussioni tra le parti, mediate dai tribunali con il costante approccio *consultative*<sup>271</sup>.

Va infine precisato che quando non si raggiunga un accordo preliminare tra le parti, si ammette che il tribunale *sua sponte* possa porre a fondamento della decisione i fatti non contestati tra le parti, dovendo però in tal caso ritenersi imprescindibile, sempre nel rispetto del contraddittorio, che a queste se ne dia comunicazione, mettendole nella condizione di poter replicare<sup>272</sup>.

### *11. Conclusioni. Centralità del ruolo dell'autonomia privata.*

Volendo trarre delle prime sintetiche conclusioni circa i temi di ordine generale sopra affrontati, si può constatare la posizione di assoluta preminenza che su ciascuno di essi pare attribuita al ruolo dell'autonomia privata.

Si è visto che sono spesso le parti ad accordarsi in merito a ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova (alleviando il forte impatto derivante dall'attribuzione agli arbitri di massimi poteri in punto); sono sempre le parti che sovente stabiliscono convenzionalmente inversioni delle regole sulla ripartizione dell'onere della prova previste dalla *lex causae*; sono sempre queste a poter contribuire attivamente nella prassi all'identificazione dei fatti da provare e di quelli che, invece, possono essere ritenuti esenti da prova.

In aggiunta si è anche visto che - in mancanza di simili accordi - il tribunale arbitrale, forte della massima libertà in punto di determinazione di questi profili, dovrà sempre attivare meccanismi di bilanciamento di tale libertà, atti a preservare

---

<sup>271</sup> V. es. il lodo reso dal TAS in data 15 dicembre 2008 nel caso 2008/A/1577, *USADA c. R.*, spec. 8, in cui le parti hanno lungamente discusso in merito all'opportunità di accordarsi al riguardo e alla fine è stato il tribunale a proporre di ritenere valida la *stipulation of facts* già conclusa tra le stesse nel corso del procedimento arbitrale di primo grado svoltosi dinanzi alla Corte arbitrale nordamericana della *American Arbitration Association* e già presente agli atti del procedimento dinanzi a sé pendente.

<sup>272</sup> Su tale aspetto nel processo civile italiano e in dimensione comparatistica v. per tutti Sassani, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it* e in *Giusto proc. civ.*, 2010, 2, 401 ss. (con particolare riguardo ai punti in cui l'a. tratta del sistema austriaco e discorre della figura del "giudice attivo", ossia "attento alle circostanze e pronto a far uso degli strumenti di stimolo del contraddittorio che la legge gli affida", su cui v. spec. 422).

il contraddittorio, permettendo il controllo delle parti<sup>273</sup> e in ultimo assicurandolo con adeguata (e, si aggiunga, imprescindibile) motivazione<sup>274</sup>.

Tali garanzie appaiono ancor più indispensabili per lasciare traccia del procedimento e permettere il vaglio delle corti, che non sarebbe altrimenti possibile essendo la valutazione delle prove rimessa alla discrezionalità degli arbitri e insindacabile in sede di impugnazione per nullità e di opposizione alla richiesta di *enforcement*<sup>275</sup>.

Sia che siano le parti a scegliere accordandosi in questa maniera, sia che optino per “lasciar fare” il tribunale, poi, le descritte prassi non sembrano oggi incontrare alcun limite di ordine pubblico o, più precisamente, esse non sembrano conoscere altro limite, oltre a quello citato del contraddittorio.

Sono scomparsi, a riguardo, anche quegli isolati esempi in cui, in un passato ancora recente, si riteneva il carattere inderogabile di norme formali in tema di prove e la loro conseguente e imprescindibile applicabilità in arbitrato: le più recenti evoluzioni hanno reso la situazione del tutto conforme a quanto appena concluso<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> V. così molto chiaramente Reymond, *The Practical Distinction*, cit., spec. 325 ss. 2 spec. 327; conf. Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, cit., spec. 340.

<sup>274</sup> Su cui v. per tutti Philip, *Description in the Award of the Standard of Proof Sought and Satisfied*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof*, cit., 361 che tratta la centralità, nello stesso senso indicato nel testo, dell'assolvimento da parte del tribunale del proprio obbligo di motivazione del lodo per dar conto di quanto sia stato deciso in punto di onere della prova, non contestazione, efficacia e ammissibilità dei mezzi ecc.

<sup>275</sup> Lo rammentano anche van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit. spec. 137. In giurisprudenza, oltre ai riff. citati *supra*, spec. 4.1.1. e 4.1.3, cfr. anche Queen's Bench Commercial Division, *Bulfracht Ltd. c. Bonaset Shipping Co. Ltd.*, 7 novembre 2002 (inedita): “(a)ssessment of evidence is in the discretion of the tribunal and can rarely amount to a ground for challenge of an award” e App. Milano, 29 aprile 2009, nel caso *CG Impianti S.p.A. c. BMAAB and Son International Contracting Company*. Per la medesima affermazione nella prassi arbitrale, cfr. lodo reso nel caso n. 18/2009 gestito dal *Qatar International Center for Conciliation and Arbitration*, in data 22 febbraio 2010, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2010, 4, 498 ss.

<sup>276</sup> Come segnalato da Petrochilos, *Procedural law*, cit., spec. 83 e come già anticipato *supra*, nella vigenza della legge sull'arbitrato portoghese n. 31 del 1986 si riteneva che, stante il suo art. 18, nei procedimenti dovessero applicarsi tal quali le regole sull'ammissibilità dei mezzi di prova previste nei processi civili. Quanto mai significativamente e a conferma di quanto concluso nel testo, le modifiche recentissimamente apportate dalla l. n. 63/2011 alla *Lei da Arbitragem Voluntária* hanno segnato l'introduzione, sull'insegnamento della L. Modello dell'Uncitral, del nuovo art. 30, rubricato “(p)rincípios e regras do processo arbitral”, in cui si legge, al c. 4, che “(o)s poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzi-la”.

## Capitolo Terzo

### PROVE DOCUMENTALI

SOMMARIO: 12. Premessa. Nozione di documento. - 13. Arbitrati meramente documentali. - 14. Questioni in tema di ammissibilità dei documenti e contestazione della loro autenticità. - 15. Valore probatorio delle prove documentali in arbitrati internazionali. - 16. Esibizione documentale. Rinvio.

#### 12. Premessa. Nozione di documento.

È affermazione ricorrente quella per cui i documenti sarebbero il mezzo di prova per eccellenza in arbitrati commerciali<sup>277</sup> e lo stesso si ritiene comunemente con riferimento a processi dinanzi a corti internazionali<sup>278</sup>. Come verrà chiarito in seguito, tenderemmo tuttavia ad aderire all'opinione di chi ha ritenuto che enfatizzare a tal punto la loro importanza “*would be an erroneous short-cut*”<sup>279</sup>.

Nei fatti, nei procedimenti in discorso si producono i documenti più disparati: lettere, fax, messaggi di posta elettronica, contratti, protocolli e verbali di riunione, documenti societari e contabili, ricevute e certificati, bolle di carico e così via. Maggiori dubbi in passato hanno riguardato l'ammissione entro tale nozione di *cds*, registrazioni audio e video, *floppy disks* o altro materiale registrato su supporto digitale<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> Così Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections*, cit., 216; conf. Poudret, Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, 2002, 586; Lew, *Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence*, in Mourre, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 11 ss. e spec. 15. In genere, su questi temi v. sin da ora il recente studio di Magnone Cavatorta, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008, il cui IV cap. è dedicato alla prova documentale in arbitrati internazionali.

<sup>278</sup> Pietrowski, *Evidence*, cit., 391 e in precedenza Sandifer, *Evidence*, cit., 197.

<sup>279</sup> Schlepfer, Bartsch, *A few reflections*, cit., 217.

<sup>280</sup> V. Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International*, cit., 564: “(m)ore controversial, but increasingly acceptable as documents are CD, audio and visual recordings, floppy disks and hard disks”.

Mediando tra le accezioni accolte nei differenti ordinamenti<sup>281</sup>, nelle Reg. IBA il documento è ora definito come “*a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means*”.

Viene così definitivamente segnata l’inclusione della forma informatica<sup>282</sup>, in linea con la più ampia tendenza ad incrementare il ricorso a modalità elettroniche nell’ottica di sveltire i procedimenti<sup>283</sup>.

Si prevede anche che i documenti in formato elettronico possano essere prodotti “*in the form most convenient or economical to it that is reasonably usable by the recipients*”, salvo che le parti si accordino per altra modalità, o sia il tribunale in mancanza di accordo a disporre diversamente (art. 3 c. 12 Reg. IBA).

Le Reg. IBA disciplinano poi le copie dei documenti, richiedendo allo stesso art. 3 c. 12 che queste debbano essere conformi agli originali (e che gli originali debbano essere sempre presentati per l’ispezione su richiesta del tribunale) e disponendo altresì che la parte non sia obbligata a produrre più copie di documenti identici (salvo diversamente deciso dal tribunale) e che le traduzioni dei documenti siano sempre contrassegnate come tali e prodotte assieme agli originali.

A quanto detto, va a questo punto aggiunto che è prassi usuale in arbitrati internazionali quella di produrre i documenti in allegato alle memorie di parte, sin dalla stessa domanda di arbitrato<sup>284</sup> e per tale ragione è stato osservato che la produzione documentale rifletterebbe “*more closely the sort of documents filed with the courts in civil law systems than in the pleadings filed with the English courts*”<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> Cfr. Lew, *Document Disclosure*, cit., 15: “(o)pinions as to what constitutes a “document” vary between the civil and common law systems. Literally and legally speaking, in some jurisdictions, a document is interpreted to mean a piece of paper or other tangible item that is relevant to the dispute. In other jurisdictions, e-mail messages, computer data-bases or voicemail messages are also construed as documents”.

<sup>282</sup> In linea, peraltro, con la Convenzione sull’uso delle Comunicazioni Elettroniche nei Contratti Internazionali, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel novembre 2005.

<sup>283</sup> Cfr. von Segesser, *The IBA Rules*, 745, il quale rimarca l’importanza delle modifiche apportate nel 2010 alle regole IBA in tema di esibizione elettronica (*e-discovery*). In proposito, oltre a quanto si dirà *infra*, cap. 6, § 31.1, v. sin da ora Smith, Robinson, *E-disclosure in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, 1, 105 ss.; Baker, Romman, *The Role of the Institution in Taming Electronic Disclosure*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 19 ss.; Howell, *Electronic Disclosure in International Arbitration: the CIArb Protocol for E-disclosure in Arbitration*, in Mourre, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 395 ss.

<sup>284</sup> Così von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., 286.

<sup>285</sup> Patocchi, P. M., Meakin, *Procedure and the taking of evidence*, cit., 890.

In linea generale, tale prassi permette di distinguere tra due categorie di documenti: la prima, di quelli che le parti producano volontariamente; la seconda dei documenti che le parti vengano “costrette” a produrre con il procedimento di esibizione istruttoria<sup>286</sup>.

### 13. Arbitrati meramente documentali.

Tanto nel Reg. ICC (già a partire dalla versione del 1975, sino alla più recente novella del 2011) quanto in altri regolamenti istituzionali si prevede con diversi termini la possibilità che il procedimento sia soltanto scritto, esprimendo una “propensione” per arbitrati meramente documentali<sup>287</sup>, ciò che per alcuni confermerebbe una volta in più l'adozione di un modello continentale<sup>288</sup>.

La possibilità è prevista anche in alcuni codici nazionali<sup>289</sup>.

All'art. 24 L. Modello, in particolare, si prevede che sia rimessa al tribunale la decisione di svolgere un'udienza orale per l'assunzione dei mezzi istruttori. Vi si precisa poi che, ove si richieda la fissazione di una udienza, il tribunale debba accogliere la richiesta, con la sola eccezione del caso in cui le parti avessero precedentemente optato per un arbitrato basato soltanto su documenti.

Nel sistema della L. Modello la volontà delle parti sembra dunque prevalere, nonostante le discussioni insorte al momento di vergare tale previsione, sia sul potere del tribunale di gestire la procedura, sia su un presunto diritto all'oralità<sup>290</sup> e

---

<sup>286</sup> Capper, *International Arbitration: a Handbook*, London, 2004, 100 ss.

<sup>287</sup> V. così art. 25 c. 6 Reg. ICC (art. 20 c. 6 nella versione del 1998) in cui si prevede che “(t)he arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing” e Derains, Schwartz, *A Guide*, cit., 283, che rammentano come la previsione fosse già presente nel Reg. del 1975. Parla di preferibilità per arbitrati meramente documentali anche Ricci, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., spec. § 2.

<sup>288</sup> Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce*, cit., 427.

<sup>289</sup> Cfr. es. il *code judiciaire* belga, l'art. 33 della legge sull'arbitrato egiziana, l'art. 1047 ZPO, l'art. 24 della legge russa sull'arbitrato, l'art. 12 della legge coreana sull'arbitrato; art. 24 *Arbitration Act* svedese.

<sup>290</sup> Cfr. Binder, *International Commercial Arbitration*, cit., 311-312, che rammenta come tale principio non sia nient'altro che la trasposizione di quanto già previsto, sulla determinazione delle regole del procedimento, dall'art. 15 L. Modello.

la scelta è stata riprodotta negli ordinamenti nazionali che tale Legge hanno recepito e - come detto - in altri<sup>291</sup>.

Saranno le parti a poter decidere - vincolando il tribunale - di non avere alcuna udienza orale; viceversa, avendo deciso il tribunale di non voler tenere alcuna udienza, saranno sempre queste (anche separatamente) a poterla richiedere<sup>292</sup> e il primo a doverla fissare<sup>293</sup>.

La possibilità, che comporta un risparmio in termini di costi e tempi processuali, sembra doversi però limitare a casi di particolare semplicità, dove far meno delle udienze<sup>294</sup>, quando il materiale probatorio si esaurisca in documenti e non ci sia bisogno di escutere alcun testimone per integrarlo<sup>295</sup>, in ipotesi in cui sia necessario compiere soltanto valutazioni in via di fatto o rendere opinioni<sup>296</sup>, ovvero quando una parte non si sia costituita nel procedimento<sup>297</sup>.

Per queste ragioni, si riscontra che l'evenienza resta poco più che astratta e limitata a casi eccezionali<sup>298</sup>. Precedenti di arbitrati soltanto su documenti si rinvencono di rado nella prassi del commercio internazionale, mentre essi paiono aver maggior diffusione in liti seriali in arbitrati domestici, come accade nel Regno Unito dove il modello scritto è soventemente seguito nelle liti arbitrali coinvolgenti consumatori<sup>299</sup>.

---

<sup>291</sup> V. es. quanto affermato con riferimento all'art. 24 dell'*AA* svedese da Heuman, *Arbitration Law*, cit.: "(a) party's right under section 24(1) to have a substantive issue tried in an oral hearing is of fundamental importance. Even so, it is clear from the Act that, if the parties agree that no such hearing is to take place, their agreement is binding on the arbitrators" che prosegue poi affermando che "(h)aving an agreement for arbitration based only on documents means that a party cannot insist on a hearing before the tribunal and also that the arbitrators are deprived of their discretionary right to order an oral hearing on their own motion".

<sup>292</sup> Così, già Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 69; conf. Rubino Sammartano, *Arbitrato semplificato e arbitrato solo su documenti*, in *Foro Pad.*, 1990, 2, 35 ss.

<sup>293</sup> In tal senso, von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., 287; conf. Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration*, cit., 101 e Rubino Sammartano, *International Arbitration*, cit., 557.

<sup>294</sup> Derains, Schwartz, *A Guide*, cit., 283. È stato rimarcato che a tale possibilità si farebbe sovente ricorso in arbitrati marittimi: Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., spec. 230 e nt. 377.

<sup>295</sup> Sutton, Gill, Gearing, *lc. ult. cit.*; Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration*, cit., 101.

<sup>296</sup> Cato, *Arbitration Practice and Procedure. Interlocutory and Hearing Problems*, London, 2002, 708.

<sup>297</sup> Carlevaris, *Commento*, cit., 369.

<sup>298</sup> Cremades, *Les pouvoirs des arbitres*, cit., spec. § 4; conf. Ricci, E. F., *lc. ult. cit.*; Derains, Schwartz, *lc. ult. cit.* e v. anche Carlevaris, *Commento*, cit., 369.

<sup>299</sup> Rubino Sammartano, *International Arbitration*, cit., spec. 556 ss., ricorda come lo schema dell'arbitrato soltanto su documenti fosse stato adottato dal *Chartered Institute of Arbitrators*, in ciò incaricato dall'*Office of Fair Trading*, già nel 1987 per controversie con consumatori.

In ogni caso, ove si adotti un arbitrato soltanto su documenti, sarà buona prassi quella di inviare richieste di chiarimenti alle parti. Nulla esclude, inoltre, che una preliminare istruzione della causa renda chiara a queste ultime e agli arbitri l'inopportunità di procedere in questo modo, inducendoli a ripiegare su un procedimento in forma orale<sup>300</sup>.

#### 14. *Questioni in tema di ammissibilità dei documenti e contestazione della loro autenticità.*

Come si è anticipato e come si tornerà a dire più avanti, i documenti in arbitrati internazionali sono anzitutto quelli prodotti spontaneamente dalle parti nelle proprie memorie.

In questa sede, essendo la prova “libera”, data la già ricordata possibilità di prescindere da *strict rules of evidence*, è concesso far uso di copie di documenti senza prestare ossequio alla *best evidence rule* anglosassone<sup>301</sup>.

In maniera non dissimile da quanto avviene nel processo civile e conformemente a quanto auspicato da autorevole dottrina italiana con riferimento ad arbitrati domestici<sup>302</sup>, si ritiene anzitutto consigliabile che i documenti prodotti, così come le copie di essi, si presumano rispettivamente autentici o conformi agli originali<sup>303</sup>, salvo che le parti non ne contestino autenticità o conformità entro i termini all'uopo fissati o concessi dal tribunale<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> Cato, *Arbitration*, cit., 725.

<sup>301</sup> Che attiene all'ammissibilità delle prove, ma si “propaga” pure sul piano della loro efficacia: v. *retro*, cap. 2, § 8 e quanto rimarcato da Pietrowski, *Evidence*, cit., 393 (“*in many cases - particularly international commercial arbitrations - in the interest of expediency and by tacit agreement of the parties, uncertified copies of original documents are routinely accepted without question by the tribunal*”).

<sup>302</sup> Cfr. Verde, G., *Lineamenti*, cit., 129: “*le scritture private un problema lo pongono, in quanto la loro efficacia probatoria si dispiega compiutamente soltanto quando siano state riconosciute. Nel processo ordinario [...] regolano un meccanismo di riconoscimento tacito, basato sull'onere di disconoscimento nella prima difesa, altrimenti la scrittura si ha per riconosciuta dalla parte contro cui è stata prodotta. Non ci sembra che questo meccanismo si estenda automaticamente al processo arbitrale. Potrebbero prevederlo le parti o gli arbitri nel fissare le regole del procedimento*”.

<sup>303</sup> Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce*, 429 ss.

<sup>304</sup> V. in tal senso quanto previsto nelle *Uncitral Notes*, punto 52: “(c) *Should assertions about the origin and receipt of documents and about the correctness of photocopies be assumed as accurate? It may be helpful for the arbitral tribunal to inform the parties that it intends to conduct the proceedings on the basis that, unless a party raises an objection to any of the following conclusions within a specified period of time: (a) a document is accepted as having originated from the source indicated in the document; (b) a copy of a dispatched communication (e.g. letter, telex, telefax or other electronic message) is accepted without further proof as having been received by the addressee; and (c) a copy is accepted as correct. A statement by the arbitral tribunal to that effect can simplify the*



Questo è quanto accade normalmente nella prassi, in cui accordi procedurali in tal senso appaiono ripetersi costantemente<sup>305</sup>.

Ciò non significa, però, che dubbi in merito all'autenticità dei documenti non si presentino mai.

Quando essa sia contestata<sup>306</sup>, si pone il problema dell'autorità del tribunale di giudicare di tali questioni e sebbene sia stato affermato che questo debba sempre poterne conoscere in via incidentale<sup>307</sup>, si tratta indubbiamente di un aspetto la cui disciplina deriva da scelte compiute nei singoli sistemi statali, nei quali non è possibile riscontrare indicazioni univoche<sup>308</sup>.

Si va dall'attuale testo dell'art. 1470 *n.c.p.c.* francese<sup>309</sup> in cui si dispone che, salvo il caso di una diversa volontà delle parti, il tribunale arbitrale possa sempre decidere in via incidentale sulla contestazione della autenticità di un certo documento (ed anche per eccezioni e domande di falso su documenti dotati di fede pubblica), la salvezza della differente volontà delle parti concernendo il loro diritto di richiedere la sospensione dell'arbitrato e preferire che siano le corti competenti a decidere a riguardo con efficacia di giudicato.

---

*introduction of documentary evidence and discourage unfounded and dilatory objections, at a late stage of the proceedings, to the probative value of documents. It is advisable to provide that the time-limit for objections will not be enforced if the arbitral tribunal considers the delay justified?*. Aggiungeremmo che, la previsione di un termine per tali contestazioni, per quanto opportuna, non elimina la possibilità per la parte di avanzare dubbi circa l'autenticità di certi documenti anche dopo il suo spirare, quando essa provi di non aver potuto "ragionevolmente" farlo prima.

<sup>305</sup> V., tra le tante, ord. proc. nel caso ICC n. 12761 del 12 marzo 2004, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., in cui si legge quanto segue: "(t)hose documents which have not been presented by the Parties within the presentation date of the evidential proposal writs, will not be admissible until it is demonstrated, to the satisfaction of the Arbitral Tribunal, that they are newly discovered or that the possibility to submit these at the time did not exist [...] Those documents presented as copies will have evidential value if they relate to the original, unless any of the Parties object to their authenticity within the five (5) days following their presentation. In this case the Arbitral Tribunal will make the decision, that it in its discretion considers appropriate, on the evidential value of the document objected to at the time of the proceeding, and may request the presentation of the or those originals of the documents concerned from any of the parties for comparison with the documents presented". Conf., ord. proc. 19 maggio 2004 nel caso ICC n. 13046; ord. proc. 8 ottobre 2004 in affare ICC 13225; ord. proc. 13 febbraio 2004 nel caso ICC n. 12206, tutte in Hascher, *op. cit.*

<sup>306</sup> In arg. v. Wirth, *Production of Documents and Fraud in International Arbitration*, in Moure, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 177 ss.

<sup>307</sup> Pietrowski, *Evidence*, cit., 393.

<sup>308</sup> Lo segnala anche Wirth, *Production of Documents*, cit., 180.

<sup>309</sup> Vi si prevede che "(s)auf stipulation contraire, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299. En cas d'inscription de faux incident, il est fait application de l'article 313". Prima della riforma del 2011 identico testo era contenuto nell'art. 1467 *n.c.p.c.*: v. in proposito Robert, Carbonneau, *The French Law of Arbitration*, New York, 1983, spec. p. 1, cap. 3 e paragrafo 3.02. 3-8.

In altri sistemi la questione è riservata a corti dello Stato, come si è ritenuto per l'art. 1696 c. 5 del *code judiciaire* belga<sup>310</sup>, come è previsto ad esempio nel codice di procedura civile libanese (in cui l'incidente di falso nell'arbitrato rappresenta un caso di sospensione necessaria del procedimento<sup>311</sup>) e come si direbbe invece in dubbio nell'ordinamento processuale italiano, in cui, però, l'art. 819 c. 1 c.p.c. attribuisce agli arbitri il potere di conoscere e decidere *incidenter tantum* anche di questioni che sarebbero sottratte alla loro potestà per essere i relativi diritti indisponibili<sup>312</sup>.

Altro aspetto attiene poi alla rilevabilità del vizio.

Si è ritenuto in proposito che gli arbitri dovrebbero rilevare anche d'ufficio la falsità nel caso in cui ritengano una collusione tra le due parti in frode alla legge, quando, ad esempio, queste si siano accordate per “simulare” un procedimento arbitrale per motivi di riciclaggio di denaro<sup>313</sup>; al di fuori di tali ipotesi, poi, si è sostenuto che gli arbitri potranno semplicemente ignorare la prova e concentrarsi sulle altre risultanze istruttorie<sup>314</sup>.

Quando si affermi la possibilità per il tribunale di conoscere della questione di falso, anche se solo in via incidentale<sup>315</sup>, sopravvengono poi taluni meccanismi -

---

<sup>310</sup> Sullo *standard of proof* nel caso in cui sia allegato un falso, v. Wirth, *Production of Documents*, cit., 182 e quanto già rimarcato *supra*, cap. 2, § 8.

<sup>311</sup> Vi si prevede che, insorta la questione dinanzi agli arbitri, questi dovranno prima identificare la rilevanza del documento per la decisione della lite e in caso positivo richiedere alla parte se effettivamente intenda valersene (una sorta di interpello); il procedimento arbitrale resterà poi sospeso sino alla definizione del giudizio di falso promosso presso il giudice competente (El Ahdab, A., H., El Ahdab, J., *Arbitration with the Arab Countries*, Alphen an den Rijn, 2011, spec. 406-407).

<sup>312</sup> In senso affermativo, v. da ultimo Di Meglio, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 2009, 1, 170 ss. e i rife. *ivi* citati; in arg. cfr. anche Auletta, *Lo stato presente delle «questioni incidentali» nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, *ivi*, 2005, 261 ss. e Verde, G., *Lineamenti*, cit., 130: “(p)roblemi ulteriori sorgono nel caso del disconoscimento. Abbiamo ritenuto e, per ora, continuiamo a ritenere che non sia consentito agli arbitri un giudizio di verifica di scritture private, non essendo abilitati a dare pubblica fede ai loro atti. [...] Continuando per ora, a seguire la tesi tradizionale, se gli arbitri ritengono di non poter decidere senza sapere se il documento sia o non utilizzabile, si avrà una sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 819-bis 1° comma. Tanto più in questo caso gli arbitri non possono decidere sulla querela, in quanto è prevista la partecipazione al relativo giudizio del pubblico ministero”.

<sup>313</sup> Wirth, *Production*, cit., 181.

<sup>314</sup> Cato, *Arbitration*, cit., spec. 686.

<sup>315</sup> Conclusivamente sul punto, non ignoriamo, a tale riguardo, che affermare la possibilità di *cognitio* da parte degli arbitri su di una questione di falso possa comportare l'evenienza che in un successivo giudizio dinanzi a corti statali si accerti come contraffatto il documento di cui gli arbitri abbiano precedentemente riconosciuto incidentalmente la autenticità con tutte le criticità che ne potrebbero seguire in punto di “giustizia” della decisione arbitrale: a tale avvenimento fa fronte la previsione di meccanismi di contestazione in via straordinaria dei lodi, in effetti contemplati espressamente o ammessi in via interpretativa - spesso come possibilità di impugnazione per

già contemplati dalle fonti della materia o disegnati di volta in volta in apposite ordinanze procedurali - con cui si suole prevedere che il documento la cui autenticità sia contestata venga presentato al tribunale arbitrale per la decisione sul punto entro un termine determinato.

Conseguenze dell'accertamento di una contraffazione saranno lo stralcio del documento dal fascicolo o, più semplicemente, il rigetto della domanda della parte che su quel documento abbia fondato le proprie difese.

Diverso da quello dei documenti falsi è poi il caso di documenti illegittimamente acquisiti. In un arbitrato ICC, è accaduto che si producesse in giudizio una certa relazione peritale che un impiegato della società convenuta aveva illegalmente sottratto da una *pendrive* di un dipendente della società attrice, incontrato in occasione di una riunione di lavoro. Il tribunale arbitrale ha ritenuto che, anche sulla base del diritto processuale dello Stato sede del procedimento (e in particolare, di norme imperative in contrasto ivi (non) previste), il documento non dovesse ritenersi ottenuto in maniera illecita e che esso fosse quindi ammissibile<sup>316</sup>.

A chiosa di quanto affermato, va soltanto aggiunto che, come spesso accade nei procedimenti in commento, l'ottica collaborativa mira a prevenire i problemi. Nella prassi, accade allora alle volte che il tribunale avvisi opportunamente le parti di ciò che si aspetta<sup>317</sup> e, soprattutto, accade più spesso che queste ultime, in ciò invitate dal primo, si accordino su una produzione congiunta di documenti la cui autenticità non intendono contestare<sup>318</sup>; non è un caso che questa possibilità fosse

---

nullità *sine die* e per contrasto con l'ordine pubblico - in molteplici ordinamenti statali (vuoti di tutela, nondimeno, potranno riscontrarsi laddove manchino meccanismi in tal senso: più ampi spunti in arg. in Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., spec. 162 ed in De Giovanni Di Santa Severina, Tornese, *La revocazione dei lodi internazionali*, in *Riv. arb.*, 2009, 3, 499 ss.).

<sup>316</sup> V. rife. in Wirth, *op. cit.*, 179, e 184 che segnala però l'evenienza che tali prove, se assunte in procedimenti radicati presso ordinamenti "meno aperti", potranno essere ritenute inammissibili sulla base di un presunto principio noto come "*fruit of the poisonous tree*".

<sup>317</sup> Non al punto però di arrecare loro danno, come accaduto nel caso *Arco Corporation c. Iran Aircraft Industries*, deciso con lodo parziale del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti del 18 luglio 1988, n. 377-261-2, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 1988, 19, 200 ss., in cui il tribunale aveva dapprima ordinato ad una parte di produrre in luogo di una serie di ordinativi una certificazione di un esperto che ne attestasse esistenza e contenuto e poi aveva ritenuto tale certificazione non sufficiente a provare l'esistenza degli *invoices* (cfr. in senso critico su tale condotta del tribunale la *dissenting opinion* di uno dei membri del collegio).

<sup>318</sup> Cfr. von Meheren, Salomon, 287: "(a)fter the various rounds of submissions are completed, the parties should consider submitting jointly a single set of documentary evidence whose authenticity is not disputed".

già indicata nelle “*best practises*” dell’Uncitral sull’organizzazione dei procedimenti arbitrali<sup>319</sup>.

#### 15. *Valore probatorio delle prove documentali in arbitrati internazionali.*

La prassi di arbitrati internazionali tra privati, come visto per l’efficacia dei mezzi di prova in genere, pur prescindendo dalle regole a riguardo previste nei sistemi nazionali mostra altresì di essere perfettamente consapevole della necessità di graduare il peso probatorio da attribuire ai diversi documenti a seconda della loro affidabilità<sup>320</sup>.

Muovendo dall’affermazione (soltanto di principio) per cui alla prova documentale sarebbe attribuita, in arbitrati internazionali come in processi internazionali, una valenza probatoria maggiore della prova orale<sup>321</sup>, si è così soliti distinguere tra varie categorie di documenti: *i.* documenti che rappresentino pattuizioni contrattuali tra le parti (e quelli predisposti in esecuzione di rapporti contrattuali<sup>322</sup>), la cui valutazione sarà considerata al pari di quanto previsto dalla legge sostanziale applicabile, con la precisazione che in tale ambito potrà rivestire rilievo anche corrispondenza pre-contrattuale e ciò sebbene essa non abbia alcun valore negli ordinamenti di *common law*<sup>323</sup>; *ii.* documenti preparati unilateralmente

---

<sup>319</sup> Cfr. *Uncitral Notes*, punto 53, su cui v. Ceccon, *Uncitral Notes*, cit., 74, e di cui conviene riportare il relativo passo: “(t)he parties may consider submitting jointly a single set of documentary evidence whose authenticity is not disputed. The purpose would be to avoid duplicate submissions and unnecessary discussions concerning the authenticity of documents, without prejudicing the position of the parties concerning the content of the documents. Additional documents may be inserted later if the parties agree”.

<sup>320</sup> Su questi temi v. poi De Lotbiniere McDougall, Bouchardie, *How international arbitral tribunal establish the fact of the case through documentary evidence*, in *International Business Law Journal*, 2008, 4, 509 ss.

<sup>321</sup> Per cui v. Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 186; Pietrowski, *Evidence*, cit., 301; Sandifer, *Evidence*, cit., 197. Conf. Lew, *Document Disclosure*, cit., 11 ss. e spec. 13.

<sup>322</sup> Tra cui rientrano ad esempio verbali di riunione, piani e progetti finanziari e di *marketing*, analisi strategiche, obiettivi, corrispondenza tra le parti.

<sup>323</sup> Lew, *op. cit.*, spec. 17, che rimarca che nel Regno Unito a causa della *parol evidence rule* tra i documenti contrattuali dovrebbero rientrare soltanto quelli definitivi, senza attenzione a quelli incorporanti trattative eventualmente intercorse. E per questa via, peraltro, aggiungeremmo pure che gli arbitri internazionali pur tendendo a rispettare la “sacralità” insita in un documento dotato di fede pubblica, potranno ben ritenere che il contenuto di questo sia sconfessato da altro mezzo di prova (senza l’onere, come visto, di attivare i meccanismi giudiziari all’uopo contemplati negli ordinamenti nazionali per l’accertamento del ritenuto falso), com’è accaduto ad esempio nel caso ICC citato *infra*, sub § 19.

da una parte in funzione del contenzioso in atto, per uso interno o esterno all'organizzazione societaria di essa, tra i quali occorrerà attribuire un'efficacia limitata, se non persino nulla<sup>324</sup> (non diversamente dai documenti che il tribunale abbia ritenuto essere falsi<sup>325</sup>), a quelli che rappresentino “*self-serving allegations as to what the document reflects from factual allegations and records*”<sup>326</sup>.

Ancora, *self-serving allegations* sono spesso considerati tanto i *witness statements* quanto le relazioni di periti di parte<sup>327</sup> che siano stati prodotti in giudizio ove alla produzione non abbia poi fatto seguito l'escussione del testimone o dell'esperto<sup>328</sup>. Nello specifico, sia nel primo che nel secondo caso, come si ripeterà in seguito, le Reg. IBA prevedono che le dichiarazioni debbano essere “*disregarded*”, salvo decidere di tenerle in considerazione, valutate le circostanze del caso o in prossimità di presupposti eccezionali<sup>329</sup> e rilasciando dunque agli arbitri il compito di attribuire ad esse una qualche rilevanza, dandone specifica motivazione. La soluzione, peraltro, è perfettamente in linea con precedenti arbitrali e decisioni di corti statali resi in riferimento a ipotesi in cui non si applicavano le suddette Regole<sup>330</sup>.

---

<sup>324</sup> Sulla graduazione del peso probatorio di scritti e documenti provenienti dalla parte cfr. es. nella prassi il lodo reso nel 1998 nel caso SCC n. 99 del 1997, in *Stockholm Arbitration Report*, 2000, 2, 29 ss., in cui l'arbitro ha ritenuto insufficienti per provare la mancanza di qualità di determinati prodotti le lettere inviate dallo stesso attore, che chiedeva la riduzione del prezzo pagato e lamentava tali difetti.

<sup>325</sup> Cfr. es. lodo reso nel caso ICC n. 3031 del 1977, in Jarvin, Derains, *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, cit., 335 ss. e spec. 337-338

<sup>326</sup> In proposito, v. Lew, *Documents Disclosure*, cit., 18 e conf. Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections*, cit., 217.

<sup>327</sup> E su cui v. anche *infra*, cap. 6 e § 32.1.

<sup>328</sup> In arg. v. es. ord. proc. 16 dicembre 2003 nell'affare ICC n. 12575, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>329</sup> Così dispongono rispettivamente gli artt. 5 c. 4 e 7 Reg. IBA (su cui v. Oetiker, *Witnesses before the International Arbitral Tribunal*, in *ASA Bulletin*, 2007, 25, 2, 253 ss. e spec. 255).

<sup>330</sup> Cfr. Tribunale federale svizzero, 19 febbraio 2009, n. 4A\_539/2008, *X SpA en liquidation c. Y B. V, Mme. e MM.*, in *ASA Bulletin*, 2009, 27, 4, 801 ss., in cui la Corte elvetica ha rigettato l'impugnazione promossa ritenendo che l'arbitro unico non avesse violato il contraddittorio non prendendo in considerazione i *witness statements* di soggetti dei quali aveva rifiutato l'audizione. Nella specie (arbitrato ICC), le parti avevano concordato l'applicazione di 15 regole di procedura, perlopiù relative alla conduzione dell'istruttoria e tra queste figurava la seguente: “(w)here a witness should ultimately not be able to attend even for a valid reason, the Arbitral Tribunal shall in principle not be entitled to consider his written statements, except if extraordinary circumstances so warrant. In such event the Arbitral Tribunal shall hear the parties and decide by taking, however, into account all relevant circumstances, including the parties' legitimate interests”.

Infine, anche la testimonianza scritta propriamente detta, cui generalmente si fa ricorso in arbitrati internazionali<sup>331</sup>, è a rigore un documento: la sua efficacia, come è normale che sia in qualsiasi processo<sup>332</sup>, sarà inferiore rispetto a quella da riconoscersi alla deposizione del testimone in forma orale, stante l'impossibilità di verificarne la credibilità durante l'interrogatorio<sup>333</sup>.

#### 16. Esibizione documentale. Rinvio.

Con riferimento al tema della prova documentale in arbitrati internazionali, resta soltanto da trattare della produzione di questa e del sistema di esibizione documentale ivi accolto.

Posto che dei profili dinamici si tratterà in maggior dettaglio nel prosieguo<sup>334</sup>, ci si può limitare in questa sede a riportare che l'aspetto è senza dubbio tra i più dibattuti e la letteratura in proposito vastissima<sup>335</sup> anche e soprattutto per le diverse aspettative dei giuristi di diversa formazione coinvolti nei procedimenti<sup>336</sup>.

Ancora in tempi relativamente recenti si era evidenziato come le fonti della materia non avallassero esplicitamente alcuna procedura di *discovery*<sup>337</sup> e ciò può

---

<sup>331</sup> Ma v. quanto si dirà nel cap. 6, spec. § 32.1.

<sup>332</sup> V. in proposito, con riferimento all'art. 816-ter c.p.c., Verde, G., *Lineamenti*, cit., 128.

<sup>333</sup> Lo rammenta anche Wolfrum, con riferimento a processi dinanzi a corti internazionali, *International Courts and Tribunals, Evidence*, in, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, versione on-line, spec. § 31.

<sup>334</sup> Cap. 6, § 31.1.

<sup>335</sup> Si vedano sin d'ora, ad esempio, i contributi contenuti in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006 e tra questi in particolare Veeder, V. V., *Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice*, 57 ss.; Hamilton, *Document Production in ICC Arbitration*, 63 ss.; Derains, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint*, 83 ss.; Smit, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A North American Viewpoint*, 93 ss.; Hanotiau, *Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practises'*, 113 ss. Adde, con ampi riferimenti alla prassi di processi internazionali, O'Malley, *The procedural rules governing the production of documentary evidence in international arbitration - as applied in practice*, in *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, 1, 27 ss.

<sup>336</sup> Come rammentato anche da Mourre, *Differenze e convergenze*, cit. 187, vi è una maggior aspettativa per giuristi di formazione anglosassone per un'ampia *discovery*, mentre avvocati di tradizione continentale tendono a difendere il proprio diritto di tenere per sé documenti che non ritengano conveniente produrre (per il principio *nemo tenetur edere contra se*).

<sup>337</sup> Ricci, *La prova nell'arbitrato internazionale*, § 3.

valere tuttora, ma con i dovuti temperamenti - necessari alla luce delle ultime modifiche alle Reg. IBA apportate nel 2010.

È senz'altro vero che i regolamenti arbitrali sono stati sempre abbastanza univoci nel limitarsi a prevedere il potere degli arbitri di ordinare la produzione di documenti ritenuti necessari per la decisione<sup>338</sup> (e da sempre di tale potere è stata affermata la natura inquisitoria, desumendone l'impossibilità per le parti di opporvisi<sup>339</sup>). Questo potere, inoltre, già in uso in processi dinanzi a corti internazionali<sup>340</sup>, trova a tutt'oggi conferma anche in un gran numero di ordinamenti nazionali<sup>341</sup>.

Correlativamente, si è sempre riconosciuta la facoltà per la parte di fare richiesta al tribunale perché esercitasse il suddetto potere<sup>342</sup>, laddove non vi è mai stato invece, come è in ordinamenti di *common law*, il riconoscimento di un diritto ad una automatica *disclosure* di documenti e altre informazioni intesa come “*the process of learning about facts not yet known*” o, più correttamente, come diritto all'accesso “*to information and [...]most often [...]to the files of the adversary*”<sup>343</sup>.

Per applicare veri e propri procedimenti di *discovery* si è ritenuta necessaria un'espressa volontà delle parti<sup>344</sup> e ciò anche quando gli arbitrati fossero radicati presso ordinamenti che conoscono simili procedure<sup>345</sup>; soltanto in rari casi la

---

<sup>338</sup> V. es. art. 20 c. 5 Reg. AAA; art. 24 Reg. ICSID; art. 27 Reg. Uncitral; art. 28 Reg. NAI; art. 26 Reg. SCC. Come rammentato da Jarvin, *Elements*, cit., spec. 40, nelle Reg. ICC del 1975 non vi era una previsione espressa del potere degli arbitri di ordinare la produzione di documenti, ma esso era stato da sempre ritenuto implicitamente desumibile (*inherent*), finché con le Reg. del 1998, lo si è introdotto esplicitamente.

<sup>339</sup> Carlevaris, *Commento*, cit., 372-373.

<sup>340</sup> V. rife., in ambito *WTO* o alla prassi del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, in Marossi, *The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, 4, 511 ss.

<sup>341</sup> V. es. art. 387 del codice di procedura civile argentino; art. 1039 c. 4 *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* olandese; art. 593 del codice di procedura civile austriaco; art. 14 c. 1 della legge sull'arbitrato sudafricana; art. 1191 del codice di procedura civile polacco e ulteriori riferimenti in *Document production: summary of jurisdictions*, in *Practical Law Company - Arbitration*, 2008.

<sup>342</sup> Così Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCI*, cit., 143.

<sup>343</sup> Kurkela, *Due process*, cit., 137-138.

<sup>344</sup> Cato, *Arbitration*, cit., spec. 693; conf. Capper, *International Arbitration*, cit., 102; Brower, Sharpe, *Determining the extent of discovery and dealing with requests for discovery: perspectives from the common law*, in Newman, Hill, *The Leading Arbitrators*, cit., cap. 14; Griffin, *Recent Trends in the Conduct of International Arbitration. Discovery Procedures and Witness Hearing*, in *Journal of International Arbitration*, 2000, 17, 2, 19 ss. e spec. 20.

<sup>345</sup> V. es. nel sistema canadese, la decisione della Alberta Court of Appeal, 12 agosto 2005, in Jarvin, Magnusson, *International Arbitration*, cit., 24 ss. Per la medesima affermazione in dottrina v. già, con riguardo all'ordinamento inglese, Hunter, *The Procedural Powers*, cit., spec. 349 e Marriott,

giurisprudenza ha ammesso l'assistenza giudiziaria per permettere la cd. *pre-action discovery* e i *pre-action interrogatories* in ausilio di procedimenti arbitrari<sup>346</sup>.

Della volontà di recepire più articolati meccanismi di vera e propria *discovery* si è discusso ampiamente<sup>347</sup> ed essendo prevalsa - anche tra giuristi di *common law*<sup>348</sup> - la volontà di non riprodurre le tecniche in uso negli ordinamenti nazionali per evitare il rischio di una "americanizzazione" dei procedimenti<sup>349</sup>, si è dapprima affermata la necessità di affrontare tali questioni su di una "*case-by-case basis*"<sup>350</sup> e sono state poi proposte le prime basilari linee guida per una più compiuta regolamentazione di procedimenti *ad hoc*<sup>351</sup>.

L'osservazione della prassi<sup>352</sup> ha infine permesso il graduale sviluppo di procedimenti non riproducibili né del modello di *discovery* statunitense né della più limitata *disclosure* anglosassone<sup>353</sup>, ma che rappresentano un modello unico da

---

*Evidence*, cit., 283-284 ("(i)t is sometimes forgotten by English lawyers that discovery of documents is not automatically required even in domestic arbitration conducted in England").

<sup>346</sup> In tal senso si è espressa la Corte d'Appello di Singapore, con una sentenza resa nel 2009 nel caso *Navigator Investment Services Ltd. c. Acclaim Insurance Brokers Pte Ltd.*, in cui si è affermata la possibilità per le parti di ricorrere a tali richieste in ausilio di un arbitrato internazionale: vedila con commenti in Mathew, Tan, *The Use of Pre-action Discovery to Aid Arbitration? A Practitioner's Perspective*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2010, 6, 2, 186 ss.

<sup>347</sup> In arg., v. es. King, Bosman, *Rethinking Discovery in International Arbitration: Beyond the Common Law/Civil Law Divide*, in *ICC Bulletin*, 2001, 12, 1, 24 ss.; Bernini, *The civil law approach to discovery: a comparative overview of the taking of evidence in the Anglo-american and continental arbitration systems*, in Newman, Hill, *The Leading Arbitrators*, cit., cap. 13.

<sup>348</sup> Cfr. es. Marriott, *Evidence*, cit., 283: "(c)ommon lawyers in this country and in the United States have developed sophisticated, time-consuming and very expensive systems of discovery of documents. There are highly intricate rules and layer upon layer of precedent to be followed in their application".

<sup>349</sup> Per tale affermazione v. Scherer, *The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 195 ss. Conf. McDougall, Bouchardie, *How international arbitral tribunals establish the facts of the case through documentary evidence*, in *International Business Law Journal*, 2008, 509 ss. e spec. 510-512; Lionnet, *Once Again: Is Discovery of Documents Appropriate in International Arbitration*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 491 ss.; Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 187. Per una disamina della disciplina in uso nel sistema statunitense e della sua "recepibilità" in arbitrati internazionali v. anche Brower, *Discovery and Production of Evidence in the United States: theory and practice*, in *L'administration de la preuve*, cit., 9 ss.

<sup>350</sup> In tal senso, Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 144.

<sup>351</sup> V. il Protocollo redatto nel 2009 dall'*International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, in tema di "*Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration*".

<sup>352</sup> Per cui v. ord. proc. in caso ICC n. 5542 del 1993, in Hascher, *Collection*, cit., 62 ss.; ord. proc. 21 giugno 2004 nel caso ICC n. 12296, ord. proc. 8 ottobre 2004 in affare ICC n. 13225, ord. proc. 31 luglio 2003 nel caso ICC n. 12279, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>353</sup> Gaillard, *Legal Theory*, cit.: "(a) striking example of this is the increasing acceptance, over the last few years, by arbitrators sitting in civil law countries of the possibility of ordering the production of documents relevant for the resolution of the dispute following a procedure that can no longer be considered as pure US-style discovery but that, at the same time, often does not even exist in domestic court procedure in the country of the seat". Conf., tra i tanti, Dondi, *Discovery Management in Non-judicial proceedings - The Case of International*



ultimo recepito nelle Reg. IBA, significativamente ritoccate sul punto con le modifiche apportate nel 2010, e di cui si dirà più ampiamente a tempo debito.

---

*Arbitration*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 1, 33 ss.; Caldwell, *Do Arbitration Rules Give Tribunals Too Much Freedom to Conduct International Arbitration as They Think Fit?*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 77 ss. e spec. 80 ss.; Patocchi, Meakin, *Procedure and the taking of evidence*, cit., 891 e Kurkela, *Due process*, cit., 138 e nt. 40.

Sulla distinzione tra il sistema anglosassone e quello statunitense v. Hazard, *From Whom No Secrets are Hid*, cit., spec. § 4 e 5 e Sutton, *Discovery and Production of Evidence in Arbitral Proceeding. The US and England distinguished*, in *L'administration de la preuve*, cit., 59 ss. e per l'affermazione della rilevanza di una certa convergenza in materia tra differenti sistemi processuali v. già Trocker, *On the convergence of procedural systems: are European discovering U.S. discovery?*, in Aa.Vv., *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, 2009, 1433 ss.

## Capitolo Quarto

### PROVA PER TESTIMONI, CONFESSIONE, GIURAMENTO

SOMMARIO: 17. L'oralità negli arbitrati commerciali internazionali. - 18. Accoglimento di una nozione di testimone "in senso lato". Ammissibilità della testimonianza di parte. - 18.1 Cenni alla conseguente limitata rilevanza, nei procedimenti arbitrali internazionali, dell'istituto della confessione. - 19. Limiti di ammissibilità della prova testimoniale, in genere. - 20. Prova per testimoni e formazione del convincimento degli arbitri. - 21. Assunzione della testimonianza. Rinvio. Cenni all'irrilevanza delle diverse forme di giuramento negli arbitrati internazionali.

#### 17. *L'oralità negli arbitrati commerciali internazionali.*

Come si è avuto modo di anticipare nelle pagine che precedono, malgrado la dichiarata propensione per arbitrati meramente documentali, la prova orale finisce nei fatti per rivestire rilievo primario in arbitrati internazionali tra privati. Nonostante si riconosca da più parti come sia preferibile in astratto che un arbitrato, per motivi di compressione di costi e tempi, si svolga ove possibile sulla sola base dei documenti disponibili<sup>354</sup>, il ricorso a tale mezzo (e, come si vedrà, alla consulenza tecnica) è assai notevole nella prassi ed anzi è spesso proprio l'escussione dei testimoni a rappresentare la fase determinante dei giudizi<sup>355</sup>.

La prova per testimoni è presa in considerazione in termini generali nelle diverse fonti della materia<sup>356</sup>, le quali dimostrano l'importante ruolo attribuito all'oralità nei procedimenti in commento.

---

<sup>354</sup> V. *retro*, cap. 3, § 12.

