

TRANSNAZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PROCESSUALE E
ARBITRATO INTERNAZIONALE*

LUCIE LORENZINI**

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. La nozione di arbitrato commerciale internazionale. – 3. Inquadramento dell'arbitrato commerciale internazionale: distinzione tra regole sostanziali e regole procedurali. – 4. La scelta delle regole di procedura applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. – 5. La transnazionalizzazione del diritto processuale (sotto l'impulso dell'arbitro). – 6. Quali sono i settori dove questa transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative? – 6.1. La fase preliminare del processo arbitrale (la costituzione del tribunale arbitrale, il *preliminary meeting* e i *Terms of Reference*). – 6.2. La scelta della lingua. – 6.3. Le modalità di comunicazione. – 6.4. Le modalità di assunzione della prova. – 6.5. L'udienza. – 7. Conclusioni.

Abstract

The international arbitration is characterized by the autonomy recognized to the parties and to the arbitrators. Against this backdrop, a procedural practice is gradually developing, which is the result of the experience of the arbitrators. This practice brings together the procedural methods developed in civil law and in common law countries; at the same time, it also differs more and more from each national legal system. The practices, that thanks to a process of consolidation tend to become real customary sources, favor the creation of a transnational procedural law of arbitral justice. The transnationalization of the procedural law of arbitration is considerably important because it ensures all parties, regardless of their geographical origin, equal treatment, and it offers them arbitration that is not simply based on national procedural systems.

Suggerimento di citazione

L. LORENZINI, *Transnazionalizzazione del diritto processuale e arbitrato internazionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al webinar *L'impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi* svoltosi il 23 novembre 2020 e organizzato dall'Università di Pisa, con le associazioni DPCE e AIPC, nell'ambito del Progetto di ricerca di Ateneo 2018-2019 su *Diritto senza politica. Le forme della produzione giuridica nell'epoca transnazionale*.

** Maître de Conférences in diritto privato - Università di Corsica - Equipe méditerranéenne de recherche juridique (EMRJ / UR 7311).

Contatto: lorenzini_l@univ-corse.fr

1. Considerazioni introduttive

Il concetto di “diritto transnazionale” è nato sessant’anni fa negli Stati Uniti grazie al contributo di Philip Jessup il quale, proponendo un nuovo approccio allo studio del diritto internazionale, ha coniato l’espressione “*Transnational Law*”. Con tale locuzione si allude ad un diritto che, da una parte, regola azioni o eventi che trascendono le frontiere nazionali e che, dall’altra, contiene elementi di diritto internazionale pubblico e privato, così come altri tipi di regole che non corrispondono esattamente a nessuna delle categorie tradizionali¹.

A seguire, si cercherà di dimostrare l’attualità di tale approccio, elaborato più di sessant’anni fa, prendendo come riferimento l’esperienza dell’arbitrato commerciale internazionale — e, in particolare, il suo ambito processuale — sottolineando, altresì, i legami (*necessari almeno sul piano del riconoscimento della sentenza arbitrale*) che tale arbitrato mantiene con gli ordinamenti nazionali². Gli Stati, infatti, hanno progressivamente rinunciato ad esercitare un potere normativo completo sull’istituto, disciplinando solo alcuni aspetti della procedura e limitando la possibilità di controllo solo ad elementi ritenuti inderogabili. Primo fra tutti, l’arbitrabilità della materia oggetto del contendere e il rispetto di un principio fondamentale quale quello del contraddittorio. Per tutto il resto, viene lasciato ampio spazio all’autonomia privata. Quest’atteggiamento di “*laissez-faire*”³ degli ordinamenti statali fa sì che si siano sviluppate forme atipiche di produzione normativa che nascono direttamente dal mondo arbitrale e sulle quali ci si soffermerà in seguito.

Tutto ciò presuppone, in via preliminare, la necessità di distinguere chiaramente le regole sostanziali — applicabili all’arbitrato commerciale internazionale — da quelle che attengono alle regole di procedura, in modo da porre in rilievo come oggi l’arbitrato in parola sia disciplinato da un vero sistema transnazionale di regole e procedure proprie.

2. La nozione di arbitrato commerciale internazionale

¹ P.C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, 2 ss. P. C. Jessup conia l’espressione “*Transnational Law*”, la quale include “*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories*”.

² L’arbitrato internazionale costituisce un fenomeno regolato anche sul piano interno, attraverso previsioni che, ritenute applicabili in forza di collegamento definito dallo stesso diritto interno, mirano a tutelare la convenzione arbitrale, su cui si fonda, e a garantire la possibilità di esecuzione, anche coattiva, della decisione cui mira.

³ Infatti, la Convenzione di New York non detta una ripartizione di giurisdizione tra gli Stati in tema di disciplina dell’arbitrato. Di conseguenza, gli Stati sono liberi di determinare unilateralmente l’ambito di applicazione della propria normativa e giurisdizione in materia arbitrale (si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *The control system of arbitral awards: a pro-arbitration critique of Michael Reisman’s ‘Normative architecture of international commercial arbitration’*, in *Arbitration — The Next Fifty Years, ICCA Congress Series*, 16, 2012, 74 ss).