<sup>355</sup> Cfr. Pietrowski, *Evidence*, cit., 394 anche sui riff. circa i processi dinanzi alle corti internazionali in cui, si riporta, per lungo tempo si è fatto un uso limitato della prova per testimoni; così v. anche Oetiker, *Witnesses*, cit., 253-254 e Derains, Schwartz, *A Guide*, cit., spec. 283.

<sup>356</sup> In genere, sulla prova per testimoni in arbitrati internazionali si vedano sin d'ora i contributi raccolti nel recente volume a cura di Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr., *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010, *passim*; cui *adde* Bühler, Dorgan, *Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration - Novel or Tested Standards?*, in *Journal of International Arbitration*, 2000, 17, 1, 3 ss. Sia consentito inoltre rinviare anche a Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., *passim*.

Il testo dell'art. 25 c. 2 Reg. ICC, come riformato nel 2011, prevede che, dopo lo scambio delle memorie scritte, il tribunale arbitrale *debba* ascoltare le parti se una di queste ne faccia richiesta (oppure, in assenza di richiesta, ogni qual volta lo ritenga necessario)<sup>357</sup>. Il sesto comma del medesimo articolo prevede poi che gli arbitri non possano decidere la causa esclusivamente su base documentale in ogni caso in cui una parte richieda lo svolgimento di un'udienza<sup>358</sup>.

Tali disposizioni vanno analizzate congiuntamente a quella del c. 3<sup>359</sup> dello stesso articolo, in cui si afferma che è sempre il tribunale a *poter* decidere di ascoltare testimoni: ne deriva che in arbitrati ICC le parti devono essere sentite se lo richiedono (ne hanno il diritto), ma “*non è loro garantito il diritto di presentare prove orali durante le udienze*”<sup>360</sup>. Questa lettura, peraltro, è da tempo corroborata dalla prassi arbitrale, in quanto le disposizioni richiamate erano già presenti nel testo del Reg. ICC tanto nella versione risalente al 1955, tanto in quella del 1975, tanto nell'art. 20 della versione del 1998, rimasto sostanzialmente immutato dopo l'ultima riforma del 2011<sup>361</sup>.

Similmente, il Reg. LCIA, all'art. 19 c. 1<sup>362</sup>, prevede che ciascuna parte abbia il diritto di essere ascoltata oralmente in udienza davanti al tribunale arbitrale, con eccezione dell'ipotesi in cui le parti stesse abbiano convenuto per iscritto di optare per un arbitrato documentale; all'art. 20, c. 4<sup>363</sup>, si ammette il diritto di ciascuna parte di ottenere il contro-interrogatorio in udienza di soggetti sulla cui testimonianza la controparte abbia fondato proprie argomentazioni. Sulla stessa linea, l'art. 8, c. 5 Reg. IBA assicura espressamente che alle parti, su richiesta, sia

---

<sup>357</sup> Cfr. art. 25 c. 2 Reg. ICC: “(a)fter studying the written submissions of the parties and all documents relied upon, the arbitral tribunal shall hear the parties together in person if any of them so requests or, failing such a request, it may of its own motion decide to hear them”.

<sup>358</sup> Cfr. art. 25 c. 6 Reg. ICC: “(t)he arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing”.

<sup>359</sup> Cfr. art. 25 c. 3 Reg. ICC: “(t)he arbitral tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned”.

<sup>360</sup>Cfr. Carlevaris, *Commento*, cit., 375.

<sup>361</sup> Come rammentano Derains, Schwartz, *loc. cit.*

<sup>362</sup> Cfr. art. 19 Reg. LCIA (“Hearings”): “(a)ny party which expresses a desire to that effect has the right to be heard orally before the Arbitral Tribunal on the merits of the dispute, unless the parties have agreed in writing on documents-only arbitration [...]”.

<sup>363</sup> V. art. 20 c. 4 (“Witnesses”): “(s)ubject to Article 14.1 and 14.2, any party may request that a witness, on whose testimony another party seeks to rely, should attend for oral questioning at a hearing before the Arbitral Tribunal [...]”. Per l'importanza di tale disposizione nel sistema *adversarial*, cui si ispira il Reg. LCIA, v. Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 131.

sempre garantito il diritto di interrogare i testimoni in udienza (“*any witness called and questioned by the Arbitral Tribunal may also be questioned by the Parties*”).

Di interesse risulta anche la lettura del già menzionato art. 24 L. Modello (“*Hearings and Written Proceedings*”), in cui si prevede che sia rimessa al tribunale (salvo contrario accordo delle parti) la decisione di svolgere un'udienza orale per l'assunzione dei mezzi istruttori. Si precisa, poi, che ove una parte richieda lo svolgimento di un'udienza, il tribunale debba disporla, con la sola eccezione del caso in cui le parti abbiano precedentemente concordato di svolgere un arbitrato meramente su documenti.

Dalle indicazioni derivanti dai richiamati regolamenti di arbitrato e modelli di disciplina sembrerebbero ricavarsi, oltre all'esistenza di un diritto delle parti ad ottenere il contro-interrogatorio di testimoni (ossia, più in genere, di ottenere la prova contraria), l'esistenza di un diritto di queste ad essere sentite oralmente dal tribunale o a che questo fissi un'udienza, ogni qualvolta lo ritengano necessario. Di tale diritto, che pone l'oralità in primissimo piano negli arbitrati internazionali, sembra trovarsi conferma, ad esempio, nell'art. 24 dell'*Arbitration Act* svedese, in cui si legge che “(w)here a party so requests, and provided that the parties have not otherwise agreed, an oral hearing shall be held prior to the determination of an issue referred to the arbitrators for resolution”.

A ben vedere, tuttavia, tale diritto degrada a mera facoltà guardando a disposizioni espresse in alcuni ordinamenti statali<sup>364</sup> e, soprattutto, alla ricordata giurisprudenza delle corti in sede di controllo dei lodi la quale, fornendo applicazioni restrittive dei principi del contraddittorio e della parità delle armi, da un lato ritiene che la violazione (*i.e.* la mancata fissazione dell'udienza, ove richiesto) per poter rilevare debba essere stata già eccepita in corso di arbitrato<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> V. es. art. 10 *Federal Arbitration Act* statunitense, in cui si considera tra i motivi di annullamento del lodo il caso in cui “*the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy*”.

<sup>365</sup> V. in tal senso, Oberlandesgericht Naumburg, 21 febbraio 2002, 10 Sch 8/01, in cui la corte tedesca ha rigettato una domanda di impugnazione per nullità con cui il soggetto precedentemente convenuto in arbitrato lamentava che nel corso del procedimento il tribunale arbitrale avesse ingiustamente rigettato la richiesta avanzata dalla controparte di tenere un'udienza orale, ritenendo invece di decidere sulla sola base dei documenti in atti. La corte ha respinto l'impugnazione ritenendo che, non avendo il convenuto sollevato alcuna obiezione al tempo in pendenza d'arbitrato, non potesse più dolersene in sede di impugnazione. Resta innegabile, a nostro parere, che gli arbitri - soprattutto ove manchi un accordo delle parti che miri ad escludere la prova orale - siano tenuti a motivare approfonditamente il rigetto di una simile richiesta.

e, dall'altro, conferma che, in ogni caso, gli arbitri possano sempre debitamente motivando rifiutare l'audizione dei testimoni e delle parti stesse se, ad esempio, tali richieste si appalesino come dilatorie o pretestuose: il che, più semplicemente, equivale a ribadire quanto già diffusamente anticipato<sup>366</sup> e ossia che, ferma restando la citata facoltà delle parti, è nell'esclusivo sindacato del tribunale il giudizio di rilevanza e ammissibilità dei mezzi di prova, rispetto al quale questo sarà tenuto soltanto a fornire adeguata motivazione<sup>367</sup>.

18. *Accoglimento di una nozione di testimone "in senso lato". Ammissibilità della testimonianza di parte.*

La più volte menzionata libertà di forme nella disciplina dei procedimenti trova riscontro nella nozione di testimone comunemente accolta negli arbitrati internazionali: si fa spazio, cioè, ad una nozione alquanto ampia e che, come si vedrà, rappresenta il compromesso raggiunto in una sorta di minimo comun denominatore tra le differenti tradizioni processuali messe a confronto nelle procedure in discorso<sup>368</sup>.

Va in primo luogo premesso che tale ampia nozione si colloca su di un piano meramente definitorio e a-tecnico e ciò in quanto, il più delle volte, attribuire a taluno la qualifica di testimone non determina gli stessi effetti che determinerebbe in un dato ordinamento processuale.

È stato evidenziato che negli arbitrati commerciali la nozione di testimone sarebbe una nozione "funzionale" e che non ne esisterebbe una in termini assoluti perché manca un'articolazione normativa uniformemente accolta nella prassi internazionale<sup>369</sup>. Ciò, in realtà, è stato vero soltanto per un tempo, in cui si era maggiormente legati alle concezioni proprie dei singoli sistemi processuali nazionali.

---

<sup>366</sup> E su cui v. in maggior dettaglio *infra*, cap. 6, § 27.

<sup>367</sup> V. i rife. citati al capitolo I, spec. par. 4.1.1. Cfr. pure, nello stesso senso, le decisioni del TAS, risp. 16 marzo 2010 e 15 aprile 2010, ambedue in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 3.

<sup>368</sup> E su cui v., per tutti, Chiarloni, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 2, 382 ss.

<sup>369</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 190 ss.

In passato, difatti, i regolamenti arbitrali evitavano di fornire una definizione di chi potesse essere testimone<sup>370</sup> e in dottrina si negava astrattamente ogni possibile estensione di tale qualifica oltre il suo normale significato di terzo estraneo al procedimento<sup>371</sup>.

La difficoltà di enucleare un'autonoma nozione era enfatizzata in particolare dalla naturale tendenza, di arbitri di una certa formazione e provenienza, ad applicare o richiamare proprie categorie giuridiche e classificazioni circa lo *status* dei soggetti da ascoltare. Così, ad esempio, nella prassi si è talora fatto riferimento alla figura francese del “*sachant*”, ossia di soggetto, diverso dai testimoni, che può essere ascoltato poiché informato sui fatti (dal consulente tecnico o nel contraddittorio tra le parti: cfr. art. 242 *n.c.p.c.*)<sup>372</sup>.

Tuttavia, parallelamente all'affermarsi del distacco dell'arbitrato dalla legge processuale dello Stato sede<sup>373</sup> e muovendo pure dalla constatazione che in pratica i soggetti chiamati a deporre davanti al tribunale sono spesso dipendenti delle parti ovvero si trovano sotto il controllo di queste<sup>374</sup>, nella prassi è stato possibile riscontrare tentativi di enunciare una nozione in termini assoluti, caratterizzati dall'intento di voler essere, gradatamente, quanto più onnicomprensivi possibile.

In particolare, è venuto assumendo lo *status* di testimone dapprima il consulente tecnico<sup>375</sup>, poi chiunque fosse altri rispetto alla parte o al suo rappresentante legale

---

<sup>370</sup> Così, ad esempio, come ricorda Carlevaris, *Commento*, cit., 375 ss., non era presente alcuna nozione nelle versioni del 1975 e del 1988 del Reg. ICC.

<sup>371</sup> V. es. Aa.Vv., Sanders (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in International Arbitration*, Deventer, Norwell, 1986, spec. 97 ss., in cui diversi aa. puntualizzano che il diverso *status* della parte comporterebbe l'impossibilità di includerla nella nozione di testimone.

<sup>372</sup> V. le decisioni, ambedue inedite, rese negli affari ICC, 6657 e 7867, in Hascher, *Collection*, cit., spec. 102 ss., in cui i collegi arbitrali avevano ascoltato in qualità di *sachant*, rispettivamente un dipendente della parte convenuta ed i consulenti legali delle parti che avevano assistito le stesse nella conclusione del contratto di cui si controverteva nell'arbitrato. Secondo l'a., però, tanto la figura del *sachant*, quanto quella assimilabile del “*sachverstaendige Zeuge*” (per cui v. *infra*, cap. 5, § 22) afferirebbero più alla distinzione tra parte ed esperto che non a quella tra parte e testimone.

<sup>373</sup> Per cui v. *retro*, spec. cap. 1, §§ 2.3 e 3.

<sup>374</sup> Così, Pietrowski, *Evidence*, cit., 403.

<sup>375</sup> V. così il commento dell'a. all'ord., 21 novembre 1989, in caso ICC 5082/1995, in Hascher, *le. ult. cit.* e quanto si dirà *amplius*, in tema di consulenza tecnica, cap. 5.

ma a questi “legato”<sup>376</sup> per arrivare ad ammettere, infine, la testimonianza delle stesse parti in arbitrato<sup>377</sup>.

Si è finito, in altri termini, per qualificare come testimone *chiunque* dovesse essere sentito dal tribunale arbitrale.

La nozione di testimone nell’arbitrato internazionale è divenuta più estesa di quanto essa non sia nei singoli ordinamenti nazionali sino a ricomprendere, oltre ai terzi estranei rispetto al rapporto controverso, anche coloro i quali siano legati alle parti in arbitrato o, persino, le parti stesse<sup>378</sup>. Risulta in altri termini non (più) vera nel settore in analisi l’affermazione per cui la testimonianza potrebbe essere tale solo se resa dal terzo estraneo alla lite e non dalla parte<sup>379</sup>, ed è al contrario stata accolta una concezione di testimonianza in senso lato, valorizzando l’assimilazione del testimone dei diversi possibili soggetti dal punto di vista oggettivo, ossia del contenuto della dichiarazione<sup>380</sup>.

Questo dato, originato dalla prassi arbitrale, è stato poi recepito espressamente dalle fonti esistenti in materia.

---

<sup>376</sup> Cfr. la decisione resa in procedimento ICC condotto da un unico arbitro (di nazionalità tedesca) in data 30 ottobre 1992 nel caso 7319/1994, in cui è stato ammesso come testimone un dipendente di una delle parti (in Hascher, *op. ult. cit.*, 96 ss.).

<sup>377</sup> Cfr. ord., 12 maggio 2004, nell’affare ICC 12990/2004, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., nel cui testo si legge che “(a)ny person may present evidence as a witness, including a party or a party’s officer, employee or other representative”. Conf., v. pure ord. 8 ottobre 2004 nel caso ICC 13225, *ibidem*, in cui si legge che “(a)nybody, including the Parties and their representatives, may be a witness?” e ord. 20 settembre 2004, in affare ICC 13054, *ibidem*: “(a)ny individual, including parties and their representatives, may be a witness?”.

<sup>378</sup> V. Carlevaris, *Commento*, cit., 378; Oetiker, *Witnesses*, cit., 253.

<sup>379</sup> Condivisa nei sistemi di diritto continentale, quali, ad es., la Francia, la Svizzera e l’Italia. Con riferimento al processo civile italiano, in arg. v. per tutti Sassani, *Lineamenti*, cit., 235; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2007, 125 ss.; Comoglio, *Le prove*, cit., spec. 578 ss.; Panzarola voce *Prova testimoniale*. *Dir. proc. civ.*, *Enc. giur. Treccani*, Roma 2008.

Sulla testimonianza della parte e sull’affermazione dell’opportunità di ammissione di questa, v. per tutti Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, Milano, 1962, *passim*. In giurisprudenza, circa i limiti soggettivi all’ammissibilità della prova testimoniale, v. di recente Corte. cost., ord. 4 maggio 2009, n. 143, in *Riv. dir. proc.*, II, 2010, 429 ss., con nota di Dittrich, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l’incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle “potenziali”*, in cui la Consulta ha ribadito che l’incompatibilità della parte con l’ufficio di testimone discende dal sistema processuale complessivamente considerato che, com’è noto, consente a queste di essere sentite nel processo soltanto mediante mezzi specifici e ben diversi dalla testimonianza.

<sup>380</sup> Nozione in senso lato già accolta, peraltro, da Carnelutti, *La prova civile*, (rist.), Milano 1992, spec. 112 ss.

Così, l'art. 4 c. 2 Reg. IBA fa riferimento ad "*any person [...] including a party or a party's officer, employee, or other representative*"<sup>381</sup>.

L'art. 27, c. 2 Reg. Uncitral si riferisce ad "*any individual, notwithstanding that the individual is a party to the arbitration or in any way related to a party*" e non è privo di rilievo rammentare che, nello stesso regolamento, si era anche di recente proposto di inserire una nozione di testimone che includesse (ancor più) espressamente le parti in arbitrato<sup>382</sup>.

In guisa ancor più generica, l'art. 20 c. 7 Reg. LCIA sancisce espressamente la parificazione entro la categoria del testimone di "*any individual intending to testify*", prescindendo dalla sua qualità di parte, o di suo funzionario, dipendente o azionista e l'art. 25, c. 2 del Regolamento della Camera Arbitrale svizzera fa riferimento, semplicemente, a *any person*.

Il già menzionato art. 25 c. 3 Reg. ICC parla di "*witnesses [...] or any other person*" e si è detto che grazie a tale dizione si ammetterebbe la testimonianza di soggetti quali i dipendenti o rappresentanti della parte<sup>383</sup>. Come ricordato di sopra, poi, l'art. 25 c. 2 prevede pure l'udienza di comparizione personale delle parti (e il diritto di queste a richiederla e ottenerla): stando a un'interpretazione strettamente letterale delle citate disposizioni, sembrerebbe pertanto desumersi la diversa considerazione che il Regolamento della Camera di Commercio Internazionale dedica, da un lato, all'escussione delle parti (che, peraltro, è per le stesse un diritto) e, dall'altro, a quella dei testimoni in senso stretto o di "altri soggetti" (che, invece, è una mera facoltà). La differenza, tuttavia, non trova riscontro nella prassi degli arbitrati ICC che, per converso, pare propendere - come già accennato - per l'inclusione di chiunque, parti incluse, nella categoria di testimone.

---

<sup>381</sup> V. anche, espressamente in tal senso, quanto era già spiegato a corredo delle norme analizzate, rimaste sostanzialmente invariate con la modifica del 2010, nel *Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, spec. 26.

<sup>382</sup> Le proposte formulate nel rapporto redatto da Paulsson e Petrochilos (*Revision of the Uncitral Arbitration Rules: a report*, Wien, 2006, spec. 103 ss.) e loro commissionato dalla stessa Commissione delle Nazioni Unite, comprendevano infatti pure quella di inserire nel nuovo testo dell'art. 25, sull'esperienza delle Reg. IBA, una nozione di testimone che includesse anche le parti e i loro rappresentanti o dipendenti, non solo per le differenti tradizioni giuridiche esistenti tra Stati diversi, ma perché la questione si era rilevata problematica nella giurisprudenza del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti e in questo ambito era stata risolta proprio ammettendo espressamente la testimonianza delle parti.

<sup>383</sup> Così, *ex multis*, Carlevaris, *Commento*, cit., 376.



L'ampia e a-tecnica nozione di testimone finora descritta, inoltre, è stata progressivamente confermata nei singoli ordinamenti nazionali e, in particolare, è stata accolta e recepita dalle corti che, in sede di controllo dei lodi, si son venute scontrando con la prassi.

A questo riguardo, appare indicativa l'evoluzione registratasi nella giurisprudenza e, più in genere, nell'ordinamento francese, dove la progressione spiegata è stata possibile anche e soprattutto per l'impulso promanato da iniziative di associazioni forensi, che hanno avuto ad oggetto l'assunto di maggior portata, ossia quello dell'inclusione delle parti entro la categoria dei testimoni.

L'*Ordre des Avocats de Paris* ha diffuso nel 2008 un rapporto relativo alla preparazione dei testimoni negli arbitrati internazionali<sup>384</sup> in cui, oltre a stabilire utilissimi criteri in argomento, si è anche precisato come la ricordata ampia nozione di testimone fosse già al tempo universalmente accettata nel quadro internazionale. In scia a tale suggerimento, la Corte d'Appello di Parigi, che era partita dal negare *tout court* l'ammissibilità in quanto tale della testimonianza della parte e di suoi rappresentanti<sup>385</sup>, è recentemente giunta a constatare la diversa e più larga nozione di testimone generalmente accolta nell'arbitrato internazionale<sup>386</sup>, rovesciando la sua precedente posizione.

Descritta tale evoluzione, deve ripetersi, in ultimo, che il motivo per cui nell'arbitrato internazionale la parte può testimoniare è legato al fatto che, in tale ambito, la fase di valutazione della prove, come si è già avuto modo di vedere, assume rilevanza centrale.

---

<sup>384</sup> Rapporto intitolato a “*Le témoin dans l'arbitrage international: préparation et production*”, apparso in *Le Bulletin du Barreau de Paris*, IX, 4 marzo 2008, 49 ss., di cui si dirà nuovamente *infra*, cap. 6, § 32.3.

<sup>385</sup> V. Corte d'Appello di Parigi, *République arabe d'Égypte c. Southern Pacific Properties (Middle East)*, in *Revue de l'Arbitrage*, 1986, 75 ss., in cui la corte francese aveva annullato un lodo ICC sull'assunto che esso fosse stato erroneamente pronunciato basandosi sulla testimonianza resa da un rappresentante della parte che, a detta della corte, sarebbe potuto essere al più un semplice *sachant* (v. *supra*).

<sup>386</sup> Così la recente sentenza della stessa Corte d'Appello di Parigi, 17 dicembre 2009, nell'aggiornamento quotidiano della rivista telematica *Global Arbitration Review*, 12 febbraio 2010, in cui la corte ha rigettato la domanda di annullamento di un lodo emesso a seguito di arbitrato ICC con sede in Francia, proposta sulla scorta del motivo che il caso era stato deciso in base alla testimonianza resa da alcuni rappresentanti della società parte del giudizio. La Corte d'Appello si è limitata a richiamare l'art. 1494 *n.c.p.c.* (leggi art. 1509, dal 1° maggio 2011), rammentando che - in base a tale norma - le regole di procedura applicabili all'arbitrato devono essere decise dalle parti nella convenzione arbitrale e che, in mancanza, esse vengono definite dagli arbitri, senza che questi siano in alcun modo vincolati dalle regole di un determinato ordinamento statale.

18.1 Cenni alla conseguente limitata rilevanza, nei procedimenti arbitrari internazionali, dell'istituto della confessione.

Essendo già stata a suo tempo negata l'esistenza di un sistema di prova "legale" negli arbitrati internazionali tra privati (e accennato al carattere apparentemente non inderogabile delle norme che detto sistema compongono) e una volta riconosciuto che le parti in questa sede sono normalmente ammesse a testimoniare<sup>387</sup>, verrebbe da concludere che non vi sia spazio per una loro confessione nel corso di questi procedimenti (salvo che le parti non si siano espressamente accordate in tal senso)<sup>388</sup>.

Ad onor del vero, inoltre, va segnalato che nelle varie fonti della materia non v'è alcuna menzione dell'istituto, come non ve n'è, da sempre, nella disciplina prevista per altri processi dinanzi a corti internazionali ("*confession or admission of facts is not explicitly referred to in the provisions on evidence of the ICJ and the ITLOS*")<sup>389</sup>.

Piacca o meno tale scelta, si è anche visto, poi, che la prassi arbitrale non omette di differenziare il peso da attribuire al materiale probatorio presentato dalle parti ed in ciò facendo, non manca di considerare il valore rafforzato che, a determinati mezzi, attribuiscono gli ordinamenti processuali nazionali.

---

<sup>387</sup> Previsione peculiare (e riproduttiva di ordinamenti processuali di tipo continentale) è quella contenuta nell'art. 33 Reg. NAI (su cui v. van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit., 155-157), in cui si prevede la possibilità del tribunale di ordinare in qualsiasi fase del procedimento la comparizione personale delle parti (potere da esercitarsi ove questa non sia già avvenuta spontaneamente) finalizzata all'acquisizione di informazioni ed al tentativo di conciliazione ("*for the purpose of providing information or attempting to arrive at a settlement*") (su tale ultima possibilità cfr. anche art. 22 Reg. CAM).

<sup>388</sup> V. *amplius* quanto già rimarcato *supra*, cap. 2, § 8.

<sup>389</sup> Così Wolfrum, *International Courts and Tribunals*, cit., che prosegue precisando che "(t)he adjudicative body in question may, ex officio or upon the initiative of the opponent, take into account under which circumstances such admission has been obtained". Non vi è menzione dell'istituto della confessione neppure nella disciplina del processo davanti ai giudici dell'Unione europea che, come già visto, pare anch'esso disconoscere qualsiasi meccanismo di prova legale. Sulla confessione nei processi internazionali, v. anche Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten*, cit., spec. 384, in cui si legge si riporta che, mancando previsioni espresse nelle distinte fonti, è dubbio in dottrina se una confessione in simili processi debba vincolare o meno il giudice: "(w)ährend die Möglichkeit eines Geständnisses im internationale Prozess unstrittig ist, ist in der Literatur umstritten ob das Gericht an das Geständnis einer Partei gebunden ist, oder ob es sie lediglich im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen kann, ob es also in seinem Ermessen steht, sie als *zur behandeln*" (vedilo anche per riff. comparatistici, spec. a dottrina tedesca in punto, in nt. 123). Più in genere, invece, sulla configurabilità della confessione stragiudiziale in arbitrato (e su ulteriori rilievi in merito alla confessione giudiziale), v. per tutti, nella dottrina italiana, Verde, G., *Lineamenti*, cit., 128.

Ebbene, ribadito in questa sede che la confessione è istituito in effetti noto ad una molteplicità di ordinamenti<sup>390</sup>, nel rinviare a quanto si dirà di seguito e più in genere in merito al peso attribuito a dichiarazioni delle parti, va qui riferito che la prassi arbitrale, pur non contando numerosissimi precedenti in termini, sembra comunque mostrarsi consapevole del fatto che certe dichiarazioni delle parti possano avere contenuto confessorio<sup>391</sup> e, liberamente apprezzandole di volta in volta, sceglie talora di considerarle *conclusive*, ossia pienamente efficaci e dirimenti, quando le circostanze del caso lo raccomandino<sup>392</sup>. Non è privo di rilievo ribadire che accanto a tale possibilità si pone la già menzionata e diffusa prassi delle parti che si accordano sui fatti non contestati e tra loro ammessi, e per ciò stesso vincolanti per il tribunale (a dire che efficacia di piena prova, potrà esservi - al più - se in presenza della volontà delle parti)<sup>393</sup>.

#### 19. Limiti di ammissibilità della prova testimoniale, in genere.

La tendenza a ritenere sempre astrattamente ammissibile la testimonianza della parte nell'arbitrato internazionale si colloca nel già analizzato approccio riscontrabile in tema di ammissibilità di tutte le prove in genere.

Si è visto, infatti, che le fonti della materia, spesso affiancate da legislazioni nazionali, sono univoche nell'attribuire massima libertà agli arbitri in punto di

---

<sup>390</sup> Senza alcuna pretesa di completezza sul punto, ci si limita a rilevare come l'istituto della confessione sia ad esempio noto pure nei processi civili anglosassone (per cui v. art. 14 ss. CPR) e statunitense (dove la relativa regolamentazione è rimessa, però, alle leggi processuali dei singoli Stati: v. es. *Rules* 2033.410, 2033.300 e 2033.420 del *California Code of Civil Procedure*) oltre che contemplato dall'art. 288 ZPO ("*gerichtliches Geständnis*"). Se nei primi due, però, essa non necessariamente vincola il giudice, nell'ordinamento da ultimo citato essa si struttura come prova legale, al pari di quanto avviene nel nostro ordinamento.

<sup>391</sup> V. es. lodo del 3 agosto 2005, reso in arbitrato *ad hoc* condotto secondo le regole Uncitral, nel caso di rilevanza NAFTA *Methanex Corporation c. United States of America*, in cui il tribunale ha optato per non considerare vincolanti le dichiarazioni, ritenute di valore confessorio dalla società ricorrente, rilasciate da funzionari governativi e di agenzie statunitensi, considerandoli "*unwarranted on the factual evidence*".

<sup>392</sup> In tal senso, lodo TAS, 23 gennaio 2003, 2002/A/385, in Reeb (a cura di), *Recueil des sentences du TAS, III, 2001-2003*, The Hague, 2004.

<sup>393</sup> V. cap. 2, spec. § 10. In questo senso, v. anche, diffusamente Benzing, *lc. ult. cit.*

ammissibilità (e di valutazione dell'efficacia delle prove)<sup>394</sup>, e prescindendo, dunque, dai limiti stabiliti a riguardo nel diritto processuale civile dei singoli Stati. Anche in tema di testimonianza prassi arbitrale e giurisprudenza statale confermano quanto detto<sup>395</sup>.

Con riferimento ai limiti oggettivi all'ammissibilità della prova per testimoni<sup>396</sup>, è anzitutto dimostrativo della già rimarcata frequente rilevanza in arbitrati commerciali di fonti di diritto sovranazionale il lodo reso nell'arbitrato ICC n. 9726<sup>397</sup>, in cui il tribunale arbitrale ha ritenuto provata l'esistenza di un contratto di vendita sulla base di una testimonianza, essendo autorizzato nel fare ciò dall'art. 11 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci (applicabile nella specie), nel quale - com'è noto - si ammette espressamente che l'esistenza del contratto possa essere provata con qualsiasi mezzo, e anche per testimoni<sup>398</sup>.

Altro orientamento arbitrale certamente degno di nota è spiegato in una decisione del 2009, con cui il *Tribunal Arbitral du Sport* ha ritenuto ammissibile una testimonianza anonima<sup>399</sup>, pur avendo riconosciuto che un simile mezzo di prova non fosse rispondente al modello legale previsto nei singoli sistemi processuali.

---

<sup>394</sup> V. *supra*, cap. 2, § 7 e 8, e i già menzionati artt. 25, c. 7 Reg. AAA; art. 27, c.4 Reg. Uncitral; art. 9, c. 1 Reg. IBA; art. 25 c. 1 Reg. CAM ecc.

<sup>395</sup> La casistica riportata di seguito nel testo è più ampiamente illustrata in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., cui ci sia sin d'ora consentito rinviare per gli approfondimenti del caso.

Va a questo punto precisato che le regole sull'ammissibilità della prova testimoniale, sono considerate di carattere dispositivo e non inderogabile dalla giurisprudenza italiana (v. così Cass., 16 marzo 1996, n. 2213, in merito all'art. 2725 c.c.: “è utilizzabile la prova testimoniale ai fini della dimostrazione di una procura data verbalmente, in relazione a contratti per i quali è richiesta la prova scritta, qualora la testimonianza sia stata raccolta nell'acquiescenza della parte interessata”). In dottrina, tra le voci a favore di una deroga in arbitrato dei limiti oggettivi all'ammissibilità della prova per testimoni previsti nel codice civile, v. Caponi, *Il procedimento e l'istruzione probatoria nell'arbitrato rituale dopo la riforma del 2006*, Schema della relazione presentata il 29 giugno 2007 a Udine; nega tale possibilità nell'arbitrato rituale (ammettendola invece nell'arbitrato d'equità) Comoglio, *Le prove*, cit., spec. 236.

<sup>396</sup> Per cui v. nuovamente i riff. a dottrina e giurisprudenza citati *supra*, cap. 2, § 7.

<sup>397</sup> Cfr. lodo 18 marzo 2003, affare ICC n. 9726 (inedito), in *Yearbook Comm. Arb.*, XXVIII, 2003, 13 ss., spec. 18-19.

<sup>398</sup> E va altresì segnalato che, nel fare ciò, il collegio ha pure negato qualsiasi rilevanza alla dichiarazione giurata davanti a un notaio prodotta dalla controparte (ritenendo tale prova "pre-confezionata" per l'occasione), in cui l'agente di quest'ultima affermava non essere mai esistito un rapporto contrattuale tra le parti.

<sup>399</sup> Nella vicenda relativa al club calcistico macedone FK Pobeda, 2009/A/1920, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 3, descritta in maggior dettaglio in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit.

Si tratta, in effetti, di una scelta quanto meno audace e che non trova conforto in astratto neppure nell'avanzata disciplina dell'istruzione in uso in arbitrati internazionali. Le Reg. IBA, come si avrà occasione di specificare più avanti, richiedono che di ciascun testimone si indichi esattamente l'identità<sup>400</sup>, oltre che per ovvie esigenze di certezza, per permettere alla controparte di poter contestare (e se del caso screditare) l'affidabilità del teste. All'opposto è del tutto evidente che, concedendo l'anonimato, ne scaturirebbero rilevanti questioni in termini di contraddittorio e difficoltà di esercitare il controllo sulla dichiarazione del testimone da parte degli stessi giudicanti.

Tali problematiche sono state pragmaticamente affrontate dal TAS il quale ha ammesso la possibilità subordinatamente all'adozione di numerosi accorgimenti, necessari per far sì che fosse controbilanciata la perdita in termini di "immediatezza" ed il contraddittorio assicurato *aliunde*, permettendo la *cross-examination* con protezione audio-visiva, garantendo un dettagliato controllo del tribunale sull'identità e la reputazione dei testimoni e, da ultimo, motivando cospicuamente per giustificare l'opportunità di procedere in tal senso al fine di salvaguardare l'incolumità del teste. A scanso di equivoci e se ancora ce ne fosse il bisogno, a conforto della propria scelta il TAS ha infine richiamato precedente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, su casi di rilevanza penale<sup>401</sup> e del Tribunale federale svizzero<sup>402</sup>, cui possono aggiungersi, da parte nostra, ulteriori decisioni rese da giudici nazionali in materia civile e giuslavoristica<sup>403</sup>.

Simili accorgimenti e una rigidissima assicurazione di garanzie in sede di assunzione sono ravvisabili altresì in alcuni precedenti arbitrali in cui si è arrivati

---

<sup>400</sup> V. spec. art. 4 c. 5, lett. a) in cui si richiede nel contenuto del *witness statement* "*the full name and address of the witness, a statement regarding his or her present and past relationship (if any) with any of the Parties, and a description of his or her background, qualifications, training and experience, if such a description may be relevant to the dispute or to the contents of the statement*".

<sup>401</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen c. Paesi Bassi*; 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*; 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera* (vedile debitamente commentate in Maffei, *Le testimonianze anonime nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2003, 4, 1700 ss.).

<sup>402</sup> Tribunale federale svizzero, 2 novembre 2006, causa ATF 133/33: "*anonymous witness statements do however not breach this right [to be heard] when such statements support the other evidence provided to the court*".

<sup>403</sup> V. così, ad esempio, UK Employment Appeal Tribunal, 16 giugno 2003, *ASDA Stores Ltd. c. Thompson et al.*

persino ad ammettere prove illecite o illegittimamente assunte: decisioni recenti hanno così statuito che simili prove non dovrebbero ritenersi *a priori* inammissibili perché contrarie all'ordine pubblico dell'ordinamento dello Stato sede, ma dovrebbero ammettersi o meno alla luce di una valutazione in concreto, che bilanci detto parametro, il principio del contraddittorio, l'obbligo delle parti di comportarsi correttamente e l'esigenza di ricerca della verità<sup>404</sup>: senza spingersi oltre, vien fatto di chiedersi come queste soluzioni siano comparabili con quelle di netta chiusura che, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza riserva a prove di tal specie, spesso ad ignorare che, della prova stralciata dal processo poiché formata in modo illecito, il giudice abbia comunque preso visione.

Altro esempio dell'evoluzione registratasi in arbitrati internazionali in materia di ammissibilità delle prove è quello che concerne la testimonianza *de relato*, anch'essa non direttamente disciplinata in alcuna delle fonti della materia.

Durante il lavoro di revisione delle Reg. IBA concluso nel 2010 si era a lungo discusso di *hearsay evidence* ed erano state prospettate tanto la possibilità di ammetterla *a priori* e indistintamente rimettendo totalmente al libero apprezzamento degli arbitri ogni valutazione in punto di efficacia, tanto l'opzione di ammetterla ma stabilendo delle linee guida per la valutazione del relativo peso probatorio, tanto la posizione di negarne *in toto* l'ammissibilità<sup>405</sup>. Quale abbia prevalso tra queste alternative non è dato sapere visto che - alla fine - si è evitato di prendere posizione non inserendo alcuna norma e le Reg. IBA ancora tacciono sul punto.

A sentire una certa dottrina, la testimonianza *de relato* sarebbe oggi del tutto inammissibile in arbitrati internazionali<sup>406</sup> e di tali opinioni è evidente il legame con

---

<sup>404</sup> V. in tal senso lodo TAS, nel caso del ciclista spagnolo Valverde, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 3; lodo ICSID, 23 giugno 2008, caso *Libananco Holdings Co. c. Turchia*, causa n. ARB/06/8, in *Mealey's International Arbitration Report*, 2008, 23, con nota di Nelson, T. G. *Paranoïds Have Enemies Too: Wiretapping and Other Clandestine Information-Gathering Techniques in International Arbitration*.

Ed è significativo rilevare come tali pronunce vadano persino oltre di quanto non abbia fatto la Corte di Strasburgo, che con sentenza del 28 giugno 2007 (in *Journal du droit international*, 3, 2008, 790 ss.) ha ritenuto la prova acquisita con la forza contraria all'art. 6 della Convenzione.

<sup>405</sup> Lo rammenta von Segesser, *The IBA Rules*, cit., 738.

<sup>406</sup> Così Moure, *Differenze e convergenze*, cit., 192 e nt. 31; conf. Strong e Dries, *Witness Statements under the IBA Rules of Evidence: What to Do About Hearsay?*, in *Arbitration International*, 2005, 21, 3, 301 ss.

il vecchio atteggiamento di ostilità rispetto ad essa, specialmente per ordinamenti di *common law*<sup>407</sup>.

Senonché, come si è già avuto modo di rilevare altrove<sup>408</sup>, la prassi arbitrale è negli anni progredita, anche prendendo spunto dall'evoluzione occorsa nella giurisprudenza di altre corti internazionali<sup>409</sup>, ed ha dischiuso le posizioni di originaria contrarietà<sup>410</sup> in recentissime aperture<sup>411</sup> che permettono di concludere che ad oggi la prova *de relato* sia pienamente ammissibile in arbitrati internazionali: e non è certo casuale, peraltro, che ciò sia avvenuto man mano che si verificavano corrispondenti progressioni negli ordinamenti nazionali, nel senso di ritenere essa ammissibile prima in arbitrati e poi, sotto certe condizioni, anche nei processi civili<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> Nei quali la *hearsay testimony* è stata considerata per lungo tempo inammissibile, poiché contraria al sistema accusatorio (ammetterla nei sistemi anglosassoni significherebbe infatti dar ingresso a una prova orale senza aver dato la possibilità di contro-interrogare).

<sup>408</sup> Cfr. Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., spec. § 3.

<sup>409</sup> V. es. la giurisprudenza del Tribunale dei reclami Iran - Stati Uniti (in Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran - United States Claims Tribunal: An Analysis of the Decisions of the Tribunal*, Oxford, 1996, spec. 352) e quella di altre corti internazionali, quali la Corte Internazionale di Giustizia (per cui v. Sandifer, *Evidence*, cit., spec. 383).

<sup>410</sup> Nell'ord. 9 giugno 1987, caso ICC 4815/1986, in Hascher, *Collection*, cit., 130 ss. si era presa in esame la testimonianza *par ouï-dire* negandone l'ammissibilità, sulla constatazione che testimone potesse essere soltanto colui che può essere chiamato a deporre su fatti di cui ha personale e diretta conoscenza.

<sup>411</sup> Da ultimo, invece, con l'ord. 23 novembre 2004 nell'affare ICC 12124/2004, in *Decisions on ICC*, cit., in un arbitrato con sede in New York, il tribunale ha ammesso la testimonianza *de relato* richiamando la propria libertà di prescindere da "strict evidentiary rules". Per l'ammissione della *hearsay evidence* nella prassi arbitrale v. già in passato il lodo del 4 gennaio 1980 nel caso AAA n. 1310-0417-78, in *Yearbook Commercial Arbitration*, VIII, 1983, 166 ss.

<sup>412</sup> Circa tale evoluzione, v. Dondi, *L'evoluzione della "hearsay rule" nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 1, 97 ss.; Zuckerman, *The Futility of Hearsay - A Comment on the Law Commission Consultation Paper No. 138 on Hearsay*, in *Criminal Law Review*, 1996, 4 ss. In giurisprudenza, si vedano per quella statunitense i riff. Indicate in Strong, Dries, *Witness Statements*, cit., 304 e in part. US Court of Appeals, Second Circuit, 20 novembre 1961, *Petroleum Separating Company c. Interamerican Refining Corp.*; per quella inglese, gli stessi Strong, Dries, *op. cit.*, 313 ss. e in part. London Court of Appeal, *Warborough Investments Ltd. v S. Robinson & Sons (Holdings) Ltd.*, 2003, APP.L.R. 06/10. In genere, per l'ammissibilità di tale mezzo nei processi civili v. oggi le *Federal Rules of Evidence* statunitensi (spec. rules 801 e ss.) ed il *Civil Evidence Act* inglese (artt. 2-5) (sulla cui evoluzione v. anche Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, cit., spec. 355-356). Si aggiunga che la giurisprudenza italiana ha da tempo ritenuto l'ammissibilità di tale testimonianza (anche in caso di dichiarazione *de relato ex parte actoris*), rimettendone la valutazione al prudente apprezzamento del giudice (v. tra le tante: Cass., 5 gennaio 1998 n. 43, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 15 ss.; Cass., 6 novembre 1996, n. 9702; Cass. 18 maggio 1996, n. 4618 e, più di recente, Cass., 8 novembre 2010, n. 22677).

Va infine dato conto del fatto che la migliore dottrina inglese, prima ancora di tali evoluzioni, aveva già ritenuto ammissibile in arbitrato il mezzo in questione: così Hunter, *The Procedural Powers*, cit., 352; conf. Cato, *Arbitration Practice*, cit., spec. 982 e 842, § 14-6; Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 206. Da ultimo, per la definitiva conferma dell'ammissibilità in arbitrato della

## 20. Prova per testimoni e formazione del convincimento degli arbitri.

Come si è già spiegato, il momento valutativo delle prove, anche per la ricordata inesistenza di un sistema di prova “legale”, assume precipua importanza in arbitrati internazionali e si fonda in assoluto sul principio del libero apprezzamento delle prove da parte degli arbitri.

Anche in tema di prova testimoniale, gli arbitri partendo da tale principio non mancano però di graduare il peso probatorio dei differenti mezzi (e di dichiarazioni di tipo confessorio si è già detto *supra*).

Così, a voler riprendere gli esempi già citati in tema di ammissibilità, risulta come in questi si evidenzia il diverso peso da attribuire alla dichiarazione di una parte rispetto a quella di un terzo estraneo alla lite<sup>413</sup>, talora distinguendo anche tra testimoni *party-controlled* o meno<sup>414</sup> e considerando di norma le dichiarazioni rese dal testimone dotate di un peso inferiore rispetto alla prova documentale<sup>415</sup> e da corroborarsi per mezzo di altre risultanze probatorie<sup>416</sup>.

I precedenti sopra citati in tema di ammissibilità, inoltre, distinguono sul piano dell'efficacia la prova testimoniale diretta da quella indiretta<sup>417</sup>.

Della prova testimoniale indiretta, tipicamente ravvisabile nel citato caso di testimonianza *de relato*, rilevanza, affidabilità e peso probatorio devono valutarsi “*in light of the other evidence tendered in the arbitration*”: si ritiene dunque opportuno, in

---

testimonianza *de relato*, v. Oblin, *Hearsay and International Arbitration*, in Aa.Vv., Klausegger, Klein, *et al.*, *Austrian Arbitration*, cit., 201 ss.

<sup>413</sup> V. quanto già rimarcato *supra*, cap. 2, spec. § 7 e 8 e cfr. quanto affermato in Hascher, *Collection*, cit., spec. 101. Ciò che, peraltro, è da sempre riscontrabile anche nella prassi di giudici internazionali più volte richiamata nelle presenti pagine: v. infatti Kazazi, *Burden of proof and related issues*, cit., spec. 214 ss. e i relativi riff. giurisprudenziali tanto in tema di apprezzamento di dichiarazioni rese dalle parti quanto in tema di valutazione di dichiarazioni di altri soggetti “interessati”.

<sup>414</sup> Sebbene sia stato talora affermato che non dovrebbe in principio esservi alcuna distinzione nel valore da attribuire alle dichiarazioni di testimoni che siano o meno sotto il controllo di una delle parti: in tal senso, v. ord. 19 maggio 2004, affare ICC 13046/2004, in *Decisions on ICC*, cit.

<sup>415</sup> Non ignorando dunque, in astratto, il principio “*unus testis nullus testis*”: v. lodo reso in affare ICC 6561/1992 (inedito), in Hascher, *Collection*, cit., 101.

<sup>416</sup> V. lodo reso in affare ICC 6635/1992 (inedito), *ibidem*.

<sup>417</sup> Cfr. Pietrowski, *Evidence*, cit., 380.



linea con precedenti decisioni di collegi arbitrali permanenti in punto<sup>418</sup>, che questa sia corroborata da altri elementi agli atti del procedimento, non potendo da sola fondare la decisione<sup>419</sup>.

Lo stesso si è detto nei precedenti citati in tema di testimonianze anonime: nella summenzionata decisione, il TAS ha sì tenuto conto di dichiarazioni di soggetti rimasti nell'anonimato, ma valutandone l'efficacia sulla base del complessivo quadro probatorio risultante agli atti<sup>420</sup>.

## 21. Assunzione della testimonianza. Rinvio. Cenni all'irrelevanza delle diverse forme di giuramento negli arbitrati internazionali.

Contrappeso della libertà riconosciuta agli arbitri in tema di ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova è la previsione di una serie di cautele procedurali da adottarsi da questi e l'esaltazione del già noto approccio collaborativo, che impone loro di consultare le parti indicando chiaramente ciò che essi esigono o si aspettano sia provato e le relative modalità<sup>421</sup>, dando poi conto in motivazione delle ragioni di ogni scelta<sup>422</sup>. Con specifico riferimento alla prova per testimoni, poi, quanto detto diverrà ancor più chiaro quando si analizzerà il modello dinamico di assunzione di questa nei procedimenti, interamente permeato dalla necessità di garantire i diritti delle parti<sup>423</sup>.

---

<sup>418</sup> Cfr. es. la decisione del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, nel caso *H.A. Spalding Inc. c. Ministry of Roads and Transport of the Islamic Republic of Iran*, 1986, *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 10, 31, citata in Pietrowski, *op. cit.*

<sup>419</sup> V. ord. in affare ICC 12124/2004, citata *supra*, § 19.

<sup>420</sup> V. decisione TAS 2009/A/1920, citata *supra*, § 19.

<sup>421</sup> Così si esprimeva, già nel 1996, Hunter, *The Procedural Powers*, cit., 352.

<sup>422</sup> V. a riguardo, quanto si dirà *infra*, cap. 6 § 38.1 e cfr. da subito la citata decisione del TAS in tema di testimonianza anonima, in cui si legge la seguente dettagliata spiegazione delle scelte compiute dal collegio nel corso del procedimento: “(i)t is convinced having maintained a proper balance between the rights of the Appellants, notably the right to examine the witnesses, and the necessity to protect the witnesses. The Panel made sure that the Appellants received the minutes of the interrogations of the protected witnesses and that the Appellants were able to directly cross-examine the protected witnesses over the phone during the Hearing. A counsel of the CAS assured that the witnesses were properly identified and that they were alone at the time of the examination-in-chief and the cross-examination. The Panel repeatedly denied requests of the Respondent that anonymous witness statements should be admitted without providing the Appellants with the minutes or without granting them the right to cross-examine them”.

<sup>423</sup> In proposito, v. sempre *infra*, cap. 6, § 32.4.

Occorre da ultimo soltanto accennare al fatto che l'istituto del giuramento, come mezzo di prova o, come si direbbe, come mezzo di risoluzione della lite<sup>424</sup>, al pari ed anche più della confessione non pare neppure lontanamente richiamato in arbitrati internazionali.

Di giuramento fonti e legislazioni nazionali, con minime eccezioni<sup>425</sup>, si occupano soltanto con riferimento a quello che, “volendo”, potrebbe essere reso dai testimoni prima di deporre ed in tale ambito, peraltro, dottrina e prassi sono alquanto “sensibili”, al punto da permettere di trarre oggi delle conclusioni a riguardo (e anche di questo tema si tratterà più ampiamente esaminando i profili dinamici dell'istruzione probatoria in arbitrati internazionali).

Per ora è sufficiente evidenziare che la diffusa mancanza nei singoli ordinamenti nazionali di una sanzione penale per lo spergiuro della parte rende quanto meno irrilevante il ricorso a tale mezzo in arbitrato<sup>426</sup>.

Del resto, non sembrano constare precedenti nella prassi di arbitrati internazionali in cui a tale mezzo si sia fatto ricorso, o che tale mezzo abbiano almeno menzionato.

---

<sup>424</sup> Per tutti, Luiso, *Diritto processuale*, cit., II, 145 ss.

<sup>425</sup> V. i riff. indicati nella nota seguente.

<sup>426</sup> Senza pretese di esaustività, si rammenta che nella dottrina italiana e con riferimento ad arbitrati domestici si è generalmente affermato che il giuramento sarebbe in principio incompatibile con il giudizio privato per la non estendibilità del reato di cui all'art. 371 c.p. all'arbitrato (v. così, per tutti, Fazzalari, *L'arbitrato*, cit.); altri aggiungendo il riferimento al difetto di autorità degli arbitri nel raccogliere il giuramento (La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, spec. 194 ss. che cita pure il disposto dell'art. 241 c. 8 “*Codice dei Contratti Pubblici*”); altri ancora sottolineando che l'irrilevanza penale del falso giuramento nel giudizio arbitrale non renderebbe il mezzo propriamente incompatibile con questo, ma costituirebbe certamente un forte elemento dissuasivo al suo utilizzo in concreto (Auletta, *L'istruzione probatoria*, in Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, spec. 202).