Si intende per arbitrato commerciale internazionale quella forma di risoluzione delle liti tra soggetti privati che insorgono dai rapporti del commercio internazionale, così come si ricava dalla Convenzione di Ginevra del 1961 dedicata proprio all'*arbitrato commerciale internazionale*. Non esiste una definizione unanime dell'istituto, per cui i singoli Stati l'hanno ricavata semplicemente distinguendo l'arbitrato internazionale da quello puramente interno, tramite una varietà di criteri di qualificazione. L'elemento comune in questa varietà è rappresentato dalla circostanza che il contratto litigioso presenti elementi di estraneità, come la diversa nazionalità "o la residenza dei contraenti", oppure che tali elementi si rintraccino "per il suo oggetto o per il luogo della sua prevalente esecuzione rispetto all'ordinamento deputato alla regolamentazione dell'arbitrato stante la localizzazione di questo in un determinato territorio nazionale"⁴. La definizione francese, ad esempio, sembra essere ancora oggi la più ampia possibile: "*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*"⁵.

Come ben sappiamo, l'arbitrato – sia interno che internazionale – è valido strumento alternativo alla giustizia statale, in quanto il tribunale arbitrale emette una decisione, il c.d. lodo ("*award*"), che è non solo vincolante ("*binding*") per le parti in causa, ma costituisce anche titolo idoneo all'esecuzione forzata ("*enforcement*")⁶.

La differenza (peraltro sempre più sfumata) tra arbitrato interno e arbitrato internazionale è individuabile nel loro diverso regime giuridico, soprattutto sostanziale: il primo, infatti, normalmente è chiamato ad applicare norme provenienti da un solo ordinamento; mentre il secondo è necessariamente influenzato da una pluralità di ordinamenti.

Nel sistema italiano, tramite la riforma del 2 febbraio 2006⁷, che ha sostituito il regime dualista con quello monista (*ovvero ha dato vita ad un regime che*

⁴ P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, 4 ss.

⁵ Art. 1504 del Codice di procedura civile francese.

⁶ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Jovene, Napoli, 2012.

⁷ Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato), si veda: P. BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. Comm. Int.*, 2006, 227 ss.; ID, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. Comm. Int.*, 2009, 3, 481 ss.; P. BIAVATI, *Arbitrato internazionale*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Zanichelli, Bologna 2008, 393 ss.; C. GIOVANNUCCI-ORLANDI, *La nouvelle réglementation italienne de l'arbitrage après la loi du 2 février 2006*, in *Rev. arb.*, 2008, 1, 19-31; E. FAZZALARI, *La Riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D. lgs. n. 40/2006)*, Giuffrè, Milano, 2006; A. BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, 679 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, II, III, II ed., Cedam, 2012; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, Zanichelli, 2014.

*equipara quasi totalmente la disciplina dell'arbitrato interno ed internazionale*⁸), non è più prevista una definizione legislativa dell'arbitrato internazionale che lo differenzia dall'arbitrato interno⁹; contrariamente a quanto si verifica nei sistemi dualisti, come ad esempio la Francia¹⁰ o la Svizzera¹¹, dove l'arbitrato interno e quello internazionale sono espressamente sottoposti a regole parzialmente diverse¹².

Nel presente contributo, l'espressione *arbitrato commerciale internazionale* sarà, quindi, utilizzata per indicare tutti quegli arbitrati che presentano collegamenti con una pluralità di ordinamenti. Risultano esclusi da tale definizione:

⁸ Sul passaggio in Italia dal regime dualista a quello monista si veda L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Requiem per il regime dualista dell'arbitrato: riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1267 ss.

⁹ Una definizione implicita dell'arbitrato internazionale (sede di una delle parti all'estero al momento della sottoscrizione della convenzione arbitrale) figura ora all'art. 830, c. 2, c.p.c. italiano, il quale per gli arbitrati con tali caratteristiche sottrae alla Corte d'Appello la decisione della controversia a seguito dell'annullamento del lodo, salvo accordo contrario delle parti (in deroga al regime previsto per l'arbitrato interno). Per un commento si veda ad es. L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage? Réflexion après la réforme de 2006 en Italie*, in A. BONOMI, D. BOCHATAY, *Arbitrage interne et international*, Librairie DROZ, Genève 2010, p. 226 ss.

¹⁰ In Francia, l'arbitrato interno è disciplinato dagli artt. 1442-1503 del Codice di procedura civile; mentre l'arbitrato internazionale è disciplinato dagli artt. 1504-1527 del Codice di procedura civile. L'arbitrato internazionale è definito all'art. 1504 come quello che “[...] *met en cause des intérêts du commerce international*”. A questo proposito, vale la pena ricordare che il criterio di internazionalità dell'arbitrato adottato nel sistema francese è fondato su di una concezione strettamente economica, incentrata unicamente sul tipo di interessi oggetto della controversia, rispetto alla quale è irrilevante la presenza di un elemento di estraneità di tipo giuridico, attinente alla nazionalità delle parti, al luogo della residenza o del domicilio di queste ultime, al luogo della conclusione del contratto principale oggetto della lite deferita agli arbitri o alla sede della procedura arbitrale. Tra le tante decisioni in materia, si vedano in giurisprudenza: App. Paris, 29 marzo 2001, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, 543, con nota di BUREAU, secondo cui il codice di rito ha adottato “*une définition exclusivement économique de l'arbitrage international selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État*”; Cass., 26 gennaio 2011, in *Recueil Dalloz*, 2011, 312. In dottrina, si vedano: Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, 64 ss.; Ch. SERAGLINI, *Arbitrage commercial international*, in J. BEGUIN, M. MENJUCQ (a cura di), *Droit du commerce international*, coll. «*Traités*», Paris, Litec, 2005, 847 ss.; J.M. JACQUET, *La distinction entre arbitrage interne et international en droit français*, in A. BONOMI, D. BOCHATAY (a cura di), *Arbitrage interne et international*, Librairie Droz, Genève, 2010, 177 ss.; P.C. ALEGRIA, M.T. HERVELLA, *Mantenimiento del dualismo y del concepto de arbitraje internacional en el Decreto n° 2011-48 de 13 de enero de 2011 de reforma del Derecho Arbitral Francés*, in *Spain Arbitration Review*, 2011, n. 11, 55 ss., in part. 58 ss.