Giova segnalare che la dottrina svedese, da par suo, muovendo dal testo dell'art. 25 c. 3 *Arbitration Act* (“*the arbitrators may not administer oaths or truth affirmations [...]*”), richiama anch'essa l'argomentazione della mancata rilevanza penale della falsa dichiarazione giurata di parti o testimoni in arbitrato e ne desume per questo l'importanza della *cross examination* (Heuman, *Arbitration Law*, cit., 262). Si ricorda, però, che ai sensi del successivo art. 26 del medesimo *AA* svedese, si prevede un sistema di assistenza delle corti statali ove una parte voglia ricorrere al giuramento: “(w)here a party wishes a witness or an expert to testify under oath, or a party to be examined under truth affirmation, the party may, after obtaining the consent of the arbitrators, submit an application to such effect to the District Court”.

## CONSULENZA E TESTIMONIANZA TECNICA

SOMMARIO: 22. Premessa. Differenze e convergenze tra ordinamenti giuridici di *common law* e sistemi di diritto continentale. - 23. Legislazioni nazionali e regolamenti arbitrali. Distinzione tra consulenti di parte e consulenti d'ufficio. - 24. La consulenza (testimonianza) tecnica di parte. - 25. La consulenza tecnica d'ufficio. Facoltà per le parti di escluderla convenzionalmente. - 25.1 (*Segue*) Garanzie di imparzialità dei consulenti. - 25.2 (*Segue*) Consulenza tecnica e contraddittorio. Rinvio. - 25.3 (*Segue*) Consulenza tecnica e decisione. - 26. La consulenza vertente su questioni giuridiche. Ancora sulla rilevanza del principio *iura novit curia* nei procedimenti arbitrali internazionali. - 27. Rilievi conclusivi.

22. *Premessa. Differenze e convergenze tra ordinamenti giuridici di common law e sistemi di diritto continentale.*

L'integrazione della conoscenza degli arbitri tramite consulenze di contenuto tecnico è prassi da sempre frequente in arbitrati internazionali<sup>427</sup>, stante la ricorrente complessità dei contenziosi che, specialmente in particolari ambiti, richiedono apprezzamenti che in nessun caso potrebbero essere compiuti da giuristi<sup>428</sup>.

Nulla escluderebbe, attesa la natura del giudizio privato, che il collegio arbitrale possa constare pure o soltanto di esperti tecnici<sup>429</sup>, ma sta di fatto che il ricorso all'ausilio di terzi appare ad oggi la pratica dominante<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> Kreindler, *Benefiting from oral testimony of expert witnesses: traditional and emerging techniques*, in Aa.Vv., Levy, Veeder (a cura di), *Dossier ICC, Arbitration and Oral Evidence*, Paris, 2005, 87 ss.

<sup>428</sup> Si pensi, ad esempio, al settore delle costruzioni o a quelli marittimo, finanziario, economico o ambientale. Differente approccio merita l'ipotesi di consulenze tecniche in materie giuridiche, di cui si dirà *infra*, § 26.

<sup>429</sup> Così, Marriott, *Evidence*, cit., spec. 285; nello stesso senso, Cremades, *Les pouvoirs des arbitres de décider de l'admissibilité des preuves et d'en organiser la production*, in *ICC Bulletin*, 1999, vol. 10, n. 1, 51 ss.; Vigoriti, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss. e spec. 187; Bernardini, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 613 ss.; Verde, *Lineamenti*, cit., 131-132. In tema v. anche i saggi contenuti in Aa.Vv., *Dossier ICC, Arbitration and Expertise*, Paris 1994, *passim*.

Com'è stato recentemente osservato, il tema degli esperti negli arbitrati internazionali è tra quelli per cui si riscontrano le maggiori convergenze tra sistemi processuali differenti<sup>431</sup>. Sono infatti note le profonde differenze che, in principio, esistono a riguardo fra sistemi di *common law* e ordinamenti di *civil law*<sup>432</sup>.

In sintesi, nei secondi l'esperto è normalmente nominato dalla corte, opera come ausiliario di questa e se le parti possono nominare loro consulenti non è al fine di farli ascoltare come testimoni, ma allo scopo di fiancheggiare (e contrastare) il consulente d'ufficio. Così è, ad esempio, nell'ordinamento francese in cui l'esperto è un *auxiliaire de justice*, nominato dal giudice tra quelli inseriti in determinate liste e per cui si richiedono precisi requisiti di indipendenza e imparzialità<sup>433</sup>. All'esperto sono conferiti ampi poteri inquisitori (compimento di indagini, assunzione di informazioni e accesso a cose e luoghi) da esercitarsi nel rispetto del contraddittorio; le parti hanno sempre il diritto di presentare osservazioni in merito alle risultanze della perizia e il giudice potrà sempre discostarsene (*peritus peritorum*), sebbene spesso capiti che questi faccia proprie dette risultanze. Così è pure nel sistema italiano<sup>434</sup> su cui non conviene dilungarsi<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> Cfr. Pietrowski, *Evidence*, cit., spec. 396.

<sup>431</sup> Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., spec. § 2; conf. Capper, *International Arbitration*, cit., spec. 103 e De Boissesson, *Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de common law et les pays de tradition romaniste*, in *Dossier ICC, L'administration de la preuve dans les procédures arbitrale internationales*, Paris, 1989, 85 ss., spec. 96.

<sup>432</sup> In genere, per una panoramica in chiave comparatistica della materia della consulenza tecnica nei processi civili, penali e in arbitrato, v., per tutti, la raccolta di saggi a cura di Cato, Aa.Vv., *The Expert in Litigation and Arbitration*, London, Hong Kong, 1999, *passim*; nonché Aa.Vv., Eijssvoogel (a cura di), *Evidence in International Arbitration Proceedings*, London, 1994, spec. 67-300.

Per un raffronto tra sistemi francese e inglese, v. già Jolowicz, *L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1977, 285 ss. e, *amplius*, sui sistemi processuali di tradizione romanista, Matray, *Les traits caractéristique de l'administration de la preuve dans certains procédures de type romaniste*, in *Dossier ICC, L'administration de la preuve*, cit., 114 ss. e in part. 126 ss.

<sup>433</sup> Sulla consulenza tecnica nel processo civile francese, v. Guinchard, Ferrand, *Procédure civile*, 28<sup>a</sup> ed., Paris, 2005, spec. 1288 ss.; Guinchard, *L'expert, le juge et les plaideurs*, in *Cahiers de l'expertise judiciaire*, 1987, 9, 1 ss.; Jarrosson, *L'expertise équitable*, in *Mélanges offerts à Serge Guinchard: Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, 2010, 731 ss. *Adde*, con riferimento all'arbitrato sia interno che internazionale, Lissarrague, *Le rôle de l'expert dans l'arbitrage*, *La revue Experts*, 1991, 12, 9 ss. e, più di recente v. Baert, *Les experts intervenant dans les procédures d'arbitrage interne ou international*, *ibidem*, 2011, 9. Spunti sul sistema francese sono presenti pure in Brown, *Oral evidence and experts in arbitration*, in Levy, Veeder, *Arbitration and oral evidence*, cit., 2005, 77 ss.

<sup>434</sup> Tra i principali studi in materia nella dottrina italiana v. Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002; Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011; Franchi, *La perizia civile*, Padova, 1959; Barone, voce

Per converso, l'impostazione *adversarial* dei processi di stile anglo-sassone vuole che l'esperto assuma le vesti del testimone, portato dalla parte dinanzi ai giudici per svolgere deduzioni su materie tecniche e che le rispettive consulenze di parte vengano discusse nel corso degli interrogatori e dei contro-interrogatori, in cui si mira a valutare attendibilità e competenza dei periti. Sebbene il ricorso a *party-appointed experts* sia tuttora prevalente<sup>436</sup>, sono parimenti noti i temperamenti apportati nei sistemi di *common law* e che hanno determinato un notevole avvicinamento rispetto agli ordinamenti di diritto continentale<sup>437</sup>.

L'analisi dell'evoluzione avutasi nel Regno Unito, con le più recenti progressioni tramutatesi in riforme alle *Civil Procedure Rules*<sup>438</sup>, è esemplare per comprendere tale processo.

Si era qui da tempo constatata l'esistenza del rischio di scarsa imparzialità dei consulenti di parte<sup>439</sup> arrivando a definire il perito di fiducia come il *paid liar*<sup>440</sup>.

---

*Consulente tecnico. Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1988; e il recente saggio di Bove, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *www.judicium.it*.

<sup>435</sup> Salvo evidenziare che il ricorso a consulenze tecniche d'ufficio è anche qui causa certa di lungaggini processuali cui il legislatore ha tentato di far fronte anche con la recente riforma apportata dalla l. n. 69/2009, sulla quale v. es. Potetti, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Giur. mer.*, 2010, 1, 24 ss. e Porreca, *Le norme in tema di consulenza tecnica*, in Aa.Vv., Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Milano, 2010, 235 ss.

<sup>436</sup> Lo rammenta Brown, *Oral evidence*, cit., spec. 80.

<sup>437</sup> Il ravvicinamento verificatosi in tema di consulenza tecnica è soltanto parte della più generale tendenza alla convergenza nella disciplina di strumenti di risoluzione delle controversie che da anni si riscontra in numerosi ordinamenti processuali: su questi temi (oltre a quanto già evidenziato e a quanto si accennerà di nuovo *infra* spec. cap. 7, § 42, circa il contributo apportabile, entro tale tendenza, dall'osservazione delle prassi in uso in arbitrati internazionali) si vedano diffusamente Picardi, *I grandi modelli socio-culturali per la giusta risoluzione delle controversie civili internazionali e nazionali*, in *Riv. arb.*, 3, 2011, 365 ss.; Verde, G., *Un processo comune per l'Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 3 ss.; i contributi raccolti in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009, tra cui spec. Varano, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, 40 ss. e Consolo, *Il processo civile alla High Court di Londra, un intarsio fra Medioevo e globalizzazione economica*, 61 ss. e gli ulteriori saggi presenti in Aa.Vv., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009.

<sup>438</sup> A commento di tale sistema, v. Marengo, *L'expert evidence nei sistemi di common law*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 3, 699 ss.; Ansanelli, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2009, 713 ss. e, in precedenza, Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 238 ss. e Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414 ss. Nella dottrina inglese, v., per tutti, Zuckerman, *Civil Procedure*, London, 2003, spec. cap. 20, 616 ss.; *Id.*, *The Position of a Party Whose Expert Has Conceded the Opponents Case. The Unresolved Tension Between Experts Role to Further the Party's Cause and Their Obligation to Assist the Court*, in *Civil Justice Quarterly*, 2007, 26, 159 ss.; *Id.*, *Disclosure of expert reports, ibidem*, 2005, 24, 293 ss.

<sup>439</sup> Evidenziando come questi spesso e volentieri “entrino nell'arena” e “*as advocates, put forward the maximum or minimum figures as best suited to their side's interests*” (cfr. London Court of Appeal, *Cemp Properties c. Dentsply Research & Development Corporation*, in *Estate Gazette Law Reports*, 1991, 2, 197 ss.).

Nonostante vi fosse sempre chi in ossequio alla logica *adversarial* riteneva inopportuno sostituire *tout court* l'istituto della perizia di parte con quello della consulenza d'ufficio, Lord Woolf nel proprio rapporto del 1996, oltre ad evidenziare eccessive lentezza e onerosità dei processi coinvolgenti consulenti tecnici, aveva sollevato la questione della loro faziosità<sup>441</sup>, suggerendo di richiederne una maggior indipendenza e di prevedere sempre il *leave* delle corti per la produzione in giudizio di loro perizie. Aveva proposto, inoltre, l'introduzione della possibilità di ricorrere a un unico consulente d'ufficio, quale soggetto neutrale nominato con l'accordo delle parti o, in mancanza, dal giudice.

Questi suggerimenti hanno portato alla riscrittura delle CPR nel 1998 e ad altre iniziative, quali la redazione da parte del Consiglio per la giustizia civile inglese del Protocollo in tema di "*Instruction of Experts to give Evidence in Civil Claims*", pubblicato nel 2005 e modificato nel 2009<sup>442</sup>. Per effetto di tali azioni nel sistema inglese accanto all'istituto dei *party-appointed experts* vi è ora quello del *single joint expert*<sup>443</sup> e i requisiti di imparzialità dei consulenti sono gli stessi per ambedue le

---

<sup>440</sup> Lo rammenta Townsend, *Crossing the hot tub: examining adverse expert witnesses in international arbitration*, in Newman, Sheppard, *Take the Witness*, cit., 161 ss.

<sup>441</sup> V. Lord Woolf, *Access to Justice*, luglio 1996, cap. 13, § 3, all'indirizzo <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>. "(i)t was to meet these concerns that, in chapter 23 of the interim report, I recommended that the calling of expert evidence should be under the complete control of the court. Within that framework, I argued for a wider use of 'single' or 'neutral' experts who would be jointly selected and instructed by the parties, or, if the parties could not agree on a single expert, appointed by the court. I also put forward a number of other recommendations designed to achieve a more economical use of expert evidence in cases where opposing experts were involved, by narrowing the issues between them as early as possible". V. anche § 5, in cui si legge che "(t)here is widespread agreement with the criticisms I made in the interim report of the way in which expert evidence is used at present, especially the point that experts sometimes take on the role of partisan advocates instead of neutral fact finders or opinion givers. My detailed proposals on experts, however, have provoked more opposition than any of my other recommendations. Most respondents favour retaining the full-scale adversarial use of expert evidence, and resist proposals for wider use of single experts (whether court-appointed or jointly appointed by the parties) and for disclosure of communications between experts and their instructing lawyers?".

A commento di tale rapporto v. in genere Zuckerman, *Lord Woolf's Access to Justice: Plus a change*, in *Modern Law Review*, 1996, 59, 773 ss.; specificamente sulle modifiche apportate alle CPR in tema di consulenza tecnica cfr. Frenkel, *The New Civil Procedure Rules and the Expert Witness*, in Cato, *The Expert*, cit., spec. 5 ss., nonché, per l'applicazione della riforma del 1999 in arbitrato, Cato, *op. cit.*, 753-830.

<sup>442</sup> Reperibile all'indirizzo: [http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedurerules/civil/contents/form\\_section\\_images/practice\\_directions/pd35\\_pdf\\_eps/pd35\\_pro\\_t.pdf](http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedurerules/civil/contents/form_section_images/practice_directions/pd35_pdf_eps/pd35_pro_t.pdf).

<sup>443</sup> V. r. 25 CPR e *practice direction* n. 35 ("*Experts and Assessors*") e, in arg., Freeman, *Single and/or Neutral Experts*, in Cato, *The Expert*, cit., 115 ss.

situazioni<sup>444</sup>. I consulenti, in particolare, ai sensi della *rule* 35.3 hanno il dovere di assistere la corte e tale dovere “*overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or by whom they are paid*”.

Identiche evoluzioni hanno caratterizzato anche altri sistemi processuali di medesima derivazione, come quello australiano<sup>445</sup>. Non diversamente, le *Federal Rules of Evidence* statunitensi permettono oggi tanto il ricorso a consulenti di parte ai sensi della *r. 702*, quanto la nomina di un consulente d’ufficio (*r. 706*)<sup>446</sup>.

Tali esperienze, con l’introduzione di esperti neutrali, dimostrano come un processo di convergenza tra opposte culture sia già da tempo in atto e anche il tentativo di garantire l’imparzialità dei periti di parte si inquadra in quest’ottica, pur continuando ad osservarsi come la prassi anglosassone resti ancora “*largely a fiction*” (e mera retorica i suddetti requisiti richiesti dalle *CPR*) e l’imparzialità di questi sia da intendersi soltanto “in senso relativo”<sup>447</sup>.

Anche i sopra citati sistemi di tradizione romanista hanno progressivamente preso posizione rispetto alla figura dei consulenti di parte, in principio estranea al loro dato positivo. Nell’ordinamento italiano, ad esempio, alla consulenza tecnica stragiudiziale di parte si dà ingresso nei processi, talora valutandola come prova atipica e, più spesso, ritenendo che il suo contenuto equivarrebbe ad una mera allegazione difensiva di carattere tecnico<sup>448</sup>: poco conta però nell’economia del presente discorso quale sia l’etichetta formale che a tale prova è assegnata; basta

---

<sup>444</sup> Cfr. *practice direction* n. 35, § 2 ss.: “(e)xpert evidence should be the independent product of the expert uninfluenced by the pressures of litigation. Experts should assist the court by providing objective, unbiased opinions on matters within their expertise, and should not assume the role of an advocate [...]”.

<sup>445</sup> V. in proposito Jones, *Party Appointed Experts*, cit., 139 ss.

<sup>446</sup> La possibilità, codificata con le Regole federali in tema di prove soltanto nel 1975, era comunque già ammessa in giurisprudenza (v. es. US Court of Appeals Second Circuit, *Scott v. Spanjer Bros. Inc.*, 11 gennaio 1962, citata in Timmerbeil, *The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2003, 9, 1, 163 ss., spec. nt. 44). La giurisprudenza statunitense, inoltre, si è da tempo confrontata con la questione degli *standards* di imparzialità e affidabilità dei consulenti, per cui v. sin d’ora Dondi, *Paradigmi processuali ed “expert witness testimony” nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 ss., spec. 267 e quanto si dirà *infra*, nel testo.

<sup>447</sup> Così, Walde, in *Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management Discussion List*, all’interno del *blog on-line* della rivista telematica [www.transnational-disputemanagement.com/members/ogemid/welcome.asp](http://www.transnational-disputemanagement.com/members/ogemid/welcome.asp).

<sup>448</sup> Sul punto, v. es. Lombardo, *Profili delle prove civili atipiche*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), spec. § 2 C) e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 4, 1447, che rammenta come la perizia stragiudiziale, pur sconosciuta al codice, sia legittimata dalla prassi giurisprudenziale, divisa fra negarle qualsiasi valenza probatoria (in tal senso si è espressa Corte cost. ord. n. 124/1995 e si orienta lo stesso a.) e riconoscerle valenza indiziaria per il carattere potenzialmente fazioso della perizia medesima.

soltanto rammentare che, in un modo o nell'altro, alla consulenza di parte si attribuisce un qualche rilievo nei processi.

Si prenda come ultimo esempio il sistema tedesco, in cui accanto alla figura del consulente tecnico d'ufficio (c.d. *Sachverständige*) si prevede, all'art. 414 ZPO, quella del *sachverständige Zeuge*, ossia del terzo diverso dal consulente d'ufficio che sia chiamato come testimone a deporre su fatti o avvenimenti “zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war”<sup>449</sup>. Lo stesso codice, poi, all'art. 404 c. 4 valorizza la scelta concorde delle parti riguardo alla persona del consulente, stabilendo che ove essa sia presente il tribunale dovrà attenersi<sup>450</sup>.

Le originarie e radicali differenze tra i vari sistemi si vanno dunque appianando: in tutti gli ordinamenti si manifesta attenzione nel preservare l'imparzialità degli esperti, siano essi di parte o d'ufficio, e nel comprimere per quanto possibile costi e tempi dei procedimenti con consulenze tecniche<sup>451</sup>.

### 23. Legislazioni nazionali e regolamenti arbitrali. Distinzione tra consulenti di parte e consulenti d'ufficio.

Muovendo da tali differenti presupposti ma, come si vedrà, apprezzandone le più recenti convergenze, nell'arbitrato internazionale si risolve il problema nella maniera più semplice, ossia ammettendo ambedue gli strumenti di prova. Si adotta dunque un sistema ibrido, riproponendo in tale ambito le medesime soluzioni che erano già state teorizzate in passato per far fronte a problemi applicativi insorti in ordinamenti statali appartenenti all'una o all'altra tradizione<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> Sul sistema tedesco in ottica comparatistica cfr. Triebel, Plassmeier, *The use of experts in litigation and arbitration in Germany*, in Cato, *The Expert*, cit., spec. 155 ss. Sulla figura del *sachverständige Zeuge*, v. poi, tra i tanti, Zimmermann, *sub art. 414*, in Aa.Vv., Rauscher (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, 2008, vol. I e più specificamente, in ambito arbitrale, Lotz, Burkard, *Der Sachverständige im Schiedsverfahren*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 203 ss.

<sup>450</sup> Salvo il potere per il giudice di limitare il numero dei consulenti. È noto, peraltro, che la proposta di inserire una norma siffatta (ovvero di raggiungere in via interpretativa identica conclusione) è presente nella migliore dottrina italiana: v. da ultimo Scarpa, Auletta, *La scelta del c.t.u. è veramente cosa del giudice?*, in *Giustizia Insieme*, 2009, 2-3, 93 ss.

<sup>451</sup> Così Bove, *Il sapere tecnico*, cit., spec. § 3.

<sup>452</sup> Di procedura ibrida e di flessibilità, in tema di consulenza tecnica, parla ad esempio Freyer, *Assessing Expert Evidence*, in Newman, Hill, *The Leading Arbitrators Guide*, cit., 429 ss. Nello



Per non privare le parti della libertà di forme loro concessa in astratto non sarebbe stato infatti corretto scegliere *a priori* l'una o l'altra opzione; altro è riscontrare che, come si osserverà in conclusione, dall'osservazione delle prassi in uso migliori opzioni possano certamente ricavarsi.

Se le singole legislazioni nazionali in materia di arbitrato risentono inevitabilmente delle citate differenze e seguono, grosso modo, le linee tracciate dalla cultura di appartenenza, della duplice possibilità di ricorso a consulenza di parte e consulenza d'ufficio vi è invece conferma esplicita nei regolamenti di arbitrato delle principali istituzioni e nei più volte menzionati modelli di disciplina.

Sul versante delle disposizioni statali, è noto che l'art. 816-ter c. 5 c.p.c. prevede espressamente che gli arbitri possano farsi assistere “*da uno o più consulenti?*” (possibilità di cui, nell'assenza di tale norma, non si dubitava in passato<sup>453</sup>), con la precisazione che consulenti possono essere nominati sia enti<sup>454</sup> che persone fisiche, mentre non v'è alcun riferimento - in accordo con la nostra tradizione che le ritiene figure inaffidabili - ai consulenti di parte.

Molte altre disposizioni statali prevedono espressamente la nomina di consulenti d'ufficio<sup>455</sup>, laddove soltanto in sporadici casi si fa esplicito riferimento a consulenti di parte<sup>456</sup>. La previsione della possibilità che il tribunale nomini un consulente, inoltre, è comune a tutti i Paesi che abbiano adottato la L. Modello che dispone in tal senso all'art. 26.

---

stesso senso, v. Kopelmanas, *Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1979, 205 ss. e Günter, *Arbitrage et expertise*, in *ASA Bulletin*, 1993, 538 ss.

Di *hybrid system* in tema di consulenza tecnica si discorre peraltro anche con riferimento al processo dinanzi ai giudici dell'Unione europea, per cui v. De La Serre, E. B., Sibony, *Expert Evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, 2008, 45, 941 ss.

<sup>453</sup> In tema, v. per tutti Auletta, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1133 ss. e, dopo la riforma del 2006, Tota, *Commento all'art. 816-ter c.p.c.*, in Briguglio, Capponi, *Commentario alle riforme*, cit., spec. 720 ss.

<sup>454</sup> In proposito, v. La China, *L'arbitrato*, cit., 201, in cui l'a. prospetta, per l'ipotesi in cui siano nominati consulenti degli enti, un'applicazione “*cum grano salis?*” delle norme previste dal c.p.c. in merito allo svolgimento della consulenza.

<sup>455</sup> V. in tal senso art. 1696 c. 3 *code judiciaire* belga; art. 36 legge bulgara in tema di arbitrato internazionale; art. 44 *Arbitration Act* della Repubblica Popolare cinese;

<sup>456</sup> Così, ad es. l'art. 1039 del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* olandese, per cui le parti sono legittimate a fare riferimento a propri esperti.

Nel Reg. ICC soltanto a partire del 1998 si è fatta menzione dei consulenti di parte<sup>457</sup>, prima non presi in esame dallo stesso<sup>458</sup>. Le Reg. Uncitral citano ambedue le possibilità<sup>459</sup> e così si orientano pure le Reg. SCC<sup>460</sup> e il Regolamento della Camera arbitrale svizzera<sup>461</sup>. Risentendo dell'influenza della legislazione italiana in tema, l'art. 29 Reg. CAM, interamente dedicato alla consulenza tecnica<sup>462</sup>, pare limitare la facoltà per le parti di nominare propri consulenti alla necessità di interloquire con quello d'ufficio eventualmente nominato dagli arbitri (ma riterremmo che la previsione non osti al ricorso a periti di fiducia anche a prescindere dalla nomina di un consulente d'ufficio).

Il Reg. LCIA (artt. 20 e 21) disciplina la nomina di consulenti tecnici da parte del tribunale arbitrale, ma nei procedimenti arbitrali svolti sotto l'egida della Corte londinese molto di rado si ricorre a tale possibilità, essendo nettamente prevalente la diversa prassi che connota il sistema processuale britannico: si è riportato, in

---

<sup>457</sup> Cfr. in part. l'attuale art. 25 c. 3 (“(t)he arbitral tribunal may decide to bear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties [...]” e c. 4 (“(t)he arbitral tribunal, after having consulted the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert”).

<sup>458</sup> Come rammentato da Brown, *Oral evidence*, cit., 82.

<sup>459</sup> Ai consulenti di parte (“*expert witnesses*”) si fa riferimento negli artt. 27 e 28, mentre ai consulenti d'ufficio è appositamente dedicato l'art. 29. Va invero rimarcato che la dizione qui accolta era stata ritenuta (e l'osservazione potrebbe valere ancora oggi, non essendo intervenuti mutamenti in punto nel 2010) limitativa della possibilità per le parti di ricorrere a loro consulenti, apparendo questi del tutto parificati ai testimoni: così, van Hof (*Commentary on the Uncitral Arbitration Rules*, cit., 192 ss.), il quale rammenta che durante i lavori preparatori del testo delle Regole erano state espresse delle perplessità a riguardo ma che, ciononostante, non fu accolta la proposta di introdurre - al fine di fugare i dubbi - la seguente espressione nel testo della disposizione in tema di consulenza d'ufficio “*without prejudice to the expert proof provided by the parties*”. Deve in ogni caso ritenersi che la differenza possa essere colmata con apposite ordinanze procedurali e ciò è, in effetti, quanto è avvenuto nella prassi di arbitrati *ad hoc* secondo il Reg. Uncitral che ha comunque mostrato un ampio ricorso ad esperti di parte (prassi citata dallo stesso van Hof, *op. cit.*, spec. 197).

<sup>460</sup> Si prevede all'art. 28 la possibilità per le parti di produrre perizie di loro tecnici di fiducia e all'art. 25 la possibilità per il tribunale di nominare un esperto “*after consultation with the parties*”.

<sup>461</sup> V. in part. artt. 25 e 27.

<sup>462</sup> Cfr. art. 29 Reg. CAM: “1. Il Tribunale Arbitrale può nominare uno o più consulenti tecnici d'ufficio o delegarne la nomina alla Camera Arbitrale. 2. Il consulente tecnico d'ufficio ha i doveri imposti dal Regolamento agli arbitri e ad esso si applica la disciplina della riconsuazione prevista per gli arbitri. 3. Il consulente tecnico d'ufficio deve consentire alle parti di assistere direttamente o tramite i loro difensori alle operazioni di consulenza tecnica. 4. Se sono nominati consulenti tecnici d'ufficio, le parti possono designare dei consulenti tecnici di parte. Le operazioni di consulenza tecnica cui hanno assistito i consulenti tecnici designati dalle parti si considerano eseguite in presenza di queste ultime”.

particolare, che dei 701 casi amministrati dalla Corte sino al 2007, soltanto in 6 di questi si è fatto ricorso alla perizia d'ufficio<sup>463</sup>.

Si può constatare, altresì, come i regolamenti arbitrali sinora citati regolino tali strumenti di investigazione in maggior dettaglio di quanto non accada per gli altri mezzi di prova.

Tale tendenza risulta particolarmente evidente dall'evoluzione che ha caratterizzato le Reg. IBA. La prima versione di queste, del 1983, conteneva soltanto scarse disposizioni in merito alla consulenza tecnica<sup>464</sup>. Con le modifiche adottate nel 1999 e poi con quelle approvate nel 2010<sup>465</sup>, si è intervenuti abbondantemente sulla regolamentazione di tali istituti anche qui rafforzando l'apporto collaborativo delle parti nell'acquisizione delle consulenze e aggiungendo disposizioni di salvaguardia del contraddittorio<sup>466</sup>.

Della disciplina risultante dalle ultime modifiche del 2010 si dirà in maggior dettaglio in seguito: è appena il caso di anticipare che tali recenti variazioni hanno mirato ad assimilare per quanto possibile i due istituti. Così si contempla oggi tra le “(d)efinitions”, un'unica nozione di *expert report*, inteso come il “*written statement by a Tribunal-Appointed Expert or a Party-Appointed Expert*”. Similmente, sia nella disciplina dei consulenti d'ufficio<sup>467</sup> che in quella dei consulenti di parte<sup>468</sup>: *i.* si fa riferimento alla possibilità che consulente sia tanto una persona fisica quanto un ente; *ii.* si stabilisce la necessità che ambedue le consulenze abbiano per oggetto “*specific issues*”; *iii.* è pregnante la volontà di garantire imparzialità (e affidabilità) degli esperti.

---

<sup>463</sup> Il dato è indicato in Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 136 i quali rammentano che la previsione in tema di consulenza d'ufficio è stata introdotta nel Reg. LCIA per presa d'atto della diffusione di tale possibilità, pur sconosciuta al sistema anglosassone, nel contesto internazionale.

<sup>464</sup> V. es. art. 7, lett. g) Reg. IBA 1983, in tema di consulenza tecnica di parte.

<sup>465</sup> Per cui v. Harris, *Expert Evidence: The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 212 ss.; Sachs, Schmidt-Ahrendts, *Expert Evidence Under the 2010 IBA Rules*, *ivi*, 2010, 5, 216 ss.

<sup>466</sup> Si assiste, essenzialmente, a un perfezionamento del procedimento di acquisizione della consulenza, recependo prassi già in uso e seguendo un'evoluzione non dissimile da quella registrata nell'ordinamento processuale italiano allo scopo di garantire i diritti delle parti e rispettare gli equilibri tra esse (con la citata riforma della l. n. 69/2009 che ha in gran parte trasposto usi processuali già seguiti presso molteplici uffici giudiziari).

<sup>467</sup> Cfr., sempre tra le “(d)efinitions”: “*a person or organisation appointed by the Arbitral Tribunal in order to report to it on specific issues determined by the Arbitral Tribunal*”.

<sup>468</sup> Definito come: “*a person or organisation appointed by a Party in order to report on specific issues determined by the Party*”.

## 24. La consulenza (testimonianza) tecnica di parte.

In prima approssimazione, va anzitutto ribadito che la figura del consulente di parte in arbitrati internazionali pare potersi inquadrare nell'ambito dell'ampia nozione di testimonianza in senso lato più sopra riferita<sup>469</sup>, ciò essendo confermato dai principali autori<sup>470</sup> e dalla stessa prassi arbitrale<sup>471</sup> e da ciò generandosi un duplice ordine di conseguenze.

Da un lato, si rende necessario che sia accertato in concreto se e quando un determinato soggetto possa qualificarsi come consulente o quando si tratti invece di semplice testimone<sup>472</sup>. La prassi arbitrale tende a definire come esperto colui che sia chiamato a compiere una "*appréciation sur des données d'expérience qui, en principe, sont accessibles à tous*"<sup>473</sup> e richiede alle parti di fornire nelle istanze istruttorie e nei *witness statements* indicazioni in tal senso<sup>474</sup> preannunciando chiaramente il contenuto della consulenza<sup>475</sup>, allo scopo di permettere l'identificazione di consulenti tecnici e *fact witnesses* e per evitare che, com'è talora accaduto in processi

---

<sup>469</sup> V. cap. 4, spec. § 16. Va in proposito rammentato che, come a suo tempo notato da Carnelutti (*La prova*, cit., 130), pur rientrando la consulenza tecnica entro una nozione di testimonianza intesa in senso ampio, resta differente il ruolo assolto dall'una rispetto all'altra nella formazione del convincimento del giudicante, essendo nel primo caso il fatto da rappresentarsi non solo oggetto di percezione ma anche di deduzione tecnica, ed esistendo in capo al perito un "*incarico alla percezione o alla deduzione*". Tale differenza a prima vista si assottiglia in arbitrati internazionali in cui i periti di parte sono considerati in larga parte testimoni, ma - come si dirà nel testo - è a tutt'oggi attualissima per comprendere le differenze esistenti tra questi e semplici testimoni in virtù delle più recenti tendenze riscontrabili nel settore.

<sup>470</sup> V. es. von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence*, cit., spec. 286 ss.

<sup>471</sup> Cfr. ord. 12 maggio 2004, caso ICC 12990, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., in cui, per l'ammissione e l'assunzione delle consulenze di parte si rinvia, "*by analogy*", alle regole fissate con riferimento ai testimoni; ord. 19 maggio 2004, caso ICC 13046, *lc. ult. cit.*, in cui si legge che "(t)he provisions of Section 5 of this Order [*Evidence of Fact Witnesses*] are applicable, *mutatis mutandis*, to expert witnesses?".

<sup>472</sup> Così, Kreindler, *Benefiting from oral testimony*, cit., 95 ss.

<sup>473</sup> V. ord. 9 giugno 1987, in affare ICC 4815/1996, in Hascher, *Collection*, cit., 130 ss.

<sup>474</sup> Per tale affermazione, cfr. ordinanza in caso ICC 5082/1995 e ord. in affare ICC n. 7170/1993, ambedue in Hascher, *Collection*, cit., risp. 113 ss., 23 ss. (sul punto si tornerà *infra*, cap. 6, § 32.1).

<sup>475</sup> V. in tal senso le decisioni rese negli affari ICC, 6657 e 7867, in Hascher, *Collection*, cit., 102, in cui, peraltro, si è fatto esplicito riferimento a qualificazioni giuridiche proprie di singoli ordinamenti nazionali, quale quella più sopra rammentata del *sachverständige Zeuge* tedesco, o quella del *sachant* del diritto processuale francese (sul punto, v. pure *retro*, cap. 4, § 18).

internazionali, uno stesso soggetto pretenda di deporre alternativamente come testimone dei fatti e poi come esperto<sup>476</sup>.

Dall'altro lato, la suddetta assimilazione induce a fornire risposta negativa al quesito intorno alla possibilità di introdurre perizie di parte senza l'autorizzazione degli arbitri: sarà il tribunale - come è per la testimonianza e per ogni mezzo di prova più in genere - a decidere della richiesta, se del caso limitando il numero dei consulenti, disponendo sulle modalità di assunzione ecc.<sup>477</sup>. Un vero e proprio diritto della parte all'ammissione sembra esistere soltanto ove il ricorso a periti sia necessario per replicare alla consulenza tecnica eventualmente disposta dal tribunale, come suggerisce l'art. 21 c. 2 Reg. LCIA<sup>478</sup>.

L'assimilazione in parola, inoltre, rende applicabili all'escussione degli esperti le stesse norme previste per l'assunzione della testimonianza in genere e sul punto si tornerà in seguito.

Detto di queste conseguenze, a voler analizzare in dettaglio la disciplina riservata in arbitrati internazionali alla perizia di parte si ha però l'impressione che l'affermazione per cui "*nel procedimento arbitrale, la distinzione tra testimone e perito non esiste*"<sup>479</sup> non risponda (più) pienamente al vero.

Nel settore è infatti ravvisabile una aperta inclinazione a incrementare l'imparzialità dei consulenti di parte, che li avvicina più ai consulenti d'ufficio che non ai semplici testimoni. In sostanza, le criticità dell'istituto già affrontate nel panorama dei singoli ordinamenti nazionali (e che hanno condotto agli appianamenti di differenze più sopra citati) si son riproposte nei procedimenti in analisi e qui hanno trovato soluzioni che, gradatamente, hanno reso la consulenza di parte istituto *sui generis*.

---

<sup>476</sup> Così, con riferimento al processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia, Sandifer, *Evidence*, cit., spec. 289 ss.

<sup>477</sup> In tal senso, v. Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 245. Così pare potersi desumere anche dal Reg. ICC e dal Protocollo del *Chartered Institute of Arbitrators* di cui si dirà a breve nel testo. Così è pure per le Reg. IBA, a seguito delle modifiche del 2010 e dell'enfaticizzazione della più volte ricordata ottica "collaborativa" (per cui v. Kühner, *The Revised IBA*, cit., 673); diversamente, le stesse Reg. nel testo dell'art. 5 vers. 1999 parevano permettere alle parti la produzione di perizie anche senza l'autorizzazione del tribunale: lo rammenta Freyer, *Assessing Expert Evidence*, cit., spec. § II.a, la quale evidenza anche come un'indicazione simile sembrerebbe contenuta nell'art. 32, comma 1 Reg. ICSID.

<sup>478</sup> Così Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 136, che richiamano l'art. 20 Reg. LCIA.

<sup>479</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., spec. 191.

Anche in arbitrati internazionali lo *status* del perito di parte, spesso “accusato” di favorire la posizione del litigante che l’abbia nominato<sup>480</sup>, è stato ritenuto poco chiaro<sup>481</sup> e l’istituto è stato oggetto di critiche, provenienti specialmente da giuristi di tradizione continentale<sup>482</sup>, meno da giuristi di *common law*<sup>483</sup>.

Per superare le perplessità destinate sono state avanzate varie proposte volte ad avvicinare i requisiti di indipendenza dei consulenti di parte a quelli tipicamente richiesti per i consulenti d’ufficio<sup>484</sup>.

In quest’ottica si colloca l’iniziativa del *Chartered Institute of Arbitrators* di Londra, che ha pubblicato nel settembre 2007 un Protocollo “*for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*”<sup>485</sup> risultato finora di scarsa applicazione nella prassi<sup>486</sup>, ma che appare di sicura utilità nel perseguimento del citato scopo<sup>487</sup>.

---

<sup>480</sup> Così, per tutti, Kurkela, in *Due Process*, cit., spec. 147: “*experience in legal practice has proved that the statements, conclusions and opinions of experts vary and tend to favor the position of the party who nominated them*”.

<sup>481</sup> Lo stesso genere di commenti ha riguardato anche il già menzionato esempio del processo comunitario (in questi termini v. infatti De la Serre, Sibony, *Expert Evidence*, cit., spec. 965 e, prima di loro, Lasok, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, London, 1994, spec. 398). Come rammenta Biavati, *Diritto processuale*, cit., spec. 216, sebbene se ne faccia uso la perizia di parte non è espressamente disciplinata nei regolamenti di procedura dei giudici dell’Unione. Cionondimeno, la contrapposizione tra consulenti d’ufficio e consulenti di parte in questi processi è tema di forte attualità: a dimostrazione, v. la consultazione pubblica recentemente conclusa sul tema, reperibile all’indirizzo [http://www.rpcsje.org/IMG/pdf/Newsletter16\\_En.pdf](http://www.rpcsje.org/IMG/pdf/Newsletter16_En.pdf) (*Réseau des Présidents des Cours Suprêmes judiciaires de l’Union européenne*, newsletter n. 16, marzo 2011).

<sup>482</sup> Così von Mehren e Salomon, *Submitting Evidence*, cit., 290.

<sup>483</sup> In arg. v. Feutrill, Rubins, *The preparation of expert evidence in international commercial arbitration: practical aspects*, in *International Business Law Journal*, 307 ss., § 1.

<sup>484</sup> Così, tra i tanti, Pietrowski, *Evidence*, cit., 375 e 409.

<sup>485</sup> D’ora in avanti, “Protocollo CI Arb”: cfr. a riguardo Jones, *Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration: A Protocol at Last*, in *Arbitration International*, vol. 24, 1, 137 ss.; Kantor, *Is There a Code of Conduct for Party-appointed Experts in International Arbitration?*, in Hóber, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 239 ss. (vedilo anche, in versione ampliata, in *Arbitration International*, 2010, 26, 3, 323 ss.: *Id.*, *A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration: Can One be Found?*). In genere, su questi temi, v. anche Gaffney, O’Leary, *Tilting at Windmills? The Quest for Independence of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*, in *Asian Dispute Review*, 2011, 2, 82 ss.

<sup>486</sup> Tale circostanza è criticata da Kantor, *Is There a Code*, cit., spec. 241. Va comunque segnalato che il Protocollo in discorso, anche se espressamente richiamato soltanto in rare ipotesi, ha comunque ispirato consistenti progressi nel settore, non ultime le recenti modifiche alle Reg. IBA.

<sup>487</sup> Cfr. Protocollo CI Arb che dispone che la relazione peritale debba essere “*impartial, objective, unbiased and uninfluenced by the pressures of the dispute resolution process or by any Party*”, aggiungendosi, inoltre, che “*(t)he expert’s testimony shall be given with the purpose of assisting the Arbitral Tribunal to narrow the issues between the experts and to understand and efficiently use the expert evidence*” (cfr. art. 4).

Tale protocollo prevede precisi requisiti di imparzialità per i consulenti di parte e il loro obbligo di “*assistere il tribunale*”, stabilendo la necessità che l’esperto includa nella propria relazione peritale una dichiarazione (cfr. art. 8, “*expert declaration*”) in cui indicare gli eventuali rapporti precedentemente intercorsi con la parte.

Nella stessa ottica vanno lette le modifiche apportate alle Reg. IBA nel 2010, ove si è previsto che nel contenuto dell’*expert report* (art. 5 c. 2<sup>488</sup>) il consulente debba includere una dichiarazione in merito a eventuali pregressi rapporti con membri del collegio, parti, e loro difensori (cui ci sembrerebbe opportuno aggiungere eventuali dati circa la previa conoscenza da parte dell’esperto dei fatti oggetto della disputa<sup>489</sup>), e si è rimpiazzata la “*affirmation of the truth*” precedentemente prevista circa le opinioni espresse nella perizia con il riferimento al “*genuine belief*” del consulente<sup>490</sup>.

Altri accorgimenti già contemplati nel Protocollo CIArb e ora ripresi nelle Reg. IBA<sup>491</sup> consistono nel rendere il più trasparente possibile il procedimento di acquisizione della consulenza, tracciandone le varie fasi e stabilendo, ad esempio, che le istruzioni di parte ricevute dall’esperto debbano allegarsi alla relazione (oltre che riprodursi succintamente all’interno di essa)<sup>492</sup>.

Ricettive di buone prassi già invalse nei procedimenti<sup>493</sup> sono poi le disposizioni che prevedono che gli esperti di parte si incontrino, discutano e producano

---

<sup>488</sup> Cfr. art. 5 c. 2 Reg. IBA. Rammenta von Segesser, *The IBA Rules*, cit., spec. 739 che era questo in effetti uno dei principali aspetti che il *Working Group IBA* incaricato di redigere una proposta di modifica delle regole in tema di istruzione si era ripromesso di analizzare.

<sup>489</sup> Nello stesso senso, Cato, *The Expert*, cit., § 723.4.

<sup>490</sup> Cfr. art. 5, c. 2 lett. e) Reg. IBA.

<sup>491</sup> Nelle Reg. IBA si prevede inoltre l’inclusione di una dichiarazione concernente la lingua in cui originalmente la perizia è stata redatta ove ne sia prodotta una traduzione (ma ci sembra che, più semplicemente, com’è previsto dall’art. 3 c. 12 lett. d) in tema di documenti, potrebbero allegarsi ambedue le versioni linguistiche, dando esplicitamente conto della lingua “di partenza”). Sempre a garanzia di trasparenza (von Segesser, *The IBA Rules*, cit., spec. 748) si richiede pure la precisazione, ove la perizia sia stata redatta da più soggetti, della provenienza specifica delle sue diverse parti da questo o quell’esperto.

<sup>492</sup> Con l’eccezione dei casi in cui il tribunale arbitrale ritenga che, per motivi di riservatezza, dette informazioni debbano restare in tutto o in parte segrete.

<sup>493</sup> Cfr. ord. 21 giugno 2004, caso ICC 12296, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.; in ambito ICSID, v. ord. proc. ottobre 2011, nel caso n. ARB/07/12, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Republic of Lebanon* (inedita).

relazioni congiunte ove far risultare i punti di accordo e disaccordo<sup>494</sup> (i cc.dd. *consolidated reports*).

Ad integrazione di quanto previsto nelle citate linee guida, ulteriori proposte vanno dalla possibile previsione di incontri tra consulenti prima dell'inizio della lite davanti agli arbitri, secondo uno schema simile a quello delle *pre-trial depositions* statunitensi (su cui si tornerà nel prosieguo)<sup>495</sup>, all'opportunità di prevedere delle regole che proibiscano agli esperti di accettare istruzioni in cui si indichi loro di non accogliere contestazioni o opinioni altrui in merito alla perizia<sup>496</sup>.

Infine, mancando meccanismi atti a costituire un effettivo deterrente preventivo a condotte abusive<sup>497</sup> e per evitare che le citate dichiarazioni di verità restino lettera morta, alle regole analizzate va ad affiancarsi il suggerimento di richiamare le norme etiche di associazioni professionali di appartenenza dei periti<sup>498</sup> e la conseguente facoltà di inviare segnalazioni ai competenti organi disciplinari (con l'avvertenza, però, che spesso può accadere che gli esperti non aderiscano ad alcun ordine professionale<sup>499</sup>).

## 25. La consulenza tecnica d'ufficio. Facoltà per le parti di escluderla convenzionalmente.

L'esame dell'istituto della consulenza d'ufficio in arbitrati internazionali impone in primo luogo di tornare sinteticamente sul già trattato tema di chi, tra parti e arbitri, abbia il potere di gestione del procedimento e di determinazione

---

<sup>494</sup> Possibilità prevista dall'art. 5 c. 4; nello stesso senso, v. pure la possibilità per il tribunale arbitrale, riconosciuta dall'art. 5 c. 3 Reg. IBA, di ordinare un'audizione congiunta degli esperti a seguito del deposito delle rispettive relazioni peritali (*infra*, cap. 6, § 32.5).

<sup>495</sup> Anche allo scopo di favorire soluzioni transattive: in tal senso, Jones, *Party Appointed Experts*, cit., spec. 143, che richiama le *Practise Directions* in uso nel processo civile nell'ordinamento del Nuovo Galles.

<sup>496</sup> Così, nuovamente, Jones, *Party Appointed Experts*, cit., 145.

<sup>497</sup> Sussistendo il rischio che le parti siano incoraggiate a nominare esperti solo "apparentemente" imparziali: Kantor, *Is There a Code*, cit., 251.

<sup>498</sup> Se ne occupa Kantor, *op. cit.*, 241 ss., il quale richiama alcuni codici etici, quale il *Code of Practise for Experts*, comprendente norme relative a procedimenti di risoluzione di controversie redatto congiuntamente dalle associazioni *Academy of Experts*, *l'Expert Witness Institute* ed *Euro Expert*. L'a. richiama pure le regole etiche predisposte da associazioni professionali, come *l'American Society of Civil Engineers* o *l'American Institute of Certified Public Accountants*.

<sup>499</sup> V. in arg. Jones, *Party Appointed Experts*, cit., 151 ss. e Kantor, *op. cit.*, spec. 249 ss., il quale richiama l'esempio di intermediari finanziari, economisti o accademici.



delle regole a esso applicabili, per comprendere se le prime possano escludere *a priori* il ricorso alla consulenza e se, in tal caso, i secondi possano comunque disporla.

Il menzionato art. 26 della L. Modello sembra in effetti attribuire ai litiganti il potere di accordarsi in questo senso, ma deve rammentarsi che tale possibilità fu oggetto di discussioni tra i *drafters* della Legge<sup>500</sup>. La delegazione dell'ex Unione Sovietica, in particolare, si oppose all'introduzione di una incondizionata facoltà delle parti a riguardo, proponendo che questa dovesse essere quanto meno limitata a un tempo precedente alla costituzione del tribunale arbitrale. Alla fine, però, si decise di non limitare tale possibilità, ribadendo la supremazia dell'autonomia privata sul procedimento e considerato anche che, in una simile evenienza, ben potrebbe il tribunale arbitrale rinunciare all'incarico.

La scelta compiuta dai citati *conditores*, pur non seguita in assoluto nel processo di recezione della Legge nei singoli ordinamenti nazionali<sup>501</sup>, trova riscontro in diversi altri sistemi, come quello svedese (art. 25<sup>502</sup>) o quello inglese (art. 37<sup>503</sup>) ed è pure affermata con riferimento all'art. 816-*ter* c.p.c., che nulla dice in punto<sup>504</sup>, o all'art. 1049 ZPO<sup>505</sup>.

Tra le regole istituzionali e i modelli di *soft-law* procedurale, conferma quanto riportato l'art. 21, c. 1 lett. a) Reg. LCIA che ammette la nomina in via officiosa

---

<sup>500</sup> Per cui v. *amplius* Binder, *op. cit.*, 322.

<sup>501</sup> La L. Modello non è stata infatti oggetto di trasposizione uniforme a riguardo. Prevedono tale possibilità la legge canadese (art. 26 *Canadian Arbitration Act*), quella spagnola (art. 32 *ley de arbitraje*) e quella giapponese (art. 34 *Arbitration Act*), laddove si è (testualmente) optato per la previsione di un ampio potere officioso del tribunale nei sistemi implementati in Bulgaria, Egitto, Giordania e nel Sultanato dell'Oman, nelle cui normative si legge, semplicemente, che "(t)he arbitral tribunal may appoint one or several experts to present a written or oral report on determined questions" (a riguardo, v. nuovamente Binder, *International Commercial Arbitration*, cit., 323).

<sup>502</sup> Cfr. art. 25 c. 1: "(t)he parties shall supply the evidence. However, the arbitrators may appoint experts, unless both parties are opposed thereto" e, a conferma di tale possibilità, Heuman, *Arbitration Law*, cit., spec. 257.

<sup>503</sup> Cfr. art. 37 ("Power to appoint experts, legal advisers or assessors"): "(1)Unless otherwise agreed by the parties (a) the tribunal may: (i) appoint experts or legal advisers to report to it and the parties, or (ii) appoint assessors to assist it on technical matters, and may allow any such expert, legal adviser or assessor to attend the proceedings; and (b) the parties shall be given a reasonable opportunity to comment on any information, opinion or advice offered by any such person. (2)The fees and expenses of an expert, legal adviser or assessor appointed by the tribunal for which the arbitrators are liable are expenses of the arbitrators for the purposes of this Part").

<sup>504</sup> Per tutti, v. Verde, G., *Lineamenti*, *lc. ult. cit.* e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., 68 ss.

<sup>505</sup> Così Triebel, Plassmeier, *The Use of Experts*, cit., spec. 163.

"*unless otherwise agreed by the parties*", mentre le altre fonti si limitano a prevedere un mero obbligo di consultazione delle parti in proposito<sup>506</sup>.

A fronte di indicazioni non del tutto chiare, dottrina e giurisprudenza hanno in passato ritenuto: *i.* talora che la nomina potesse sempre farsi d'ufficio<sup>507</sup>; *ii.* tal'altra volta che fosse necessario il consenso almeno di una parte<sup>508</sup>; *iii.* in altre occasioni, che le parti potessero sempre consensualmente precludere l'esercizio di tale potere da parte del tribunale<sup>509</sup>.

Ad onta di tali interpretazioni divergenti, è in ogni caso la prassi arbitrale maggioritaria a suggerire come non sia affatto consigliabile per gli arbitri agire prescindendo da una simile volontà delle parti<sup>510</sup> e a propendere invece per una valorizzazione di questa (come indicato al punto *iii.*), non soltanto sull'opportunità della nomina ma anche, come si vedrà, sull'identità del soggetto da nominare e sulle modalità di espletamento della perizia.

---

<sup>506</sup> Cfr. art. 27 c. 1 Reg. Camera arbitrale svizzera; Reg. IBA, fondate sul già ricordato "*meet and consult method*"; art. 29 Reg. Uncitral; *Uncitral Notes* del 1996 (per cui v. Ceccon, *Uncitral Notes*, cit., spec. 78); art. 26 c. 4 Reg. ICC (in passato art. 22).

<sup>507</sup> V. i riff. riportati in Carlevaris, *Commento*, cit., 385 anche a giurisprudenza di corti francesi e svizzere; nello stesso senso, v. anche Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration*, cit., 107.

<sup>508</sup> Così, a commento delle nuove Reg. ICC vers. 1998, Jarvin, *Eléments de la procédure d'arbitrage*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 1997: The New 1998 ICC Rules of Arbitration: Proceedings of the ICC Conference Presenting the Rules*, Paris, 1997, spec. 38. Conf. anche Derains e Schwartz, *A Guide*, cit., spec. 280.

Ancora di recente in giurisprudenza si è affermato che ove manchi una previsione chiara a riguardo nel regolamento arbitrale la nomina del consulente costituirebbe potere inquisitorio degli arbitri: v. High Court of Justice, Queens' Bench Division (Technology and Construction Court), 13 luglio 2010, *Price c. Carter (t/a Ian Carter Building Contractors)*, in cui la Corte ha rigettato l'impugnazione per nullità *ex art. 68 AA* di un lodo reso a seguito di un procedimento condotto secondo le *Construction Industry Model Arbitration Rules* ("CIMA") della *English Society of Construction Arbitrators*, per non avere l'arbitro unico comunicato previamente alle parti la propria volontà di nominare un perito, sottolineando l'assenza di previsioni esplicite in tal senso nel regolamento applicabile.

<sup>509</sup> Così pure Carlevaris, *lc. ult. cit.*

<sup>510</sup> V. es. ord. 20 settembre 2004, affare ICC 13054, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.; *contra cfr.* es. Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, 21 giugno 1985, *Behring International Inc. c. Iranian Air Force*, ITM/ITL 52-382-3, in *Yearbook Commercial Arbitration*, XI, 1986, 349 ss., in cui il tribunale ha ordinato l'espletamento di una perizia nonostante l'opposizione di una delle parti (ma v. anche la *dissenting opinion* dell'arbitro Mosk, il quale ha affermato che i poteri di un tribunale arbitrale non debbano essere ritenuti illimitati come affermato dalla maggioranza).

In dottrina, con riferimento al citato art. 21 Reg. LCIA, v. Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 135 ("*it is unlikely that a tribunal will impose an expert on the parties against their wishes*") e conf., per arbitrati ICC, Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce*, cit., 442.

### 25.1 (Segue) Garanzie di imparzialità dei consulenti.

Com'è stato osservato, pur assolvendo l'esperto una funzione di assistenza del tribunale arbitrale, esso non può ritenersi ausiliario di questo in senso proprio: nell'assenza di qualsiasi obbligo di giuramento<sup>511</sup> o di prestare il proprio ufficio pena la comminazione di sanzioni, i consulenti sono piuttosto prestatori d'opera professionale, responsabili prima e soprattutto nei confronti delle parti<sup>512</sup>. Difettano quei meccanismi atti a preservare l'imparzialità dei periti utilizzati nei processi civili e l'arbitrato internazionale tenta di dotarsi di regole volte ad integrare detta lacuna.

Sono stati già richiamati in proposito alcuni accorgimenti cui si fa ricorso con riferimento a consulenti di parte, i quali possono valere, *mutatis mutandis*, anche per periti nominati dagli arbitri.

Con specifico riguardo alla consulenza d'ufficio l'art. 6 c. 2 Reg. IBA prevede che gli esperti debbano fornire uno *statement of independence*, oltre a comunicare una serie di informazioni necessarie a permettere una valutazione della loro imparzialità (e in larga parte corrispondenti a quelle già viste di sopra per i consulenti di parte<sup>513</sup>). Simili prescrizioni sono contenute in regolamenti arbitrali e anche quando le fonti applicabili non dicano nulla a riguardo è comunque opportuno che la questione sia affrontata dal tribunale arbitrale con ordinanze "concordate"<sup>514</sup>.

Tra gli strumenti atti a garantire l'imparzialità dei consulenti si colloca poi la diffusa prassi arbitrale di incentivare la partecipazione delle parti al processo di nomina del consulente<sup>515</sup>, tramite l'esame di liste di potenziali candidati fornite dal tribunale<sup>516</sup>, o con la presentazione di ciascuna parte di un proprio elenco di

---

<sup>511</sup> Ma v. in proposito quanto si dirà *infra*, sub § 33.

<sup>512</sup> Così, Verde, *Lineamenti*, cit., 131; conf. Tota, *Commento all'art. 816-ter c.p.c.*, cit., spec. 721 e gli ulteriori rife. citati in nota 43 e La China, *L'arbitrato*, cit., spec. 201.

<sup>513</sup> Cui la prassi, peraltro, faceva già riferimento in passato: v. es. l'ordinanza resa nell'affare ICC 7170/1993, in Hascher, *Collection*, cit., spec. 30 ss.

<sup>514</sup> V. artt. 21, c. 1 lett a) Reg. LCIA (per cui gli esperti "*shall be and remain impartial and independent of the parties throughout the arbitration proceedings*") e 22, c. 1 Reg. AAA; nulla si prevede, invece, per arbitrati ICC, la cui prassi tuttavia mostra di orientarsi nel senso spiegato.

<sup>515</sup> Già prevista, peraltro, nelle *Uncitral Notes* (v. in part. § 70).

<sup>516</sup> La rammenta Carlevaris, *Commento*, cit., 386

nominativi<sup>517</sup>. A ciò, peraltro, potrebbe aggiungersi il ricorso a liste “permanenti” di consulenti da formarsi e mantenersi a cura delle istituzioni arbitrali<sup>518</sup>, avvalendosi, se del caso, di propri bracci operativi già esistenti<sup>519</sup> e magari in coordinamento con associazioni rappresentative di esperti come quelle sopra citate.

Altro strumento di garanzia, infine, è dato dai mezzi di riconsunzione dei consulenti. Se nulla si prevede in ordine a tale possibilità nei Reg. ICC, LCIA e AAA, è di sicuro interesse la previsione contenuta nel citato art. 29 Reg. CAM che al c. 2 richiama la disciplina della riconsunzione prevista per gli arbitri. Anche nel sistema della L. Modello, in assenza di disciplina espressa, potrebbero richiamarsi in via analogica le disposizioni per la riconsunzione di questi di cui agli artt. 12 e 13 ed è questa la via scelta, nel recepire tale Legge, dall’ordinamento tedesco, per il quale l’art. 1049 c. 3 ZPO richiama, appunto, i precedenti artt. 1036 e 1037 c. 1 e c. 2<sup>520</sup>.

Identica soluzione è stata affermata con riferimento all’arbitrato regolato dal c.p.c. italiano<sup>521</sup> e può pure arguirsi con riguardo alle Reg. IBA, nelle quali si dispone che ogni doglianza, obiezione e controversia tra le parti in merito all’imparzialità dei consulenti debba essere decisa dal tribunale prima della loro nomina e secondo il procedimento previsto dall’art. 6 c. 2 ult. parte<sup>522</sup>, ovvero, tenderemmo a ritenere,

---

<sup>517</sup> V. ord. affare ICC 5715/1996, in Hascher, *Collection*, cit., 149; nonché la decisione del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, nel caso *Chas. T. Main International Inc. c. KWPA*, n. ITL 35-120-2, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 5, spec. 186.

<sup>518</sup> Già oggi, peraltro, la nomina dei consulenti può essere rimessa all’istituzione arbitrale: v. es. *supra*, art. 29 c. 1 Reg. CAM.

Si aggiunga che ove si volessero predisporre delle liste permanenti sarebbe opportuno stabilire dei criteri per l’inclusione e dei meccanismi di controllo (e torneranno d’ausilio, in proposito, le critiche di Taruffo, in *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica. Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, 8, Milano, 2008, spec. 8, al carattere *de minimis* dei requisiti richiesti dagli artt. 61 c.p.c. e 15 disp. att. c.p.c.).

<sup>519</sup> Si pensi, per arbitrati ICC, all’*International Centre for Expertise* della medesima Camera di Commercio Internazionale di Parigi. In tal senso, v. Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration*, cit., 105; conf. pure Derains e Schwartz, *A Guide*, cit., 280.

<sup>520</sup> Cfr. art. 1049 c. 3: "(a)uf den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sind die §§ 1036, 1037 Abs. 1 und 2 entsprechend anzuwenden".

<sup>521</sup> Così, La China, *L’arbitrato*, cit., 202, per cui nelle stesse ipotesi in cui è possibile la riconsunzione, sui consulenti graverebbe l’obbligo di astenersi.

<sup>522</sup> Si prevede in tale norma (che riprende in larga parte quanto già previsto all’art. 29 c.2 ult. parte Reg. Uncitral) che dopo che l’esperto abbia comunicato la propria dichiarazione di indipendenza e prima che abbia accettato l’incarico, il tribunale debba comunicare il nominativo alle parti, fissando un termine perché queste esprimano le loro eventuali obiezioni/osservazioni sulle quali il tribunale arbitrale dovrà poi decidere senza ritardo (“promptly”).

anche più oltre a detta scadenza, ove motivi di ricusazione sopravvengano nel corso del procedimento<sup>523</sup>.

## 25.2 (Segue) Consulenza tecnica e contraddittorio. Rinvio.

Agli esperti designati dal tribunale arbitrale, come avviene nei singoli ordinamenti nazionali, sono attribuiti ampi poteri di indagine, per svolgere ispezioni<sup>524</sup>, compiere accessi, o per richiedere la produzione di documenti o altre prove<sup>525</sup>. Le Reg. IBA, ad esempio, stabiliscono espressamente che a tale scopo ai consulenti debba essere riconosciuta la stessa autorità di cui è provvisto il tribunale arbitrale.

Su tali poteri si tornerà trattando del procedimento di espletamento della consulenza e per ora è sufficiente menzionare i numerosi accorgimenti che si impongono in queste fasi per prevenire eventuali abusi e garantire l'osservanza del contraddittorio tra le parti<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> Nello stesso senso, ci sembra, anche Kühner, *The Revised IBA*, cit., spec. 674. Per Matray, *Les traits caractéristique*, cit., 131, più ridotti (= limitati ad ipotesi di *gross violations*) dovrebbero essere gli spazi per richiedere la ricusazione del consulente quando la nomina di questo sia avvenuta con il comune accordo delle parti.

<sup>524</sup> Nelle Reg. IBA il potere dei consulenti di effettuare ispezioni di cui all'art. 5 è stato più chiaramente disciplinato con le modifiche apportate nel 2010 e rafforzato con l'indicazione agli esperti di dar conto nella propria relazione di eventuali comportamenti reticenti o negatori delle parti, identificando altresì le conseguenze di tali comportamenti in relazione allo svolgimento della perizia. Resta poi la necessità di coordinare il potere di svolgere ispezioni ivi previsto con quanto disposto dal successivo art. 7 ove, nel prevedere che il tribunale possa ordinare ispezioni, si ammette che esso possa fare ciò anche disponendo che queste siano effettuate dai consulenti.

Si aggiunga che con le modifiche del 2010 si è anche opportunamente cancellato dal testo dell'art. 6 ogni riferimento a valutazioni in tema di rilevanza e ammissibilità di documenti, informazioni ecc. che, nella versione previgente, parevano indebitamente rimesse ai consulenti.

<sup>525</sup> Cfr. art. 6, c. 3 Reg. IBA e art. 29 c. 3 Reg. Uncitral, che dispone come segue: “(t)he parties shall give the expert any relevant information or produce for his or her inspection any relevant documents or goods that he or she may require of them. Any dispute between a party and such expert as to the relevance of the required information or production shall be referred to the arbitral tribunal for decision”.

<sup>526</sup> In proposito, v. in genere Berlinguer, *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1994, 762 ss. Detti accorgimenti appaiono tanto più necessari una volta constatato che, anche in arbitrati internazionali, le consulenze tecniche possono presentare un'ampia varietà nei contenuti, potendo la missione dell'esperto consistere “nella mera osservazione di fatti o nella descrizione di fenomeni”, ovvero richiedere lo svolgimento di “attività più complesse e un ruolo più attivo nella determinazione delle cause di eventuali danni” (non essendo in altri termini estranea al settore in commento la distinzione tra consulente percipiente e consulente deducente: in arg. v. Carlevaris, *Commento*, cit., 380 ss. e Kreindler, *op. cit.*, 91).

Si osserva, infatti, che "(l)ike arbitrators, the expert must observe the principles of due process and equal treatment of the parties"<sup>527</sup> e tale affermazione trova riscontro costante sia nella giurisprudenza di corti statali<sup>528</sup> che nella prassi arbitrale<sup>529</sup>.

Alle parti e ai loro consulenti, pertanto, è riconosciuto il diritto di ottenere copia o notizia di qualsiasi documento o informazione acquisiti dal perito, così come di ispezionare ogni sito o proprietà dallo stesso esaminati<sup>530</sup>. Le parti, inoltre, possono investire il tribunale in ogni momento in merito ad asserite irregolarità nell'esercizio dei loro poteri da parte dei consulenti<sup>531</sup>.

Anche le più sopra ricordate prescrizioni che impongono trasparenza nel procedimento presiedono al rispetto del contraddittorio: così, appare senz'altro consigliabile, sebbene non espressamente previsto, ammettere la partecipazione delle parti alla redazione delle istruzioni al consulente<sup>532</sup>.

Sempre in un'ottica di osservanza del contraddittorio, sembrerebbe *prima facie* da evitarsi lo svolgimento di incontri "ex parte" fra tribunale e consulenti<sup>533</sup>, sebbene sia stato osservato che essi potrebbero risultare talora opportuni, per evitare, ad esempio, che i consulenti restino intimoriti o influenzati dai litiganti (ed in effetti sono riscontrabili precedenti arbitrali in tal senso)<sup>534</sup>.

Da par suo, la giurisprudenza nega la legittimità di simili incontri quando vi si svolgano attività su cui le parti dovrebbero poter interloquire (si pensi ad incontri

---

<sup>527</sup> Così Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, cit., 705.

<sup>528</sup> V. es. Corte d'Appello di Parigi, 12 febbraio 1993, *Unchips Finanziaria c. Gesnouin*, in *Revue de l'arbitrage*, 1993m 255 ss. ed in *Yearbook Commercial Arbitration*, XIX, 1994, 658 ss.

<sup>529</sup> Cfr. ord. resa nell'affare ICC n. 5715, in Hascher, *Collection*, cit., 145 e 147 ss. e in *Journal de droit international*, 1996, 123 ss., con nt. del medesimo a.

<sup>530</sup> Ciò a seguito delle modifiche intervenute nell'art. 6 che in passato prevedeva tale diritto delle parti soltanto in riferimento ai documenti acquisiti dal consulente. È nella medesima ottica "garantista" che vanno pure inquadrare, come rammenta Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., spec. § 4, le previsioni, in parte già ricordate, che assicurano che l'esperto presenti una relazione scritta, che tale relazione sia portata a conoscenza delle parti e che queste abbiano la possibilità di interrogare l'esperto in udienza ecc. (a riguardo, v. anche *infra*, cap. 6, § 33).

<sup>531</sup> V. artt. 6 c. 3 Reg. IBA (che rinvia al procedimento previsto dall'art. 3, commi 5-8, in merito a incidenti e contrasti tra le parti circa la produzione di documenti) e 27 Reg. Uncitral.

<sup>532</sup> Così, con riferimento al sistema inglese, Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 246.

<sup>533</sup> Nuovamente, Sutton, Gill, Gearing, *loc. cit.*, e spec. nt. 484 per gli opportuni rinvii giurisprudenziali (gli aa. rammentano che la circostanza potrebbe legittimare l'impugnazione per nullità del lodo per *serious irregularity* ai sensi dell'art. 68, comma 2 lett. a) *AA*).

<sup>534</sup> V., infatti, per l'ammissione di tali incontri entro i limiti individuati dalla giurisprudenza ed indicati di seguito nel testo, ord. in affare ICC 5715/1996 e relativo commento, in Hascher, *Collection*, cit., 144.

volti ad esaminare prove<sup>535</sup>), mentre nei restanti casi pare orientarsi per ritenere che tali condotte non integrino di per sé un motivo di impugnazione per nullità<sup>536</sup>, ma possano rilevare soltanto ove sia stato arrecato un effettivo pregiudizio alla parte e sempre che sia stata sollevata la relativa eccezione in corso d'arbitrato<sup>537</sup>.

### 25.3 (Segue) Consulenza tecnica e decisione.

Si è già accennato al fatto che il consulente tecnico del tribunale arbitrale contribuisce a formare il convincimento di questo, non potendo in nessun caso sostituirvisi: “*a tribunal-appointed expert [...] is not an adjudicator and can do no more than assist the arbitrator*”<sup>538</sup>. Gli arbitri, come qualsiasi giudice, non sono dunque vincolati al contenuto della perizia<sup>539</sup>, ma possono sempre liberamente discostarsene adeguatamente motivando<sup>540</sup>.

Chiarissimo sul punto è l'art. 31 Reg. NAI, il quale recita che “*(t)he arbitral tribunal shall not be obligated to follow the experts' advice if it is not in conformity with its own*

---

<sup>535</sup> V. la decisione resa nel caso *Husmann Europe Ltd. c. Al Ameen Development & Trade Co.*, in *Lloyd's Rep.*, 2000, 2, 83 ss.

<sup>536</sup> Corte d'Appello di Parigi, 13 marzo 1973, *Baumajs c. S.C.I. Martin Nadaud Cimarna*, in *Revue de l'arbitrage*, 1973, 176 ss.; conf. Corte d'Appello di Parigi, 25 giugno 1993, *Schönenberger Systemtechnik GmbH c. S.A. Vens*, in *Revue de l'arbitrage*, 1993, 685 ss., con nota di Bureau.

<sup>537</sup> Così v. es. Corte Suprema Singapore, 13 settembre 2004, 4SLR 705, *Luzon Hydro Corp. c. Transfield Philippines Inc.*, in Jarvin, Magnusson, *International Arbitration*, cit., 725 ss., in cui i giudici hanno rigettato l'impugnazione di un lodo ICC negando che potesse costituire *breach of natural justice* il fatto che il consulente avesse agito al di fuori del mandato conferitogli e, soprattutto, che gli arbitri avessero basato la loro consulenza su informazioni ed elementi pervenuti da questo non per iscritto ma in via orale, durante incontri svoltisi in assenza delle parti. Gli arbitri, preavvisando di ciò le parti, avevano conferito al consulente numerosi compiti definiti "amministrativi" (studio di documenti e atti del procedimento, riunione di allegati tecnici, assistenza al collegio nella redazione del lodo ecc.) e, pertanto, in più di un'occasione si erano tenute riunioni tra questi e in assenza delle parti. Rigettando l'impugnazione proposta, la corte ha ritenuto che, avendo il tribunale previamente avvertito le parti dei compiti affidati al consulente e nulla avendo esse obiettato al riguardo nel corso del procedimento, qualsiasi doglianza e valutazione in punto dovesse ritenersi preclusa in sede di impugnazione per nullità.

<sup>538</sup> Freyer, *Assessing Expert Evidence*, cit., § 2 b).

<sup>539</sup> In tal senso, v. per tutti Carlevaris, *Commento*, cit., 383. Cfr. anche Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCLA*, cit., 136: “*the report prepared by the tribunal-appointed expert is not intended to bind the tribunal, and should be judged on the same basis as any other expert evidence proffered in the proceedings*”.

<sup>540</sup> Così, nella prassi arbitrale, v. es. lodo reso nel caso ICC 9608/1998, in Arnaldez, Derains, Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, cit., 669 ss. In dottrina, v. per tutti Carlevaris, *Commento*, cit., 383. Cfr. anche Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCLA*, cit., 136: “*the report prepared by the tribunal-appointed expert is not intended to bind the tribunal, and should be judged on the same basis as any other expert evidence proffered in the proceedings*”.

*convictions*”<sup>541</sup>. Le Reg. IBA, invece, precisano che ogni consulenza tecnica d'ufficio debba essere valutata dal tribunale "*with due regard to all circumstances of the case*".

Il principio ora esposto è ripetutamente affermato in decisioni rese in arbitrati commerciali<sup>542</sup> e nella giurisprudenza arbitrale del Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti<sup>543</sup>. Ciononostante, si osserva come gli arbitri, non diversamente da quanto accade nei processi dinanzi a corti statali, tendano “spesso e volentieri” a conformarsi alle risultanze della consulenza<sup>544</sup> ed è la stessa prassi a confermarlo<sup>545</sup>.

Le suddette disposizioni di garanzia di imparzialità dei consulenti soccorrono allora, per quanto possibile, anche allo scopo di valutare l'affidabilità di questi, permettendo il controllo delle parti e delle corti statali sulla soluzione accolta dal consulente e recepita nel lodo dagli arbitri.

Nella prassi arbitrale, inoltre, sempre più si fa ricorso ad ulteriori criteri obiettivi utili a valutare la preparazione del consulente, quali *tests* o altri parametri di sorta, che paiono evocare quelli conati dalla giurisprudenza statunitense<sup>546</sup> per fronteggiare la questione della scarsa imparzialità delle consulenze e del loro conseguente grado di affidabilità<sup>547</sup>.

---

<sup>541</sup> Vedilo con commenti in van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit., spec. 150.

<sup>542</sup> V. es. lodo in caso ICC 9608/1998, in Arnaldez, Derains, Hascher (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, 2008, Paris, The Hague, Boston, spec. 674: "*cette règle s'applique également dans le cadre des procédures arbitrales où le tribunal arbitral ne peut pas déléguer à l'expert la mission juridictionnelle qui lui est confiée par les parties*".

<sup>543</sup> Cfr. es. Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti, caso *Starrett Housing Corp. c. Iran*, n. 314-24-1, in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, 16, spec. 196: "*experts are not relied on to dictate to the decision-maker what the final result should be?*".

<sup>544</sup> Così, De Nova, *Un arbitro e la "verità scientifica"*, in *Decisione giudiziaria*, cit., spec. 51; Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 136: "(a)s a matter of practise, however, such reports are generally accorded a great deal of weight by the tribunal, which is perhaps to be expected given the independence and neutrality of the expert". Nello stesso senso, Derains, Schwartz, *A Guide*, cit., spec. 278.

<sup>545</sup> Cfr. es. lodo reso in arbitrato condotto entro l'egida del *Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* ("CRCICA"), 30 aprile 1998, casp n. 102/1997, in Eldin, M., Eldin, A. (a cura di), *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration*, II, 1997-2000, The Hague, 2003.

<sup>546</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza statunitense che ha enucleato parametri quali *testability*, *peer review*, *rate of error*, *general acceptance* richiedendo, in concreto, l'indicazione delle pubblicazioni del consulente nella materia di riferimento, delle ultime controversie in cui sia stata prestata consulenza, di eventuali attestazioni accademiche ecc.: in proposito, v. *amplius* Dondi, *Paradigmi processuali*, cit., spec. 267; Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss.; e anche Ansanelli, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, cit., *passim* e *Id.*, *La consulenza tecnica*, cit., spec. 281 e i riff. citati alle note 80 ss.

<sup>547</sup> V. per riff. a precedenti arbitrati in tal senso, Cato, *Arbitration Practice*, cit., spec. 761 ss.



Si tratta soltanto di minimi progressi e “volenterosi” tentativi, la cui menzione è però utile a dimostrare, una volta in più, come il settore in analisi risulti sede privilegiata per tentare di risolvere problematiche tuttora irrisolte nell’esperienza contemporanea dei processi civili.

26. *La consulenza tecnica vertente su questioni giuridiche. Ancora sulla rilevanza del principio iura novit curia nei procedimenti arbitrali internazionali.*

Ultima questione su cui occorre brevemente soffermarsi è quella che attiene al ricorso a consulenze tecniche che servano a provare esistenza, contenuto e *ratio* di norme giuridiche, di cui si trovano ampie tracce nella prassi di arbitrati commerciali sebbene non vi si faccia alcun cenno nelle diverse fonti della materia<sup>548</sup>.

La perizia in materie giuridiche, in particolare, è utilizzata tanto ove si tratti di accertare il diritto applicabile al merito della controversia, quanto in ipotesi in cui sia necessario indagare su norme procedurali<sup>549</sup>.

In proposito, va segnalato come non sia affatto sorprendente apprendere che nei precedenti arbitrali il ricorso a consulenze di parte in materie giuridiche appaia di gran lunga prevalente rispetto alla nomina di periti sulle stesse questioni ad ausilio dei tribunali<sup>550</sup>. L’argomento qui in oggetto, infatti, sfiora nuovamente il

---

<sup>548</sup> Come rammentato da Carlevaris, *Commento*, cit., 381, nella versione del Reg. ICC risalente al 1955 si ammetteva espressamente la possibilità che gli arbitri si facessero assistere da esperti in materie giuridiche, ma nelle versioni successive ogni riferimento a tale possibilità è stato cancellato. In tema, con riferimento al sistema italiano, v. pure Odorisio, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio*, in *Giur. mer.* 1995, 503 ss. e Rubino Sammartano, *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*, in *Foro pad.*, 1990, I, 280 ss. Nella prassi arbitrale, v. es. ord. proc. in caso ICC 6848/1995, in Hascher, *Collection*, cit., spec. 120 ss., in cui il tribunale arbitrale ha ammesso la consulenza tecnica per la prova del diritto straniero, rimarcando come ciò fosse tra l’altro rispondente alle prassi in uso nei processi dinanzi a giudici internazionali (per le quali, in effetti, il diritto straniero è considerato come un fatto: v. a riguardo, v. per tutti, Witenberg, *La théorie des preuves devant les juridiction internationales*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, 34 ss.).

<sup>549</sup> V. Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 246, e la giurisprudenza citata in nota 476.

<sup>550</sup> Lo ricorda Bermann, *Cross-examining the legal expert*, in Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr., *Take the Witness*, cit., 181 ss., spec. 182. Nella prassi, v. es. lodo parziale del marzo 2002 reso nel caso ICC 11375, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2005: UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, Paris, 2005; nonché, in giurisprudenza, Corte Suprema di Singapore, adita per l’impugnazione di un lodo ICC, in Jarvin, Magnusson, *International Arbitration*, cit., 725 ss. e spec. 727.

menzionato dibattito intorno alla validità in arbitrati internazionali del principio *iura novit curia*<sup>551</sup>. Avendo già chiarito entro quali limiti a tale principio possa essere riconosciuta effettiva “vigenza” in tali procedimenti e quali siano i suoi rapporti con il tema dell’onere della prova, sarà ora chiaro che difficilmente potrà aversi il ricorso ad una consulenza d’ufficio quando, per la legge sostanziale applicabile al rapporto, rientri nell’onere di chi afferma la rilevanza di una determinata norma provarne l’esistenza, poiché - così facendo - il tribunale arbitrale si sostituirebbe alla parte su cui incombe detto onere. In questi casi, la possibilità dovrà ritenersi limitata alla presenza di un accordo delle parti che, nell’autorizzare il tribunale ad operare in tal senso, stipulino in sostanza un patto di deroga alle regole in tema di onere della prova.

Eccettuati i casi in cui siano coinvolti simili aspetti e considerato che la nomina di un consulente d’ufficio in materia legale può risultare spesso necessaria<sup>552</sup>, può ritenersi che ciò sia oggi certamente possibile: *i.* nelle ipotesi, allo stato perlopiù “di scuola”, in cui “*il giudice laico non sia anche un giurista*”<sup>553</sup>; *ii.* in ogni caso, ove vi sia l’accordo delle parti<sup>554</sup> o, che dir si voglia, dopo che queste siano state consultate in proposito nel senso precisato di sopra; *iii.* sempre e soltanto su singoli e specifici aspetti<sup>555</sup> e mai “appaltando” al consulente l’intera decisione<sup>556</sup>.

---

<sup>551</sup> Per cui v. *supra*, cap. 2, § 9.1.

<sup>552</sup> Si pensi, al riguardo, alla necessità di accertare il contenuto di disposizioni di diritto straniero, per cui lo stesso art. 14 l. n. 218/1995 ammette il ricordo a consulenti (ed alla collaborazione delle parti).

<sup>553</sup> Così Tota, *Commento all’art. 816-ter c.p.c.*, cit., spec. 725 e i riff. citati alle note 56-59.

<sup>554</sup> E anche quando “*detta autorizzazione sia implicitamente riconducibile alla volontà delle parti attraverso la prassi loro nota della istituzione arbitrale prescelta*” (Briguglio, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 1991, 813, a commento di Bundesverfassungsgerichtshof, 18 gennaio 1990, che ha ritenuto che la nomina di un consulente tecnico in materie giuridiche non costituisse violazione dell’ordine pubblico processuale).

<sup>555</sup> Ossia su quesiti specifici e puntuali: v. il lodo citato da Carlevaris, *Commento*, cit., 382, in *Journal du droit International*, 1994, 1088 ss., con nt. di Hascher.

<sup>556</sup> Così v. anche De Nova, *Un arbitro*, cit., spec. 52-53. Vale difatti tanto più, con riferimento alla consulenza in materie giuridiche, l’affermazione per cui la sua funzione “*is to advise, not decide*” (Tackaberry, Marriott, *Bernstein’s Handbook*, cit., 272).

## 27. Rilievi conclusivi.

L'apprezzamento complessivo della disciplina sopra esaminata permette di affermare che, ad oggi, posta l'inevitabilità del ricorso a consulenze tecniche<sup>557</sup>, le principali problematiche presentate da questi istituti attengono alle garanzie di imparzialità dei periti ed alla necessità di salvaguardia di costi e tempi dei procedimenti.

Nel valutare positivamente le molteplici proposte già avanzate nel settore e specialmente il proposito di estendere le citate garanzie, si potrebbe tentare di incentivare la prassi già esistente di nomina di un *single joint expert* che valorizzi l'accordo delle parti (evitando che queste nominino anche propri consulenti), magari attribuendo la scelta di questo all'istituzione arbitrale in caso di disaccordo o, comunque, per garantire imparzialità<sup>558</sup>.

Ulteriori riflessioni su questi temi potrebbero concentrarsi sul progetto di incrementare il ricorso a collegi a composizione mista tra giuristi e tecnici<sup>559</sup>.

Infine, accanto al difficile obiettivo di creare *specialised panels*, le istituzioni arbitrali potrebbero ragionare sull'idea di integrare degli *assistant rapporteurs* all'interno della struttura dell'organismo arbitrale stesso, e che stiano al servizio del tribunale ove necessario, senza quell'aggravio in termini di spese che la consulenza di un terzo suole comportare<sup>560</sup>.

---

<sup>557</sup> Come è per ogni giudice, anche la legittimità di decisioni arbitrali non deriva soltanto dall'osservanza del rito, ma "*their technical accuracy reinforces their procedural legitimacy*": v. Taruffo, *Conoscenza scientifica*, cit. spec. 6 in cui Pa. constata pure che "*l'evoluzione in atto è nel senso di far ricorso sempre meno alla scienza privata del giudice, e di far ricorso sempre più alla scienza degli scienziati*".

<sup>558</sup> Quanto avvenuto, ad es., nel caso ICC n. 11250: v. ord. 22 maggio 2003 in *Decisions on ICC*, cit., in cui si legge che "*in order to determine the exact quantum of damages due to the Respondent by the Claimant, and in order to comply with the principle of due process and adversary procedure, the Arbitral Tribunal and the Parties have agreed to request the ICC International Centre for Expertise to propose an expert, which shall be appointed by the Arbitral Tribunal*".

<sup>559</sup> Così, Redfern, *Experts and Arbitrators - An International Perspective*, in *International Arbitration Law Review*, 2001, 4, 105 ss., spec. 109. Rammenta l'utilità di nominare giuristi che siano anche esperti nel campo tecnico considerato Landsman, *Cross-examining*, cit., spec. 170.

<sup>560</sup> Queste figure, peraltro, sono già previste dall'art. 37 dell'*AA* inglese, che accanto alla figura del consulente tecnico prevede la possibilità per il tribunale di "*appoint assessors to assist it on technical matters*". È certamente significativo riscontrare come queste stesse soluzioni siano state profilate, per far fronte ad un identico ordine di problemi, con riferimento al processo dinanzi ai giudici dell'Unione europea: in De La Serre, Sibony, *Expert Evidence*, cit., spec. 980-981, si legge, tra le vie per incrementare efficienza nell'utilizzo di consulenze tecniche in tali processi, sia la proposta di introdurre maggiori garanzie nel ricorso a periti di parte, sia quella di adottare *more structural changes* che portino all'integrazione della conoscenza all'interno delle corti, con la previsione - ad esempio - di *court's assessors*.

## Capitolo Sesto

### SVOLGIMENTO DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA

SOMMARIO: 28. Discussione “preliminare” e normale scansione temporale dell’istruzione probatoria. - 29. Il giudizio di rilevanza e ammissibilità dei mezzi di prova, in genere. - 30. Cenni ai limiti di ammissibilità dettati da esigenze di protezione di segreti commerciali e informazioni confidenziali. - 31. Prova documentale: modi di introduzione nel corso del procedimento. - 31.1 (*Segue*) Esibizione documentale: poteri degli arbitri e “unicità” dei procedimenti in uso in arbitrati internazionali. - 32. Prova testimoniale: modi di introduzione nel corso del procedimento. - 32.1 (*Segue*) Testimonianza scritta, *witness statements, depositions, affidavits*. - 32.2 (*Segue*) Preparazione dei testimoni. - 32.3 (*Segue*) Giuramento. - 32.4 (*Segue*) Interrogatorio. - 32.5. (*Segue*) Aspetti peculiari nell’assunzione della testimonianza a contenuto tecnico. - 33. Il procedimento nella consulenza tecnica d’ufficio. - 34. Ispezioni ed esperimenti. - 35. Assenza di poteri coercitivi degli arbitri. - 36. Cenni all’assistenza giudiziaria in materia di istruzione probatoria. - 37. *Non-compliance* delle parti e relative “sanzioni”. 37.1. Desunzione di inferenze negative dal comportamento processuale delle parti. - 37.2. Conseguenze sulla ripartizione dei costi del procedimento. - 38. Conclusioni. L’approccio collaborativo e le garanzie processuali riconosciute in sede di assunzione come contrappeso della libertà concessa agli arbitri in tema di ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova. - 38.1. Centralità dell’obbligo di motivazione e lodi “concordati”.

#### 28. Discussione “preliminare” e normale scansione temporale dell’istruzione probatoria.

Si è già detto in precedenza<sup>561</sup> che il metodo “collaborativo”, c.d. *meet and consult method*<sup>562</sup>, che impone agli arbitri di dialogare con le parti già dall’avvio del procedimento, può essere attuato nei modi più disparati, quali la compilazione di *terms of reference*, lo svolgimento di udienze preliminari, l’emissione di ordinanze di procedura, la predisposizione di calendari dei procedimenti, e così via.

---

<sup>561</sup> *Supra*, cap. 1, spec. 5.1.

<sup>562</sup> Su cui v. anche von Segesser, *The IBA Rules*, cit., 739.

Quale che sia la modalità prescelta, si richiede la previa discussione e decisione delle regole che presidieranno l'istruttoria e l'importanza di tale fase preliminare è tale da aver indotto gli operatori all'emanazione di linee guida ad essa appositamente dedicate<sup>563</sup>.

Fermo quanto sopra rammentato circa l'esistenza di un diritto all'udienza e il riferimento all'opzione di un arbitrato su documenti, nei limiti in cui è possibile generalizzare su di una fase che è in larga misura rimessa all'iniziativa degli arbitri e alla loro esperienza, può qui rammentarsi come sia prassi diffusa quella di fissare un'udienza preliminare - da svolgersi di norma in via di tele- o video-conferenza - tra gli arbitri (o il solo presidente a ciò autorizzato dai restanti membri del collegio), gli avvocati delle parti, e il delegato dell'istituzione arbitrale (il *case manager* in arbitrati AAA, il delegato del segretariato in arbitrati ICC, ecc.).

Tale udienza, che si svolge dopo lo scambio dei primi atti di parte, è tipicamente volta a regolare diversi aspetti, tra i quali la produzione di documenti e la deduzione delle richieste di prova, il raggiungimento di accordi su fatti non contestati tra le parti, il successivo svolgimento della fase orale, l'eventuale nomina di un consulente d'ufficio, i termini per la produzione delle liste dei testimoni e degli esperti di parte con relativi *witness statements*, *expert reports* e dati identificativi, sino ad arrivare alla decisione finale, con eventuali accordi in merito alla necessità di motivazione del lodo<sup>564</sup>. È anche possibile che si decida di biforcare il procedimento in più fasi (distinguendo la fase sulla *jurisdiction* dalla fase attinente al merito, oppure scindendo il giudizio sulla debenza del risarcimento richiesto dalla successiva fase di determinazione del *quantum*) e in tal caso anche la trattazione potrà seguire fasi differenti<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> V. così le recenti *Guidelines for the Arbitrator's Conduct of the Pre-Hearing Phase of Domestic Commercial Arbitrations and Guidelines for the Arbitrator's Conduct of the Pre-Hearing Phase of International Arbitrations* redatte dall'Ordine degli Avvocati dello Stato di New York (*New York State Bar Association*) e pubblicate nel novembre 2010. Non mancano indicazioni a riguardo neppure in dottrina: v. es., *ex multis*, Wiebecke, *The Procedure leading up to the Hearing: Memorials and written statements of witnesses and experts - Summary of the typical elements and procedural steps prior to the hearing under civil law practice*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 123 ss. e Kalicki, *The Preliminary Hearing to Organize the Arbitration Procedure*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2010, 4/5, 379 ss.

<sup>564</sup> Su cui v. *infra*, § 38.1.

<sup>565</sup> Come peraltro previsto dall'art. 3 c. 14 Reg. IBA: "(i)f the arbitration is organised into separate issues or phases (such as jurisdiction, preliminary determinations, liability or damages), the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, schedule the submission of Documents and Requests to Produce separately for each issue or phase".

Gli adempimenti da compiersi vengono solitamente inquadrati in un calendario del procedimento, utile allo scopo di predeterminare i tempi globali dell'arbitrato e a fissare i termini che le parti saranno tenute a rispettare<sup>566</sup>.

All'esito di tale udienza viene redatta un'ordinanza di procedura e abbiamo già rilevato l'opportunità che il contenuto di questa sia concordato con le parti<sup>567</sup>: a conferma, è qui utile rilevare come sia sempre maggiore la tendenza che vede i provvedimenti resi dal tribunale in questa sede assumere la forma di "*stipulation for pre-arbitration and arbitration procedures*" o "*written confirmation of all arrangements agreed*", che superano ed integrano l'accordo compromissorio tra le parti ed evitano (*rectius*: limitano la possibilità) che queste in seguito avanzino lamentele in ordine alla gestione del procedimento<sup>568</sup>.

Si è parimenti anticipato che i documenti vengono normalmente prodotti in allegato ai primi atti difensivi delle parti<sup>569</sup>; l'usuale scansione delle attività successive all'udienza preliminare vedrà allora un ulteriore scambio di memorie che, oltre a contenere la precisazione delle domande già spiegate, includeranno pure le richieste istruttorie delle parti, o le richieste di prova contraria quando le prime siano state già incluse negli atti iniziali<sup>570</sup>.

Quanto alla *discovery*, sebbene si ritiene essa - per essere "degn" di questo nome - debba aver luogo prima dell'udienza preliminare, più spesso accade che l'udienza diventi l'occasione per regolarne i profili<sup>571</sup> e che quindi tale procedura si collochi in una fase leggermente più avanzata del procedimento, idealmente tra il primo ed

---

<sup>566</sup> E sul cui rispetto la vigilanza sarà rimessa al giudizio motivato del tribunale, come è confermato sia in dottrina (v. es. Hanotiau, *The Conduct*, cit., spec. § 4) che nella prassi arbitrale (per cui v. es. il lodo reso nel 2003 in arbitrato SCC n. 71 del 2002, in *Stockholm Arbitration Report*, 2004, 2).

<sup>567</sup> Cap. 1, spec. § 2.3.

<sup>568</sup> Nella prassi di arbitrati ICC, peraltro, da tempo si prevede che i *terms of reference* siano sottoscritti sia dal tribunale che dalle parti: v. ora art. 23 c. 2 Reg. ICC.

<sup>569</sup> Come previsto dagli artt. 3 Reg. IBA; 24 Reg. SCC e 15 c. 6 Reg. LCIA. Quest'ultimo, in particolare, prevede una procedura di scambio di documenti particolarmente dettagliata (ma si riconosce che la disposizione possa essere derogata o esclusa *tout court* con l'accordo delle parti: Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 103 ss. e spec. 144, i quali definiscono la prassi di produzione dei documenti come allegati agli atti iniziali quale una *standard procedure*). Nello stesso senso v. anche art. 28 Reg. NAI e quanto previsto nelle *Case Management Techniques* ora riprodotte *sub* all. 4 al Reg. ICC, in cui si indica agli arbitri di richiedere espressamente alle parti "*to produce with their submissions the documents on which they rely*" (*Arbitration and ADR rules*, spec. 57 e lett. (i)). Quanto previsto dalle citate fonti, peraltro, è confermato dalla prassi, per cui v. es. ord. proc. 19 maggio 2004, nel caso ICC n. 13046 in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>570</sup> In proposito, Kreindler, *Benefiting from oral*, cit., 89.

<sup>571</sup> Carlevaris, *Commento*, cit., 370.

il secondo scambio di memorie scritte, anche in modo da permettere richieste “più consapevoli” e al contempo da non dilatare eccessivamente i tempi procedurali<sup>572</sup>.

Dopo tali scambi e le richieste di produzione troverà poi collocazione la fase orale del procedimento<sup>573</sup> e, in chiusura, si potrà avere uno scambio di *post-hearing briefs* tra le parti o la fissazione di una vera e propria udienza di discussione finale.

## 29. Il giudizio di rilevanza e ammissibilità dei mezzi di prova, in genere.

Come visto, nel prescindere totalmente dagli aprioristici limiti di ammissibilità previsti nei singoli ordinamenti, agli arbitri internazionali si attribuisce il sindacato in merito all'ammissibilità e rilevanza in concreto dei mezzi di prova richiesti dalle parti.

Le diverse fonti della materia<sup>574</sup>, confortate dalla prassi arbitrale<sup>575</sup>, confermano il potere di rigettare richieste istruttorie che siano “*burdensome, duplicative, defamatory or obviously irrelevant*”<sup>576</sup> o, come spiegato in altri termini dall'art. 9 c. 1 lett. a) Reg. IBA, a fronte di un “*lack of sufficient relevance to the case or materiality to its outcome*”. La giurisprudenza delle corti ritiene che gli arbitri possano sempre, debitamente motivando, rifiutare richieste che si appalesino come superflue, dilatorie o pretestuose<sup>577</sup>, confermando come il giudizio di rilevanza sia difficilmente

---

<sup>572</sup> Così Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 188,

<sup>573</sup> *Id.*, *op. cit.*, 194.

<sup>574</sup> Cfr. art. 19, c. 2 L. Modello; art. 9 Reg. IBA; art. 25, c. 1 Reg. ICC; art. 14, c. 3 Reg. LCIA. V. poi art. 26 c. 2 Reg. SCC, per cui - posto che sono le parti a dover provare la rilevanza dei mezzi di prova richiesti - “(t)he Arbitral Tribunal may order a party to identify the documentary evidence it intends to rely on and specify the circumstances intended to be proved by such evidence”.

<sup>575</sup> V. es. ord. proc. 12 maggio 2003, nell'affare ICC n. 12169 del 2003, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit. e ord. proc. in arbitrato ICC n. 5082 del 1993, in *Id.*, *Collection*, cit., 47.

<sup>576</sup> Pietrowski, *Evidence*, cit., 378: “*a tribunal always has authority to determine that evidence is inadmissible in appropriate circumstances*”.

<sup>577</sup> V. es. Tribunale federale svizzero, 19 febbraio 2009, 4A\_539/2008, *X. SpA in liquidazione c. Y. BV Italian/Dutch HRSG Consortium*, in *The Swiss International Arbitration Law Reports*, 2009, 1/2, 115 ss.; Tribunale federale svizzero, 26 maggio 2010, 4A\_433/2009, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 4, 905 ss.; High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court, 6 ottobre 2010, *Dolphin Tanker Srl c. Westport Petroleum Inc.*, in *Arbitration Law Monthly*, 2011, 6, 4 ss.; cui *adde* - circa il diniego della richiesta di consulenza tecnica - Corte d'Appello Parigi, 13 maggio 1980, *Air Intergulf Ltd. c. Société d'exploitation et de construction aéronautique*, n. G9097 (inedita); Corte

criticabile in sede di impugnazione del lodo e finisce per svolgersi privo di limiti e rimesso totalmente al sindacato dell'arbitro<sup>578</sup>.

Oltre all'esclusione delle prove per irrilevanza o superfluità ai fini della decisione, il settore degli arbitrati internazionali conosce poi alcune ulteriori speciali regole di inammissibilità, contemplate ora nell'art. 9 Reg. IBA.

In particolare, tale disposizione prevede la possibilità di esclusione di materiale istruttorio, d'ufficio o su istanza di parte: *i.* per ipotesi di “*legal impediment or privilege*” e protezione di segreti commerciali; *ii.* per ragioni di “*special political or institutional sensitivity*”; *iii.* per l'esistenza di un “*unreasonable burden to produce*” ed anche, a partire dal 2010, *iv.* per motivi di “*loss or destruction*” della prova considerata e *v.* per valutazioni di “*procedural economy, proportionality, fairness or equality*”<sup>579</sup>.

Dei temi della riservatezza e del segreto indicati sub *i.* si dirà immediatamente di seguito, mentre di tale disposizione in genere va rimarcato che essa è stata definita “elastica”, poiché attribuisce agli arbitri un potere di carattere sì discrezionale, ma non incondizionato, essendo necessario che essi motivino congruamente<sup>580</sup>.

### 30. Cenni ai limiti di ammissibilità dettati da esigenze di protezione di segreti commerciali e informazioni confidenziali.

Il problema della tutela della riservatezza si presenta spesso in arbitrati internazionali<sup>581</sup> ed è stato oggetto negli anni di una prolifica produzione dottrina<sup>582</sup>.

---

d'Appello Parigi, 3 dicembre 1998, *Interpipe c. Hunting Oilfield Services*, n. 14112/1997 (inedita); Tribunale Federale svizzero, 6 settembre 1996, *X c. Y*, in *ASA Bulletin*, 1997, 291 ss.

<sup>578</sup> In arg., per l'affermazione per cui il giudizio di rilevanza delle prove serve ad assestare correttamente la dimensione del c.d. diritto alla prova (essendo soltanto le prove utili alla dimostrazione dei fatti coperte da questo) e per la critica ad aprioristici limiti di ammissibilità dei mezzi di prova che finiscono per essere delle menomazioni dello stesso diritto, v. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss. e spec. 78.

<sup>579</sup> In proposito, con particolare riguardo alle modifiche apportate nel 2010, v. von Segesser, *The IBA Rules*, cit., 750.

<sup>580</sup> Ricci, E., F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, spec. § 4.

<sup>581</sup> Così Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 189.

<sup>582</sup> In arg. v. tra i tanti Heitzmann, *Confidentiality and Privileges in Cross-border Legal Practice: The Need for a Global Standard?*, in *ASA Bulletin*, 2008, 2, 205 ss.; Derains, *Evidence and Confidentiality*,



Prima ancora che si raggiungessero delle conclusioni chiare a riguardo, si riteneva che gli arbitri dovessero sempre tenere in considerazione tali aspetti<sup>583</sup>.