¹¹ V. il Capitolo 12 della Legge Federale relativa al Diritto Internazionale Privato (LDIP) del 18 dicembre 1987, in particolare l'art. 176. I. La Legge federale del diritto svizzero dell'arbitrato è stata oggetto di una riforma in vigore dal 1° gennaio 2021: <https://www.admin.ch/opc/it/federal-gazette/2018/6019.pdf>

¹² Tramite certe regole comuni che sono proprie dell'arbitrato indipendentemente dal carattere internazionale o meno dello stesso: come l'indipendenza della clausola d'arbitrato del contratto in cui si inserisce. V. l'art. 1506 del codice di procedura civile francese che prevede regole applicabili sia all'arbitrato interno che internazionale.

- sia *l'arbitrato internazionale in senso proprio*, ovvero quel meccanismo di composizione delle controversie tra enti sovrani, soggetti del diritto internazionale pubblico, in relazione a posizioni giuridiche da questo definite¹³;
- sia *l'arbitrato internazionale degli investimenti*¹⁴, quale speciale fattispecie di arbitrato per la soluzione di liti tra investitori privati e Stati stranieri, che sono soggetti a proprie procedure e sottoposti a principi peculiari di diritto internazionale pubblico¹⁵.

Di conseguenza, per comprendere appieno il fenomeno della transnazionalizzazione della procedura nell'arbitrato commerciale internazionale, è opportuno soffermarsi, anzitutto, sull'inquadramento normativo dell'istituto, in modo da ben verificare come questa specie di arbitrato interferisca con una pluralità di fonti normative ad esso applicabili dal punto di vista sia sostanziale che procedurale.

3. Inquadramento dell'arbitrato commerciale internazionale: distinzione tra regole sostanziali e regole procedurali

Le caratteristiche specifiche dell'arbitrato commerciale internazionale, in gran parte, sono dovute al contesto transnazionale in cui quest'arbitrato opera e al conseguente interfacciarsi di norme di provenienza molto diversa che ne influenzano in modo determinante la disciplina.

Quindi, l'arbitrato commerciale internazionale – oltre ad essere disciplinato da regole parziali nei codici nazionali – risulta ad essere oggetto sia di una disciplina posta in regolamentazioni private (quali le regole arbitrali di svariate Istituzioni), sia di una disciplina specifica recata da strumenti internazionali, Convenzionali, di *Soft law* o direttamente provenienti dalla prassi stessa.

In realtà, il rilievo preminente riconosciuto alla disciplina internazionale implica un rovesciamento di impostazione rispetto a quella tradizionalmente riservata alla ricostruzione dei rapporti tra disciplina interna e sovranazionale. In effetti, tale disciplina non si limita a fornire, come normalmente si intende,

¹³ U. VILLANI, *Arbitrato fra Stati*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 338 ss.

¹⁴ Per uno studio dell'arbitrato internazionale degli investimenti si veda per una guida completa ed autorevole: K. YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements*, Oxford University Press, 2010; e in diritto italiano: P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Milano, II ed., 2008; G. SACERDOTI, *La convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, 614 ss. In diritto francese: A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 2014, A. Pedone, Paris; e nella giurisprudenza francese, V. Cass. civ. 1^{ère}, 2 maggio 1966, *Galakis*, n. 61-12.255, Bull. civ. I, n. 256.

¹⁵ Come la Convenzione di Washington del 18 marzo 1965 sulla risoluzione di controversie in materia di investimenti tra Stati contraenti e cittadini stranieri, si veda G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione delle controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, cit., 615 ss.

un “*diritto speciale*” applicabile nell’ambito di suo specifico rilievo, derogativo della disciplina comune interna. Al contrario, la disciplina dell’arbitrato internazionale, così come sopra descritta, fornisce una sorta di quadro normativo di fondo, nel quale si inseriscono le normative interne, nella misura in cui esse forniscono, secondo la prospettiva internazionale, elementi di riferimento per il fondamento, lo sviluppo e l’efficacia dell’arbitrato.

Tuttavia, il problema di fondo è rappresentato dal fatto che l’arbitrato commerciale internazionale diventa un punto di incontro tra legislazioni di diversi Stati, tra le quali bisogna scegliere le norme di procedura applicabili ad una lite “*multi-localizzata*”, praticamente “*denazionalizzata*”.

Nell’arbitrato commerciale internazionale, la problematica delle regole di procedura applicabili ad una lite “*multi-localizzata*” è diversa da quella relativa alla *lex mercatoria*, che riguarda invece le regole di diritto applicabili al merito della controversia.