A generare dubbi era specialmente la tematica del *legal privilege*, per cui l'obbligo di riservatezza non suole essere oggetto di espresse pattuizioni, laddove minori problemi poneva l'esistenza di doveri di *confidentiality* legati a segreti commerciali, essendo a fronte di questi ricorrente la stipulazione di apposite clausole.

I dubbi vertevano in primo luogo sull'identificazione delle norme di conflitto da applicare per determinare la sussistenza o meno di un siffatto obbligo. Se da un canto si riteneva che l'arbitro, non essendo radicato in alcun foro, fosse “*libero di applicare le regole pertinenti senza dover ricorrere ad alcun ragionamento conflittuale*”<sup>584</sup>, dall'altro vi era chi affermava, più opportunamente, la necessità di far ricorso al criterio del “collegamento più stretto”<sup>585</sup>.

Criticità derivavano poi dalla presenza di parametri diversi in differenti ordinamenti per la qualificazione del *legal privilege*<sup>586</sup>, ma la proposta di garantire alle parti nel dubbio le condizioni di maggior tutela non riceveva consensi unanimi<sup>587</sup>.

Essendo qui impossibile approfondire nel dettaglio queste tematiche, ci si limita a rimarcare come alcune utili indicazioni per contribuire a risolvere questi

---

in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2009: Confidentiality in Arbitration. Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, Paris, 2009, 57 ss.; Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standard versus/and Arbitral Discretion*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 4, 501 ss.; Meyer, *Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 4, 365 ss.; Sindler, Wüstemann, *Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?*, in *ASA Bulletin*, 2005, 4, 610 ss.; Tevendale, Cartwright-Finch, *Privilege in International Arbitration: It Is Time to Recognize the Consensus?*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, 6, 823 ss.

La tutela di informazioni riservate e segreti commerciali è tema diverso dalla *confidentiality* riferita al procedimento arbitrale, altro aspetto che ha destato interesse negli ultimi anni e la cui analisi esula però dagli scopi del presente lavoro: ci si limita a rinviare al recente rapporto della *International Law Association* presentato all'Aja nel 2010 intitolato “*Confidentiality in International Commercial Arbitration*” e su cui si veda, per tutti, Petrochilos, *The ILCA Tackles Confidentiality. The 2010 ILCA Findings and Recommendations on Confidentiality*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 51 ss. Cfr. poi a riguardo l'art. 30 Reg. LCIA, il nuovo art. 22 Reg. ICC e il nuovo art. 1464 c. 4 *n.c.p.c.* francese.

<sup>583</sup> Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections on the assessment*, 214.

<sup>584</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 190.

<sup>585</sup> Lew, *Document Disclosure*, cit., 18-19; conf. Berger, *Evidentiary Privileges*, cit., 505.

<sup>586</sup> Esistendo sistemi in cui esso si determina in relazione al contenuto della comunicazione e altri in cui esso sussiste quando la comunicazione promana da un soggetto obbligato alla riservatezza (ad es. un avvocato).

<sup>587</sup> Così Berger, *Evidentiary Privileges*, cit.; *contra* Mourre, *lc. ult. cit.*, e spec. nt. 26 il quale evidenzia come tale proposta possa restringere eccessivamente l'ingresso di materiale probatorio nei procedimenti.

problemi siano state fornite con le modifiche recentemente apportate al citato art. 9 Reg. IBA<sup>588</sup>.

La questione, innanzitutto, è ora espressamente considerata tra quelle da trattare nel corso della “*consultation on evidentiary issues*” (art. 2 c. 2 lett. d); sono stati poi introdotti dei parametri cui gli arbitri dovranno aver riguardo nel valutare un’eventuale eccezione di riservatezza.

Nello specifico, facendo salve le ipotesi di “esercizio di un diritto” in cui si ammette di derogare a tali obblighi<sup>589</sup>, si è ora precisato che gli arbitri debbano tener conto dei seguenti aspetti: *i. legal privilege*; *ii. riservatezza di trattative e negoziazioni svolte a fini transattivi*<sup>590</sup>; *iii. ogni altra aspettativa delle parti e l’eventuale presenza di rinunce consensuali alla riservatezza anche per fatti concludenti*; *iv. rispetto di principi di equità e uguaglianza tra le parti, specialmente ove esse siano soggette a differenti leggi e norme deontologiche*.

Da un punto di vista dinamico, la tutela di questi aspetti può essere attuata in vari modi, sul presupposto sancito dall’art. 9 c. 4 Reg. IBA che prevede che il tribunale possa “*where appropriate, make necessary arrangements to permit evidence to be presented or considered subject to suitable confidentiality protection*”.

Tra le varie tecniche, si ricorda l’alterazione parziale dei documenti prima di inviarli al tribunale arbitrale<sup>591</sup>.

Sempre in tema di documenti, inoltre, all’art. 3 c. 8 Reg. IBA si recepisce una prassi già in uso nei procedimenti dinanzi al Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti<sup>592</sup>: ove ad una richiesta di esibizione la parte obietti sollevando l’esistenza di obblighi di tal genere, è possibile la nomina di un perito che valuti il “grado” di riservatezza e “riporti” agli arbitri affinché decidano sull’eccezione.

---

<sup>588</sup> A commento, v. per tutti Craig, *Arbitration Confidentiality and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 169 ss.; Berger, *Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, *ivi*, 171 ss. e Carter, *Privilege Gets a New Framework*, *ivi*, 177 ss.

<sup>589</sup> V. art. 3 c. 13 che fa riferimento alla necessità di “*fulfil a legal duty, protect or pursue a legal right, or enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority*”.

<sup>590</sup> Cui già la prassi e la dottrina parevano univocamente dare rilevanza: v. tra i precedenti arbitrali il lodo reso nel caso ICC n. 11426, in Arnaldez, Derains, Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, cit., 751 ss.; in dottrina, cfr. Berger, *The Settlement Privilege. A General Principle of International ADR Law*, in *Arbitration International*, 2008, 2, 265 ss.

<sup>591</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 191.

<sup>592</sup> Per cui v. Marossi, *The Necessity for Discovery*, cit., 525-526.

### 31. Prova documentale: modi di introduzione nel corso del procedimento.

Si è più volte rammentato come sia grosso modo una *standard procedure* nei procedimenti in commento quella di produrre spontaneamente tutti i documenti cui le parti fanno riferimento nei primi atti difensivi<sup>593</sup>, inclusi i “*public Documents and those in the public domain*” (art. 3 c. 1 Reg. IBA).

La preoccupazione maggiore che si ha in questo scambio iniziale è di carattere puramente pratico e afferisce al volume dei documenti prodotti. Non è pertanto raro riscontrare che gli arbitri indichino alle parti di mantenersi al di sotto di un certo numero<sup>594</sup>.

A tale scambio può poi seguire un’eventuale fase di *discovery*<sup>595</sup> in cui si mira a far produrre in giudizio ulteriori documenti rispetto a quelli già esibiti che siano ritenuti rilevanti per la decisione.

#### 31.1 (Segue) Esibizione documentale: poteri degli arbitri e “unicità” dei procedimenti in uso in arbitrati internazionali.

Non vi è molto da aggiungere in questa sede sull’esercizio del già analizzato potere del tribunale di ordinare la produzione di documenti, salvo ribadirne la particolare ampiezza<sup>596</sup> e precisare che - sebbene non sia necessario motivare l’ordinanza con cui il tribunale dispone la produzione (avendo essa valore meramente interlocutorio) - accade spesso che gli arbitri diano conto delle ragioni del provvedimento assunto, per fini didattici e, soprattutto, di trasparenza<sup>597</sup>.

---

<sup>593</sup> *Supra* cap. 3 § 12, § 28, e ivi relativi riferimenti.

<sup>594</sup> Così Lew, *Document Disclosure*, cit., 15, che rammenta l’opportunità di limitare la produzione a venti o trenta documenti per ciascuna parte; conf. v. Schneider, *The Paper Tsunami in International Arbitration. Problems, risks for the Arbitrators’ Decision Making and Possible Solutions*, sempre in Mourre, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 365 ss. e spec. 368.

<sup>595</sup> V. ord. proc. 31 luglio 2003 in caso ICC 12279, in *Decisions on ICC*, cit., in cui si legge che, dopo lo scambio iniziale di documenti, “*the Parties shall meet and confer to discuss additional requests for documents [...]*”.

<sup>596</sup> V. *supra* § 16 e adde Tackaberry, Marriott, *Bernstein’s Handbook*, cit., spec. 256.

<sup>597</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit. 189.

Va però certamente segnalato che la prassi testimonia un uso piuttosto limitato di questo potere da parte degli arbitri. Stante il carattere “privato” dei procedimenti, si preferisce ove possibile dare prevalenza alle richieste della parti, ossia al peculiare sistema di *discovery* sviluppatosi nei procedimenti arbitrali e oggi regolato dalle Reg. IBA.

Passando all’esame di tale sistema, va anzitutto rammentato che, non diversamente da quanto può dirsi per le tecniche già avallate in procedimenti dinanzi corti internazionali<sup>598</sup>, la *discovery* ammessa in arbitrati internazionali è stata definita “attenuata”<sup>599</sup>.

A seguito delle revisioni del 2010<sup>600</sup>, si prevede oggi all’art. 3 Reg. IBA che la richiesta di produzione - c.d. *request to produce*<sup>601</sup> - venga indirizzata in forma scritta sia alla parte che - per conoscenza - al tribunale, e conseguentemente evasa dalla prima, ove essa non abbia obiezioni, nel termine prestabilito dal secondo.

La richiesta dovrà contenere gli elementi indicati dalla norma e ossia: *i.* una descrizione di ciascun documento che sia sufficiente a identificarlo; *ii.* una descrizione sufficientemente dettagliata della specifica categoria di documenti che si ritiene esistente<sup>602</sup>; *iii.* l’indicazione delle ragioni per cui i documenti richiesti sarebbero di rilievo nel procedimento; *iv.* una attestazione in cui la parte statuisca di non essere in possesso dei documenti ricercati presso l’altra, né di essere ragionevolmente in condizioni di procurarseli; *v.* una dichiarazione in cui essa spieghi il motivo per cui ritiene che i documenti richiesti siano in possesso della controparte.

Il requisito indicato *sub iii.* era stato in passato criticato in dottrina, sull’assunto che richiedere di esporre l’importanza del documento ai fini della decisione

---

<sup>598</sup> Marossi, *The Necessity for Discovery*, cit., 530.

<sup>599</sup> Così Carlevaris, *Commento*, cit. 370.

<sup>600</sup> Su cui v. O’Malley, *Document Production Under Article 3 of the 2010 IBA Rules of Evidence*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 186 ss.; von Segesser, *The IBA Rules*, cit., 742-743 e Kühner, *The Revised IBA*, cit., 671.

<sup>601</sup> Definita ora come “*a written request by a Party that another Party produce Documents*”, mentre in passato si faceva riferimento alla richiesta di parte “*for a procedural order by which the Arbitral Tribunal would direct another Party to produce documents*”.

<sup>602</sup> Nella vigenza della versione delle Reg. IBA del 1999 si era ritenuto che il requisito della specificità non dovesse precludere richieste di produzione di intere categorie di documenti, a patto che esse fossero del pari specificamente identificate (v. *Commentary on the IBA Rules on Evidence*, redatto dall’IBA *Working Group* del 1999, spec. 7 e Brower, Sharpe, *Determining the extent*, cit.). Nel 2010, recependo tale ampia lettura, si è optato per esplicitare detta possibilità.

sarebbe equivalso a negare la possibilità per la parte di avanzare una richiesta quando il suo unico intento fosse di dimostrare il “mero” possesso del documento da parte dell'avversario<sup>603</sup>. Non essendosi tenuto conto di tale osservazione in sede di revisione delle Reg. IBA, resta la facoltà per le parti di correggere convenzionalmente tale regola, o per gli arbitri di fornire un'interpretazione più elastica.

Alla richiesta la controparte potrà obiettare - sempre per iscritto e nel medesimo termine fissato dagli arbitri - adducendo la sussistenza dei motivi di cui all'art. 9 che - come visto - vanno dall'irrelevanza delle informazioni al loro carattere riservato.

Il tribunale, destinato a rimanere *a latere* della procedura ove tutto scorra senza contestazioni, potrà invitare le parti a collaborare per risolvere eventuali divergenze (art. 3 c. 6) e in mancanza di accordo potrà poi essere adito da ciascuna di queste per decidere della questione. Nel fare ciò, oltre che dalle Reg. IBA, il tribunale potrà prendere spunto dalle indicazioni contenute nelle *Case Management Techniques* della ICC<sup>604</sup>.

Si è già accennato che in caso di *circostanze eccezionali* se per dirimere la questione sia necessario analizzare il documento, gli arbitri potranno, sentite le parti *ex art.* 3 c. 8, nominare un esperto indipendente (vincolato alla riservatezza), perché questo ne valuti la rilevanza e riferisca al tribunale e alle parti senza svelarne il contenuto.

A tali modalità se ne aggiungono delle altre specificamente dedicate alla *disclosure* di documenti in formato elettronico, sulle quali non conviene dilungarsi<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> V. in tal senso Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 188; in precedenza Veeder, V. V., *Document Production in England*, cit., spec. 65 e apparentemente nello stesso senso anche Caldwell, *Do Arbitration Rules*, cit., 82.

<sup>604</sup> In cui in tema di produzione di documenti si leggono le seguenti indicazioni per gli arbitri: “(i) requiring the parties to produce with their submissions the documents on which they rely; (ii) avoiding requests for document production when appropriate in order to control time and cost; (iii) in those cases where requests for document production are considered appropriate, limiting such requests to documents or categories of documents that are relevant and material to the outcome of the case; (iv) establishing reasonable time limits for the production of documents; (v) using a schedule of document production to facilitate the resolution of issues in relation to the production of documents. e) Limiting the length and scope of written submissions and written and oral witness evidence (both fact witnesses and experts) so as to avoid repetition and maintain a focus on key issues”.

<sup>605</sup> Si vedano l'art. 3 c. 3 lett. a)(ii) in cui si prevede che nella *request to produce*, ove si tratti di documento in formato elettronico, la parte indichi “specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner” e il successivo c. 12 lett. b) per cui si prevede che chi intende produrre un documento elettronico possa farlo “in the form most convenient or economical to [the producing party] that is reasonably usable by the recipients [...]”. A

In ultimo, va precisato che altro rispetto a quello analizzato sinora è il tema della produzione di documenti da parte di terzi. Su di esso si tornerà al momento di trattare dell'assenza di poteri coercitivi degli arbitri e di relativi conseguenze e rimedi; per ora basti segnalare che le Reg. IBA contemplano oggi la possibilità che la parte chieda l'autorizzazione agli arbitri (o sia invitata da questi) a poter compiere tutto quanto necessario ad indurre tale produzione, attivando i meccanismi di assistenza giudiziaria del caso<sup>606</sup>.

### 32. Prova testimoniale: modi di introduzione nel corso del procedimento.

L'assunzione della prova per testimoni nei procedimenti in commento avviene secondo modalità flessibili regolate dalle diverse fonti della materia.

#### 32.1 (Segue) Testimonianza scritta, witness statements, depositions, affidavits.

La testimonianza può essere ammessa e poi seguita dall'audizione in forma orale, oppure ammessa e presentata esclusivamente per iscritto.

Inoltre, anche quando le testimonianze sono date oralmente (come avviene nella stragrande maggioranza dei casi) la procedura scritta resta presente almeno in parte.

Come già ritenuto in altra sede<sup>607</sup>, per fare chiarezza tra i diversi concetti in uso in arbitrati internazionali, pare opportuno distinguere la testimonianza scritta intesa

---

commento di tali modifiche cfr. Bouchenaki, *The IBA Rules Lay the Ground for Solutions to Address Electronic Document Production Disputes*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 180 ss. e Smith, *E-Disclosure Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, *ivi*, 201 ss. Più in genere, con riferimento al Reg. Uncitral, v. invece Kozłowska, *The Revised Uncitral Arbitration Rules Seen through the Prism of Electronic Disclosure*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 1, 51 ss. e sul lavoro della *task-force* ICC sul tema dell'utilizzo di metodi elettronici in arbitrato v. Malintoppi, *The ICC Task Force on the Production of Electronic Documents in Arbitration - An Overview*, in Mourre, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 415 ss.

<sup>606</sup> V. *infra*, § 35 ss. e nella prassi si veda sin d'ora ord. proc. 21 giugno 2004 n. 12296 in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., in cui si è espressamente richiamata l'applicabilità del *FAA* statunitense che, com'è noto, ammette la richiesta di assistenza in ausilio dell'arbitrato anche nei confronti di terzi rispetto al procedimento arbitrale.

<sup>607</sup> Su questi temi sia consentito rinviare a Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., spec. 416 ss.

in senso proprio (= l'*affidavit* di diritto anglosassone<sup>608</sup>) dai diversi istituti dei *witness statements* e delle *depositions*<sup>609</sup>.

Il primo istituto, in linea con la descritta onnicomprensiva tendenza in tema di ammissibilità, è espressamente previsto dalle fonti<sup>610</sup> e - con discreta approssimazione - può dirsi ad oggi comunemente accettato dai diversi ordinamenti processuali e non solo in arbitrato<sup>611</sup>. Della valenza probatoria ad esso attribuita dalla prassi, del resto, si è già trattato in precedenza<sup>612</sup>.

L'espressione *depositions* designa invece un istituto tipico sia del sistema processuale anglosassone sia di quello statunitense, ma con connotati diversi.

Nel sistema inglese, se ne tratta agli artt. 34, c. 8 e 34, c. 12 CPR, come un procedimento da utilizzarsi per l'assunzione davanti ad un giudice o ad un *court officer* della testimonianza di un soggetto che sia indifferibile e non altrimenti procurabile durante il processo dinanzi alla giuria. Di esso, attinente - come si vede - all'assistenza giudiziaria cui si accennerà più oltre<sup>613</sup>, non è dato riscontrare casi di applicazioni problematiche in arbitrati internazionali.

Diversamente, nel diritto processuale americano il termine *deposition* individua "a pre-hearing, oral interrogation by counsel of a witness who is expected to testify for the opposing party"<sup>614</sup>, ossia una fase preliminare al processo e funzionale al sistema della

---

<sup>608</sup> L'espressione *affidavit* designa una dichiarazione giurata prodotta in giudizio quale testimonianza scritta su cui v. in part. *Rules* 32.15-32.17 CPR e la *Practice Direction* 32, § 2-10.2.

<sup>609</sup> In arg. v. Oetiker, *lc. ult. cit.* e gli ulteriori rife. citati in Fabbi, *lc. ult. cit.*

<sup>610</sup> V. es. R-32 lett. a) Reg. AAA; 20.3 Reg. LCIA; art. 24 L. Modello.

<sup>611</sup> V. per gli opportuni rife. Montalenti, *I poteri degli arbitri nell'istruzione probatoria tra arbitrato interno e arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2010, 3, 441 e, più in genere, sui principali sistemi processuali europei, Lamorgese, *Profili comparatistici su prova testimoniale civile e testimonianza scritta*, in *Quest. Giust.*, 2010, 1, 141 ss.

Isolate resistenze paiono riscontrarsi in taluni sistemi: v. es. la sentenza della Corte d'Appello di Varsavia, resa in data 7 gennaio 2005 nella causa VIACa 477/04 (inedita, leggila in *Birds and Birds Newsletter*, maggio 2010), in cui i giudici polacchi hanno ritenuto la prassi dei *witness statements* inammissibile, affermando che le dichiarazioni di un soggetto non potessero essere considerate fonti di prova senza la sua successiva comparizione ed escussione.

<sup>612</sup> Si è già visto che la prassi prevalente tende ad ammettere deposizioni scritte, pur non omettendo di ritenerne la minor affidabilità e valenza probatoria ai fini della decisione, ciò che vale tanto per la testimonianza scritta in senso proprio, quanto per i *witness statements* prodotti in giudizio quando alla produzione non abbia fatto seguito l'escussione del teste (v. *retro*, cap. 3, § 15).

<sup>613</sup> *Infra*, § 36.

<sup>614</sup> Klaas, *Depositions: An Apologia*, in *Arbitration International*, 2009, 25, 4, 553 ss.

*discovery* (con lo scopo di ricercare le prove e non di assumerle ai fini della decisione) e di cui, di norma, il giudice non viene neppure a conoscenza<sup>615</sup>.

Giuristi statunitensi hanno auspicato che a tale strumento si faccia ricorso in arbitrati internazionali<sup>616</sup> ma ad oggi, comprensibilmente, la proposta non ha avuto seguito<sup>617</sup>, talché esso è apparso relegato ad ipotesi di utilizzo per scelta delle parti<sup>618</sup>. Nulla esclude, però, che in futuro - come già accaduto per la *discovery* documentale - si dischiudano nuove prospettive e che lo strumento sia avallato: ciò che sarebbe ragionevole presagire soprattutto ove si decidesse di testare nel settore l'utilità di fasi preliminari all'arbitrato e rimesse all'esclusiva conduzione delle parti, sull'insegnamento dei sistemi di *common law*, ma non solo<sup>619</sup>.

Ultimo istituto da trattare è quello dei *witness statements* di cui si fa uso pressoché costante nell'arbitrato internazionale<sup>620</sup> (e che trova riscontro, tra gli altri, nel sistema processuale anglosassone<sup>621</sup>).

Nelle Reg. IBA, se ne legge oggi financo una definizione: “(w)*witness Statement means a written statement of testimony by a witness of fact*”.

Si tratta di dichiarazioni scritte dei testimoni che le parti sono tenute a presentare prima della fase dell'interrogatorio, che vanno tenute distinte dalle deposizioni rese oralmente o trasfuse in forma scritta<sup>622</sup> e che sono utili a fissare il *thema*

---

<sup>615</sup> Il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria è però possibile in taluni casi, per cui v. Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 417 ss.

<sup>616</sup> Così Klaas, *Depositions*, cit., 555-558, il quale ne ricorda le ampie potenzialità di costituire un disincentivo alla litigiosità favorendo soluzioni transattive.

<sup>617</sup> Apprezzandosene il forte impatto sull'effettività del contraddittorio: v. le già citate linee guida dell'ICDR e Baum, *International Arbitration: The Path toward Uniform Procedures*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 51 ss. e spec. 59.

<sup>618</sup> Epperò non soltanto in arbitrati con parti di nazionalità statunitense: cfr. ord. 31 luglio 2003, affare ICC 12279/2003, *Decisions on ICC*, cit. e US District Court for the Southern District of New York, 23 febbraio 2010, *Scandinavian Reinsurance Company Limited c. St. Paul Fire et al.*, spec. 16 ss., in cui si è fatto ricorso all'istituto sebbene le parti fossero l'uno di nazionalità scandinava e l'altra delle bermuda. Nel senso di limitare il ricorso all'istituto a casi di scelta concorde delle parti v. già Jarvin, *Elements*, cit.

<sup>619</sup> V. es. la fase preliminare prevista, nel nostro ordinamento, per l'abrogato “rito societario” dal d.lgs. n. 5/2003.

<sup>620</sup> Così Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 192. Per l'affermazione dell'importanza del ricorso a *witness statements* v. nella prassi il lodo reso in arbitrato CEPANI, nel caso n. 2054, in *Collection of CEPANI Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales du CEPANI - Verzameling van arbitrale uitspraken van CEPINA 1985-1995*, Bruxelles, 2005, spec. 121.

<sup>621</sup> V. *ex multis* Malek, *Phipson*, cit., 351 ss. e Cato, *Arbitration*, cit., 863.

<sup>622</sup> Così, Schlaepfer, *Witness Statements*, cit., 69.



*probandum*, a permettere una maggior speditezza della fase orale<sup>623</sup> e persino ad agevolare soluzioni transattive della lite<sup>624</sup>.

Tali *statements* devono contenere alcuni elementi (dati anagrafici, qualifica e funzioni del teste, indicazione dei fatti che saranno oggetto del testimonio, della lingua in cui la dichiarazione è stata originariamente redatta e della lingua della futura audizione), necessari altresì a distinguere, come già visto, la testimonianza semplice da quella tecnica<sup>625</sup>.

Se in passato si era ritenuto che l'uso dei *witness statements* dovesse essere espressamente concordato dalle parti<sup>626</sup>, oggi ad essi pare farsi perennemente ricorso, per la rammentata previsione all'interno delle Reg. IBA, e per la più generale osservazione di una prassi che, a prescindere dal *nomen* attribuito a tali dichiarazioni, propende sempre per la richiesta di indicazione dei dati sopra menzionati preliminarmente all'udienza<sup>627</sup>.

Dell'ipotesi della produzione di *witness statements* non seguita dall'escussione dei relativi testimoni e del limitato valore probatorio da attribuire a essi in simili casi si è già trattato in precedenza<sup>628</sup>.

Resta soltanto da rammentare il problema della frequente "partecipazione" di avvocati nella redazione di tali dichiarazioni, fatto che - com'è ovvio - ne mina fortemente l'affidabilità.

Fermo restando il (vano) consiglio di astenersi da tali condotte<sup>629</sup>, la presa di consapevolezza di tale rischio conduce a ritenere che: *i.* tali dichiarazioni debbano essere sempre vagliate con cautela dagli arbitri<sup>630</sup>; *ii.* sarebbe opportuno che in esse

---

<sup>623</sup> Carlevaris, *Commento*, cit., 378.

<sup>624</sup> E come si è già rimarcato in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 419 e nt. 87, si tratta di finalità cui tale strumento è collegato anche nel sistema processuale anglosassone.

<sup>625</sup> V. gli opportuni riff. indicati *retro*, spec. § 22.1.

<sup>626</sup> Petrochilos, *Procedural Law*, cit. spec. 222 e conf. Carlevaris, *Commento*, cit., 378.

<sup>627</sup> V. ord. proc. in affare ICC n. 7170/1993, in Hascher, *Collection*, cit.

<sup>628</sup> Cfr. cap. 3, § 15.

<sup>629</sup> In tal senso v. Paulsson, *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 1992, spec. 214; conf. Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a comparative study*, The Hague, 1999, spec. 262.

<sup>630</sup> La medesima cautela è affermata con riguardo al processo civile inglese: v. riff. in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 421 e nt. 93.

si dia conto espressamente della partecipazione di altri soggetti diversi dal dichiarante<sup>631</sup>.

La circostanza si lega poi al più ampio tema, trattato di seguito, della preparazione dei testimoni e dei relativi risvolti di ordine etico - professionale e penale.

### 32.2 (Segue) Preparazione dei testimoni.

La prassi difensiva di preparare i testimoni o comunque di avere con essi contatti in funzione del giudizio è permessa nella tradizione giuridica statunitense<sup>632</sup> e mentre in tale contesto essa appare facilmente concepibile poiché, inquadrata nel sistema della *discovery*, permette un'investigazione dei fatti preventiva al *trial by jury*, nei sistemi di diritto continentale, invece, risulta totalmente inaccettabile<sup>633</sup>.

Nell'arbitrato internazionale, d'accordo con la tradizione d'oltremontana, è invalso l'uso di procedere alla preparazione<sup>634</sup> oggi confortato espressamente dalle fonti: così l'art. 4 c. 3 Reg. IBA che recita che “(i)t shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them”; così anche l'art. 20, c. 6 Reg. LCIA, che già da tempo ammette espressamente la possibilità, facendo salvo il rispetto di *mandatory provisions of any applicable law*.

---

<sup>631</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 193; Veeder, *Arbitration*, cit., 9.

<sup>632</sup> Tra i numerosissimi contributi in argomento si segnalano Rogers, *Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration*, in *Michigan Journal of International Law*, 2002, 84, 23, 341 ss.; von Schlabrendorff, *Interviewing and preparing witnesses for testimony in international arbitration proceedings: the quest for developing transnational standards of lawyers' conduct*, in *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, cit., 1161 ss.; Rifkind, *Practices of the horse shed: The preparation of witnesses by counsel in America*, in Levy, Veeder, *Arbitration and oral*, cit., 55 ss.; Paulsson, *Standards*, cit., 217; Weisenberg, *Peace is not the Absence of Conflict: A Response to Professor Rogers's Article "Fit and Function in Legal Ethics"*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2007, 25, 1, 89 ss.; Veeder, *Is There Any Need For A Code of Ethics For International Commercial Arbitrators?*, in Aa.Vv., Rosell (a cura di), *Les Arbitres Internationaux*, Paris, 2005, cap. 2 e, in ultimo, Kirby, *Witness Preparation: Memory and Storytelling*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 4, 401 ss.

<sup>633</sup> Così Denti, "Cross-examination" e processo civile, in *Foro It.*, 1987, 325 ss.

<sup>634</sup> Park, *Arbitrators and Accuracy*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 1, spec. 25 e nella prassi arbitrale ord. 12 maggio 2003, nell'affare ICC 12169/2003, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

Sebbene sia stato affermato che permettere tale prassi sarebbe scelta deflativa dei tempi procedurali<sup>635</sup> e coerente con il sopra analizzato sistema di produzione dei *witness statements* (per la cui redazione un contatto si rende inevitabile)<sup>636</sup> è fuor di dubbio che, al pari di quanto detto poc'anzi, la preparazione dei testi possa sminuire la spontaneità della dichiarazione. Anche in tal caso, sarà bene pertanto prevedere in apposite ordinanze che gli arbitri siano debitamente informati della circostanza e che ne tengano poi conto nel circoscrivere l'efficacia della testimonianza raccolta<sup>637</sup>.

Non deve inoltre ignorarsi che la preparazione dei testimoni può comportare effetti ulteriori a carico degli avvocati, sia di ordine deontologico che, eventualmente, di carattere penalistico.

Se il secondo ordine di conseguenze sembra potersi escludere constatando la difficile configurabilità dei reati di “subornazione” in giudizi diversi da quelli condotti dinanzi all'autorità giudiziaria<sup>638</sup>, minori certezze assistono gli eventuali aspetti legati all'etica professionale.

In altra sede si era già avuto modo di descrivere l'eterogeneità di previsioni riscontrabile nei codici forensi dei diversi ordinamenti e le prime aperture manifestate in alcuni di essi tramite l'adozione di norme deontologiche permissive della prassi in arbitrati e altre liti a carattere transnazionale<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> Permettendo di concentrare le testimonianze sulle sole questioni pertinenti: Mourre, *Differenze*, cit., 194.

<sup>636</sup> Von Segesser, *Witness*, cit., 224.

<sup>637</sup> Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 423 e rife. nelle note 105 e 106.

<sup>638</sup> Nella maggioranza dei sistemi in cui, come in Italia, la condotta di chi intesse contatti con i testimoni può integrare un fatto di reato le norme incriminatrici fanno difatti esclusivo riferimento a processi dinanzi all'autorità giudiziaria e delle stesse non può prospettarsi un'interpretazione estensiva ad arbitrati. Cfr. es. artt. 377 e 377-bis c.p.; artt. 24 e 307 codice penale svizzero e gli ulteriori rife. normativi citati in Cato, *Arbitration Practice*, cit., spec. 1439 (in cui l'a. sostiene che per gli arbitri, pur non essendo obbligati in tal senso, sarebbe comunque doveroso denunciare eventuali notizie di reato alle autorità competenti) e in Paulsson, *Standards*, cit.

<sup>639</sup> V. nel dettaglio i dati riportati in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 423 ss.: in sintesi, si è in detta sede dato conto di talune iniziative di ordini professionali, tra i quali rientrano il già citato rapporto dell'*Ordre des Avocats de Paris* (*supra*, cap. 4, § 18) e altri provvedimenti di associazioni forensi in Svizzera, Canada, Austria, Belgio e Germania, che hanno superato le iniziali resistenze della giurisprudenza e stabilito criteri per permettere la preparazione dei testimoni.

In quell'occasione si era anche auspicato che a risolvere i residui problemi<sup>640</sup> dovesse essere un'iniziativa congiunta di associazioni forensi a livello internazionale, da fondarsi sull'obbligo dei difensori di arbitrare secondo buona fede, e ciò è quanto accaduto nell'esperienza più recente.

La chiusura della consultazione pubblica aperta nel 2008 dalla *International Bar Association* in tema di "*Counsel Ethics in International Arbitration*" ha infatti visto la presentazione di una bozza di "*International Code of Ethics for Lawyers Practicing Before International Arbitral Tribunals*".

All'art. 25 di tale bozza si legge quanto segue: "(l)anyers may communicate with a witness about facts and documents within the knowledge of that witness and about the witness' potential testimony, but lawyers may not directly or indirectly seek to influence witnesses to give testimony that is not accurate or true".

Quanto mai opportunamente, inoltre, all'art. 1 del progetto di codice, se ne stabilisce il valore assolutistico in arbitrati internazionali, precisandosi che il codice stesso "*shall prevail over national ethics or other standards for the practice of law before international arbitral tribunals*"<sup>641</sup>.

A prescindere da quale sarà il successo che tale modello conoscerà nella prassi, l'iniziativa rappresenta per noi l'ennesimo segno della forte vocazione per l'autonomia che caratterizza il settore in analisi ed è al contempo riprova ulteriore dei notevoli risultati - raggiunti e raggiungibili - in tal senso.

---

<sup>640</sup> Come ad esempio in ipotesi in cui nel procedimento operino avvocati provenienti da diverse giurisdizioni che, oltre a essere soggetti alle norme deontologiche dello Stato in cui operano, restino sempre vincolati dalle regole del proprio ordine nazionale d'appartenenza.

<sup>641</sup> Al contempo, peraltro, ci si è dotati di un secondo codice redatto dal *Council of Bars and Law Societies of the European Union* che ha di recente diffuso delle linee-guida "*for Lawyers serving in Arbitration Proceedings*" che sono state tuttavia criticate sia per non aver risolto la totalità delle questioni rilevanti, sia per non aver realizzato alcun coordinamento con l'iniziativa dell'IBA riportata nel testo (in proposito, v. gli interventi al convegno tenutosi presso la Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, in data 18 novembre 2010, ora riassunti in *ASA Bulletin*, 2011, 1, 230 ss.).

### 32.3 (Segue) Giuramento.

Occorre poi far cenno al tema del giuramento, che nei processi statali si lega all'obbligo di verità discendente dall'ufficio di testimone, che, a sua volta, tale può essere soltanto ove assistito dalle relative sanzioni<sup>642</sup>.

Al riguardo, come già rammentato altrove<sup>643</sup>, si riscontrano indicazioni del tutto eterogenee nelle previsioni legislative in materia di arbitrato previste nei diversi ordinamenti<sup>644</sup>.

Si passa da sistemi in cui è attribuito agli arbitri il potere di amministrare giuramenti qualora le parti ne facciano concorde richiesta<sup>645</sup>, ad altri in cui detto potere è conferito salvo diversa volontà delle parti<sup>646</sup>.

Si va poi da norme che prevedono che il giuramento debba essere obbligatoriamente amministrato in arbitrato<sup>647</sup>, ad altre in cui si nega espressamente qualsiasi potere del tribunale arbitrale in tal senso<sup>648</sup>.

---

<sup>642</sup> Cfr. Canelutti, *La prova*, cit., 132: “un controllo diretto ad assicurare la veridicità dell'atto della sua formazione non è possibile per la testimonianza (...) è possibile soltanto una pressione a tale scopo, consistente nella utilizzazione della sanzione morale o religiosa o nella costituzione di una sanzione giuridica contro chi faccia una testimonianza falsa”.

<sup>643</sup> Anche su tale aspetto sia consentito rinviare, per quanto qui non ribadito, a Fabbì, *Prova testimoniale*, cit., 425 ss.

<sup>644</sup> Tale estrema eterogeneità è esemplarmente dimostrata dalle risposte fornite dai diversi aa. (alcune delle quali saranno riprese nelle note successive) alla domanda “(s)hould written statements by witnesses be sworn? If so, what formalities, if any, should be observed in connection with the oath?”, in Sanders, *Comparative arbitration practice*, cit., 106-107.

<sup>645</sup> Cfr. art. 38, c. 5 *AA* inglese (su cui Malek, *Phipson*, cit., 264 e 268; Cato, *Arbitration*, cit., 1120 e 1426 in cui si evidenzia che, ove il giuramento sia amministrato dagli arbitri, spetterà sempre alla corte - da adire in assistenza ex artt. 44 commi 1 e 2 *AA* - incriminare e sanzionare per spergiuo il testimone che abbia detto il falso). Nello stesso senso, v. art. 1696, c. 3 *code judiciaire* belga e art. 12 Singapore *International Arbitration Act*. Adde anche l'art. 29 c. 3 Reg. NAI in cui si prevede che sia il tribunale arbitrale a decidere “whether a witness shall be examined under oath or on affirmation”, in linea con la possibilità prevista dall'art. 1041 c. 1 del *Wetboek* olandese (a commento v. però van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit., 146, in cui si rammenta che nella prassi sono gli stessi testimoni a scegliere se prestare o meno il giuramento).

<sup>646</sup> V. es. la *Rule 36* dell'*Arbitration Act* scozzese e l'art. 14 *Arbitration Act* irlandese in cui si legge che: “(u)less otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may for the purposes of the arbitral proceedings concerned (a) direct that a party to an arbitration agreement or a witness who gives evidence in proceedings before the arbitral tribunal be examined on oath or on affirmation, and (b) administer oaths or affirmations for the purposes of the examination”.

<sup>647</sup> Cfr. in tal senso, art. 211 codice di procedura del Quebec, dove si prevede la necessaria affermazione solenne di dire la verità, a pena di nullità della deposizione; art. 426 del codice di procedura argentino; cfr. pure codici cileno, colombiano, ecuadoregno, guatemalteco, honduregno ed indiano (ulteriori riff. in proposito in *Evidence in International Arbitration*, in *PLC Company*, cit.).

<sup>648</sup> È il caso dell'Austria, per cui v. art. 588 c.p.c.; della Francia, art. 1461 *n.c.p.c.*; della Germania, art. 1042 *ZPO*; del Giappone, art. 795 legge sull'arbitrato.

Tra tali sistemi, inoltre, soltanto alcuni prevedono la configurabilità del reato di falsa testimonianza in arbitrato<sup>649</sup>, mentre nella maggioranza dei casi la violazione dell'obbligo di verità che graverebbe sul testimone resta priva di sanzione.

La soluzione più pragmatica, seppur non brillante per celerità, parrebbe allora quella adottata nell'*Arbitration Act* svedese, in cui, dopo aver precisato all'art. 25 c. 3 che "(t)he arbitrators may not administer oaths or truth affirmations" si ammette la possibilità, al successivo art. 26, che la parte interessata, ottenuto il consenso degli arbitri, presenti un'istanza alla *District Court* competente perché amministri il giuramento del testimone (o dell'esperto)<sup>650</sup>.

Ciò detto e precisato che i regolamenti arbitrali (con minime eccezioni) nulla dicono sul tema<sup>651</sup>, è un fatto riscontrare che la prassi non conosce molti precedenti in cui alle disposizioni esistenti si sia fatto ricorso<sup>652</sup> e, anzi, è stato affermato che una simile obbligazione non esisterebbe nel settore considerato<sup>653</sup>.

A sommosso avviso di chi scrive, la ragione di ciò non risiede nel fatto che l'arbitro non ha l'autorità di raccogliere un giuramento non essendo radicato in alcun foro<sup>654</sup>, ma deve piuttosto identificarsi, come già ricordato più in genere in

---

Con riferimento all'ordinamento italiano, con tutti i *distinguo* del caso, v. quanto già rimarcato *supra*, cap. 4, § e si confronti Bongiorno, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 757 ss., in cui l'a. sostiene che il giuramento (decisorio) nell'arbitrato sarebbe possibile solo in presenza di mutuo consenso delle parti. *Adde*, però, con riferimento al giuramento dei testimoni e dopo la riforma del 2006, Verde, G., *Lineamenti*, cit., 127, in cui si legge che "(o)ggi di ciò non siamo più sicuri, dato che il rendere testimonianza finisce con l'essere un obbligo sanzionato e sanzionabile anche dinanzi agli arbitri. Pertanto, mentre è da ritenere che oramai il testimone debba rendere la preliminare dichiarazione di impegno a dire la verità e che gli arbitri abbiano l'obbligo di fare rapporto al pubblico ministero nei casi previsti dall'art. 256 c.p.c. [...]".

<sup>649</sup> Cfr. es. artt. 307, 308 e 309 codice penale svizzero e i riff. citati in Dimolitsa, *Giving Evidence: Some Reflections on Oral Evidence vs Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses*, in Levy, Veeder, *Arbitration and oral*, cit., 18 e nt. 23.

<sup>650</sup> V. il relativo testo già riprodotto *supra*, nt. 422.

<sup>651</sup> V. però la menzionata previsione del Reg. NAI, alcune note *supra*.

<sup>652</sup> Circa il sistema inglese, cfr. Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., 245, § 5-147, in cui si riporta che sono rarissime imputazioni per *perjury* di testimoni in arbitrati internazionali. *Adde*, nello stesso senso, il commento di Hascher all'ordinanza resa in data 12 marzo 2004, nell'affare ICC 12761, in *Id.*, *Decisions*, cit., § 2 e, con riguardo al sistema olandese e ad arbitrati amministrati sotto l'egida del NAI, van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit., 146, i quali ricordano come accada molto spesso che i tribunali arbitrali, sia in arbitrati domestici che in arbitrati internazionali, "*refrain from examining witnesses under oath*". Ancora più significativa è poi la risposta data all'*hypothetical case* presentato ai vari aa. coinvolti nell'opera da Hunter, in Sanders, *Comparative arbitration practice*, cit., 106, in cui questi afferma che "*in practice, arbitrators tend to give very little additional weight to sworn statements of partisan witnesses, by comparison with simple signed statements*".

<sup>653</sup> Così, Cato, *Arbitration*, cit., 1120: "*examining witnesses under oath is by no means a universal practice in commercial arbitration*"; conf. Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, cit., spec. 351.

<sup>654</sup> Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 191 e Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., spec. nt. 128.

merito al giuramento quale mezzo di prova<sup>655</sup>, nell'assenza in questa sede di qualsiasi sanzione penale per lo spergiuro, che rende pressoché irrilevante il ricorso all'istituto.

Conferma di quanto detto vi è nella prassi prevalente che, come previsto da tempo per arbitrati ICSID<sup>656</sup>, vede gli arbitri limitarsi ad ammonire verbalmente i testimoni del dovere morale su di loro incombente<sup>657</sup>.

Sporadiche posizioni dissonanti si registrano invece per alcuni ordinamenti arabi, nei quali il forte legame dell'istituto del giuramento con la religione non sembra ancora soccombere, né dinanzi all'autonomia privata, né alle prese con le esigenze del commercio internazionale<sup>658</sup>.

Un simile improprio utilizzo dei concetti di norme inderogabili e ordine pubblico processuale, tuttavia, non può che ritenersi, come già precisato in precedenza, totalmente anacronistico<sup>659</sup>; su di esso, peraltro, si tornerà al momento di volgere conclusivamente allo studio di tali problematici e abusati concetti<sup>660</sup>.

#### 32.4 (Segue) Interrogatorio.

Va a questo punto descritta la procedura di assunzione della prova testimoniale, la quale sembra propendere per l'emulazione del sistema anglosassone<sup>661</sup> con molteplici regole per la conduzione degli interrogatori ed un esteso potere di gestione conferito agli arbitri.

---

<sup>655</sup> *Supra*, cap. 4, § 21.

<sup>656</sup> Art. 35 del relativo Regolamento.

<sup>657</sup> V., tra le tante, ord. proc. 31 luglio 2003 nell'affare ICC 12279/2003, ord. 12 marzo 2004, caso ICC 12761/2004 e ord. 19 maggio 2004, affare ICC 13046/2004, tutte in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>658</sup> In tal senso v. le pronunce della Corte suprema di Dubaï citate in Fabbi, *op. cit.*, nt. 133 e cfr. la risposta fornita da El-Hakim, in Sanders, *Comparative arbitration practice*, cit., 107, alla domanda ricordata *supra*, in cui l'a. - che si esprime in nome di un' indefinita cerchia di ordinamenti arabi - precisa anche che ove le dichiarazioni dei testimoni non siano giurate nei modi richiesti dalla legge ad esse si potrà dare al più mero valore di prova indiziaria.

<sup>659</sup> *Supra*, cap. 1, § 4.3.

<sup>660</sup> *Infra*, cap. 7, § 40.

<sup>661</sup> Sulle differenze tra ordinamenti di *common law* e *civil law* quanto agli aspetti ora in esame, si vedano Denti, "Cross-examination", cit. e più ampiamente Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979, *passim*.

Successivamente alla produzione dei *witness statements*, alla comunicazione dei nominativi dei testi che si intendono escutere<sup>662</sup> e alla decisione degli arbitri in merito all'ammissione delle istanze istruttorie, sono in genere le parti a doversi occupare della citazione dei testimoni<sup>663</sup>, mentre in arbitrati ICC si prevede che i rappresentanti delle parti siano chiamati su iniziativa del tribunale<sup>664</sup>.

La prassi arbitrale mostra di ritenere obbligatoria la comparizione, per l'esistenza in capo ai litiganti di un obbligo di cooperare e agire in buona fede<sup>665</sup> e per la possibilità di subire la sanzione tipica della desunzione di inferenze negative dall'eventuale comportamento processuale omissivo ingiustificato, di cui si dirà in maggior dettaglio nel prosieguo.

In caso di mancata comparizione per giustificato motivo si ritiene possa aver luogo soltanto una seconda nuova convocazione e, comunque, non più di due tentativi<sup>666</sup>.

Quanto all'ordine dell'escussione, l'art. 8 Reg. IBA richiede che siano ascoltati prima i testi di parte attrice e poi quelli chiamati dal convenuto (e, per ultimi, gli esperti)<sup>667</sup>, ma la prassi ammette la possibilità che il tribunale alteri tale ordine o che disponga, in luogo dell'audizione singola e uno per volta<sup>668</sup>, il confronto o l'audizione simultanea dei testi. Anche le stesse parti, peraltro, dovrebbero potersi accordare in merito all'ordine degli interrogatori<sup>669</sup>.

Talora si è permesso che la testimonianza fosse data a distanza e sempre più spesso in effetti si fa uso della tecnica della *witness conferencing*<sup>670</sup>, quantunque essa sia stata ritenuta in principio più adatta a ipotesi di comunanza di temi e quindi, tipicamente, di testimonianze a contenuto tecnico<sup>671</sup>.

---

<sup>662</sup> Ord. proc. 20 settembre 2004, affare ICC 13054/2005, Hascher, *lc. ult. cit.*

<sup>663</sup> Ord. proc. 12 maggio 2004, affare ICC 12990/2004, in Hascher, *lc. ult. cit.*

<sup>664</sup> Cfr. ora art. 26 c. 1 Reg. ICC.

<sup>665</sup> E non è da escludersi che lo stesso obbligo sia ritenuto in capo alle parti sussistente anche con riferimento a testimoni che siano ritenuti sotto il loro controllo (*party-controlled*): ord. 31 luglio 2003, caso ICC 12279/2003, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>666</sup> Ord. proc. 20 settembre 2004, caso ICC n. 13054/2004, in Hascher, *lc. ult. cit.*

<sup>667</sup> Così Pietrowski, *Evidence*, cit., 398.

<sup>668</sup> V. es. ord. proc. 19 maggio 2004, nel caso ICC n. 13046/2004, in Hascher, *lc. ult. cit.*

<sup>669</sup> Così, in riferimento ad arbitrati ICC, Carlevaris, *Commento*, cit., 377.

<sup>670</sup> V. ord. proc nel caso ICC n. 7170/1993, in Hascher, *Collection*, cit., 55 ss.

<sup>671</sup> Cfr. la stessa nozione di “(e)*videntiary Hearing*”, definita come “*any hearing, whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal, whether in person, by teleconference, videoconference or*



L'utilizzo della videoconferenza o di altri simili mezzi di comunicazione potrebbe conoscere in futuro una estensione persino maggiore in arbitrati internazionali, atteso che le Reg. IBA, come innovate nel 2010, ammettono oggi che qualsiasi udienza istruttoria possa tenersi con tale modalità<sup>672</sup>. In senso analogo si pone la formula adottata per arbitrati ICC, per i quali la suddetta tecnica è ritenuta sempre ammissibile per lo svolgimento delle già menzionate *case management conferences*<sup>673</sup> e per ogni altra udienza “*where attendance in person is not essential*”<sup>674</sup>.

Quanto all'oggetto della testimonianza, va poi certamente ritenuto che malgrado i *witness statements* assolvano la suesposta funzione di delimitare il *thema probandum*, sarebbe irragionevole ritenere che l'escussione possa vertere soltanto su di essi, dovendosi per contro ritenere il potere del tribunale arbitrale di esaminare ogni fatto rilevante<sup>675</sup>.

La fase d'interrogatorio è condotta tanto dagli arbitri, che hanno sempre il potere di porre domande<sup>676</sup>, quanto dai difensori delle parti secondo il metodo della *cross-examination*<sup>677</sup>.

---

*other method, receives oral or other evidence*”. In genere, sull'utilizzo della tecnologia della videoconferenza in arbitrati internazionali, v. Peter, *Witness conferencing*, in *Arbitration International*, 2004, 47 ss., nonché, con ampi rilievi sui problemi di natura tecnica che da questo potrebbero scaturire, Schäfer, *Videoconferencing in Arbitration*, in *ICC Bulletin*, 14, 1, 35 ss. Su questi aspetti, inoltre, cfr. il nuovo art. 28, c. 4 Reg. Uncitral che pure prevede, dopo le modifiche del 2010, la possibilità di ascoltare il testimone via videoconferenza.

<sup>672</sup> Nello stesso senso, Mourre, *Differenze e convergenze*, cit., 134.

<sup>673</sup> V. *ICC Arbitration and ADR Rules*, spec. 58, all. 4 in tema di “(c)ase Management Techniques”.

<sup>674</sup> V. art. 24 c. 4 Reg. ICC: “(c)ase management conferences may be conducted through a meeting in person, by video conference, telephone or similar means of communication [...]”.

<sup>675</sup> Mourre, *op. cit.*, 135 e nt. 39. Tale posizione è talora avallata dalla prassi: v. ord. 31 luglio 2003, affare ICC 12279/2003, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit. Cfr. però decisione 26 settembre 1988, affare ICC 5926, Hascher, *Collection*, cit., 105, in cui si legge che “(w)itnesses are expected to be heard only on facts or evidence relevant to the case not already included in affidavits or in other documentary evidence already filed”. V. infine Pietrowski, *Evidence*, cit., il quale riportando la prassi in uso nei processi di fronte a corti internazionali, rammenta l'esistenza di una *critical date*, quale termine ultimo fissato nel procedimento per la presentazione di prove e leggi, nello stesso senso, l'art. 28, c. 3 Reg. CAM, secondo cui “(d)opo la chiusura dell'istruzione, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie, salva diversa determinazione del Tribunale Arbitrale”.

<sup>676</sup> Hunter, *The Procedural Powers*, cit., 353.

<sup>677</sup> V. così art. 8, c. 2 Reg. IBA; art. 20, c. 5 Reg. LCIA; art. 25, c. 4 Reg. Uncitral; art. 20, c. 4 Reg. AAA. Nella prassi, cfr. ord. proc. 19 maggio 2004, nel caso ICC 13046/2004, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit. In dottrina, v. Mourre, *op. cit.*, 195 secondo cui tale fase è fondamentale al fine di porre in risalto contraddizioni e lacune e cfr. anche Montalenti, *I poteri*, cit., il quale rimarca l'utilità della *cross-examination* per verificarne l'attendibilità dei testimoni e “*per pervenire, eventualmente, anche all'estremo dell'impeachment*”. Conf. sull'ordinamento inglese, Tackaberry, Marriott, *Bernstein's Handbook*, cit., 302.

Ciascun testimone è ammesso a deporre nella lingua da lui scelta, con l'eventuale ausilio di interpreti e traduttori<sup>678</sup>.

L'audizione diretta ha inizio con la conferma del *witness statement* da parte del teste<sup>679</sup>, è seguita dal contro-interrogatorio condotto dal legale della controparte e poi dalle eventuali fasi di *re-direct* e *re-cross*.

Il controinterrogatorio, in particolare, risulta particolarmente opportuno in questi procedimenti per verificare l'attendibilità del teste, stante la mancanza in questa sede dell'obbligo per i testimoni di rispondere verità (*rectius*: la mancanza della correlativa sanzione)<sup>680</sup>. Allo stesso modo, esso permette di sopperire alla rammentata assenza di regole di esclusione che rende in principio ammissibile - come visto ampiamente - qualsiasi fonte soggettiva di testimonio.

Accade a volte che le parti, o gli arbitri con ordinanza, stabiliscano delle regole circa la conduzione dell'interrogatorio e la valutazione, ad esempio, delle domande suggestive o tendenziose: a tale riguardo è possibile prendere spunto dai canoni già in uso in alcuni sistemi processuali<sup>681</sup>.

Infine, altra forma di tutela nella fase orale è costituita dalla verbalizzazione degli interrogatori, da ritenersi imprescindibile ove le parti ne facciano richiesta (e a nostro modo di vedere da ritenersi sommamente opportuna in ogni caso<sup>682</sup>) e che, secondo la prassi, può avvenire sia in forma integrale<sup>683</sup>, che per estratti delle parti più rilevanti, sotto dettatura da parte del tribunale<sup>684</sup>.

---

<sup>678</sup> Come oggi ammesso espressamente, dopo le modifiche apportate nel 2010, dall'art. 28 *ley de arbitraje* spagnola, in cui si contempla la possibilità "*de utilizar la lengua propia por las partes, los testigos y peritos, y por cualquier tercero que intervenga en el procedimiento arbitral*".

<sup>679</sup> Mourre, *op. cit.*, rileva giustamente come l'interesse alla *direct examination* scemi proporzionalmente alla misura in cui gli *statements* siano stati redatti dagli stessi avvocati che conducono l'interrogatorio.

<sup>680</sup> Così Heuman, *Arbitration Law*, cit., spec. 262. Per l'importanza di tale fase e per l'affermazione per cui in arbitrati internazionali si è raggiunta una ragionevole mediazione tra modelli processuali differenti, v. Cremades, Cairns, *Cross-examination and International Arbitration*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 91 ss. e *Cross-examination in International Arbitration: Is It Worthwhile?*, *ibidem*, 223 ss. e spec. 241.

<sup>681</sup> V. es. le regole previste in tema di *leading questions* per il processo penale inglese ed applicabili per analogia anche al processo civile (su cui v. Malek, *Phipson*, cit., spec. 342 e 358); richiamano le regole previste al riguardo negli artt. 37-42 dell'*Evidence Act* australiano Cremades, Cairns, *Cross-examination*, cit., spec. 228 ss.

<sup>682</sup> Nello stesso senso Hunter, *The Procedural Powers*, cit., 352; Hascher, *Collection*, cit., 104. *Contra*, nella prassi, v. ord. proc. 26 settembre 1988, nell'affare ICC 5926, *ibidem*, 105: "(i)t seems that official transcripts of the testimonies would not serve any useful purpose".

<sup>683</sup> Ord. proc. 17 febbraio 1994, nell'affare ICC n. 7314/1996, in Hascher, *op. cit.*, 136 ss. La giurisprudenza statale ha ritenuto che la mancanza di trascrizione integrale degli interrogatori

32.5. (segue) *Aspetti peculiari nell'assunzione della testimonianza a contenuto tecnico.*

Non diverge di molto rispetto a quanto sopra descritto la procedura di assunzione di testimonianze a contenuto tecnico.

In primo luogo, in assoluta simmetria con quanto avviene con i *witness statements*, è prassi tipica quella di far precedere la comparizione in udienza degli esperti dal deposito delle loro relazioni peritali<sup>685</sup> ed è anche possibile che prima dell'escussione le parti siano autorizzate a scambiarsi memorie in merito a tali perizie<sup>686</sup>.

Come per i testimoni, anche per gli esperti tecnici si procede alla preparazione<sup>687</sup>, opzione che riterremmo tuttavia da limitare - oltre che per i motivi generali sovraesposti - anche alla luce dei doveri etico-professionali che sugli esperti potrebbero incombere<sup>688</sup>. In ogni caso, quando ciò accada, si ritiene anche qui opportuno che della preparazione sia dato espressamente conto nelle relazioni depositate<sup>689</sup>.

Talvolta (più spesso di quanto ciò si verifica per testimoni semplici), si richiede che gli esperti rendano un giuramento oppure può avvenire che una dichiarazione scritta allo stesso effetto venga inclusa nella perizia<sup>690</sup>.

---

non costituisca di per sé violazione del *due process*: Corte d'Appello di Parigi, 14 dicembre 1999, in *Revue de l'arbitrage*, 2000, 3, spec. 481.

<sup>684</sup> È interessante notare che, qualora alla trascrizione abbia proceduto la parte, vi è il rischio che il verbale non sia preso in esame quale prova nell'eventuale successivo giudizio di impugnazione per nullità: cfr. Corte d'Appello di Parigi, 1° novembre 1993, in *Revue de l'arbitrage*, 1994, 3, 477 ss.

<sup>685</sup> E si è già trattato del caso in cui a tale produzione non faccia seguito l'escussione degli esperti, per cui v. art. 5 c. 4 Reg. IBA e *supra*, § 32.1 e § 15.

<sup>686</sup> Come era già previsto, ad esempio, al punto 73 delle *Uncitral Notes* sull'organizzazione dei procedimenti arbitrari.

<sup>687</sup> In genere, a riguardo, v. Feutrell, Rubins, *The preparation of expert evidence*, cit., 319 ss. che ripropongono gran parte delle considerazioni già riportate nel testo in merito alla testimonianza in genere.

<sup>688</sup> *Supra*, cap. 5, § 22.

<sup>689</sup> Così Kreindler, *Benefiting from oral testimony*, cit., 92.

<sup>690</sup> Come accaduto, ad esempio, nell'affare ICC n. 12761, per cui v. ord. 12 marzo 2004, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit., spec. § 3. In tema cfr. anche Pietrowski, *Evidence*, cit., 396, in cui l'a. rammenta la formula in uso ai sensi dell'art. 64 reg. proc. della Corte Internazionale di Giustizia.

L'interrogatorio dei consulenti di parte si svolge in buona approssimazione con le medesime modalità previste per i testimoni<sup>691</sup>. Il diritto al contro-interrogatorio degli esperti, in particolare, è oggi espressamente riconosciuto dall'art. 5 c. 3 Reg. IBA e deve affermarsi pure con riferimento ad arbitrati ICC, ad onta del tenore testuale dell'art. 25 commi 3 e 4 Reg. ICC che sembrerebbe al contrario suggerire che esso sia da garantire soltanto rispetto al consulente d'ufficio<sup>692</sup>.

È in questo caso possibile (e particolarmente consigliato) procedere ad una audizione congiunta in confronto dei diversi consulenti (art. 5 c. 4 Reg. IBA).

Si è poi proposta l'adozione del metodo di interrogatorio c.d. di *hot-tubbing*<sup>693</sup>, che consiste nell'escussione congiunta di tutti i consulenti, in modo che ciascuno abbia un certo tempo a disposizione per esprimersi di fronte agli altri, che avranno a loro volta la possibilità di replicare e porre domande. Soltanto in seguito avrà luogo il tradizionale interrogatorio e contro-interrogatorio ad opera dei difensori delle parti.

Tale metodo è in effetti utilizzato nella prassi<sup>694</sup> e si inquadra tra gli accorgimenti che, come già accennato, mirano ad incrementare *a posteriori* la fiducia in tali consulenze.

Al termine dell'udienza orale, infine, si può presentare la già ricordata prassi, sempre più diffusa, e oggi consacrata nelle Reg. IBA, della redazione di *consolidated reports* degli esperti.

---

<sup>691</sup> Con riferimento al contro-interrogatorio degli esperti tecnici, v. *ex multis* Landsman, *Cross-examining a technical or scientific expert*, in Newman, Sheppard, *Take the Witness*, cit., 167 ss.; Lamm, Vasquez Jr., Drossos, *Ten guidelines for the cross-examination of financial and technical experts*, *ibidem*, 193 ss. e con specifico riguardo al contro-interrogatorio di esperti in materie giuridiche Bermann, *Cross-examining the legal expert*, *ibidem*, 181 ss.

<sup>692</sup> Così anche Brown, *Oral evidence*, cit., 82.

<sup>693</sup> V. Jones, *Party Appointed Experts*, cit., spec. 147-148 (che rammenta come tale metodo sia già in uso in Australia a partire dagli anni settanta nei processi in materia di concorrenza e di come esso sia stato di recente adottato anche nei riti dinanzi alle corti supreme del luogo) e Townsend, *Crossing the hot tub: examining adverse expert witnesses in international arbitration*, in Newman, Sheppard, *Take the Witness*, cit., 161 ss. Una base per tale metodo potrebbe ora rinvenirsi nell'art. 6 Reg. IBA che prevede la possibilità che consulenti tecnici di parte rivolgano domande direttamente al consulente d'ufficio e dalla più generale disposizione dell'art. 8 che in tema di fase orale del procedimento prevede la possibilità di ordinare audizioni congiunte e confronti.

<sup>694</sup> Cfr. ruff. in Townsend, *Crossing the hot tub*, cit., 165 e il commento dell'a. all'ordinanza resa in data 21 novembre 1989 nell'affare ICC n. 5082/1995, in Hascher, *Collection*, cit., 118.

### 33. Il procedimento nella consulenza tecnica d'ufficio.

Si ritiene che la decisione del tribunale di nominare un consulente tecnico d'ufficio debba essere discussa al più presto tra le parti<sup>695</sup> e accade spesso che gli arbitri invitino queste ultime a uno scambio di note autorizzate sul punto e poi, come già visto, sulla scelta dei consulenti<sup>696</sup>.

Anche il "mandato" dei consulenti dovrebbe essere determinato dal tribunale in accordo con i litiganti<sup>697</sup> e così pure la procedura di espletamento della consulenza, regolata solo in parte dalle fonti della materia<sup>698</sup>.

Queste ultime si limitano a prescrivere che la relazione peritale debba essere redatta per iscritto e a stabilire un dovere di cooperazione delle parti con il consulente<sup>699</sup>, garantendo a questi accesso a ogni documento, oggetto o altra informazione utile a espletare l'incarico<sup>700</sup> e disponendo che ogni incidente o questione insorta in merito debba essere decisa dagli arbitri<sup>701</sup>.

Ad integrazione di queste indicazioni, si prevede spesso che le parti possano depositare commenti scritti alla perizia e che il consulente possa presentare un supplemento alla stessa in replica a tali osservazioni<sup>702</sup>.

Se lo si vuole permettere, sarà poi necessario autorizzare espressamente il perito alla nomina di eventuali sostituti, essendo tale via preclusa dalla disciplina del mandato in molteplici legislazioni statali<sup>703</sup>.

---

<sup>695</sup> Blessing, *The Arbitral Process*, cit., 21.

<sup>696</sup> Jones, *Party Appointed Experts*, cit., 150 e rife. *supra*, cap. 5, § 23.1. Circa la nomina del consulente, Blessing, *op. cit.*, § 5 propone che le parti si accordino per comunicare al tribunale entro una certa data una lista di tre o cinque nomi di esperti e che in un successivo termine ciascuna possa commentare la lista dell'altra, restando inteso che ove non si trovi un accordo saranno gli arbitri a provvedere.

<sup>697</sup> Patocchi, Meakin, *Procedure and the Taking of Evidence*, cit., spec. § G.

<sup>698</sup> Così Carlevaris, *Commento*, cit., 388, che rammenta come anche le legislazioni nazionali lascino massima libertà a riguardo. Come guida per regolare il procedimento di consulenza potranno prendersi le *Uncitral Notes* e in part. i punti 69-73.

<sup>699</sup> Specialmente nella L. Modello: così Binder, *International Commercial Arbitration*, cit., 324.

<sup>700</sup> Mentre, come già visto *retro* § 23.2, è stata opportunamente espunta nel 2010 la parte dell'art. 6 c. 3 Reg. IBA in cui pareva affidarsi ai consulenti il giudizio di rilevanza e ammissibilità ai fini della decisione dei documenti e delle altre informazioni richieste.

<sup>701</sup> V. es. art. 27 Reg. Uncitral e art. 22, commi 2 e 4 Reg. AAA.

<sup>702</sup> Cfr. von Segesser, *The IBA Rules*, cit., 749; Kühner, *The Revised IBA*, cit., 673 e art. 27 c. 3 Reg. Uncitral. *Adde* van Hof, *Commentary*, cit., 196, il quale precisa che limitare il numero di repliche in tal sede servirebbe pure ad evitare non meglio identificate *fishing expeditions*.

Eccetto che nei casi in cui il contenuto della perizia abbia ad oggetto calcoli o operazioni matematiche, il consulente tecnico sarà poi normalmente sottoposto all'interrogatorio<sup>704</sup> e la prassi (e oggi, ad es., anche le Reg. IBA) ammette che in questa fase le parti possano farsi assistere da consulenti di loro fiducia<sup>705</sup>.

Quanto, infine, ai costi della consulenza, sarà il tribunale a decidere chi debba sopportarli, ciò che avverrà di norma al momento della decisione finale<sup>706</sup> e talvolta anche ordinando il pagamento di una anticipazione nel corso del procedimento<sup>707</sup>.

#### 34. Ispezioni ed esperimenti.

Rientra nell'ambito dei poteri inquisitori riconosciuti agli arbitri nei procedimenti in analisi quello di ordinare il compimento di ispezioni ed esperimenti per aver accesso a qualsiasi luogo, documento, oggetto o informazione ritenuti necessari per la decisione<sup>708</sup>.

---

<sup>703</sup> V. art. 1717 c.c. e per una rassegna comparatistica al riguardo Matray, *Les traits caractéristique*, cit., 133.

<sup>704</sup> Oltre che nei regolamenti arbitrali sopra menzionati, anche in taluni ordinamenti statali, quali quello egiziano o quello russo (per cui v. art. 24 legge sull'arbitrato commerciale), si prevede espressamente la possibilità di sottoporre ad interrogatorio i consulenti d'ufficio. Le regole sull'interrogatorio saranno in principio quelle generali, contenute nel citato art. 8 Reg. IBA o nell'art. 21 Reg. LCIA, e i consulenti saranno esaminati alla stregua di normali testimoni.

<sup>705</sup> V., *ex multis*, ord. proc. 22 maggio 2003, nel caso ICC n. 11250, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit. e ora art. 6 c. 6 Reg. IBA.

<sup>706</sup> Cfr. art. 21 c. 3 Reg. LCIA e art. 6 ult. c. Reg. IBA.

<sup>707</sup> V. in tal senso ord. proc. 28 febbraio 1989, in affare ICC 5715/1996, in Hascher, *Collection*, cit., 144 ss. In arg. cfr. anche Carlevaris, *Commento*, cit., 388, il quale - rammentato come tale possibilità fosse in passato ammessa dall'art. 31 c. 2 Reg. ICC (oggi art. 36) in tema di anticipazione delle spese - precisa pure che, nel silenzio della norma, la forma del provvedimento dovesse essere quella dell'ordinanza, non essendo necessario emettere un lodo.

In tema di costi, come più in genere per l'intera regolamentazione degli aspetti della consulenza, va infine ribadita l'utilità delle indicazioni fornite nel già citato rapporto ICC del 2007, sulle "*Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*".

<sup>708</sup> Come rammentano Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections*, cit., 215-216 e Pietrowski, *Evidence*, cit., 397, ad esso si fa ricorso specialmente in contenziosi in materia di costruzioni e appalti di opere allo scopo di esaminare lo stato di lavori in corso o il funzionamento di macchinari, impianti, ecc.

Tale potere è previsto in diverse disposizioni legislative<sup>709</sup> e riprodotto, ad esempio, dagli artt. 32 Reg. NAI, 33 AAA e 22 Reg. LCIA<sup>710</sup>.

Queste norme si limitano a prevedere il rispetto del principio del contraddittorio che un cattivo esercizio di questi poteri potrebbe ledere fortemente<sup>711</sup>, talché le ispezioni dovranno sempre essere compiute alla presenza delle parti e di esse dovrà redigersi un verbale ovvero effettuare una video- o audio-registrazione<sup>712</sup>.

Deve ritenersi che l'esercizio del potere ispettivo, nonostante la prassi finisca talvolta per rimmetterlo largamente alla discrezionalità del tribunale<sup>713</sup>, debba essere compiuto - come per qualsiasi altro potere inquisitorio - in maniera moderata, e, per alcuni, esso dovrebbe essere ove possibile evitato<sup>714</sup>.

È certamente da ammettersi, inoltre, che le parti concordemente rinuncino al ricorso a tale potere da parte degli arbitri<sup>715</sup>.

### 35. Assenza di poteri coercitivi degli arbitri.

Mentre gli arbitri possiedono alcuni poteri che sono stati definiti inquisitori quale è appunto quello di disporre ispezioni, al pari di quelli di ordinare la produzione di documenti e nominare un consulente tecnico, è però noto che essi

---

<sup>709</sup> V. es. art. 38 AA inglese e a commento, anche con rife. alla normativa previgente, Cato, *Arbitration*, cit., spec. 1011 ss.

<sup>710</sup> Circa l'art. 22 Reg. LCIA v. Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA*, cit., 142-143.

<sup>711</sup> Caldwell, *Do Arbitration Rules Give*, 86: "(a) *badly conducted on-site inspection may indeed cause unexpected surprises and care by the tribunal in settling ground rules before the inspection can assist it in avoiding them?*".

<sup>712</sup> Nelle *Uncitral Notes* si fa menzione delle dichiarazioni rese ed ascoltate dal collegio arbitrale durante lo svolgimento di un'ispezione stabilendo il principio per cui esse non dovrebbero essere considerate prove: ricorda tuttavia al riguardo, Caldwell, *loc. cit.*, che "(t) *his structure is probably more often breached than observed?*".

<sup>713</sup> Cfr. il lodo reso in data 25 gennaio 1955 in arbitrato svolto sotto l'egida della *Japan Commercial Arbitration Association* ("JCAA"), in Doi (a cura di), *Digest of Selected J.C.A.A. Arbitral Awards 1953-1973*, Tokyo, 1988, spec. 18-19.

<sup>714</sup> Così Kurkela, *Due process*, cit., 45, che auspica di questo e di ogni altro potere inquisitorio degli arbitri un'utilizzo soltanto residuale, "*only when the fundamental or otherwise apparently relevant facts have not been established at all or have been insufficiently established?*".

<sup>715</sup> Nello stesso senso Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International*, cit., 579.

difettano di poteri coercitivi tanto verso le parti quanto verso soggetti terzi ed estranei all'arbitrato<sup>716</sup>.

A tale lacuna si sopperisce in maniera diversa a seconda dei casi.

### 36. Cenni all'assistenza giudiziaria in materia di istruzione probatoria.

Del tema in oggetto si possono in questa sede proporre soltanto brevi cenni.

Va preliminarmente rilevato che le legislazioni nazionali contemplano diffusamente meccanismi di assistenza giudiziaria agli arbitri, perlopiù allo scopo di provocare la comparizione di testimoni recalcitranti<sup>717</sup>.

Non tutti gli ordinamenti, però, estendono tale assistenza giudiziaria in favore di arbitrati stranieri<sup>718</sup>. Con la L. Modello, in particolare, si è scelto di non adottare un sistema di assistenza di questo tipo, ritenendo che tale compito dovesse essere assolto da uno strumento di diritto internazionale uniforme e non da singole leggi nazionali<sup>719</sup>.

Ciononostante, previsioni in tal senso si riscontrano in alcuni sistemi che pur hanno recepito la Legge uniforme dell'Uncitral. Tanto L'art. 1050 ZPO quanto l'art. 602 del codice di procedura austriaco ammettono l'assistenza a favore di procedimenti arbitrali situati all'estero e anche gli artt. 43 e 44 AA sono stati

---

<sup>716</sup> Su questo tema v. es. in genere Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, 292, Carlevaris, *Commento*, cit., 364 ss. e, più settorialmente, Megens, Starr, Chow, *Compulsion of Evidence in International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2006, 1, 32 ss.

<sup>717</sup> V. es. artt. 43, 44 AA inglese; artt. 183, 184 LDIP svizzera; artt. 8 e 33 *ley de arbitraje* spagnola; art. 1050 ZPO; art. 7 FAA statunitense. La possibilità è prevista anche nell'art. 27 L. Modello (su cui v. Bredow, Mulder, *Court Assistance in Arbitral Proceedings from the Perspective of Article 27 of the Uncitral Model Law*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 143 ss.). Nell'ordinamento italiano, v. art. 816-ter c.p.c. e, in tema di istruzione preventiva, C. cost. n. 26/2010, le cui statuizioni, com'è noto, pur non propriamente "ortodosse", sono state però salutate dalla dottrina all'insegna del motto "il fine giustifica i mezzi": vedila con note di Tiscini, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato: continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*, in *Riv. arb.*, 2010, 1, 73 ss.; Licci, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 723 ss. e Bonato, *L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2010, 1647 ss.

<sup>718</sup> In arg. v. in genere Hunter, Panov, *Taking Evidence Abroad in International Arbitration in the 21st Century*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 213 ss.

<sup>719</sup> Cfr. Binder, *International Commercial Arbitration*, spec. 330, in cui si legge che l'assistenza ad arbitrati stranieri "fell within the domain of international cooperation between States and that such international cooperation could only be achieved in a satisfactory way by international instruments such as conventions or bilateral treaties".



interpretati in questo senso<sup>720</sup>. Maggiormente dibattuto è l'utilizzo dell'art. 1782 *USCC*, date le divergenti interpretazioni che si danno, nella giurisprudenza delle corti statunitensi, del concetto ivi contenuto di “*foreign or international tribunal*”<sup>721</sup>.

Deve poi escludersi la possibilità di ricorso diretto da parte di tribunali arbitrali alle procedure previste dalla Convenzione dell'Aja sulle rogatorie internazionali in materia civile e commerciale<sup>722</sup>, visto il riferimento alla nozione di autorità giudiziaria da essa adottato e dovendosi negare, nonostante la fungibilità di funzioni tra arbitri e giudici civili, che i primi possano rientrarvi<sup>723</sup>.

Peraltro, secondo alcuni, il testo della Convenzione - nel punto in cui si prevede all'art. 1 c. 2 che la rogatoria non possa richiedersi se non per essere utilizzata in un “*judicial proceedings*” pendente o futuro - sarebbe tale da escludere persino che ad essa possano far ricorso i giudici dello Stato sede di un procedimento arbitrale aditi in assistenza. La lettura non è l'unica possibile, ma è certo che il solo fatto che in uno o più Stati essa sia avallata è talmente limitante da giustificare l'auspicio di un intervento correttivo o, più plausibilmente, di una convenzione internazionale in materia<sup>724</sup>.

Altro problema, infine, attiene all'utilizzabilità degli strumenti di assistenza per provocare comportamenti di soggetti terzi rispetto all'arbitrato e ai modi di cui la

---

<sup>720</sup> Va però rimarcato che ai sensi degli artt. 43 e 44 *AA* i giudici inglesi cui sia richiesta l'assistenza godranno sempre di un potere discrezionale nel concederla o meno: Hunter, Panov, *Taking Evidence Abroad*, cit., 215.

<sup>721</sup> Anche al riguardo la letteratura è vastissima: in dottrina si vedano tra i tanti Illmer, Steinbrück, *US Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, 25, 3, 329 ss.; Bassler, Stueben, *A Primer on Taking of Evidence Abroad*, in *International Arbitration Report*, 2011, 6, 15 ss.; Orta, Fuentes, *What is the Effect of International Arbitral Rules on the Availability of Assistance in the Production of Evidence Pursuant to 28 U.S.C § 1782?*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2010, 3, 247 ss.; Nelson, *Can Parties to a Nafta Arbitration Get Discovery From U.S. Courts Under 28 U.S.C. § 1782? The Methanex Question Revisited*, in *International Arbitration Report*, 2011, 2, 22 ss. Va dato atto che in giurisprudenza la recente sentenza della US District Court for the Southern District of Florida, aprile 2010, nel caso *Winning et al.* sembrava aver aperto un nuovo spiraglio, avendo la corte legato la possibilità di utilizzo dello strumento a favore di arbitrati internazionali enfatizzando l'elemento della *judicial reviewability of the award*. L'orientamento, tuttavia, pare essere stato sconfessato più recentemente da una decisione di altra corte distrettuale: vedila in Beckett, Suskin, Glasser, *District Court Rejects Use of Section 1782 in Aid of ICC Arbitration*, in *International Arbitration Report*, 2011, 9, 33 ss.

<sup>722</sup> Convenzione sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile o commerciale, adottata all'Aja dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite in data 18 marzo 1970 e ratificata in Italia con l. 24 ottobre 1980, n. 745.

<sup>723</sup> Hunter, Panov, *Taking Evidence Abroad*, cit., 218.

<sup>724</sup> Hunter, Panov, *lc. ult. cit.* e 223 e conf. Hascher, in commento a ord. proc. in caso ICC n. 6401 del 1996, in *Id.*, *Collection*, cit., 152 ss. In tema v. anche Magnone Cavatorta, *Prova documentale*, cit., 181 e 186 ss., con rilievi in merito al Reg. (CE) n. 1206/2001.

stessa autorità giudiziaria dispone per obbligare a tali comportamenti. Anche in tal caso, la scelta è rimessa ai legislatori nazionali e si è detto che nella stragrande maggioranza di essi si contemplan rimedi per provocare, ad esempio, la comparizione di un testimone. Nel sistema statunitense, in più, si stabilisce che gli arbitri possano già per loro conto provocare la comparizione di un soggetto terzo rispetto alle parti e, in caso di insuccesso, attivare dinanzi alle corti i medesimi meccanismi coercitivi applicabili nei processi con relativo rischio, espressamente richiamato dal *Federal Arbitration Act*, di *contempt of court* e annesse sanzioni<sup>725</sup>.

### 37. *Non-compliance delle parti e relative “sanzioni”.*

È stato osservato come in arbitrati internazionali si sia sviluppato un “*toolbox*” di rimedi per fronteggiare il rifiuto di una parte di adempiere a un ordine istruttorio del tribunale<sup>726</sup>.

Se nei confronti dei terzi i meccanismi di assistenza giudiziaria rappresentano l'unica via percorribile<sup>727</sup>, nei confronti delle parti la prassi arbitrale ha identificato ulteriori meccanismi atti a sopperire al difetto di poteri coercitivi inducendo, per altra via, l'osservanza degli ordini dei tribunali.

Si tratta, in particolare, della desunzione di inferenze negative dal contegno negativo di una parte e delle possibili conseguenze in tema di ripartizione dei costi dei procedimenti. Soltanto in rari casi, invece, le legislazioni nazionali in materia prevedono sanzioni pecuniarie per eventuali inadempienze delle parti in arbitrato<sup>728</sup>.

---

<sup>725</sup> Cfr. art. 7 *FAA* e *amplius* a riguardo *Report of the International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, Obtaining Evidence from Non-Parties in International Arbitration in the United States*, in *The American Review of International Arbitration*, 2009, 4, 421 ss.

<sup>726</sup> Kurkela, *Due process*, cit., 130, che inquadra tra tali strumenti gli ordini di esibizione, le richieste di assistenza giudiziaria, la desunzione di inferenze negative dal comportamento processuale delle parti e il più generale potere degli arbitri condurre la trattazione della causa.

<sup>727</sup> In tal senso v. ord. proc. nel caso ICC n. 12761 del 12 marzo 2004, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.

<sup>728</sup> Tra le possibili conseguenze della *non-compliance* il diritto olandese prevede pure la possibilità che il tribunale arbitrale commini una sanzione pecuniaria (*dwangsom*): v. in proposito van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI*, cit., 140.

### 37.1. Desunzione di inferenze negative dal comportamento processuale delle parti.

Il potere del tribunale di trarre *adverse inferences* dal comportamento processuale di una parte<sup>729</sup> è affermato da tempo<sup>730</sup> e riconosciuto costantemente nella prassi arbitrale<sup>731</sup> come il rimedio più utile a spingere le parti a prestare ossequio ai comandi degli arbitri<sup>732</sup>.

Esso è oggi previsto in termini generali nelle Reg. IBA e in taluni regolamenti arbitrali<sup>733</sup> e il relativo esercizio è stato in passato oggetto di specifica attenzione da parte della dottrina.

Quando del potere in discorso non vi era previsione espressa nelle fonti della materia, si era ritenuto necessario che gli arbitri avvisassero previamente le parti della loro intenzione di esercitarlo<sup>734</sup>, in mancanza ritenendosi violato il diritto di difesa. Di tale indicazione, che trova conforto nella prassi più datata<sup>735</sup>, potrà ora

---

<sup>729</sup> Si badi bene: riterremmo, però, che la “sanzione” di cui si tratta al presente paragrafo debba limitarsi ad ipotesi di comportamenti processuali omissivi delle parti e non anche estendersi, ad esempio, a casi in cui non sia stata procurata in giudizio dalla parte la comparizione di un terzo estraneo alla lite. In tal caso, al più, il collegio potrà valutare la “buona fede” della parte nell’essersi attivata in tal senso ed è in questa direzione che dovrebbe essere pertanto interpretata la previsione di cui al combinato disposto degli artt. 3 c. 10 e 9 commi 6 e 7 Reg. IBA.

<sup>730</sup> V. tra gli altri van Houtte, V., *Adverse Inferences in International Arbitration*, in Mourre, Giovannini, *Written Evidence*, cit., 195 ss.; Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 4, 549 ss.; Nilsson, *Negative Inferences: An Arbitral Tribunal's Power to Draw Adverse Conclusions from a Party's Failure to Comply with the Tribunal's Orders*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 351 ss.; O'Malley, *The procedural rules*, cit., 30 ss.; Redfern, *The Practical Distinction*, cit., spec. 318 e nt. 1. Cfr. anche Magnone Cavatorta, *Prova documentale*, cit., 178, e sia consentito rinviare a quanto già rimarcato in Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., 165 ss.

<sup>731</sup> Ord. proc. 12 maggio 2004, caso ICC n. 12990/2004 e ord. 19 maggio 2004, affare ICC 13046/2004, ambedue in Hascher, *Decisions on ICC*, cit. *Contra* Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections on the assessment*, 217, i quali ritengono che l'utilizzo di tale potere sia alquanto limitato nella prassi, ma l'osservazione non sembra rispondere alla realtà; al più può riconoscersi che gli arbitri talora ne facciano utilizzo in maniera implicita, anche per evitare che si possano poi montare impugnazioni (così anche Sharpe, *op. cit.*, 555).

<sup>732</sup> Così Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., § 3; conf. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences*, cit., 551. Lo stesso, peraltro, si ritiene da tempo anche per processi dinanzi corti internazionali ogni qualvolta queste difettino di poteri coercitivi: Marossi, *The Necessity for Discovery*, cit., 19; conf. Sandifer, *Evidence*, cit., spec. 147 e con riguardo al Tribunale dei Reclami Iran - Stati Uniti Reiner, *Burdens and General Standards*, cit., 338.

<sup>733</sup> Cfr. art. 9 commi 5 e 6 Reg. IBA e art. 28 Reg. NAI: “*if a party refuses to comply with the arbitral tribunal's order, the arbitral tribunal may deduce the conclusions that it deems appropriate*”.

<sup>734</sup> Come abbiamo già avuto modo di rammentare in Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., 167.

<sup>735</sup> V. in tal senso Hascher, in nota a ord. proc. nel caso ICC n. 6401 del 1996, in *Id.*, *Collection*, cit. 152.

farsi a meno ogni qualvolta siano applicabili regole - quali appunto le Reg. IBA - che contemplano espressamente tale potere, dovendo le parti e i loro difensori esserne consapevoli.

Vi è stato poi chi ha tentato di affermare una sorta di proceduralizzazione dell'istituto, coniando un serie di condizioni di ammissibilità perché fosse possibile trarre conclusioni da un certo comportamento processuale, quali la loro ragionevolezza, la coerenza con gli altri elementi acquisiti ecc.<sup>736</sup>.

Tali proposte, tuttavia, non appaiono in linea con l'ampia flessibilità riconosciuta agli arbitri in materia di ammissibilità dei mezzi di prova<sup>737</sup>, mentre più rilevante, invece, è soffermarsi sul valore probatorio da attribuire a tali *inferences*.

Appare al riguardo certamente preferibile la tesi che le riconduce alla nostra (pur discussa) categoria degli argomenti di prova<sup>738</sup>, nel senso di ritenere che esse non possano mai essere poste da sole alla base della decisione, dovendo sempre essere confortate da altri elementi, in ciò corroborata peraltro da una corrispondente prassi arbitrale<sup>739</sup>. Un lodo basato soltanto sull'inferenza/argomento di prova che gli arbitri abbiano tratto da un certo comportamento di parte dovrebbe pertanto ritenersi suscettibile di annullamento<sup>740</sup>, ma data l'ampia libertà che i primi possiedono in tema di efficacia delle prove e visto e considerato che in tal caso si incontreranno le solite "barriere" afferenti all'insindacabilità della valutazione di queste da parte dal giudice dell'impugnazione<sup>741</sup>, può essere forse adeguato che in un'apposita ordinanza di procedura si qualifichi espressamente e preliminarmente, con l'accordo delle parti, la valenza probatoria da attribuirsi alle *negative inferences* del caso, prevenendo eventuali abusi del tribunale.

---

<sup>736</sup> Per tali affermazioni, cfr. van Houtte, V., *Adverse Inferences*, cit., 213 e Sharpe, *Drawing Adverse Inferences*, cit., 554 ss.

<sup>737</sup> In tal senso, Nilson, *Negative Inferences*, cit., 364.

<sup>738</sup> Per cui v. Nilsson, *op. cit.*, 355. Cfr. anche Marossi, *The necessity for discovery*, cit., 530-531, il quale ritiene invece che ad esse andrebbe riconosciuto valore presuntivo e, nella specie, di presunzioni relative, riconoscendo poi pure come, però, sia alquanto raro che il tribunale fondi la decisione soltanto su di esse, soprattutto - dice l'a. - ove si tratti di "*weak*" *inferences*.

<sup>739</sup> Cfr. es. la decisione resa nel caso ICC n. 6497/1994, in *Yearbook Commercial Arbitration*, XXIV, 2009, 71 ss. Epperò, se tali altri elementi possano poi essere a loro volta integrati da altre *inferences*, la prassi non sembra specificarlo.

<sup>740</sup> Così, nuovamente, Nilson, *op. cit.*, 361.

<sup>741</sup> V. in tal senso High Court of Justice QB Commercial Division, 17 dicembre 2009, da noi commentata in *Alcune osservazioni*, cit., *passim*.

37.2. *Conseguenze sulla ripartizione dei costi del procedimento.*

Va infine aggiunto che è sempre maggiore, allo scopo di sanzionare la parte che abbia tenuto un comportamento processuale omissivo o reticente, la prassi di imputare in capo ad essa una porzione (maggiore) o la totalità delle spese del procedimento.

La possibilità, da tempo documentata nei precedenti arbitrali<sup>742</sup>, è stata recepita nelle Reg. IBA che ora ne fanno espressa menzione all'art. 9 c. 7, ad introdurre un più generale requisito di comportamento leale e corretto per le parti di procedimenti arbitrali internazionali<sup>743</sup>.

38. *Conclusioni. L'approccio collaborativo e le garanzie processuali riconosciute in sede di assunzione come contrappeso della libertà concessa agli arbitri in tema di ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova.*

Nelle pagine che precedono si è descritto lo svolgimento dinamico della fase istruttoria e si è visto come, ferma l'ampia flessibilità di principio, nella prassi arbitrale si siano venute sviluppando regole molto specifiche sulla assunzione dei singoli mezzi e che a prima vista potrebbero apparire financo troppo rigide per procedimenti caratterizzati da una tendenziale libertà di forme<sup>744</sup>.

Tali regole, a ben guardare, mirano tutte, molto semplicemente, a garantire il rispetto del principio del contraddittorio e dell'uguaglianza delle parti.

---

<sup>742</sup> V. es. il lodo reso nel caso ICC n. 9613/1999, in Arnaldez, Derains, Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, cit., 463 ss. e spec. 478, in cui il tribunale arbitrale ha ritenuto che, in mancanza di criteri generali direttivi atti a permettere una mitigazione del principio della soccombenza adottato dall'art. 31 Reg. ICC, fosse possibile compiere una valutazione equitativa e tenere in considerazione vari indici, tra cui il comportamento assunto dalle parti nel corso del procedimento; conf. v. anche lodo in affare ICC n. 11426, *ibidem*, 751.

<sup>743</sup> Cfr. art. 9 c. 7: "(i)f the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence".

<sup>744</sup> E si è visto, ad esempio, che la conduzione degli interrogatori segue in larga misura gli schemi del diritto processuale anglosassone, il cui procedimento è solito essere definito come "tutt'altro che informale" in dottrina (Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 290).

Così, ad esempio, se ritenere l'esistenza di un insopprimibile diritto al contro-interrogatorio potrebbe apparire scelta irragionevole, essa si spiega per il fatto che l'ampia libertà riconosciuta agli arbitri in punto di valutazione di ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova deve essere compensata con il riconoscimento di adeguate garanzie in capo alle parti. Se il tribunale può ammettere la testimonianza di un soggetto che abbia interesse nella causa, è particolarmente opportuno ed anzi essenziale che le parti abbiano la possibilità di interloquire e contro-dedurre nel procedimento come e più che rispetto a qualsiasi altra prova per testimoni. Se agli arbitri è concesso fare affidamento su perizie stragiudiziali di parte, ai contendenti deve essere garantita la possibilità di interrogare chi ha reso quella perizia, screditandone il valore, e così via.

Sembra potersi ricavare l'impressione che la prassi arbitrale, muovendo da un catalogo "aperto" e illimitato di mezzi e soluzioni istruttorie, abbia proteso per una cieca ma non acritica ammissione di qualsiasi tra questi, disegnando di volta in volta i meccanismi più opportuni allo scopo di garantirne l'accettazione e, in sostanza, di non effettuare alcuna discriminazione tra le parti.

Come abbiamo già avuto modo di affermare, non può omettersi di segnalare come le garanzie riconosciute e gli accorgimenti adottati per garantire contraddittorio ed uguaglianza evocano in larga misura quegli accorgimenti normalmente adottati dalla giurisprudenza italiana per l'ammissione nel processo delle cosiddette prove atipiche<sup>745</sup>. A dire che, in arbitrato, ogni prova è in principio atipica e, non rinunciando all'occasione di accogliere nel procedimento tutto il materiale utile alla ricerca della verità, si evitano astratte regole di esclusione e si tende in concreto ad assicurarne la "desiderabilità" da parte dei contendenti, i quali, peraltro, sono essi stessi e per primi chiamati a regolare tali profili e non soltanto a "subire" le decisioni del collegio.

---

<sup>745</sup> Cfr. Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., spec. 434-435. Sulle prove atipiche, consci dell'esistenza di una vastissima letteratura, ci si limita a rinviare per l'analogia richiamata nel testo (i.e. per una sintetica descrizione degli "accorgimenti" procedurali adottati dalla giurisprudenza per l'ammissione di tali prove nei processi) a Ricci, G. F., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove civili*, in Aa.Vv., *Atti del XXV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, Milano, 2007, 173 ss. e Lombardo, *Profili delle prove*, cit.

### 38.1. Centralità dell'obbligo di motivazione e lodi "concordati".

In conclusione, tenderemmo a ritenere, e lo abbiamo già detto in precedenza<sup>746</sup>, che tra le garanzie da riconoscersi alle parti quale contrappeso della citata flessibilità sia di primaria importanza l'assolvimento da parte degli arbitri dell'obbligo di motivazione del lodo.

Va però a questo punto precisato che non vi è uniformità di opinioni nei diversi ordinamenti circa la considerazione di tale requisito - *i.e.* se sia esso un requisito inderogabile e d'ordine pubblico o se invece possa derogarsi e pertanto escludersi<sup>747</sup>.

Non può però ignorarsi che in un gran numero di essi sia previsto che le parti possano convenzionalmente accordarsi per l'assenza di motivazione<sup>748</sup> e che questa facoltà sia già presente nell'art. 8 della Convenzione di Ginevra del 1961<sup>749</sup>; laddove parimenti certo sembra essere che, in mancanza di una diversa volontà dei contendenti, la motivazione del lodo debba ritenersi sempre imprescindibile e lo stesso dicasi quando questa sia stata richiesta anche da uno solo di essi o sia dovuta per il regolamento procedurale applicabile<sup>750</sup>.

Escluso, pertanto, che possano essere gli arbitri ad omettere "unilateralmente" la motivazione, su di un piano prettamente pratico saremmo dell'opinione che "avvedute" parti (e loro consulenti), pur essendo a ciò autorizzate da diversi ordinamenti nazionali, tenderanno in principio ad astenersi dal fruire di tale opportunità. Più probabilmente, invece, esse potranno valutare l'opportunità di

---

<sup>746</sup> *Supra*, cap. 1, § 5.1 e cap. 2, § 11.

<sup>747</sup> In tema v. *amplius* Poudret, Besson, *Comparative Law*, cit., 667 ss. e nt. 197 i quali rammentano che la motivazione è ritenuta requisito imprescindibile dalla dottrina francese (con carattere di ordine pubblico), mentre un approccio più flessibile si registra nella giurisprudenza svizzera (v. infatti art. 190 *LDIP* e i riff. giurisprudenziali citati *supra*, cap. 1, nt. 172).

<sup>748</sup> V. es. art. 52 c. 4 *AA* inglese; art. 30 L. Modello; art. 1052 c. 2 *ZPO* o, ad esempio, art. 30 della legge venezuelana sull'arbitrato (su cui v. Rodner, *The New Venezuelan Arbitration Law*, in *ICC Bulletin*, 2000, 11, 2, 6 ss., il quale rammenta come in tale ordinamento secondo alcuni un lodo privo di motivazione non potrebbe essere munito di esecutività).

<sup>749</sup> Se ne riporta la traduzione non ufficiale in lingua italiana presente sul sito del Ministero degli Affari Esteri: "(s)i presume che le Parti concordino che la sentenza arbitrale sia motivata, salvo a. che le Parti abbiano espressamente dichiarato che la sentenza non lo debba essere, o b. che esse si siano sottoposte ad una procedura arbitrale nell'ambito della quale non è d'uso motivare le sentenze, sempre che, in tal caso, le Parti o una di esse non chiedano espressamente prima della fine dell'udienza, o se non c'è stata udienza, prima che sia redatta la sentenza, che la sentenza sia motivata".

<sup>750</sup> Concludono in tal senso gli stessi Poudret, Besson, *Comparative Law*, cit., 669.

accordarsi nel senso predetto nella misura in cui il procedimento si sia svolto nel segno del più volte citato approccio collaborativo: ove, in linea con questo, esse abbiano stabilito forme per lo svolgimento del giudizio arbitrale e di tali accordi vi sia traccia negli atti dell'arbitrato e ove di qualsiasi scelta assunta dal tribunale, in loro ossequio o in violazione, vi sia ugualmente traccia, resterà intatta la possibilità di impugnazione del lodo per non osservanza di dette forme (o anche per violazione di *standards* processuali minimi). Soltanto in questo modo si potrà far gradatamente meno, senza sconti in termini di garanzie, dello “specchio” della motivazione<sup>751</sup>.

Per questa stessa via, infine, occorre domandarsi se l'autonomia privata possa giungere persino a legittimare la pronuncia di lodi “concordati”, ossia di lodi il cui contenuto sia interamente determinato dalle parti.

Simili provvedimenti, effettivamente diffusi nel settore in considerazione (poiché previsti nelle fonti della materia e in taluni ordinamenti nazionali, e altrimenti noti nei vari idiomi come *award by consent*, *sentence d'accord*, *Schiedspruchvergleich*), sono stati ritenuti, dalla dottrina italiana che se n'è specificamente occupata, contrari a norme imperative del nostro ordinamento<sup>752</sup>.

Soltanto affacciandoci sul tema e consci che a riguardo sarebbe opportuna una più approfondita analisi, noi ci limitiamo a ritenere degna della massima considerazione la soluzione adottata in merito nell'ordinamento processuale tedesco, in cui si ammette espressamente, quando le parti siano addivenute a una transazione nel corso del procedimento, che “(a)uf Antrag der Parteien hält es den Vergleich in der Form eines Schiedspruchs mit vereinbartem Wortlaut fest, sofern der Inhalt des Vergleichs nicht gegen die öffentliche Ordnung verstößt”<sup>753</sup>.

---

<sup>751</sup> Non si vede, peraltro, il perché non si debba ammettere tale possibilità pure nel nostro ordinamento, tanto più in un'epoca in cui all'autonomia privata si è parlato di rimettere, nello stesso processo dinanzi a giudici statali, la decisione in merito alla presenza o meno di motivazioni nella sentenza (la c.d. motivazione “a richiesta”, su cui v. Santangeli, *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it)).

<sup>752</sup> Corsini, *Award by consent e obbligo decisivo degli arbitri*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato*, cit., 289 ss., cui si rinvia per riff. normativi e alla dottrina.

<sup>753</sup> E cfr., a commento di tale possibilità, i riff. alla dottrina tedesca citata dallo stesso Corsini, *op. cit.*, spec. nt. 9.



## Capitolo Settimo

### CONCLUSIONI

SOMMARIO: 39. Ancora in tema di libertà di forme e “tensione” tra ruolo degli arbitri e ruolo dell’autonomia privata nella determinazione delle regole del procedimento. - 40. “Distacco” dal diritto processuale civile nella disciplina dell’istruzione probatoria: estensione comunemente accolta, nell’ambito considerato, dei concetti di ordine pubblico e di norme processuali inderogabili riferiti alla materia delle prove. - 41. Prospettive future: deregolamentazione o *judicialisation*? Necessità di affermazione e convalidazione di “buone prassi”: il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi. - 42. La prassi degli arbitrati commerciali internazionali tra *lex mercatoria arbitralis* e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili. - 43. Spunti ulteriori: considerazioni in tema di arbitrati domestici e accordi sul processo.

*39. Ancora in tema di libertà di forme e “tensione” tra ruolo degli arbitri e ruolo dell’autonomia privata nella determinazione delle regole del procedimento.*

Sarà ormai chiaro, dopo la trattazione che precede, come le soluzioni flessibili e che si distaccano dalle regole dei processi dinanzi a giudici statali siano consuete nell’ambito trattato ed è stato già spiegato in quali termini debba oggi intendersi il rapporto tra l’impianto del diritto processuale civile dell’ordinamento dello Stato sede e la disciplina dell’arbitrato<sup>754</sup>. Tale ampia deformalizzazione, richiesta molto spesso dalla natura transnazionale dei rapporti prima ancora che dalla constatazione del carattere “privato” dei procedimenti<sup>755</sup>, riceve il benestare delle corti statali, che mostrano la volontà di interferire il meno possibile con questi

---

<sup>754</sup> *Supra* cap. 1, § 2.3 ss. e *adde ora*: - nella prassi arbitrale, ord. proc. 22 agosto 2003, nel caso ICC n. 12297, in Hascher, *Decisions on ICC*, cit.; - in dottrina, Heuman, *Arbitration Law*, cit., 289, in cui si legge che “*the need for analogous application has diminished*” e, più in particolare: “*(t)he Swedish Arbitration Act must be applicable autonomously, i.e. without recourse to the Code, which is especially important if the arbitrators, the parties or the legal representatives come from foreign countries [...] Particularly where international disputes are concerned, there is cause for skepticism regarding analogous implementation of the rules in the Code*”.