In effetti, da un punto di vista sostanziale, la soluzione delle controversie sottoposte all’arbitro dipende, innanzitutto, dalla volontà delle parti, espressa nell’accordo arbitrale o, in alternativa, dalla scelta degli arbitri, i quali possono avvalersi di norme sia nazionali sia transnazionali, come i Principi UNIDROIT o gli Incoterms o ancora la *lex mercatoria*. Ciò significa che l’arbitrato commerciale internazionale, da un punto di vista “sostanziale”, si può anche organizzare sulla base di regole non codificate in alcuna legislazione nazionale, ma che, formalizzate (come strumenti privati), costituiscono il prodotto dell’esperienza degli arbitri che gestiscono questo tipo di procedimento.

Tuttavia, da un punto di vista “processuale”, non esiste una disciplina uniforme e completa per l’arbitrato commerciale internazionale.

In realtà, la disciplina convenzionale contenuta, prima, nel Trattato di Ginevra del 1961 — *l’unica peraltro che si occupasse un minimo degli aspetti procedurali, facendo riferimento all’arbitrato amministrato* —, e poi nella Convenzione di New York, — *di cui l’Italia è parte sin dal 1969¹⁶ ma che è relativa solo all’efficacia della clausola arbitrale e al riconoscimento del lodo estero* —, non è completa, nonostante abbia contribuito significativamente alla circolazione internazionale dell’arbitrato¹⁷; soprattutto lascia liberi i legislatori nazionali di disciplinare l’arbitrato internazionale nel suo insieme come meglio credono.

¹⁶ La ratifica risale al 31 gennaio 1969 e l’entrata in vigore al 7 giugno 1969. L’esecuzione della Convenzione si deve alla Legge 19 gennaio 1968, n. 62. La data è precedente in quanto l’ordine di esecuzione è contenuto, come da prassi, nella Legge di autorizzazione alla ratifica.

¹⁷ In particolare, la disposizione normativa di cui all’art. 3 lascia sostanzialmente liberi gli Stati di definire le regole processuali da applicare al riconoscimento dei lodi rientranti nell’ambito operativo della Convenzione, con l’unico limite costituito dal divieto di imporre condizioni sensibilmente più rigorose o spese di giustizia notevolmente più elevate rispetto a quelle imposte per il conferimento di esecutorietà ai lodi nazionali.

A sua volta, la *Model Law* dell'Uncitral ha certamente contribuito all'uniformazione delle legislazioni nazionali¹⁸, ma il maggior contributo è, in realtà, venuto da strumenti di *Soft Law* proposti da varie Istituzioni (come l'*Uncitral Arbitration Rules* del 2010¹⁹, le *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*²⁰, le *Prague Rules*²¹ o ancora le regole che vengono dell'International Bar Association: le *Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*²², le *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*²³ o le *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*²⁴, fonti di *Soft Law* della massima importanza²⁵) che sono adottati volontariamente dalle parti.

Tuttavia, queste prassi, che favoriscono la formazione di un diritto processuale transnazionale dell'arbitrato, non implicano una "cristallizzazione" delle regole processuali emanate. Si tratta di regole e principi "complementari" – che possono essere applicati sia in parte sia totalmente, oppure non utilizzati –

¹⁸ La *Model Law*, adottata nel 1985 e riformata nel 2006, è stata emanata al fine di assistere gli Stati nel processo di riforma e modernizzazione delle proprie leggi regolanti l'arbitrato ed è stata largamente recepita a livello mondiale. In effetti, 116 Stati e territori (ovvero 83 Paesi) hanno adottato la *Model Law*, ma non l'Italia e la Francia, si veda:

https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

¹⁹ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>; più la modifica nel 2013 all'articolo 1§4.

²⁰ L'UNCITRAL - *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, sono regole che mirano soprattutto a fornire una *checklist* delle questioni da affrontare nell'organizzazione di una procedura arbitrale internazionale con una descrizione delle varie soluzioni che si possono adottare, senza peraltro imporre alcun obbligo alle parti e agli arbitri.

²¹ I *Prague Rules* mirano ad offrire alle parti e agli arbitri principi e regole considerate dai loro proponenti più adatte per migliorare certi aspetti critici del funzionamento dei procedimenti arbitrali. Si veda: M. HENRY, *Les Prague Rules: ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, in *Rev. arb.* 2019, I, 315-328.

²² Le *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* rappresentano un tentativo di "codificare" la prassi arbitrale esistente sulle prove particolarmente utili quando le parti provengono da culture giuridiche differenti di *common law* e di *civil law*. In effetti, sia nella loro versione originaria del 1999 sia in quella risultante dalle modifiche apportate ulteriormente, queste regole mirano a fornire alle parti e agli arbitri una procedura efficace, economica ed equa per l'assunzione delle prove nell'arbitrato internazionale. Le Regole disciplinano la presentazione di documenti, testimoni di fatto e periti nonché la conduzione delle ispezioni e delle udienze istruttorie e sono concepite per essere utilizzate ed adottate insieme alle regole e alle procedure istituzionali, *ad hoc* o di altro tipo che disciplinano gli arbitrati internazionali. Si veda G. VON SEGESSER, *The IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration*, in *ASA Bulletin*, 2010, 735 ss.