<sup>755</sup> V. quanto diffusamente accennato in merito alle Convenzioni di Roma e Vienna o ai Principi UNIDROIT.

ultimi; si è anche segnalato, però, che tale tendenza restrittiva può a volte generare il rischio di lasciare delle situazioni prive di tutela.

La giusta tecnica identificata negli arbitrati internazionali per prevenire tali vuoti è stata quella di rimettere ogni decisione all'autonomia privata, riaffermandone il dominio sulla disciplina dei procedimenti. Non si intende dire però che le parti, quasi ad annullare qualsiasi litigiosità, siano sempre d'accordo su ogni aspetto della procedura.

Subentra qui il ruolo degli arbitri e anche della *default procedural discretion* a essi conferita dalle fonti si spera di aver acclarato nell'indagine che precede quale sia la giusta misura<sup>756</sup>.

Riepilogando, si può riportare quanto osservato da Heuman: “(p)erhaps the party autonomy principle is important above all because the arbitrators should not make any procedural decisions without asking the parties how they want the proceedings to be conducted”<sup>757</sup>.

Tanto basta a precisare che gli arbitri non possono determinare unilateralmente le regole del giuoco, ma debbono sempre ricercare un nuovo accordo delle parti, nel segno del ricordato metodo “collaborativo” o, che dir si voglia, “consultative”.

Possiamo quindi concludere che la discrezionalità residuale dei tribunali, limitata dal suddetto approccio, vada rettamente intesa come attribuzione a essi di poteri di direzione in senso formale del procedimento, ossia in buona approssimazione di (limitato) *case management*<sup>758</sup>, a includere poteri in senso lato sanzionatori<sup>759</sup>, ma non anche poteri inquisitori, che invece, come pure si è visto, possono sempre essere limitati o esclusi dalla comune volontà dei contendenti e dovrebbero essere in ogni caso esercitati con cautela<sup>760</sup>.

---

<sup>756</sup> In proposito, oltre ai riff. già citati *retro*, v. spec. Caldwell, *Do Arbitration Rules Give Tribunals Too Much Freedom to Conduct International Arbitration As They Think Fit?*, in Hobér, Magnusson, Öhrstöm, *Between East and West*, cit., 77 ss. e Karrer, *Liberté du tribunal arbitral de conduire la procédure*, in *ICC Bulletin*, 1999, 10, 1, 14 ss.

<sup>757</sup> *Id.*, *Arbitration Law*, cit., spec. 250 ss. Conf., Hascher, in *Decisions on ICC*, spec. 9.

<sup>758</sup> In arg. v. nuovamente Heuman, *Arbitration Law*, cit., 264 e cfr. anche Berger, *The International Arbitrators' Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction*, in *Arbitration International*, 2009, 2, 217 ss., in cui l'a., muovendo dalla premessa di rigettare l'idea di una automatica applicabilità del diritto processuale civile tedesco in arbitrato, elenca alcuni principi, esistenti nel primo e che sarebbero a suo dire da applicare anche nel secondo; in proposito, in linea con quanto indicato nel testo, è senz'altro rilevante citare il seguente passo (219): “(t)his does not mean that the court actively investigates the facts. Rather, the court exercises control over the process of fact-gathering conducted by the parties, its procedural powers being of a mere ‘managerial’ nature”.

<sup>759</sup> *Supra*, § 37 e cfr. sul punto Kurkela, *Due process*, cit., 192.

<sup>760</sup> V. spec. §§ 16, 25, 31.1 e 34.

Tale metodo, peraltro, non serve soltanto a ovviare a detti vuoti di tutela, ma anche e soprattutto a prevenire il *foul play* di arbitri che, a seguire talune teorie ugualmente riportate, vorrebbero poter disporre liberamente della procedura e, persino, emettere lodi senza curarsi del rischio che questi possano essere poi posti nel nulla<sup>761</sup>. Al contrario, va certamente riaffermato il dovere del tribunale di emettere pronunce che siano in grado di resistere sia all'impugnazione che all'eventuale opposizione alla richiesta di *enforcement*<sup>762</sup>.

40. “Distacco” dal diritto processuale civile nella disciplina dell'istruzione probatoria: estensione comunemente accolta, nell'ambito considerato, dei concetti di ordine pubblico e di norme processuali inderogabili riferiti alla materia delle prove.

A che la libertà di forme travalichi il livello massimo di accettabilità ammesso per i singoli sistemi statali, dovrebbe ostare lo spettro di guarentigie identificate nei concetti di ordine pubblico processuale e di norme processuali inderogabili<sup>763</sup>. È l'estensione di questi, come anticipato nell'introdurre il presente lavoro, a rappresentare il vero e proprio nodo da sciogliere per comprendere sin dove possa rispettivamente estendersi la autonomia privata (e, con essa, la libertà degli arbitri). Alla luce della ricerca compiuta possiamo ora evidenziare come il controllo delle corti sulle soluzioni scelte negli arbitrati non ravvisi in genere frizioni (= norme di ordine pubblico o altre norme inderogabili violate) di fronte alle seguenti fattispecie/eventienze:

---

<sup>761</sup> In proposito, v. Fabbi, *Alcune osservazioni*, cit., 168-169 e le teorie analizzate *supra*, spec. § 1.1.

<sup>762</sup> Così pure Karrer, *Must An Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 429 ss. e Schwartz, *Do International Arbitrators*, cit., 812.

<sup>763</sup> Si noti che non è neppure da escludere (sebbene sia evenienza alquanto rara) che l'autonomia privata scelga essa stessa di “coinvolgere”, oltre a quello dello Stato sede, molteplici ordinamenti e le rispettive norme inderogabili: v. così il datato caso ICC n. 4381 del 1986, in Jarvin, Derains, Arnaldez (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Deventer, 1994, spec. 263 ss., in cui le parti - una società iraniana e una società francese - in un'insolita e complicata clausola arbitrale annessa a un contratto di *joint venture* hanno richiamato il Reg. ICC, ma soltanto nei limiti in cui le regole procedurali ivi contenute non fossero contrarie a norme inderogabili contenute nelle rispettive leggi nazionali e senza scegliere la sede dell'arbitrato, successivamente fissata dagli arbitri in Stoccolma... Con l'effetto di richiedere che il procedimento non violasse le guarentigie minime accordate non da uno, ma da tre distinti ordinamenti.

- i. accordi in tema di efficacia dei mezzi di prova<sup>764</sup>;
- ii. accordi in tema di ammissibilità dei mezzi di prova<sup>765</sup>;
- iii. in mancanza di accordi del tipo di quelli indicati *sub i.* e *ii.*, la più generale prassi di attribuire (da parte delle fonti e dunque sempre della volontà dei litiganti che nel richiamo di queste sia espressa) massima libertà agli arbitri in punto di efficacia e ammissibilità<sup>766</sup>;
- iv. accordi sull'onere della prova, su fatti non contestati o sulla rilevanza del principio *iura novit curia*<sup>767</sup>;
- v. accordi e/o prassi - poi recepite dalle fonti - sulle modalità dinamiche di svolgimento dell'istruzione probatoria<sup>768</sup>.

L'indagine condotta ha mostrato che ciò che solamente conta in tutti i casi che precedono è che siano rispettate, senza possibilità per le parti di escluderle convenzionalmente, le garanzie minime del giusto processo e, segnatamente, il

---

<sup>764</sup> Rinviando alle conclusioni già spiegate a riguardo *retro* e in part. cap. 2 § 8 e § 11, dove abbiamo evidenziato come siano le parti a scegliere, nelle migliori esperienze pratiche registrabili nel settore, quando una certa prova debba avere efficacia dirimente, oppure ad accordarsi per non avanzare contestazioni in merito all'autenticità di certi documenti (v. anche § 14). Da menzionare a riguardo è anche la possibilità che le parti si accordino in merito al valore probatorio da attribuire ad eventuali *adverse inferences* che gli arbitri siano autorizzati a desumere dal loro contegno processuale passivo (§ 37.1).

<sup>765</sup> Citiamo qui tanto la ricorrente conclusione di accordi con cui si esclude il ricorso a un determinato mezzo di prova (es. escludendo la prova orale o la nomina di consulente tecnico d'ufficio: §§ 13, 17 e 25), quanto gli accordi con cui le parti stabiliscono che, per fornire la prova del contratto tra di esse intercorrente, possa farsi ricorso soltanto a uno specifico mezzo e non ad altri (§§ 7 e 11). Autonoma menzione meritano poi i casi in cui le parti si accordino per l'ammissione nel procedimento di prove che, per taluni ordinamenti, sarebbero radicalmente inammissibili poiché illecite o illegittimamente acquisite (v. in tal senso il precedente citato *sub* § 7).

<sup>766</sup> Si è visto che la prassi, in mancanza di diversa convenzione tra le parti, attribuisce la massima libertà agli arbitri sul punto: - negando rilevanza alle regole di esclusione previste nei singoli ordinamenti statali e ammettendo in principio qualsiasi mezzo (testimonianza delle parti, copie di documenti ecc.); - permettendo loro di prescindere da regole in tema di prova legale da questi contemplate, senza escludere la possibilità che a simili regole gli arbitri decidano liberamente di "ispirarsi" (risp. §§ 7, 8, 18.1 e 20). In tema di ammissibilità, inoltre e in simmetria con quanto detto alla nota precedente, aggiungeremmo qui i precedenti in cui gli arbitri, forti di tale libertà, hanno dato ingresso a prove acquisite in maniera illecita: v. §§ 14 e 19.

<sup>767</sup> Per cui v. *retro*, § 10.

<sup>768</sup> Si rammentano, a titolo esemplificativo, il particolare procedimento sviluppatosi in materia di *discovery* (§§ 16 e 31), le modalità di assunzione della prova orale nel corso dei procedimenti e le regole etiche per la preparazione dei testimoni create su iniziativa di associazioni forensi (§ 32 ss.), gli accordi delle parti in merito alla scelta del consulente tecnico d'ufficio (§ 25.1) e così via.

contraddittorio, quali “*fundamental requirements of procedural safeguards for the parties and the public interest requirements to which arbitral procedure is subject*”<sup>769</sup>.

Raggiunta tale conclusione in via “empirica”, si può a questo punto brevemente tornare all’analisi delle posizioni della letteratura e della giurisprudenza in merito ai concetti ora in analisi.

Quanto all’ordine pubblico, partiamo dal notare come ogni tentativo di enunciarne una definizione in senso generale risulti gravato<sup>770</sup>: - dall’esistenza di vari utilizzi dello stesso in diversi ambiti del diritto internazionale privato<sup>771</sup>; - dal già riportato abuso che talora se ne avalla nella giurisprudenza statale<sup>772</sup>; - dalla necessità di distinguerne la rilevanza se in sede di impugnazione del lodo o se al momento di concedere a questo l’esecutorietà<sup>773</sup>; - dalla proposta di distinguerne la portata da accogliere in sede di impugnazione di sentenze arbitrali internazionali rispetto a quella da adottare invece nei giudizi di nullità di lodi domestici<sup>774</sup>.

Nonostante tali difficoltà, si possono tuttavia riscontrare molteplici conferme, tanto in dottrina<sup>775</sup> quanto nella più recente giurisprudenza<sup>776</sup>, delle conclusioni da

---

<sup>769</sup> Cfr. Heuman, *Arbitration Law*, cit., 255 ss.: “(t)he international literature contains statements to the effect that the parties may not agree on a procedure which is contrary to public policy, due process or natural justice. These expressions include consideration for the fundamental requirements of procedural safeguards for the parties and the public interest iratrequirements to which arbitral procedure is subject”. L’a. elenca poi ciò che è possibile concordare tra le parti senza che si contrastino tali limiti, richiamando esattamente la lista di potenziali accordi appena indicata nel testo quale risultato dell’indagine da noi condotta e indicando per tali patti la condizione minima che essi “do not excessively limit the legal protection which the rule is intended to provide” (in “assonanza” con l’art. 2698 c. 2 c.c.). Negano la possibilità di escludere convenzionalmente il corrispondente dovere degli arbitri di “act fairly and impartially” stabilito dall’art. 33 AA inglese, Sutton, Gill, Gearing, *Russell*, cit., spec. 206, che precisano che in una simile evenienza il tribunale potrà e dovrà rifiutarsi e se mai rinunciare all’incarico (la conclusione, peraltro, discende più semplicemente dall’espressa inclusione, operata nell’AA inglese, di tale disposizione tra quelle imperative: v. *infra* nelle note successive).

<sup>770</sup> Cfr. Blackaby, Partasides, *Redfern*, cit. spec. § 10; Park, *Why Courts*, cit., 605, il quale ne propone la dismissione quale motivo di annullamento dei lodi; Kurkela, *Due process*, cit., 9 ss. Con riferimento alla Convenzione di New York, v. Atteritano, *L’enforcement*, cit., spec. 324 ss., la Risoluzione dell’*International Law Association* n. 2/2002 intitolata “*Recommendations on the application of public policy as a ground for refusing recognition or enforcement of international arbitral awards*” e, da ultimo, Forteau, *L’ordre public “transnational” ou réellement international*, in *Journal du Droit International*, 2011, I, 3 ss.

<sup>771</sup> Vedilo per tutti, con riferimento al riconoscimento di sentenze nello spazio giuridico europeo, in D’Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.

<sup>772</sup> Cfr. i riff. giurisprudenziali citati in Fabbi, *Prova testimoniale*, cit., 436 e nt. 180.

<sup>773</sup> Briguglio, *L’arbitrato*, cit., 228 ss..

<sup>774</sup> Radicati di Brozolo, *Requiem*, cit., spec. 1270.

<sup>775</sup> V. i riff. indicati *supra*, spec. § 4.3 e si confrontino anche Chainais, *L’arbitre, le droit et la contradiction*, cit. - anche per citazioni di giurisprudenza francese in arg. - e La China, *Questioni di ordine pubblico processuale e sostanziale nella giurisprudenza di uno Stato arabo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 10, 1039 ss. e spec. 1042 in cui l’a. nel commentare l’utilizzo di tale concetto nell’ordinamento

noi raggiunte e già anticipate in altra parte dell'indagine: l'ordine pubblico processuale viene in rilievo soltanto per la violazione di garanzie e principi fondamentali, ovvero - per ciò che attiene all'istruzione probatoria - a fronte della lesione dei principii del contraddittorio, del diritto di difesa e dell'uguaglianza tra le parti<sup>777</sup>.

Con riferimento poi alle norme processuali inderogabili, prescindiamo per un momento dalla rammentata dottrina che cercherebbe di collocarle, per semplicità, all'interno della stessa categoria dell'ordine pubblico processuale<sup>778</sup>, richiamando pertanto i principii di cui sopra.

L'identificazione delle norme inderogabili risulta agevole, ad esempio, rispetto all'*Arbitration Act* inglese, in cui - in perfetto stile anglosassone - figura una lista di disposizioni espressamente definite come *mandatory*<sup>779</sup> (e tra le quali va ai nostri fini segnalato il dovere del tribunale di *act fairly and impartially*). Anche circa il sistema della L. Modello si è osservato che l'identificazione potrebbe farsi senza particolari

---

processuale del Kuwait rimarca come, nell'ordinamento processuale italiano, “*a dar volto concreto all'ordine pubblico processuale servono [...] quelle tra le regole [...] che attengono ai poteri del giudice - giurisdizione sul caso, non esorbitanza dalla decisione della domanda - ed al rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa*” (enfasi nostra).

<sup>776</sup> In una recente pronuncia la Corte d'Appello di Madrid (Audiencia Provincial de Madrid, sent. 26 novembre 2010, n. 582) adita in sede di impugnazione per nullità ha affermato che la violazione dell'ordine pubblico sussiste “*cuando se infrinjan los derechos fundamentales y libertades públicas tutelados por la Constitución [...]*”, ossia, in definitiva, “*las formalidades y principios esenciales de nuestro ordinamiento juridico procesal*”.

<sup>777</sup> E oltre a questi, ad es., il contrasto del lodo con precedente giudicato (Tribunale Federale svizzero, 13 aprile 2010, nel caso 4A\_490/2009, *Club Atlético de Madrid SAD c. Sport Lisboa et. al.*, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 4, 902 ss.) o il difetto di imparzialità degli arbitri (per cui v. Tribunal Fédéral Suisse, 10 juin 2010, 4A\_458/2009, *Adrian Mutu c. Chelsea Football Club Limited*, in *Revue de l'Arbitrage*, 2010, 4, 890 ss.).

<sup>778</sup> Per cui v. rife. *supra*, § 4.3 e nt. 152 e *adde ora* Raeschke-Kessler, *The Contribution of International Arbitration to Transnational Procedural Law*, in Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell, in *Aa.Vv., Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 647: “(a)rbital tribunals have to observe mandatory national law applicable at the place of the arbitration”, precisando poi che “(t)he purpose of such law is mainly to ensure that the parties are given equal treatment and the right to be heard”.

<sup>779</sup> V. lo *Schedule I*, in cui figura il seguente elenco: “*i. sections 9 to 11 (stay of legal proceedings); ii. section 12 (power of court to extend agreed time limits); iii. section 13 (application of Limitation Acts); iv. section 24 (power of court to remove arbitrator); v. section 26(1) (effect of death of arbitrator); vi. section 28 (liability of parties for fees and expenses of arbitrators); vii. section 29 (immunity of arbitrator); ix. section 31 (objection to substantive jurisdiction of tribunal); x. section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction); xi. section 33 (general duty of tribunal); xii. section 37(2) (items to be treated as expenses of arbitrators); xiii. section 40 (general duty of parties); xiv. section 43 (securing the attendance of witnesses); xv. section 56 (power to withhold award in case of non-payment); xvi. section 60 (effectiveness of agreement for payment of costs in any event); xvii. section 66 (enforcement of award); xviii. sections 67 and 68 (challenging the award: substantive jurisdiction and serious irregularity), and sections 70 and 71 (supplementary provisions; effect of order of court) so far as relating to those sections; xix. section 72 (saving for rights of person who takes no part in proceedings); xx. section 73 (loss of right to object); xxi. section 74 (immunity of arbitral institutions, &c.); xii. section 75 (charge to secure payment of solicitors' costs)”.*

difficoltà: inderogabili sarebbero soltanto quelle norme che rappresentano in un modo o nell'altro corollari del diritto delle parti di *present one's case* sancito al suo art. 18<sup>780</sup>.

Senonché, la stessa indagine nella maggioranza degli ordinamenti non risulta ugualmente agevole e si è già accennato agli abusi e ai particolarismi di cui sovente si carica anche il ricorso a tale categoria<sup>781</sup>.

Non è facile trarre indicazioni univoche su queste esperienze, né è possibile passare in rassegna la molteplicità dei sistemi nazionali.

Limitandoci a giovarci di precedenti indagini, notiamo che Petrochilos nel suo esteso studio risalente al 2004<sup>782</sup> aveva elencato una serie di norme processuali ritenute inderogabili in diversi sistemi (e da lui valutate, come già ricordato, condivisibilmente anacronistiche).

Ebbene, scorrendo oggi quella lista e soffermandoci sugli esempi attinenti all'istruzione probatoria, vien fatto di constatare come modifiche legislative, nella maggior parte dei casi, siano intervenute a correggere o eliminare quegli anacronismi.

Così, si è visto che è di recente scomparsa la disposizione, ritenuta inderogabile, di cui al vecchio testo dell'art. 18 della *Lei da arbitragem* portoghese, che prevedeva l'automatica applicabilità in arbitrato delle regole di esclusione delle prove in uso nei processi civili<sup>783</sup>.

Ancor più significativamente, sul controverso e già discusso tema del giuramento dei testimoni nei Paesi arabi, pur essendo rimasta immutata la previsione citata da Petrochilos di cui all'art. 14 della legge israeliana in materia di arbitrato (che richiede la testimonianza sotto giuramento ogni qualvolta questa sarebbe richiesta anche dinanzi a giudici dello Stato<sup>784</sup>) va oggi dato conto del fatto che l'art. 6.10

---

<sup>780</sup> Così Binder, *International Commercial*, cit., 284.

<sup>781</sup> Nello specifico, vi è stata occasione di analizzare la posizione di alcuni ordinamenti arabi per i quali l'obbligo di giuramento dei testimoni è tuttora ritenuto inderogabile (e, come si è visto, ciò avviene per le ragioni culturali e religiose che sottendono l'esistenza dell'istituto: *supra*, § 32.3, ma v. anche quanto si dirà a breve nel testo.

<sup>782</sup> *Id.*, *Procedural Law*, cit., 83 ss.

<sup>783</sup> Come già rammentato *supra*, § 2.2.

<sup>784</sup> Che legge come segue: “(t)he evidence of a witness, including the evidence of a party, will be taken on oath or affirmation, unless the arbitrator and the parties have agreed that it will be taken without oath or affirmation, but that a witness will not be required to testify on oath where the Court would not have required him to do so”.

delle recentemente riformate *International Rules of the Israeli Institute of Commercial Arbitration* prevede che i testimoni debbano deporre sì secondo verità, ma senza far menzione dell'obbligo di amministrare formali giuramenti da parte degli arbitri<sup>785</sup>.

Sembrano dunque scomparire molte delle limitazioni previste in passato<sup>786</sup> e quand'anche se ne riscontrino di simili tuttora, resterebbe fermo il commento del citato a., secondo cui darvi ossequio sarebbe un "delitto" per il diritto internazionale<sup>787</sup>.

#### 41. *Prospettive future: deregolamentazione o judicialisation? Necessità di affermazione e convalidazione di "buone prassi": il ruolo delle istituzioni arbitrali e delle associazioni forensi.*

La descritta evoluzione verificatasi nell'arbitrato internazionale, con la proliferazione di regole, linee guida, modelli e protocolli, non è unanimemente valutata come un fattore positivo.

Si discute intorno all'opportunità di incrementare o meno tale processo<sup>788</sup> e si è frequentemente parlato - con connotazione negativa - di una *judicialisation* dell'arbitrato internazionale, contrapposta alla positiva *deregulation* conosciuta negli anni addietro<sup>789</sup>.

---

<sup>785</sup> Cfr. art. 14, rubricato "(c) *cautioning of witnesses*", in cui si prevede che "(a) *witness testifying in the arbitration shall be cautioned to testify truthfully and that, if he fails to testify truthfully, he will be subject to penalties prescribed by law regarding perjury*", proseguendo poi con lo stabilire che "(t) *he arbitrator(s) may require a witness who has submitted a declaration to confirm, at (or near) the time of his cross-examination, that he understands that both his written and his oral testimony are given pursuant to penalties of perjury*".

<sup>786</sup> Oltre agli esempi citati nel testo si può menzionare nuovamente la stessa legge portoghese, citata da Petrochilos, nel punto in cui vi si riteneva inderogabile l'obbligo di motivazione del lodo. La recente e già citata riforma del 2011 ha cancellato anche tale restrizione, ammettendosi ora, all'art. 42 c. 3, che "(a) *sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41*".

<sup>787</sup> Petrochilos, *op. cit.*, 84: "*if a state were to exact compliance with them in an international arbitration this would be an excess of jurisdiction, a delict under international law*".

<sup>788</sup> Su questi temi v. i contributi contenuti in Hunter, Marriott, Veeder, *The Internationalisation*, cit., *passim*; Park, *The Procedural Soft Law*, cit.; Carbonneau, *National Law and the Judicialization of Arbitration: Manifest Destiny, Manifest Disregard or Manifest Error?*, in Lillich, Brower, *International Arbitration*, cit., 115 ss. e Blessing, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Basel, Franckfurt am Main, 1999, 148 ss.

<sup>789</sup> V. Goldman, *Instance judiciaire et instance arbitrale internationale*, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, spec. 220, che parla appunto di una *deregulation (délégalisations)* dei procedimenti.



Ancora recentemente si è tornati a domandarsi se l'attuale disciplina dei procedimenti rappresenti un *monster* o un *masterpiece*<sup>790</sup>.

A riguardo, è innegabile il bisogno di bilanciare tra vari fattori e ossia il rispetto della libertà di forme<sup>791</sup> ma evitando che questa “degeneri nel caos”<sup>792</sup>, l'ovvia volontà di non creare alcun modello cogente di regole di procedura<sup>793</sup>, ma senza perdere l'occasione di testare norme processuali uniformi per sistemi differenti<sup>794</sup>.

Ciò posto, la proliferazione di questi modelli, a nostro avviso, favorisce le parti garantendo tutela, e va incrementata. Se essa è osteggiata, com'è stato evidenziato, è soltanto da parte di quegli arbitri che sono soliti assumere un atteggiamento “imperialistico”<sup>795</sup> abusando dell'eccessiva flessibilità loro garantita dalle fonti (e che con tali modelli devono abbandonare tale atteggiamento).

Resta intatta la necessità di “affermazione di buone prassi”<sup>796</sup> ed è opportuno che tale esigenza, così come è stato fatto sinora, sia soddisfatta tramite l'osservazione e il recepimento delle migliori soluzioni adottate in concreto<sup>797</sup>.

Entro tale processo e nell'ottica dell'ulteriore sviluppo dell'autonomia del diritto processuale dell'arbitrato internazionale un ruolo centrale potrà essere

---

<sup>790</sup> V. *Arbitration: monster or masterpiece?*, nella rivista *on-line Global Arbitration Review*, 25 ottobre 2010, in cui si leggono le differenti opinioni espresse dagli intervenuti alla conferenza annuale della rivista e che vanno dalla critica considerazione che le troppe linee guida avrebbero cancellato la semplicità dell'arbitrato internazionale, con modelli niente affatto dissimili da veri e propri codici di procedura (Toby Landau, che arriva persino a parlare di “*McArbitration*”), alle obiezioni per cui, al contrario, tali linee guida sarebbero tali, non vincolanti, e disegnate per assistere e non confondere (Peter Leaver) e con esse l'autonomia privata, libera di richiamarle o meno, sarebbe sempre (e in miglior modo) preservata (Audley Sheppard).

<sup>791</sup> Caldwell, *Do Arbitration Rules*, cit., spec. 84.

<sup>792</sup> Holtzmann, *Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitration Procedures*, in Lillich, Brower, *International Arbitration*, cit., 3 ss. e spec. 12.

<sup>793</sup> Così, Baum, *International Arbitration: The Path Toward Uniform Procedures*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 51 ss.

<sup>794</sup> V. rife. *supra*, nt. 4.

<sup>795</sup> Cfr. Park, *The Procedural Soft Law*, cit, 154, del cui pensiero pare opportuno dar conto alla lettera, nel punto in cui questi, rammentando di come il tema della creazione di linee-guida fu oggetto della *Freshfields Lecture* tenutasi nel 2002, ricorda che “(s)urprisingly, after the lecture was published a large number of letters to the author esprime relief that the question had been raised openly, and shared experiences of “imperial arbitrators” whose abusive disregard of evenhandedness was facilitated by the flexibility inherent in institutional rules. (*And you know who you are.*). But as Rudyard Kipling might have written, that is a story for another day” (enfasi nostra). V. poi a riguardo le più volte citate teorie analizzate di sopra, *sub* § 1.1.

<sup>796</sup> Richiamato, tra gli altri, da Petrochilos, *Procedural Law*, cit., 216-217 e Rubino Sammartano, *International Arbitration*, cit., 984.

<sup>797</sup> Già Holtzmann, *Balancing the Need*, cit., concludeva rimarcando che una maggior regolamentazione potesse provenire soltanto da una attenta e lunga osservazione delle prassi in uso.

ovviamente svolto da istituzioni arbitrali e associazioni forensi, cui peraltro si devono gran parte dei progressi già compiuti.

Come già accennato, oltre a continuare a recepire e riorganizzare le “buone prassi”, tra l’altro, tali soggetti potrebbero intraprendere uno studio dei principi minimi da rispettare nei differenti ordinamenti, tanto di quelli attinenti alla nozione di giusto processo, quanto - con più specifica attenzione - dei concetti di norme inderogabili e ordine pubblico processuale, dovendo tali *standards* costituire il punto di partenza di ogni ulteriore e futuro processo di armonizzazione.

Va soltanto aggiunto che non sembra invece orientata in un’ottica di crescita, poiché non certo ricettiva di buone prassi, la tendenza a volte recentemente assunta in dottrina di affermare la “inderogabilità” di talune disposizioni dei regolamenti arbitrali<sup>798</sup>. Tali iniziative, com’è stato osservato, non trovano alcun fondamento<sup>799</sup> e finiscono per contraddire il ruolo che all’autonomia privata dovrebbe esser garantito: ferma la libertà per le istituzioni di dettare le condizioni alle quali appar loro conveniente amministrare l’arbitrato, sarebbe dunque fortemente opportuno limitarle.

#### 42. *La prassi degli arbitrati commerciali internazionali tra lex mercatoria arbitralis e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili.*

Si possono a questo punto sinteticamente analizzare le teorie che hanno tentato di affermare una qualche valenza “normativa” delle regole procedurali seguite negli arbitrati internazionali tra privati.

Si tratta, da un lato, della proposta che - in termini non dissimili da quanto precedentemente affermato per la *lex mercatoria* intesa in senso sostanziale - vorrebbe sostenere che le prassi dei procedimenti arbitrali tra gli operatori del commercio internazionale siano assurte a veri e propri usi, non interni ai singoli ordinamenti ma - per l’appunto - propri dell’ordinamento internazionale<sup>800</sup>.

---

<sup>798</sup> In arg. v. es. Smith, *Mandatory ICC Arbitration Rules*, in *Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, cit., 845 ss.

<sup>799</sup> Heuman, *Arbitration Law*, cit., 260.

<sup>800</sup> Cfr. Schroeder, *Die lex mercatoria arbitralis - strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 2007; Raeschke-Kessler, *The*

Si tratta, poi, d'altra parte, della proposta (spesso accostata a quella che precede<sup>801</sup>) di ritenere che dalle prassi degli arbitrati commerciali sarebbe possibile estrapolare taluni principi da identificarsi ora quali fonti del diritto internazionale pubblico *ex art. 38* dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>802</sup>.

Per ambedue le teorie, com'è noto, la ricerca dovrà mirare al riscontro: *i.* sia di una costante diffusione delle prassi (uniforme e ripetuta applicazione, c.d. *diurnitas*), e può subito risponderci che, in tema di istruzione probatoria, l'indagine condotta una costante reiterazione delle prassi l'ha effettivamente dimostrata; *ii.* sia del c.d. comune convincimento, (= comune alla maggiorparte dei privati nel primo caso<sup>803</sup>, alla maggiorparte degli ordinamenti nel secondo<sup>804</sup>) che tali prassi siano doverose/obbligatorie (*opinio iuris atque necessitatis*), ma sul punto occorre distinguere.

Sulla prima teoria non è qui possibile soffermarsi nel dettaglio, anche per i fiumi di inchiostro in passato versati - e di cui essa si giova - intorno alla presunta normatività di prassi del commercio internazionale, alla collocazione dei Principi Unidroit nel sistema delle fonti ecc.<sup>805</sup>.

Viene da chiedersi, però, se tutta questa operazione realmente interessi nell'ambito da noi considerato, ovvero se sia veramente utile poter riuscire a concludere che le condotte assunte nei procedimenti arbitrali abbiano una qualche valenza para-normativa, *ergo* che esse siano *doverose* (in nessun caso, infatti, la qualificazione delle

---

*Contribution*, cit., 647 ss. e, in precedenza, Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, § 1202.

<sup>801</sup> V. Marella, *La nuova lex mercatoria*, cit. 722-723, che dopo aver rimarcato come un ruolo centrale al riguardo sia svolto dalle maggiori istituzioni arbitrali (“(s)ono questi enti ed in particolare la CCI a creare il tessuto normativo su cui si delinea l'evoluzione della disciplina (prima di fonte privatistica poi di fonte statale ed interstatale) dell'arbitrato e delle altre forme di risoluzione pacifica delle controversie”), conclude che “(i) principi generali in materia di arbitrato sono, infatti, espressione di una nuova lex mercatoria di natura processuale, che, al pari dell'antica, supera in radice le norme codificate nei codici di procedura civile e commerciale nazionali per secernere norme speciali adatte alla risoluzione delle controversie tra operatori provenienti da tutto il mondo”.

<sup>802</sup> Sul cui procedimento di identificazione e formazione v. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 44 ss.

<sup>803</sup> Sugli usi nel sistema delle fonti del diritto italiano, Pizzorusso, sub *art. 8* Preleggi, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1977, 353 ss.

<sup>804</sup> Conforti, *lc. cit.*

<sup>805</sup> E cui la tradizionale eccezione che si muove è quella che nega che l'attività di soggetti privati possa produrre norme giuridiche nell'ordinamento internazionale: su questi temi v. però, per tutti, Galgano, Marella, *Diritto e prassi del Commercio internazionale*, Padova, 2010, spec. 266 ss.; Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Verona, 2010, 90 ss.; *Id.*, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2001 e, in precedenza Bonell, M. J., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 315 ss.

prassi quali usi potrebbe renderle *legittime*, rimanendo sempre in capo al giudice il compito di rendere il sindacato in merito). La risposta a tale domanda è con evidenza e banalmente negativa, poiché ricavare la doverosità di taluni comportamenti (e non, si ripete, la loro legittimità) sarebbe nettamente contrastante con la libertà di forme che caratterizza l'arbitrato.

Per altro verso, scopo dell'affermazione dell'esistenza di usi processuali transnazionali potrebbe essere, per alcuni, quello di permettere un vaglio da parte delle corti interne e, in specie, di quelle cui è affidata funzione nomofilattica, perché queste li interpretino uniformemente<sup>806</sup>. Ove se ne negasse il carattere transnazionale, dovrebbe comunque ammettersi, per il nostro sistema, che i testi pubblicati delle prassi procedurali di arbitrati commerciali servano quanto meno a provare *iuris tantum* la loro esistenza ai sensi dell'art. 9 Preleggi<sup>807</sup>.

Venendo più specificamente alla teoria che vede nelle prassi degli arbitrati commerciali il luogo di formazione di principi generali di diritto processuale riconosciuti dalle Nazioni civili, si rammenta che tra i possibili "candidati" sono normalmente menzionati tanto la nozione di giusto processo<sup>808</sup>, tanto il principio *actor incumbit probatio*, tanto il principio dell'autonomia della clausola compromissoria<sup>809</sup>.

Ebbene, se non si può negare che tali principi possiedano oggi portata generale, ciò tuttavia non avviene per l'applicazione che di questi è data in arbitrati commerciali da parte degli operatori della c.d. comunità mercantile.

---

<sup>806</sup> È questo il senso dell'indagine di Raeschke-Kessler, *The Contribution*, cit., il quale - muovendo dalla constatazione per cui i Principi Unidroit costituirebbero "*such a thing as substantive transnational law*", ritiene che *procedural transnational law* siano invece le Reg. ICC, le Reg. IBA ecc. Rammenta poi che il Reg. ICC è stato in passato ritenuto da una pronuncia del Bundesgerichtshof tedesco (in *Bundesgerichtshof Zeitschrift*, 1988, 104 ss.) quale incorporante una serie di *standard business conditions* straniere (e nella specie francesi). L'a., al contrario, ritiene necessario che di tali regole si affermi la natura sovranazionale, di modo da permettere, ai sensi degli artt. 545 e 560 ZPO, il sindacato di legittimità rifiutato invece dalla Corte tedesca nel precedente citato. Tale proposta, il cui fondamento nel sistema processuale tedesco non può approfondirsi nella dovuta maniera, permetterebbe in effetti di raggiungere una interpretazione uniforme nei diversi Stati delle regole in uso negli arbitrati.

<sup>807</sup> In analogia con quanto si ritiene per i Principi Unidroit: v. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, 65 ("(p)er gli usi del commercio internazionale valgono come loro raccolta, come poi si dirà, i Principi dei contratti del commercio internazionale, elaborati da Unidroit").

<sup>808</sup> V. Kurkela, *Due process*, cit., 7 ss. che ne parla come di un *mandatory procedural trade usage*, facendo leva sul fatto dell'ampissimo numero di adesioni alla Convenzione di New York del 1958 che tale principio contiene.

<sup>809</sup> Cfr. Marella, *La nuova lex mercatoria*, cit. 722 ss.

Ribadito anche qui l'argomento del difetto di soggettività internazionale di questi ultimi<sup>810</sup>, l'uniforme applicazione e intendimento di principi come quelli richiamati deriva piuttosto: *i.* dall'osservazione dell'applicazione convergente che di essi è compiuta nei distinti ordinamenti nazionali<sup>811</sup>; e, soprattutto, *ii.* dalla diretta osservazione della prassi di processi dinanzi a corti internazionali, in controversie coinvolgenti Stati, con origini molto più antiche di quanto non possa dirsi per gli arbitrati, e rispetto alla quale già accurate indagini hanno concluso in tal senso.

Nel già richiamato studio recentemente compiuto a riguardo, Benzing<sup>812</sup> ha ritenuto che dall'osservazioni delle prassi dei processi dinanzi alle corti internazionali, pur se con la dovuta cautela, potrebbero desumersi quali principi di diritto internazionale processuale: *i.* quello del *right to a fair trial* (quale conseguenza della regola *audiatur et altera pars*); *ii.* quello espresso dal brocardo *actor incumbit probatio*; *iii.* il principio che attribuisce al giudicante la massima libertà nel determinare ammissibilità, rilevanza ed efficacia dei mezzi di prova senza riguardo ad alcuna regola formale; e - persino - *iv.* un certo approccio collaborativo tra le parti e le corti, che evoca quello riscontrato negli arbitrati internazionali tra privati<sup>813</sup>.

Quanto detto, oltre a rivestire massima importanza in un'ottica di armonizzazione del diritto processuale civile di ordinamenti differenti, toglie ogni rilevanza alle proposte di cui sopra e svuota pure di pratiche conseguenze l'idea di estendere l'applicabilità delle prassi in uso in arbitrati commerciali anche in controversie che coinvolgono Stati<sup>814</sup>.

---

<sup>810</sup> Su cui v. es. Arangio-Ruiz, G., *Soggettività nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 299 ss.

<sup>811</sup> In linea con la già citata operazione, spiegata da Conforti, *l. cit.*

<sup>812</sup> *Id.*, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten*, cit., 727 ss. e spec. 729. E ciò sebbene l'a. muova dalla corretta premessa per cui non si dovrebbe poter parlare di piena operatività del meccanismo di formazione del diritto consuetudinario in ambito processuale (essendo le prassi riscontrabili riportabili più alle Corti che alle parti ed alle prime e non alle seconde indirizzandosi le disposizioni contenute in statuti e regolamenti di procedura).

<sup>813</sup> Simili conclusioni, del resto, erano state già prospettate, con maggior convinzione, da Kazazi, *The Burden*, cit., ai riff. indicati *supra*, in nt. 236.

<sup>814</sup> Come già accennato in precedenza (*supra*, § 5.2) ci si riferisce al fatto che, a partire dall'ultima revisione delle Reg. IBA, si è auspicato che le stesse possano ricevere applicazione anche in arbitrati coinvolgenti Stati in liti in materia di investimenti (e in tal senso depone l'avvenuta espunzione dal titolo delle Reg. dell'aggettivo "*commercial*"). L'utilizzo del modello descritto in arbitrati tra Stati stante il sempre maggior coinvolgimento di questi in relazione di tipo commerciale con privati, è peraltro già attestato da tempo: v. es. Böckstiegel, *Past, Present, and Future*, cit., 299.

43. *Spunti ulteriori: considerazioni in tema di arbitrati domestici e accordi sul processo.*

Ci permettiamo, da ultimo, di spendere alcune conclusive parole su altri aspetti che ci appaiono sempre e in varia misura legati a quello centrale trattato sinora.

In primo luogo, e sebbene nostro proposito sia stato quello di studiare il diritto processuale dell'arbitrato internazionale come materia assestante, c'è da domandarsi se le conclusioni dell'indagine compiuta possano risponderci nella ricostruzione dei rapporti tra il ruolo dell'autonomia privata nella disciplina dell'arbitrato domestico e il diritto processuale civile, essendo attualmente identici nel nostro ordinamento i limiti imposti alla prima a riguardo. Abbiamo però affrontato tale tema (e le posizioni della dottrina sul punto) soltanto a margine delle nostre osservazioni e, pertanto, ci limitiamo a collocare gli esiti della ricerca nel segno di un più generale e pratico auspicio a che una maggiore diffusione della cultura dell'arbitrato internazionale possa avere ricadute positive anche sull'arbitrato interno, il quale, come si è ancora di recente osservato “*può sicuramente beneficiare assai dell'iniezione di modernità derivante da una maggiore osmosi con le tecniche e gli approcci dell'arbitrato internazionale*”<sup>815</sup>.

In correlazione con quanto appena detto, è ugualmente di natura pratica l'ulteriore seguente osservazione, o - se si vuole - mera “proposta di metodo”. La ricerca da noi compiuta è stata una ricerca sull'autonomia privata, sulle scelte di questa e su come queste siano valutate negli ordinamenti processuali nazionali. Considerato, però, che domandarsi sin dove può spingersi l'esplicazione della libertà delle parti nella determinazione delle regole applicabili al procedimento arbitrale equivale a chiedersi se e sino a quale punto, in materia di prove, sia possibile derogare al modello dei codici<sup>816</sup>, c'è da chiedersi se la ricerca non possa spendersi anche per lo studio del tema degli accordi sul processo.

---

<sup>815</sup> Benedettelli, Radicati di Brozolo, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, cit., 136. Dall'impressione che le conclusioni raggiunte nell'indagine siano del tutto “spendibili” con riferimento ad arbitrati domestici, non riterremmo dunque strettamente necessaria, con riferimento alle regole dell'istruzione probatoria, una rinnovata differenziazione tra il regime legislativo dell'arbitrato interno e quello dell'arbitrato internazionale (*supra*, nt. 180).

<sup>816</sup> Verde, G., *Lineamenti*, cit., 122.

La propensione per la "contrattualizzazione" dei processi civili è presente in epoca recente in diversi ordinamenti, incluso quello italiano<sup>817</sup>.

Il tema è stato oggetto di recenti studi di portata generale<sup>818</sup>, di approfondite ricerche sistematiche<sup>819</sup> e di altri più specifici contributi, ora sull'esperienza degli accordi "collettivi" francesi e su quella italiana degli Osservatori sulla giustizia civile<sup>820</sup>, ora su espedienti di velocizzazione del rito e altri profili di regolamentazione "dinamica" dei processi<sup>821</sup>.

Si ha dunque un'attenzione rinnovata su questi aspetti e tale tendenza si inquadra in un contesto storico preciso, di progressivo allontanamento dalla concezione che vedeva il processo prerogativa dello Stato<sup>822</sup> e in cui si giunge, a scopo "emergenziale - deflativo", ad abdicare a garanzie formali<sup>823</sup> e a invocare la valorizzazione di un principio di collaborazione tra il giudice e le parti, su cui reggerebbe il processo civile.

---

<sup>817</sup> Propensione che segnerebbe un ritorno al passato (v. per tutti, con riferimento al codice del 1865, Scarselli, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, in *www.judicium.it, passim*).

<sup>818</sup> In genere, sull'esperienza italiana, anche per l'evoluzione storico-politica del tema e in prospettiva comparatistica, v. Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Aa.Vv., Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 99 ss.; Patti, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2011, 1, *Numero Speciale. La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, 75 ss. e in precedenza Bongiorno, *Accordo processuale*, *Enc. giur.*, I, 1990, 1 ss. Nella dottrina estera, cfr. spunti in Cadiet, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, e Zuckerman, *Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service*, sempre nel volume *Accordi di parte*, cit., risp. 7 ss. e 121 ss.

<sup>819</sup> Il rif. è al più volte citato lavoro di Pezzani, *Il regime convenzionale*, cit.

<sup>820</sup> Cfr. Caponi, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V., 7 ss. e da ultimo - con riferimento primario all'esperienza francese ma con ampi spunti anche su quella italiana - Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 549 ss.

<sup>821</sup> Cfr. senza pretese di esaustività: - il "salto" concordato di un'udienza (Asprella, *Dell'accordo processuale, ovvero della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario*, in *Giur. mer.*, 1999, 716 ss., in nt. a Pret. Verona, 22 settembre 1998); - più in generale, la disponibilità del regime preclusivo (De Santis, *Riforme processuali e disponibilità del regime preclusivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 3, 1257 ss., anche a commento dell'abrogato rito societario); - il nuovo "calendario del processo" ex art. 81-bis disp. att. c.p.c. (De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 2, 282 ss.).

<sup>822</sup> Per cui v., *ex multis*, Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim* e spec. 13 ss.

<sup>823</sup> Dalla menzionata motivazione della sentenza "a richiesta" (*supra*, nt. 751) alla più generale tendenza verso la *sommarietà* dei processi.

Con tutte le riserve del caso, e certamente in una prospettiva limitata a processi aventi per oggetto diritti disponibili<sup>824</sup>, l'analisi delle "buone" prassi in uso in arbitrati internazionali, frutto dell'autonomia privata e oggetto del controllo delle corti statali circa l'estensione di detta derogabilità, può forse contribuire a tale rinnovata riflessione circa i rapporti tra autonomia privata e processo civile.

Approfondire tale prospettiva esulerebbe dagli scopi del presente lavoro e dunque del suggerimento qui espresso non è possibile apprezzare l'effettiva utilità.

Cionondimeno, riscontriamo che la trattazione parallela del ruolo riservato all'autonomia privata nell'arbitrato e nel processo statale è l'impostazione seguita, nella letteratura scandinava<sup>825</sup>, nei cui sistemi esistono un'annosa tradizione e una sviluppata teoria intorno agli accordi processuali. Tale ottica di studio rovesciata<sup>826</sup> muove dall'osservazione dei limiti alla libertà di forme nel procedimento arbitrale per trovare soluzioni valide per il processo - ed è coerente con l'ugualmente rinnovata affermazione per cui il processo civile su diritti disponibili, non diversamente dall'arbitrato, sarebbe "cosa delle parti" (*Sache der Parteien*)<sup>827</sup>.

---

<sup>824</sup> Sebbene l'ambito dell'arbitrabilità sia al momento tutt'altro che statico, tanto nelle opinioni dottrinali quanto nei "moti" legislativi riscontrabili in Italia e all'estero, il settore degli arbitrati commerciali si mantiene tuttora sul piano dei diritti disponibili.

<sup>825</sup> Analizza il ruolo dell'autonomia privata rispetto al procedimento arbitrale comparandolo al ruolo (e allo spazio) degli accordi privati nel processo civile, non senza riscontrarvi differenze, il più volte citato Heuman, *Arbitration Law*, cit., spec. 249 ss., di cui conviene riportare, tra gli altri, il seguente passo: "(a)pplication of the party autonomy principle, then, is not at all subject to the same condition as in civil procedural law. The state, which bears the cost of judges' salaries and other judicial expenditures, has an interest in disputes being resolved as efficiently and inexpensively as possible, The state cannot accept procedural agreements which entail additional expenditure. True, there are provisions in the Code of Judicial Procedure, which give the parties a right of disposition, but the principle of party autonomy does not characterize civil procedure to anywhere near the same extent to arbitral procedure".

<sup>826</sup> Non tralasciata in Pezzani, *Il regime convenzionale*, cit., che fa ampio uso della precedente indagine di Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit. e che però conclude, trattando dell'ordine pubblico processuale (162 ss. e spec. 166), affermando la "chiusura" del sistema espresso dal codice di procedura civile italiano ("(i)l punto è invece che un sistema giuridico processuale rimanga "sistema", e non divenga quindi un apparato di norme vuote che legittimi modifiche potenzialmente continue e comunque sempre eterogenee").

<sup>827</sup> Sulla corretta valenza da attribuire alla "contrattualizzazione" dei processi civili, sull'opportunità della previsione di poteri officiosi dei giudici e sulla ripresa della convinzione per cui il processo civile su diritti disponibili è "cosa delle parti" e lo Stato, attraverso il giudice, si limita a rendere a esse un "servizio", v. Scarselli, *Poteri del giudice*, cit., spec. § 10.