²³ Le Linee guida dell'IBA sulla rappresentanza delle parti nell'arbitrato internazionale, le *Guidelines on Party Representation in International Arbitration*, dettano una serie di principi relativamente alla condotta dei rappresentanti delle parti nelle procedure arbitrali internazionali.

²⁴ Nella prassi, gli arbitri utilizzano le *Linee Guida elaborate dall'IBA* al fine di decidere se accettare le nomine per individuare le circostanze potenzialmente rilevanti da comunicare alle parti. Allo stesso modo, le parti e i loro avvocati frequentemente prendono in considerazione le *Linee Guida* nel valutare l'imparzialità e indipendenza degli arbitri, così come le istituzioni arbitrali e le corti spesso consultano le Linee Guida nel valutare le ricusazioni di arbitri.

²⁵ F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2016, 599 ss.

rispetto ai quali le parti o gli arbitri possono trarre ispirazione, senza che ciò limiti in alcun modo il loro potere di decidere discrezionalmente, tenendo conto delle specifiche esigenze del caso di specie.

Ovviamente, le principali istituzioni arbitrali hanno fatto da cassa di risonanza a tutte queste regole, inserendole, oramai, in modo piuttosto uniforme nei loro “Regolamenti arbitrali” e vedendole, poi, applicate negli arbitrati amministrati, certamente più numerosi di quelli *ad hoc*²⁶.

4. La scelta delle regole di procedura applicabili all’arbitrato commerciale internazionale

Per individuare la disciplina del procedimento arbitrale, è necessario fare riferimento alla volontà delle parti, alle quali è attribuito un ruolo principe, poiché esse sono legittimate ad indicare le norme cui gli arbitri devono attenersi per risolvere la controversia²⁷.

Questo potere, riconosciuto alle parti, permette loro di disciplinare tutto il procedimento nel modo più adatto alla specificità del caso concreto e, soprattutto, al di là di uno specifico sistema giuridico e del suo formalismo.

Nella pratica, però, le parti raramente stabiliscono le regole di procedura e, quando ciò accade, si limitano, per lo più, a fare riferimento ad un regolamento arbitrale (arbitrato amministrato), per semplicità e per consentire la massima prevedibilità sull’andamento della procedura. Tuttavia, se una questione di procedura non è disciplinata dall’accordo tra le parti, ovvero dall’autonomia privata, subentra il potere suppletivo degli arbitri.

Sorge allora spontaneo domandarsi se tale potere sia o meno illimitato. In realtà, la discrezionalità degli arbitri incontra un primo limite, peraltro valido anche rispetto alle scelte dirette delle parti, nella necessità di rispettare i

²⁶ La distinzione tra arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato trova una sua fonte ufficiale nella Convenzione di Ginevra sull’arbitrato commerciale internazionale del 21 aprile 1961, al suo art. 4§1. In realtà, la distinzione tra arbitrato *ad hoc* ed *amministrato* attiene alle modalità di scelta delle regole del procedimento.

Nell’arbitrato *ad hoc* le parti convengono una specifica disciplina sul rito che gli arbitri dovranno seguire ovvero chiedono, implicitamente od esplicitamente, agli arbitri le regole sullo svolgimento del giudizio (come consentito dall’art. 816bis c.p.c. italiano), si veda: S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, Giuffrè, Milano, 1999, 4. Invece, l’arbitrato *amministrato* presuppone una convenzione che richiami un regolamento predisposto da una istituzione, pubblica o privata, volto a dettare preventivamente le regole e la gestione del giudizio si veda per la genesi storica dell’istituto: A.M. BERNINI, *L’arbitrato amministrato: il modello della Camera di Commercio Internazionale*, Cedam, Padova, 1996, p. 12 e ss.

²⁷ Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art. 1509 c.p.c.); italiano (art. 816-bis c.p.c.); tedesco (§1042 ZPO); inglese (sez. 1(b), 34(1), 41(1) dell’Arb. Act 1996); brasiliano (art. 21 della Legge 23 settembre 1996); canadese (art. 19 della Legge del 17 giugno 1985); belga (art. 1700 §1 e §2 della Legge 24 giugno 2013); egiziano (art. 25 della Legge 21 aprile 1994 sull’arbitrato internazionale); giapponese (art. 26 (2) LJA, Legge n. 2003-138); marocchino (art. 327-42 CPCM); svizzero (art. 182 (1) e (2) LDIP); e di Hong Kong (sez. 47 dell’Arbitration Ordinance entrata in vigore il 1 giugno 2011).

principi dell'equo processo, a cominciare da quello "del contraddittorio". Principio che obbliga, ad esempio, la concessione alle parti di ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa, a pena, in qualunque ordinamento, di impugnabilità del lodo per nullità²⁸, con conseguenze dirette anche sulla possibilità di riconoscimento del lodo²⁹.

Inoltre, per individuare la disciplina del procedimento arbitrale, gli arbitri faranno per lo più riferimento alla legge dello Stato dove ha sede l'arbitrato (vale a dire "*lex arbitri*" o "*lex fori*"), tenendo comunque bene a mente anche quella del Paese in cui si chiederà il riconoscimento del lodo.

Spesso, il ricorso alla *lex arbitri* è il frutto tanto di uno spirito di conservazione, quanto di una tendenza ad assimilare l'arbitrato alla giurisdizione statale. Va sottolineato che, contrariamente a quanto spesso si dice, la concezione dell'arbitrato quale strumento ancorato all'ordinamento della sede, non è dettata dalla Convenzione di New York. Se quest'ultima non ha ripudiato la concezione tradizionale, essa non l'ha neppure abbracciata in via esclusiva: la Convenzione in oggetto non ha, infatti, adottato una posizione chiara né sulla natura e sulla fonte dell'arbitrato, né sul rispettivo collegamento con il diritto nazionale, lasciando così aperte tutte le possibilità più consone alla realtà di oggi³⁰.

Il richiamo alla *lex arbitri*, pur verificandosi frequentemente nella prassi, non rappresenta di per sé un secondo limite generale alla discrezionalità degli arbitri, ma lo diventa solo nell'eventualità in cui vi siano norme inderogabili. Questo secondo limite poi, non essendo così uniformemente imposto come il primo (perché riguarda solo le norme inderogabili), può essere aggirato, ad esempio, con un'attenta scelta della sede dell'arbitrato (che come la *lex arbitri*, svolge la stessa funzione della *lex fori* in sede giurisdizionale ovvero determina *di default* la legge applicabile alla procedura). Oggi, è infatti unanimemente riconosciuta quale sia l'importanza della scelta della sede dell'arbitrato: anche se corrisponde ad una nozione giuridica che rinvia ad una sede "legale", ma non concreta – *nel senso che non fa riferimento ad un legame fisico tra un*

²⁸ Si veda ad esempio, l'art. 829, c. 1, n. 9, Codice di procedura civile italiano e l'articolo 1520, n. 4 del Codice di procedura civile francese.

²⁹ Convenzione di New York del 1958 (dicitura integrale: Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere).

³⁰ Su tali questioni mi permetto di rinviare a L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2020,1, 6 e 8; ID., *The control system of arbitral awards: a pro-arbitration critique of Michael Riesman's "Architecture of international commercial arbitration"*, in *ICCA Congress Series n. 16*, 74 ss.; ID., *The enforcement of annulled awards: an important step in the right direction*, in *Cahiers de l'arbitrage / The Paris Journal of International Arbitration*, 2013, 1027; ID., *The enforcement of annulled awards: further reflections in light of Thai Lao-Lignite*, in *American Review of International Arbitration*, 2014, 47 ss.

arbitrato ed un determinato luogo geografico in cui si svolgono le attività relative ad un procedimento arbitrale (udienze, deliberazioni, firma del lodo ecc.) –, in realtà, la sede dell'arbitrato corrisponde ad un criterio di collegamento utilizzato ai fini, tra l'altro, dell'identificazione del giudice “d'appoggio” e di “controllo”, e ha serio rilievo per determinare la cosiddetta nazionalità dell'arbitrato e del lodo (ad esempio, estero o italiano). Questo spiega come la scelta della sede rappresenti una questione, particolarmente rilevante, per i professionisti che assistono le parti.

Tuttavia, se una questione di procedura non è disciplinata dalla *lex arbitri* o gli arbitri decidono di non seguirla, gli arbitri stessi hanno il potere (ma si potrebbe dire anche il dovere), di condurre lo svolgimento del procedimento nella maniera “*più consona al caso concreto*”, anche scegliendo differenti regole nazionali³¹.

Del resto, nei codici nazionali non esiste una regolamentazione completa: esistono poche regole per l'arbitrato in genere, e per l'internazionale in particolare, anche in quei Paesi come la Francia che, avendo scelto il sistema dualista, hanno qualche norma specifica sul punto³².

Nell'arbitrato sia amministrato (per eventuali variazioni) sia *ad hoc* risulta, dunque, non solo opportuno, ma altresì indispensabile, l'indicazione ad opera degli arbitri, delle regole processuali che intendono applicare; regole che devono essere condivise, debitamente e preventivamente, con le parti in causa e i rispettivi avvocati.

Nell'arbitrato amministrato si presume che l'individuazione delle regole processuali venga affrontata nella prima udienza, tramite, ad esempio, l'*acte de mission* (come previsto nel regolamento della CCI), che permette la definitiva condivisione ed accettazione delle “regole del gioco”.

Nell'arbitrato *ad hoc*, gli arbitri più esperti hanno preso l'abitudine di emanare “un'ordinanza introduttiva”, dove si chiariscono le regole da applicare per lo svolgimento della procedura, anche sotto il profilo della gestione materiale dei vari aspetti (ad esempio, modalità da utilizzare per le comunicazioni, invio di documenti, modalità di assunzione delle prove ecc.).

5. La transnazionalizzazione del diritto processuale (sotto l'impulso dell'arbitro)

Chiarito tutto questo, perché scegliere quindi il tema della “*Transnazionalizzazione del diritto processuale nell'arbitrato internazionale*”?

La transnazionalizzazione delle regole di procedura dell'arbitrato, inteso qui *come sistema processuale*, può per certi aspetti essere più difficile rispetto

³¹ Art. 816-bis Codice di procedura civile italiano e art. 1509 Codice di procedura civile francese.