## BIBLIOGRAFIA

- Aa.Vv., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008
- Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005
- Aa.Vv., *Atti del XXV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, Milano, 2007
- Aa.Vv., Bermann, Mistelis (a cura di), *Mandatory Rules in International Arbitration*, New York, 2011
- Aa.Vv., Bernardini, Besson, de Boisseson, Bredin (a cura di), *Liber Amicorum Claude Reymond*, Paris, 2004
- Aa.Vv., Bos, Browlie (a cura di), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987
- Aa.Vv., Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. 3, tomo 2, Arbitrato, Torino, 2009
- Aa.Vv., Briguglio, Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale. Commentario*, Milano, 2005
- Aa.Vv., Briner (a cura di), *ICC Bulletin, Special Supplement 1997: The New 1998 ICC Rules of Arbitration: Proceedings of the ICC Conference Presenting the Rules*, Paris, 1997
- Aa.Vv., Cato (a cura di), *The Expert in Litigation and Arbitration*, London, Hong Kong, 1999
- Aa.Vv., Cecchella (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005
- Aa.Vv., *Decisione giudiziaria e verità scientifica. Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, 8, Milano, 2008
- Aa.Vv., Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Milano, 2010
- Aa.Vv., *Dossier ICC, Arbitration and Expertise*, Paris 1994
- Aa.Vv., *Dossier ICC, L'administration de la preuve dans les procédures arbitrale internationales*, Paris, 1989
- Aa.Vv., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009
- Aa.Vv., Eijsvoogel (a cura di), *Evidence in International Arbitration Proceedings*, London, 1994
- Aa.Vv., *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, 2009
- Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010
- Aa.Vv., Gaillard (a cura di), *LAI Series on International Arbitration no. 6. The Review of Arbitral Awards*, New York, 2010

- Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York
- Aa.Vv., Hunter, Marriott, Veeder (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration. The LCLA Centenary Conference*, London, 1996
- Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2005: UNIDROIT Principles: New Developments and Applications*, Paris, 2005
- Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006
- Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2009: Confidentiality in Arbitration. Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, Paris, 2009
- Aa.Vv., *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009
- Aa.Vv., Klausegger, Klein, et al. (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2009
- Aa.Vv., Lebre de Freitas (a cura di), *The Law of Evidence in the European Union*, The Hague, 2004
- Aa.Vv., Levy, Veeder (a cura di), *Dossier ICC, Arbitration and oral evidence*, Paris, 2005
- Aa.Vv., Lew (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987
- Aa.Vv., Lillich (a cura di), *Fact-Finding Before International Tribunals: Eleventh Sokol Colloquium*, New York, 1992
- Aa.Vv., Lillich, Brower (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Charlottesville, 1992
- Aa.Vv., *Mélanges offerts à Serge Guinchard: Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, 2010
- Aa.Vv., Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010
- Aa.Vv., Mistelis, Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, 2006
- Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009
- Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008
- Aa.Vv., Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr. (a cura di), *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010
- Aa.Vv., Palao Moreno, Iglesias Buhigues, Esplugues Mota (a cura di), *Application of Foreign Law*, München, 2011
- Aa.Vv., Rauscher (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, 2008

- Aa.Vv., Rosell (a cura di), *Les Arbitres Internationaux*, Paris, 2005
- Aa.Vv., Sanders (a cura di), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in International Arbitration*, Deventer, Norwell, 1986
- Aa.Vv., Sanders (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967
- Aa.Vv., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008
- Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010
- Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, *Arbitration International*, 1994, 10, 317 ss.
- Aa.Vv., van den Berg (a cura di), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. 40 Years of Application of the New York Convention*, Deventer, 1999
- Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000
- Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2005
- Aa.Vv., Voskuil, Wade (a cura di), *Hague-Zagreb Essays of the Law of International Trade*, New York
- Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran - United States Claims Tribunal: An Analysis of the Decisions of the Tribunal*, Oxford, 1996
- ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, New York, 2006
- Ansanelli, *Comparazione e ricomparazione in tema di expert witness testimony*, in *Riv. dir. proc.*, III, 2009, 713 ss.
- Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011
- Ansary, Basedow, *The Structures of civil and procedural law in South Eastern European countries*, Berlin, 2008
- Arangio-Ruiz, G., *Soggettività nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 299 ss.
- Arbitration: monster or masterpiece?*, *Global Arbitration Review*, 25 ottobre 2010
- Arnaldez, Derains, Hascher (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, The Hague, Paris
- Arnaldez, Derains, Hascher (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, Alphen aan den Rijn, Paris, 2009
- Asprella, *Dell'accordo processuale, ovvero della derogabilità convenzionale delle fasi che scandiscono il processo ordinario*, in *Giur. mer.*, 1999, 716 ss.
- Atteritano, *Il lodo annullato nello Stato sede dell'arbitrato non può essere eseguito o riconosciuto all'estero perché è un lodo che non esiste*, in *Riv. arb.*, 2008, 1, 100 ss.
- Atteritano, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale*, Milano, 2009
- Atteritano, voce *Arbitrato estero*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2007, 78 ss.

- Auletta, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002
- Auletta, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1133 ss.
- Auletta, *L'istruzione probatoria*, in Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 197 ss.
- Auletta, *L'istruzione probatoria*, in Aa.Vv., Verde, G. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 293 ss.
- Auletta, *Lo stato presente delle "questioni incidentali" nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.*, 2005, 261 ss.
- Baert, *Les experts intervenant dans les procédures d'arbitrage interne ou international*, *La revue Experts*, 2011, 9 ss.
- Baker, Romman, *The Role of the Institution in Taming Electronic Disclosure*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 19 ss.
- Barone, voce *Consulente tecnico*. *Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988
- Bassler, Stueben, *A Primer on Taking of Evidence Abroad*, in *International Arbitration Report*, 2011, 6, 15 ss.
- Baum, *International Arbitration: The Path toward Uniform Procedures*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 51 ss.
- Beckett, Suskin, Glasser, *District Court Rejects Use of Section 1782 in Aid of ICC Arbitration*, in *International Arbitration Report*, 2011, 9, 33 ss.
- Benedettelli, Radicati di Brozolo, *L'Italia e l'arbitrato internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1, 136 ss.
- Benzing, *Das Beweisrecht vor internationalen Gerichten und Schiedsgerichten in zwischenstaatlichen Streitigkeiten Reihe: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, 2010
- Bergamini, *L'arbitrato estero (la ricezione dei lodi esteri)*, in Aa.Vv., Cecchella (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 339 ss.
- Berger, *Evidentiary Privileges Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 171 ss.
- Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standard versus/and Arbitral Discretion*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 4, 501 ss.
- Berger, *The International Arbitrators' Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction*, in *Arbitration International*, 2009, 2, 217 ss.
- Berger, *The Settlement Privilege. A General Principle of International ADR Law*, in *Arbitration International*, 2008, 2, 265 ss.
- Berlinguer, *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1994, 762 ss.

- Bermann, *Cross-examining the legal expert*, Aa.Vv., Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr. (a cura di), *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010, 181 ss.
- Bernardini, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 613 ss.
- Bernardini, *La revisione del Regolamento di arbitrato dell'Uncitral*, in *Dir. comm. int.*, 2010, 4, 683 ss.
- Bernardini, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 3, 481 ss.
- Bernini, *The civil law approach to discovery: a comparative overview of the taking of evidence in the Anglo-american and continental arbitration systems*, in Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008, cap. 13.
- Betto, J. G., *L'arbitre n'est pas tenu par les formalités applicables à l'instruction civile*, in *Revue de l'arbitrage*, 2000, 271 ss.
- Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2005
- Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in Uncitral Model Law Jurisdictions*, London, 2010
- Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration, Oxford, 2009
- Blessing, *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*, Basel, Franckfurt am Main, 1999, 148 ss.
- Blessing, *The Arbitral Process. Part III: The Procedure Before the Arbitral Tribunal*, in *ICC Bulletin*, 1992, vol. 3, n. 2, 18 ss.
- Böckstiegel, *Assumptions regarding Common Law versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 113 ss.
- Böckstiegel, *Past, Present, and Future Perspectives of Arbitration*, in *Arbitration International*, 2009, 25, 3, 293 ss.
- Böckstiegel, *Zu den Thesen von einer "delokalisierten" internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 1985
- Bonato, *L'arbitrato, l'accertamento tecnico preventivo e la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2010, 1647 ss.
- Bond, *The Standard of Proof in International Commercial Arbitration*, in *Arbitration*, 2011, 3, 304 ss.
- Bonell, M. J., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 315 ss.
- Bongiorno, *Accordo processuale*, in *Enc. giur.*, I, 1990, 1 ss.
- Bongiorno, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 757 ss.
- Born, *International Commercial Arbitration*, Alphen an den Rijn, 2009
- Bouchenaki, *The IBA Rules Lay the Ground for Solutions to Address Electronic Document Production Disputes*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 180 ss.
- Bove, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

- Brawn, *The court's power to intervene in arbitration matters in England and Wales, with particular reference to the court's inherent and residual discretion*, in *Arbitration*, 2010, 76, 2, 214 ss.
- Bredow, Mulder, *Court Assistance in Arbitral Proceedings from the Perspective of Article 27 of the Uncitral Model Law*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 143 ss.
- Briguglio, *Due questioni in tema di delibazione del lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 1991, 813 ss.
- Briguglio, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 688 ss.
- Briguglio, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999
- Briguglio, *Mito e realtà nella denazionalizzazione dell'arbitrato privato*, in *Riv. arb.*, 1998, 453 ss.
- Brower, *Discovery and Production of Evidence in the United States: theory and practice*, in Aa.Vv., *Dossier ICC, L'administration de la preuve dans les procédures arbitrale internationales*, Paris, 1989, 9 ss.
- Brower, Sharpe, *Determining the extent of discovery and dealing with requests for discovery: perspectives from the common law*, in Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008, cap. 14
- Brown, *Oral evidence and experts in arbitration*, in Aa.V., Levy, Veeder, *Dossier ICC, Arbitration and oral evidence*, Paris, 2005, 77 ss.
- Bugliani, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 1, 183 ss.
- Bugliani, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, 4, 552 ss.
- Bühler, Dorgan, *Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration - Novel or Tested Standards?*, in *Journal of International Arbitration*, 2000, 17, 1, 3 ss.
- Cadiet, *Les conventions relatives su procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, in Aa.Vv., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 7 ss.
- Caldwell, *Do Arbitration Rules Give Tribunals Too Much Freedom to Conduct International Arbitration as They Think Fit?*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrström (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 77 ss.
- Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in Aa.Vv., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 99 ss.
- Caponi, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, 7 ss.
- Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962
- Capper, *International Arbitration: a Handbook*, London, 2004

- Carbone, S. M., *Il contratto senza legge e la Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, 279 ss
- Carbone, S. M., *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 2, 353 ss.
- Carbonneau, *National Law and the Judicialization of Arbitration: Manifest Destiny, Manifest Disregard or Manifest Error?*, in Aa.Vv., Lillich, Brower (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Charlottesville, 1992, 115 ss.
- Carlevaris, *Commento all'art. 20 Reg. ICC*, in Aa.Vv., Briguglio, Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della Camera di Commercio Internazionale. Commentario*, Milano, 2005, 356 ss.
- Carlevaris, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra principio iura novit curia e onere della prova*, in *Riv. arb.*, 2007, 4, 505 ss.
- Carnelutti, *La prova civile*, (rist.), Milano 1992
- Carratta, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 28 ss.
- Carter, *Privilege Gets a New Framework*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 177 ss.
- Castellane, *The New French Law on International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 4, 371 ss.
- Cato, *Arbitration Practice and Procedure. Interlocutory and Hearing Problems*, London, 2002
- Cavallini, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, I, 55 ss.
- Cavallone, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 238 ss.
- Ceccon, *Uncitral Notes on Organizing International Arbitration Proceedings and the Conduct of Evidence*, in *Journal of International Arbitration*, 1997, 2, 67 ss.
- Chainais, *L'arbitre, le droit et la contradiction: l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre*, in *Revue de l'arbitrage*, 2010, 3 ss.
- Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953 (rist. 2006), Cambridge
- Chiarloni, *Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 2, 382 ss.
- Coester, Waltjen, *Internationales Beweisrecht. Das Auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtstreitigkeiten mit Auslandsbezug*, München, 1983
- Colesanti, Merlin, Ricci, E. F., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007
- Collection of CEPANI Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales du CEPANI - Verzameling van arbitrale uitspraken van CEPINA 1985-1995*, Bruxelles, 2005
- Collection of CEPANI Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales du CEPANI - Verzameling van arbitrale uitspraken van CEPINA 1996-2001*, Bruxelles, 2008
- Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, 2010

- Comoglio, *Il "giusto processo civile" nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss.
- Comoglio, *Le prove civili*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2010
- Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002
- Consolo, *Il processo civile alla High Court di Londra, un intarsio fra Medioevo e globalizzazione economica*, in Aa.Vv., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009, 61 ss.
- Cook, Garcia, *International Intellectual Property Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2010, 200.
- Corapi, *Iura novit curia nell'arbitrato internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2010, 3, 429 ss.
- Corsini, *Award by consent e obbligo decisorio degli arbitri*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 289 ss.
- Craig, *Arbitration Confidentiality and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 169 ss.
- Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, 2000
- Cremades, Cairns, *Cross-examination and International Arbitration*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 91 ss.
- Cremades, Cairns, *Cross-examination in International Arbitration: Is It Worthwhile?*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 223 ss.
- Cremades, *Les pouvoirs des arbitres de décider de l'admissibilité des preuves et d'en organiser la production*, in *ICC Bulletin*, 1999, vol. 10, n. 1, 51 ss.
- Danovi, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, 21 ss.
- David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982
- De Boisseson, *Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de common law et les pays de tradition romaniste*, in Aa.Vv., Dossier ICC, *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrale internationales*, Paris, 1989, 85 ss.
- De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 2, 282 ss.
- De Giovanni Di Santa Severina, Tornese, *La revocazione dei lodi internazionali*, in *Riv. arb.*, 2009, 3, 499 s
- De La Serre, E. B., Sibony, *Expert Evidence before the EC Courts*, in *Common Market Law Review*, 2008, 45, 941 ss.
- De Lotbiniere McDougall, Bouchardie, *How international arbitral tribunal establish the fact of the case through documentary evidence*, in *International Business Law Journal*, 2008, 4, 509 ss.



- De Nova, *Un arbitro e la "verità scientifica"*, in Aa.Vv., *Decisione giudiziaria e verità scientifica. Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, 8, Milano, 2008, 47 ss.
- De Santis, *Riforme processuali e disponibilità del regime preclusivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 3, 1257 ss.
- De Witt Wijnen, *Collection of evidence in international arbitration*, in Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010, 351 ss.
- Delaume, *ICSID Arbitration*, in Aa.Vv., Lew (a cura di), *Contemporary Problems in International Arbitration*, London, 1987, 23 ss.
- Dennys, *Arbitration update: the limits of the courts' interference*, in *Construction Law Journal*, 2008, 24, 1, 3 ss.
- Denti, "Cross-examination" e processo civile, in *Foro It.*, 1987, 325 ss.
- Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 414 ss.
- Derains, *Evidence and Confidentiality*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2009: Confidentiality in Arbitration. Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, Paris, 2009, 57 ss.
- Derains, *La Pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 781 ss.
- Derains, Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague, London, Boston, 1998
- Derains, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006, 83 ss.
- Di Meglio, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 2009, 1, 170 ss.
- Dieryck, *Procedure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1988, 267 ss.
- Dimolitsa, *Giving Evidence: Some Reflections on Oral Evidence vs Documentary Evidence and on the Obligations and Rights of the Witnesses*, in Aa.Vv., Levy, Veeder (a cura di), *Dossier ICC, Arbitration and oral evidence*, Paris, 2005, 16 ss.
- Dittrich, *La Corte Costituzionale salva nuovamente l'incapacità a testimoniare delle parti attuali e di quelle "potenziali"*, in *Riv. dir. proc.*, II, 2010, 429 ss.
- Document production: summary of jurisdictions*, in *Practical Law Company - Arbitration*, 2008
- Doi (a cura di), *Digest of Selected J.C.A.A. Arbitral Awards 1953-1973*, Tokyo, 1988
- Dondi, *Discovery Management in Non-judicial proceedings - The Case of International Arbitration*, in *Dir. comm. int.*, 2009, 1, 33 ss.
- Dondi, *L'evoluzione della "hearsay rule" nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 1, 97 ss.
- Dondi, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 ss.

- Drahozal, *Standards for Judicial Review of Arbitral Awards in the United States: Mandatory Rules or Default Rules?*, in *Mealey's International Arbitration Report*, 2001, 16, 9 ss.
- Dundas, *Challenging awards and arbitrators: a losing game?*, in *Arbitration*, 2005, 71, 4, 353 ss.
- Dundas, *Metropolitan Property Realisation Ltd v. Atmore Investments Ltd: when is an irregularity neither irregular nor serious*, in *Arbitration*, 2009, 75, 2, 284 ss.
- El Ahdab, A., H., El Ahdab, J., *Arbitration with the Arab Countries*, Alphen an den Rijn, 2011
- Eldin, M., Eldin, A. (a cura di), *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, II, 1997-2000*, The Hague, 2003
- Elsing, *Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 114 ss.
- Evidential Rules in International Commercial Arbitration: From the Tower of London to the New 1999 IBA Rules*, in *Arbitration*, 1999, 291 ss.
- Fabbi, *Alcune osservazioni circa l'impugnativa per nullità del lodo, il dovere di act fairly del tribunale arbitrale e la conduzione della fase istruttoria negli arbitrati commerciali internazionali*, in *Riv. arb.*, I, 2010, 150 ss.
- Fabbi, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi "non esperti") e arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb.*, 2011, 3, 401 ss.
- Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997
- Fazzalari, sub *art. 816 c.p.c.*, in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 101 ss.
- Fazzalari, *Sulla "libertà di forme" nel procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637 ss.
- Feutrill, Rubins, *The preparation of expert evidence in international commercial arbitration: practical aspects*, in *International Business Law Journal*, 307 ss.
- Fouchard, Gaillard, Goldman, *International Commercial Arbitration*, The Hague, Boston, 1999
- Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996
- Fouchard, *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 329 ss.
- Franchi, *La perizia civile*, Padova, 1959
- Freeman, *Single and/or Neutral Experts*, in Aa.Vv., Cato (a cura di), *The Expert in Litigation and Arbitration*, London, Hong Kong, 1999, 115 ss.

- Frenkel, *The New Civil Procedure Rules and the Expert Witness*, in Aa.Vv., Cato (a cura di), *The Expert in Litigation and Arbitration*, London, Hong Kong, 1999, 5 ss.
- Freyer, *Assessing Expert Evidence*, in Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008, 429 ss.
- Friedland, *A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration*, in *Mealey's International Arbitration Report*, 1996, 133 ss.
- Gaffney, O'Leary, *Tilting at Windmills? The Quest for Independence of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*, in *Asian Dispute Review*, 2011, 2, 82 ss.
- Gaillard, De Lapasse, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 2, 263 ss.
- Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden, Boston, 2010
- Galgano, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Verona, 2010
- Galgano, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 2001
- Galgano, Marella, *Diritto e prassi del Commercio internazionale*, Padova, 2010
- Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010
- Galloway, *Ascot Commodities v. Olam International Ltd [2002] C.L.C. 277 (QBD (Comm))*, in *International Arbitration Law Review*, 2002, 5, 2, 20 ss.
- Gentinetta, *Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte*, Bern, 1973
- Gharavi, Karam, *Arbitration in Yemen*, in *ICC Bulletin*, 2006, 17, 2, 41 ss.
- Ghirga, *Commento all'art. 816-ter*, in Aa.Vv., Menchini (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 215 ss.
- Giacobbe, *La prova in Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009
- Gill, Tawil, Kreindler, *The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 23 ss.
- Giovannini, *International arbitration and Jura Novit Curia - Towards Harmonization*, in Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010, 495 ss.
- Gloster, *Attempts to thwart the arbitration process: current examples of how the court makes parties stick to their agreement to arbitrate*, in *Arbitration*, 2007, 73(4), 407 ss.
- Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, in *Archives de philosophie du droit. Le droit subjective en question*, IX,, 1964, Paris, 177 ss.

- Goldman, *Instance judiciaire et instance arbitrale internationale*, in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, spec. 220
- Goldman, *Les conflits des loi dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CIX, 1963, 347 ss.
- Göthlin, Bexelius, *Voluntary Solutions to Procedural Problems*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 175 ss.
- Griffin, *Recent Trends in the Conduct of International Arbitration. Discovery Procedures and Witness Hearing*, in *Journal of International Arbitration*, 2000, 17, 2, 19 ss.
- Guinchard, Ferrand, *Procédure civile*, 28<sup>a</sup> ed., Paris, 2005
- Guinchard, *L'arbitrage et le respect du contradictoire (à propos de quelques décisions rendues en 1996)*, in *Revue de l'arbitrage*, 1997, 185 ss.
- Guinchard, *L'expert, le juge et les plaideurs*, in *Cahiers de l'expertise judiciaire*, 1987, 9, 1 ss.
- Günter, *Arbitrage et expertise*, in *ASA Bulletin*, 1993, 538 ss.
- Hamilton, *Document Production in ICC Arbitration*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006, 63 ss.
- Hanotiau, *Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practises'*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006, 113 ss.
- Hanotiau, *Satisfying the Burden of Proof: the Viewpoint of a 'Civil Law' Lawyer*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Arbitration International*, 1994, 10, 341 ss.
- Hanotiau, *The Conduct of the Hearings*, in Aa.Vv., Newman, Hill (a cura di), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008, 337 ss.
- Harb, Lobier, *New arbitration Law in France: The Decree of January 13, 2011*, in *International Arbitration Report*, 2011, 3, 26 ss.
- Harris, *Expert Evidence: The 2010 Revisions to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 212 ss.
- Hascher (a cura di), *Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004)*, Paris, 2011
- Hascher, *Collection of ICC Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993- 1996*, 1997, Paris, The Hague, Boston
- Hascher, *The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts. France*, in Aa.Vv., Gaillard (a cura di), *LAI Series on International Arbitration no. 6. The Review of Arbitral Awards*, New York, 2010
- Hazard, G. Jr., "From Whom No Secrets are Hid". *Segretezza e ricerca della verità nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 2, 465 ss.

- Heilbron, *Is the Process of Arbitration Really Consensual? Balancing Party Autonomy with tribunal control*, speech presentato al convegno del 28 novembre 2011, presso l'*Institute of Arbitrators* della Corte Arbitrale di Singapore
- Heitzmann, *Confidentiality and Privileges in Cross-border Legal Practice: The Need for a Global Standard?*, in *ASA Bulletin*, 2008, 2, 205 ss.
- Heuman, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure*, New York, 2003
- Hoellering, *The Institution's Role in Managing the Arbitration Process*, in OMPI, *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, Genève, 1994, 203 ss.
- Holland, Berry, *Metropolitan Property Realizations v. Atmore Investment - serious irregularity or simply wrong?*, in *International Arbitration Law Review*, 2009, 12, 3, 25 ss.
- Holtzmann H. M., Neuhaus J. E., *A guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: legislative history and commentary*, Deventer, Boston, 1994
- Holtzmann, *Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitration Procedures*, in Aa.Vv., Lillich, Brower (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Charlottesville, 1992, 3 ss.
- Howell, *Electronic Disclosure in International Arbitration: the CI Arb Protocol for E-disclosure in Arbitration*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 395 ss.
- Hunter, M., *The Procedural Powers of the Arbitrators under the English 1996 Arbitration Act*, in *Arbitration International*, 1997, 13, 4, 351 ss.
- Hunter, Panov, *Taking Evidence Abroad in International Arbitration in the 21st Century*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 213 ss.
- Illmer, Steinbrück, *US Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign Lawyer's Perspective*, in *Journal of International Arbitration*, 2008, 25, 3, 329 ss.
- in Aa.Vv., Briner, Fortier, Berger, Bredow (a cura di), *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, 2001
- Istituto di Studi Superiori sull'Arbitrato (ISSA), *I Quaderni dell'Arbitrato, Atti del convegno "La prova nell'arbitrato internazionale"*, Roma, 2011
- Jacquet, *Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?*, in *Revue de l'arbitrage*, III, 2010, 445 ss.
- Jarrosson, *L'expertise équitable*, in Aa.Vv., *Mélanges offerts à Serge Guinchard: Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, 2010, 731 ss.

- Jarrosson, Pellerin, *Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*, in *Revue de l'arbitrage*, 2011, 1, 5 ss.
- Jarvin, Derains (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, Deventer, 1990
- Jarvin, Derains, Arnaldez (a cura di), *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Deventer, 1994
- Jarvin, *Eléments de la procédure d'arbitrage*, in Aa.Vv., Briner (a cura di), *ICC Bulletin, Special Supplement 1997: The New 1998 ICC Rules of Arbitration: Proceedings of the ICC Conference Presenting the Rules*, Paris, 1997, 38 ss.
- Jarvin, Magnusson (a cura di), *International Arbitration Court Decisions*, New York, 2008
- Jolowicz, *L'expert, le témoin et le juge dans le procès civil en droits français et anglais*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1977, 285 ss.
- Jones, *Party Appointed Expert Witnesses in International Arbitration: A Protocol at Last*, in *Arbitration International*, vol. 24, 1, 137 ss.
- Kalicki, *The Preliminary Hearing to Organize the Arbitration Procedure*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2010, 4-5, 379 ss.
- Kantor, *A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration: Can One be Found?*, in *Arbitration International*, 2010, 26, 3, 323 ss.
- Kantor, *Is There a Code of Conduct for Party-appointed Experts in International Arbitration?*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 239 ss.
- Karrar, Lewsley, *Revolution in Babrain - Decree No. 30 of 2009 and the World's First Arbitration Freezone*, in *International Arbitration Law Review*, 2011, 3, 80 ss.
- Karrer, *Liberté du tribunal arbitral de conduire la procédure*, in *ICC Bulletin*, 1999, 10, 1, 14 ss.
- Karrer, *Must An Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable?*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 429 ss.
- Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Paris, 2010
- Kaufmann Kohler, *Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure. The Role of the Law of the Place of Arbitration*, in Aa.Vv., van den Berg (a cura di), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. 40 Years of Application of the New York Convention*, Deventer, 1999, 336 ss.
- Kaufmann Kohler, *Qui contrôle l'arbitrage? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité*, in Aa.Vv., Bernardini, Besson, de Boisseson, Bredin (a cura di), *Liber Amicorum Claude Raymond*, Paris, 2004, 153 ss.
- Kazazi, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, The Hague, 1996

- King, Bosman, *Rethinking Discovery in International Arbitration: Beyond the Common Law/Civil Law Divide*, in *ICC Bulletin*, 2001, 12, 1, 24 ss.
- Kirby, *Witness Preparation: Memory and Storytelling*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 4, 401 ss.
- Klaas, *Depositions: An Apologia*, in *Arbitration International*, 2009, 25, 4, 553 ss.
- Kläsener, A. C., Dolgorukow, *Die Überarbeitung der IBA?Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SchiedsVZ*, 2010, 6, 302 ss.
- Kläsener, A. C., *The Duty of Good Faith in the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 160 ss.
- Kopelmanas, *Le rôle de l'expertise dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 1979, 205 ss.
- Kozłowska, *The Revised Uncitral Arbitration Rules Seen through the Prism of Electronic Disclosure*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 1, 51 ss.
- Kreindler, *Benefiting from oral testimony of expert witnesses: traditional and emerging techniques*, in Aa.V., Levy, Veeder, *Dossier ICC, Arbitration and oral evidence*, Paris, 2005, 87 ss.
- Kreindler, *The 2010 Revision to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration: A Study in Both Consistency and Progress*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 157 ss.
- Kühner, *Das neue französische Schiedsrecht*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 125 ss.
- Kurkela, *"Jura novit curia" and the Burden of Educational in International Arbitration - A Nordic Perspective*, in *ASA Bulletin*, 21, 3, 486 ss.
- La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011
- La China, *Questioni di ordine pubblico processuale e sostanziale nella giurisprudenza di uno Stato arabo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 10, 1039 ss.
- Lalive, J. F., *Quelques remarques sur la preuve devant la Cour Permanente et la Cour Internationale de Justice*, *VII Annuaire suisse de droit international*, 1950
- Lamm, Vasquez Jr., Drossos, *Ten guidelines for the cross-examination of financial and technical experts*, Aa.Vv., Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr. (a cura di), *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010, 193 ss.
- Landsman, *Cross-examining a technical or scientific expert*, in Aa.Vv., Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr. (a cura di), *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010, 167 ss.
- Lasok, *The European Court of Justice. Practice and Procedure*, London, 1994
- Lattanzi, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989

*Ordre des Avocats de Paris, Le témoin dans l'arbitrage international: préparation et production*, in *Le Bulletin du Barreau de Paris*, IX, 4 marzo 2008, 49 ss.

Lew, *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 2, 179 ss.

Lew, *Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 11 ss.

Lew, Mistelis, Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003

Licci, *Istruzione preventiva, arbitro e art. 669 quaterdecies: una convivenza possibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 723 ss.

Lionnet, *Once Again: Is Discovery of Documents Appropriate in International Arbitration*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 491 ss.

Lissarrague, *Le rôle de l'expert dans l'arbitrage*, in *La revue Experts*, 1991, 12, 9 ss.

Lombardo, *Profili delle prove civili atipiche*, in *www.judicium.it* e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 4, 1447 ss.

Lombardo, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 611 ss.

Lotz, Burkard, *Der Sachverständige im Schiedsverfahren*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 203 ss.

Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2007

Luzzato, *Accordi Internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1971, 47 ss.

Magnone Cavatorta, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008

Malek (a cura di), *Phipson on Evidence*, 17<sup>a</sup> ed. London, 2009

Malintoppi, *The ICC Task Force on the Production of Electronic Documents in Arbitration - An Overview*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 415 ss.

Mann, *Lex Facit Arbitrum*, in Aa. Vv., Sanders (a cura di), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, 157 ss.

Marengo, *L'expert evidence nei sistemi di common law*, in *Riv. dir. proc.*, 2007 fasc. 3, pp. 699 ss.

Marossi, *The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, 4, 511 ss.

Marrella, *La nuova lex mercatoria, Principi Unidroit ed usi di contratti del commercio internazionale*, in Galgano, Marella, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. 30, Padova, 2003



- Marriott, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 1989, 5, 3, 280 ss.
- Mathew, Tan, *The Use of Pre-action Discovery to Aid Arbitration? A Practitioner's Perspective*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2010, 6, 2, 186 ss.
- Matray, *Les traits caractéristique de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste*, in Aa.Vv., *Dossier ICC, L'administration de la preuve dans les procédures arbitrale internationale*, Paris, 1989, 114 ss.
- Mayer, *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de common law*, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, 163 ss.
- Mayer, *The Trend Towards Delocalisation in the Last 100 Years*, in Aa.Vv., Hunter, Marriott, Veeder (a cura di), *The Internationalisation of International Arbitration. The LCLA Centenary Conference*, London, 1996, 37 ss.
- McDougall, Bouchardie, *How international arbitral tribunals establish the facts of the case through documentary evidence*, in *International Business Law Journal*, 2008, 509 ss.
- Megens, Starr, Chow, *Compulsion of Evidence in International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2006, 1, 32 ss.
- Merkin, Flannery, *Arbitration Act 1996*, 4<sup>a</sup> ed., London, 2008
- Meyer, *Time to Take a Closer Look: Privilege in International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2007, 4, 365 ss.
- Mistelis, *Mandatory Rules in International Arbitration. Too Much Too Early or Too Little Too Late?*, in Aa.Vv., Bermann, Mistelis (a cura di), *Mandatory Rules in International Arbitration*, New York, 2011, 291 ss.
- Molitoris, Abt, *Oral Hearings and the Taking of Evidence in International Arbitration*, in Aa.Vv., Klausegger, Klein, et al. (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2009, 165 ss.
- Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, I, 123 ss.
- Montero Aroca, *Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Carmine Punzj*, Torino, 2008, 511 ss.
- Mordivucci, *La legge competente a regolare l'ammissibilità dei mezzi di prova nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, 733 ss.
- Mourre, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv. arb.*, 2007, 2, 179 ss.
- Mourre, *Le droit français de l'arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2000, 2066 ss.
- Mourre, Pedone, *Panorama international de jurisprudence - France*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 139 ss.
- Mustill, Boyd, *Commercial Arbitration*, London, 1989

- Mustill, *The New Lex Mercatoria: the First Twenty Five Years*, in Aa.Vv., Bos, Browlie (a cura di), *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, 149 ss.
- Nelson, *Can Parties to a NAFTA Arbitration Get Discovery From U.S. Courts Under 28 U.S.C. § 1782? The Methanex Question Revisited*, in *International Arbitration Report*, 2011, 2, 22 ss.
- Nelson, T. G., *Paranoids Have Enemies Too: Wiretapping and Other Clandestine Information-Gathering Techniques in International Arbitration*, in *Mealey's International Arbitration Report*, 2008, 23 ss.
- Netzle, *Appeals against Arbitral Awards by the CAS*, in *Bulletin TAS*, 2011, 2, 18 ss.
- Newmark, *Efficient, Economical And Fair ? The Mantra of the New IBA Rules*, *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 165 ss.
- Nigh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, 1999
- Nilsson, *Negative Inferences: An Arbitral Tribunal's Power to Draw Adverse Conclusions from a Party's Failure to Comply with the Tribunal's Orders*, in Aa.Vv., Hobér, Magnusson, Öhrstöm (a cura di), *Between East and West: Essays in honour of Ulf Franke*, 2010, New York, 351 ss.
- Oblin, *Hearsay and International Arbitration*, in Aa.Vv., Klausegger, Klein, et al. (a cura di), *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien, 2009, 201 ss.
- Odorisio, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio*, in *Giur. mer.*, 1995, 503 ss.
- Oetiker, *Witnesses before the International Arbitral Tribunal*, in *ASA Bulletin*, 2007, 25, 2, 253 ss.
- O'Malley, *Document Production Under Article 3 of the 2010 IBA Rules of Evidence*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 186 ss.
- O'Malley, *The procedural rules governing the production of documentary evidence in international arbitration - as applied in practice*, in *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2009, 8, 1, 27 ss.
- Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, 1998
- Orta, Fuentes, *What is the Effect of International Arbitral Rules on the Availability of Assistance in the Production of Evidence Pursuant to 28 U.S.C § 1782?*, in *World Arbitration & Mediation Review*, 2010, 3, 247 ss.
- Panzarola, voce *Prova testimoniale*. *Dir. proc. civ.*, *Enc. giur. Treccani*, Roma 2008
- Panzarola, *Arbitrato e "fatto notorio"*, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 603 ss.
- Panzarola, *Notorious fact - Fato notório*, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 2009, 28, 1 ss.
- Park, W. W., *Arbitrators and Accuracy*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, 1, 25 ss.
- Park, *Les devoirs de l'arbitre: ni un pour tous, ni tous pour un*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 13 ss.

- Park, *Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography*, in *Arbitration International*, 2001, 17, 3, 263 ss.
- Park, *The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments*, in Aa.Vv., Mistelis, Lew, *Pervasive Problems in International Arbitration*, The Hague, 2006, 141 ss.
- Park, *Why Courts Review Arbitral Awards*, in Aa.Vv., Briner, Fortier, Berger, Bredow (a cura di), *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln, 2001, 595 ss.
- Patocchi, P. M., Meakin, *Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration: the interaction of civil law and common law procedures*, in *International Business Law Journal*, 1996, 7, 884 ss.
- Patti, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2011, 1, *Numero Speciale. La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, 75 ss.
- Patti, *Le prove. Parte generale*, in Aa.Vv., Iudica, Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010
- Paulsson, Petrochilos, *Revision of the Uncitral Arbitration Rules: a report*, Wien, 2006
- Paulsson, *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*, in *American Review of International Arbitration*, 1992, 214 ss.
- Pendell, *England and Wales - National Report*, in *World Arbitration Reporter*, novembre 2010 (versione *on-line*)
- Perrot, *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 1974, 159 ss.
- Peter, *Witness conferencing*, in *Arbitration International*, 2004, 47 ss.
- Petrochilos, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford, 2004
- Petrochilos, *The ILA Tackles Confidentiality. The 2010 ILA Findings and Recommendations on Confidentiality*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 1, 51 ss.
- Pezzani, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009
- Philip, *Description in the Award of the Standard of Proof Sought and Satisfied*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration*, *Arbitration International*, 1994, 10, 361 ss.
- Picardi, *I grandi modelli socio-culturali per la giusta risoluzione delle controversie civili internazionali e nazionali*, in *Riv. arb.*, 3, 2011, 365 ss.
- Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007
- Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010
- Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 3, 75 ss.

- Pinto, *Thoughts on the "True Nature" of International Arbitration*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 619 ss.
- Pittaluga, *La prova del diritto straniero: evoluzioni giurisprudenziali in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, 3, 675 ss.
- Pizzorusso, sub *art. 8 Preleggi*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna, 1977, 353 ss.
- Porreca, *Le norme in tema di consulenza tecnica*, in Aa.Vv., Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Milano, 2010, 235 ss.
- Potetti, *Novità e vecchie questioni in tema di consulenza tecnica d'ufficio nel processo civile*, in *Giur. mer.*, 2010, 1, 24 ss.
- Poudret, Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007
- Poudret, Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Paris, 2002
- Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000
- Radicati di Brozolo, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 6, 1267 ss.
- Raeschke-Kessler, *The Contribution of International Arbitration to Transnational Procedural Law*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 647 ss.
- Redfern, *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: an English Perspective*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Arbitration International*, 1994, 10, 317 ss.
- Reeb (a cura di), *Recueil des sentences du TAS*, III, 2001-2003, The Hague, 2004
- Reiner, *Burden and General Standards of Proof*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Arbitration International*, 1994, 10, 328 ss.
- Report of the International Commercial Disputes Committee of the Association of the Bar of the City of New York, Obtaining Evidence from Non-Parties in International Arbitration in the United States*, in *The American Review of International Arbitration*, 2009, 4, 421 ss.
- Reymond, *Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, in *Arbitration International*, 1989, 4, 357 ss.
- Reymond, *The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: a Further Perspective*, in Aa.Vv., *The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, Arbitration International*, 1994, 10, 323 ss.
- Ricci, E. F., *Evidence in international arbitration: a syntetic glimpse*, in Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010, 1025 ss.

- Ricci, E. F., *Il lodo arbitrale con nazionalità plurima: rapporti tra il Brasile e alcuni stati europei*, in *Riv. arb.*, 1999, 643 ss.
- Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in *Riv. arb.*, III, 2008, 311 ss.
- Ricci, E. F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974
- Ricci, G. F., *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove civili, Atti del XXV Convegno Nazionale. Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, Milano, 2007, 173 ss.
- Rifkind, *Practices of the horse shed: The preparation of witnesses by counsel in America*, in Aa.Vv., Levy, Veeder (a cura di), *Dossier ICC, Arbitration and oral evidence*, Paris, 2005, 55 ss.
- Robert, Carbonneau, *The French Law of Arbitration*, New York, 1983
- Rodner, *The New Venezuelan Arbitration Law*, in *ICC Bulletin*, 2000, 11, 2, 6 ss.
- Rogers, *Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration*, in *Michigan Journal of International Law*, 2002, 84, 23, 341 ss.
- Rubino Sammartano, *Arbitrato semplificato e arbitrato solo su documenti*, in *Foro Pad.*, 1990, 2, 35 ss.
- Rubino Sammartano, *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*, in *Foro pad.*, 1990, I, 280 ss.
- Rubino Sammartano, *International Arbitration. Law and Practice*, The Hague, 2001
- Rubino Sammartano, *La prova nell'arbitrato internazionale*, in *Foro pad.*, 1987, 2, 85 ss.
- Sachs, Schmidt?Ahrendts, *Expert Evidence Under the 2010 IBA Rules*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 216 ss.
- Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a comparative study*, The Hague, 1999
- Sanders, *The revision of the Uncitral Arbitration Rules*, The Hague, 2009
- Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, Charlottesville, 1975
- Santangeli, *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Italia*, in *www.judicium.it*
- Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918
- Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2010
- Sassani, *L'onere della contestazione*, in *www.judicium.it* e in *Giusto proc. civ.*, 2010, 2, 401 ss.
- Scarpa, Auletta, *La scelta del c.t.u. è veramente cosa del giudice?*, in *Giustizia Insieme*, 2009, 2-3, 93 ss.

- Scarselli, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, in *www.judicium.it*
- Schäfer, Verbist, Imhoos, *ICC Arbitration in Practice*, 2005, The Hague
- Schäfer, *Videoconferencing in Arbitration*, in *ICC Bulletin*, 14, 1, 35 ss.
- Scherer, *Calling a witness (too) late in the proceedings*, in *Kluwerarbitrationblog*
- Scherer, *The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 195 ss.
- Schlaepfer, Bartsch, *A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators*, in *International Business Law Journal*, 2010, 3, 211 ss.
- Schneider, *The Paper Tsunami in International Arbitration. Problems, risks for the Arbitrators' Decision Making and Possible Solutions*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 365 ss.
- Schroeder, *Die lex mercatoria arbitralis - strukturelle Transnationalität und transnationale Rechtsstrukturen im Recht der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 2007;
- Schwartz, *Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award*, in Aa.Vv., Aksent, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 795 ss.
- Schwartz, *The New French Arbitration Decree: The Arbitral Procedure*, in *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2011, 2, 349 ss.
- Selby, *Fact-Finding before the Iran-United States Claims Tribunal: The View from the Trenches*, in Aa.Vv., Aa.Vv., Lillich (a cura di), *Fact-Finding Before International Tribunals: Eleventh Sokol Colloquium*, New York, 1992, 135 ss.
- Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, in *Arbitration International*, 2006, 22, 4, 549 ss.
- Shenton, *An Introduction to the IBA Rules of Evidence*, in *Arbitration International*, 1984, 118 ss.
- Sindler, Wüstemann, *Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?*, in *ASA Bulletin*, 2005, 4, 610 ss.
- Skinner, Luttrell, Levi, *The Uncitral Arbitration Rules 2010*, in *Asian International Arbitration Journal*, 2011, vol. 7, 1, 76 ss.
- Smit, *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A North American Viewpoint*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006, 93 ss.
- Smith, *E-Disclosure Under the Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, 2010, 5, 201 ss.

- Smith, *Mandatory ICC Arbitration Rules*, in Aa.Vv., Aksen, Böckstiegel, Mustill, Patocchi, Whitesell (a cura di), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Paris, 2005, 845 ss.
- Smith, Robinson, *E-disclosure in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 2008, 1, 105 ss.
- Smith, *Tribunal's duty to act fairly*, in *International Arbitration Law Review*, 2008, 11, 1, 3 ss.
- Strong e Dries, *Witness Statements under the IBA Rules of Evidence: What to Do About Hearsay?*, in *Arbitration International*, 2005, 21, 3, 301 ss.
- Sutton, *Discovery and Production of Evidence in Arbitral Proceeding. The US and England distinguished*, in Aa.Vv., *Dossier ICC, L'amministrazione de la preuve dans les procédures arbitrale internationales*, Paris, 1989, 59 ss.
- Sutton, Gill, Gearing, *Russell on Arbitration*, London, 2007
- Tackaberry, Marriott, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, London, 2003
- Tampieri, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrali stranieri*, in *Riv. arb.*, 2005, 637 ss.
- Taruffo, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, in Aa.Vv. *Decisione giudiziaria e verità scientifica. Quaderni Riv. trim. dir. proc. civ.*, 8, Milano, 2008, 3 ss.
- Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.
- Taruffo, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Padova, 1979
- Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 219 ss.
- Taruffo, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 290 ss.
- Taruffo, voce *Liberio convincimento del giudice*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.
- Tarzia, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, 3, 473 ss.
- Tevendale, Cartwright-Finch, *Privilege in International Arbitration: It Is Time to Recognize the Consensus?*, in *Journal of International Arbitration*, 2009, 6, 823 ss.
- Timmerbeil, *The Role of Expert Witnesses in German and U.S Civil Litigation*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2003, 9, 1, 163 ss.
- Tiscini, *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato: continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*, in *Riv. arb.*, 2010, 1, 73 ss.
- Tota, *Commento all'art. 816-bis c.p.c.*, in Aa.Vv., Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. vol. 3. tomo 2, Arbitrato*, Torino, 2009, 689 ss.

- Tota, *Commento all'art. 816-ter c.p.c.*, in Aa.Vv., Briguglio, Capponi (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. vol. 3. tomo 2, Arbitrato*, Torino, 2009, 710 ss.
- Townsend, *Crossing the hot tub: examining adverse expert witnesses in international arbitration*, in Aa.Vv., Newman, L. W., Sheppard, B. H. Jr. (a cura di), *Take the Witness: Cross-examination in international arbitration*, New York, 2010, 161 ss.
- Triebel, Plassmeier, *The use of experts in litigation and arbitration in Germany*, in Aa.Vv., Cato (a cura di), *The Expert in Litigation and Arbitration*, London, Hong Kong, 1999, 155 ss.
- Trocker, "Civil law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 421 ss.
- Trocker, *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 475 ss.
- Trocker, *On the convergence of procedural systems: are European discovering U.S. discovery?*, in Aa.Vv., *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Bruxelles, 2009, 1433 ss.
- Turner, Mohtashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford, 2009
- Tweeddale K., Tweeddale A., *Arbitration of Commercial Disputes*, Oxford, 2005
- Tweeddale, *Recent cases on serious irregularity*, in *Arbitration*, 2000, 66, 4, 317 ss.
- Van den Berg, *Annulment of Awards in International Arbitration*, in Aa.Vv., Lillich, Brower (a cura di), *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?*, Charlottesville, 1992, 133 ss.
- Van den Berg, *The New York Arbitration Convention. Toward a Uniform Judicial Interpretation*, The Hague, 198
- Van Den Eeckhout, *The Netherlands*, in Aa.Vv., Palao Moreno, Iglesias Buhigues, Esplugues Mota (a cura di), *Application of Foreign Law*, München, 2011
- Van der Bend, Leijten, Ynzonides, *A Guide to the NAI Arbitration Rules*, Alphen an den Rijn, 2009
- Van Hof, *Commentary on the Uncitral Arbitration Rules. The Application by the Iran - US Claims Tribunal*, The Hague, 1991
- Van Houtte, H., *International Arbitration and National Adjudication*, in Aa.Vv., Voskuil, Wade (a cura di), *Hague-Zagreb Essays of the Law of International Trade*, New York, 1983, 325 ss.
- Van Houtte, H., *La loi belge de 27 mars 1985 sur l'arbitrage International*, in *Revue de l'arbitrage*, 1986, 29 ss.
- Van Houtte, V., *Adverse Inferences in International Arbitration*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 195 ss.
- Varano, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in Aa.Vv., *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano, 2009, 40 ss.



- Veeder, *Is There Any Need For A Code of Ethics For International Commercial Arbitrators?*, in Aa.Vv., Rosell (a cura di), *Les Arbitres Internationaux*, Paris, 2005, cap. 2
- Veeder, V. V., *Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice*, in Aa.Vv., *ICC Bulletin, Special Supplement 2006: Document Production in International Arbitration*, Paris, 2006, 57 ss.
- Verde, G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006
- Verde, G., *Un processo comune per l'Europa*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 3 ss.
- Verde, voce *Prova in generale (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.
- Vigoriti, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.
- Vigoriti, *La revisione delle Rules of Arbitration dell'Uncitral*, in *Riv. arb.*, 2009, 4, 575 ss.
- Von Fröhlingsdorf, *Reform des spanischen Gesetzes zur Schiedsgerichtsbarkeit*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 174 ss.
- Von Mehren, Salomon, *Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide*, in *Journal of International Arbitration*, 20, 3, 285 ss.
- Von Schlabrendorff, *Interviewing and preparing witnesses for testimony in international arbitration proceedings: the quest for developing transnational standards of lawyers' conduct*, in Aa.Vv., Fernández, Ballesteros, Arias (a cura di), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Las Rozas (Madrid), 2010, 1161 ss.
- Von Segesser, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 28, 4, 2010, 735 ss.
- Waincymer, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 3, 201 ss.
- Walde, in *Oil-Gas-Energy-Mining-Infrastructure Dispute Management Discussion List*, in [www.transnational-disputemanagement.com/members/ogemid/welcome.asp](http://www.transnational-disputemanagement.com/members/ogemid/welcome.asp).
- Weisenberg, *Peace is not the Absence of Conflict: A Response to Professor Rogers's Article "Fit and Function in Legal Ethics"*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2007, 25, 1, 89 ss.
- Wiebecke, *The Procedure leading up to the Hearing: Memorials and written statements of witnesses and experts - Summary of the typical elements and procedural steps prior to the hearing under civil law practice*, in *SchiedsVZ*, 2011, 3, 123 ss.
- Wirth, *Ihr Zeuge Herr Rechtsanwalt! Weshalb Civil-Law Schiedsrichter Common-Law Verfahrensrecht anwenden?*, in *SchiedsVZ*, 2003, 9 ss.
- Wirth, *Production of Documents and Fraud in International Arbitration*, in Aa.Vv., Mourre, Giovannini (a cura di), *Dossier ICC, Written Evidence and Discovery in International Arbitration. New Issues and Tendencies*, Paris, 2009, 177 ss.

Witenberg, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1936, 34 ss.

Wolfrum, *International Courts and Tribunals, Evidence*, in, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, versione on-line

Wyss, *Versorgliche Maßnahmen und Beweisaufnahme - die Rolle des Staatlichen Richters bei Internationalen Schiedsverfahren aus Schweizer Sicht*, in *SchiedsVZ*, 2011, 4, 195 ss.

Zaiwalla, *Are Arbitrators Not Human? Are They from Mars? Why Should Arbitrators be a Separate Species?*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, 3, 273 ss.

Ziadé, De Taffin, nota a Corte d'Appello Parigi, 26 novembre 2009, n. 8/11583, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2010, 4, 131 ss.

Zimmermann, sub art. 414, in Aa.Vv., Rauscher (a cura di), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, 2008

Zuckerman, *Adjudication of civil dispute: a mismanaged public service*, in Aa.Vv., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 121 ss.

Zuckerman, *Civil Procedure*, London, 2003

Zuckerman, *Disclosure of expert reports*, in *Civil Justice Quarterly*, 2005, 24, 293 ss.

Zuckerman, *Lord Woolf's Access to Justice: Plus a change*, in *Modern Law Review*, 1996, 59, 773 ss.

Zuckerman, *The Futility of Hearsay - A Comment on the Law Commission Consultation Paper No. 138 on Hearsay*, in *Criminal Law Review*, 1996, 4 ss.

Zuckerman, *The Position of a Party Whose Expert Has Conceded the Opponents Case. The Unresolved Tension Between Experts Role to Further the Party's Cause and Their Obligation to Assist the Court*, in *Civil Justice Quarterly*, 2007, 26, 159 ss.