³² Si veda l'articolo 1506 Codice di procedura civile francese.

alle scelte di diritto sostanziale, dove ormai esiste una chiara tendenza ad eliminare qualunque controllo dei giudici statali sull'applicazione delle norme di diritto³³. In effetti, il notevole sviluppo di questo strumento di risoluzione delle controversie non può comportare il definitivo distacco, da parte degli operatori, dalle regole statali. L'intervento del giudice nazionale può sempre essere *utile* – ad esempio, per la nomina degli arbitri o per la loro riconsuazione – ma diventa anche *necessario*³⁴, come per l'*exequatur* o l'impugnazione del lodo³⁵.

Comunque, anche nel campo della procedura, si rileva la creazione – attraverso la prassi, posta in essere dall'arbitro – di strumenti di “*soft law procedurale*”, ovvero norme di diritto processuale condivise, che giorno dopo giorno continuano a svilupparsi.

Innanzitutto, vi sono regole inerenti alla procedura stessa³⁶, adottate dai singoli legislatori nazionali e che conducono ad un inquadramento processuale comune dell'arbitrato internazionale a livello interno; al punto che, oggi, negli arbitrati internazionali, si ha una regolamentazione della procedura prevalentemente standardizzata. Queste regole attengono al processo stesso e riguardano ad esempio:

- il rispetto del contraddittorio e l'uguaglianza delle parti³⁷;
- il principio della separabilità e dell'autonomia della clausola compromissoria³⁸;

³³ L.G. RADICATI DI BROZOLO, *L'arbitrato come sistema transnazionale di soluzione delle controversie: caratteristiche e rapporto con il diritto interno*, in *Riv. arb.* 2020, 1, 11 ss.

³⁴ Per dare, ad esempio, l'intervento del giudice è necessario per dare efficacia alle convenzioni arbitrali, permettendo ai privati di derogare alla giurisdizione dei propri giudici a favore di un regolamento privato delle loro controversie.

³⁵ L. LORENZINI, *Commento Sentenza 13/2018 - Corte Costituzionale 30 gennaio 2018* -, in G. BONATO, L. LORENZINI (a cura di), *Chronique de la jurisprudence étrangère (Italie)*, in *Revue de l'arbitrage* 2018, IV, 795 ss.

³⁶ La dottrina francese parla di regole processuali “*en l'absence desquelles on ne pourrait parler de justice*” e che “*transcendent tous les particularismes techniques et nationaux*”, v. B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris, 1998, 29.

³⁷ Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art. 1510 c.p.c.); italiano (art. 816-bis c.p.c.); inglese (sez. 33 dell'Arb. Act 1996); mauriziano (art. 24 della Legge del 25 novembre 2008); belga (art. 1699 et 1704, al. 4 della Legge del 24 giugno 2013); svedese (art. 24 della Legge del 4 marzo 1999), canadese (art. 18 della Legge del 17 giugno 1985), austriaco (art. 594 della Legge federale del 13 gennaio 2006); egiziano (art. 26 della Legge 21 aprile 1994 sull'arbitrato internazionale) o ancora dal diritto giapponese (art. 25 LJA: Legge n. 2003-138).

³⁸ Riconosciuto in particolare dal diritto francese (art. 1506 c.p.c. che rinvia all'art. 1447 c.p.c.); italiano (art. 808 al. 3 c.p.c.); tedesco (§1040(1) ZPO); svizzero (art. 178 (3) LDIP); inglese (art. 7 dell'Arb. Act. 96); belga (art. 1690§1); brasiliano (art. 8 della Legge 23 settembre 1996); svedese (art. 3); canadese (art. 16.1); cinese (art. 19 riforma del 1994); egiziano (art. 23 della Legge 21 aprile 1994 sull'arbitrato internazionale); algerino (art. 1040 NCPCA); mauriziano (art. 20 della Legge del 25 novembre 2008) e argentino (Decisione della Corte d'appello nazionale civile e commerciale federale, 1ª camera, 1º marzo 2011, *Smit International Argentina SA c/Puerto Mariel SA*).

- l'obbligo di motivazione della sentenza arbitrale³⁹;
- la libera scelta della sede dell'arbitrato ad opera delle parti⁴⁰;
- l'obbligo dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'arbitro⁴¹;
- il principio di "*Kompetenz-Kompetenz*"⁴²;
- o ancora la ragionevolezza dei termini procedurali.

In secondo luogo, esistono regole di procedura che sono create dalla prassi e accettate dai contendenti nelle liti, senza essere necessariamente previste in nessuna delle leggi nazionali degli Stati da cui provengono le parti confliggenti.

Infatti, l'arbitrato commerciale internazionale va sempre più ad organizzarsi in base a regole che costituiscono il prodotto dell'esperienza degli arbitri, chiamati ad organizzare questo tipo di procedimenti per la soluzione delle controversie a livello internazionale. In particolare, dallo studio intrapreso in altra sede⁴³, grazie alla comparazione tra circa una trentina di legislazioni e la pratica internazionale arbitrale, si è vista emergere, accanto alle norme nazionali, una produzione informale e transnazionale di regole di procedura non vincolanti, applicabili all'arbitrato commerciale internazionale. Quindi, poco alla volta si è giunti ad una sorta di "*procedura transnazionale condivisa*", vale a dire un corpo di regole di procedura che si sono sviluppate e che, in misura crescente, vengono utilizzate negli arbitrati internazionali, sotto l'impulso della *Model Law* e degli altri strumenti non codificati. Regole che, infine, portano ad un

³⁹ Riconosciuto in particolare dal diritto tedesco (§1054 ZPO); italiano (art. 823 al.2, c.p.c.); inglese (art. 52 dell'Arb. Act 1996); austriaco (art. 606 (2) della Legge federale del 13 gennaio 2006); brasiliano (art. 26 della Legge del 23 settembre 1996); canadese (art. 31 (2) della Legge del 17 giugno 1985); svedese (art. 31 della Legge del 4 marzo 1999); belga (art. 1713§4 della Legge del 24 giugno 2013); spagnolo (art. 37(4) Legge 20 maggio 2011); svizzero (art. 189 LDIP) e algerino (art. 1056, c. 5 NCPCA).

⁴⁰ Riconosciuto in particolare dal diritto italiano (art. 816, c. 1 c.p.c.); belga (art. 1676 §6, §7 et §8 et art. 1701§1°; svizzero (art. 176.3 LDIP); tedesco (§ 1025(1 e 2) e §1043(1) ZPO); inglese (art. 2 e art. 3 dell'Arb. Act 1996); austriaco (art. 577(1) della Legge federale del 13 gennaio 2006); svedese (artt. 22 e 46 della Legge del 4 marzo 1999); canadese (art. 20 della Legge del 17 giugno 1985); giapponese (art. 28 LJA Legge del 2003); egiziano (art. 28 della Legge 21 aprile 1994) e Stati Uniti: *Sentenza Ocean Prod Inc. v. Molinos Rio de la Plata SA*, 1999 WL 239692 S.D.N.Y.

⁴¹ Riconosciuto in particolare dal diritto italiano (art. 815 c.p.c.); francese (art.1456 applicabile dal rinvio dall'art. 1506. 2° c.p.c.); belga (art. 1686§1 della Legge del 24 giugno 2013); brasiliano (art. 13§6 della Legge 23 settembre 1996); canadese (art. 11.5 della Legge del 17 giugno 1985); cinese (art. 34 (3) della Legge del 31 agosto 1994) e egiziano (art. 16.3 della Legge 21 aprile 1994).

⁴² In base a tale principio, prima, il giudice nazionale deve astenersi dall'occuparsi della controversia sottoposta all'arbitrato (effetto negativo) e solo il tribunale arbitrale ha il potere decidere sulla propria competenza quando è oggetto di discussione (effetto positivo). Principio previsto, ad esempio, dal diritto francese (1506 che rinvia all'articolo 1465 c.p.c.); italiano (art. 817 e 819-ter c.p.c.); svizzero (art. 186, c. 1 LDIP); algerino (art. 1044 NCPCA); romeno (art. 571 NCPCR) o ancora portoghese (art. 18 della Legge del 14 dicembre 2011).

⁴³ L. LORENZINI, *Arbitrage interne et international, monisme ou dualisme: réflexion de droit comparé à partir d'une étude franco-italienne*, Tesi di Dottorato di ricerca, Università di Parigi 10 Nanterre (Francia) e Università di Bologna (Italia), novembre 2015.

diritto oggettivo, considerato come un embrione di disciplina transnazionale dell'arbitrato, che conduce le parti, di diverse nazionalità, a svincolarsi dalle norme nazionali per aderire ad una prassi che diventa norma in ragione dell'oggetto della lite⁴⁴.

6. Quali sono i settori dove questa transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative?

Dare una descrizione precisa della prassi processuale internazionale è ovviamente impossibile, proprio perché essa costituisce espressione dell'autonomia delle parti e degli arbitri, ed è quindi soggetta a variare da un caso all'altro a seconda delle loro preferenze⁴⁵. Tuttavia, è possibile identificare i settori dove la transnazionalizzazione ha apportato le novità più significative.

6.1. La fase preliminare del processo arbitrale (la costituzione del tribunale arbitrale, il *preliminary meeting* e i *Terms of Reference*).

Una volta costituito il tribunale arbitrale, è prassi diffusa procedere con un *preliminary meeting* tra le parti e l'arbitro, che può tenersi anche in videoconferenza. Oggetto del *preliminary meeting* è un confronto generale sull'organizzazione della procedura; ad esso possono seguire i cd. *procedural orders* dell'arbitro, in cui vengono fissate una serie di regole specifiche applicabili alla procedura. A conclusione di questa fase è prevista la sottoscrizione dei *Terms of Reference* (o atto di missione) ad opera delle parti. Si tratta di un documento redatto a seguito delle discussioni scritte e orali intervenute tra le parti e l'arbitro in questa fase. Tale segmento procedurale ha, tra le sue funzioni principali, quella di delimitare l'oggetto dell'arbitrato e di precisare sia le domande delle parti che la lista delle questioni, nonché di regolare vari aspetti di non secondaria importanza della futura procedura (come la sede, la lingua, il calendario, ecc).

6.2. La scelta della lingua

Al momento di redigere la convenzione arbitrale è auspicabile che le parti indichino la lingua in cui dovrà svolgersi la procedura. La scelta della lingua è importante perché incide non solo sulla possibilità per le parti, gli arbitri e i difensori, di svolgere agevolmente le loro funzioni; ma anche sui costi e sui tempi della procedura (soprattutto se le parti devono procedere alla traduzione di documenti nella lingua della procedura). In assenza di scelta delle parti,

⁴⁴ Qui la procedura transnazionale si offre indipendentemente dalla nazionalità dei cittadini della controversia internazionale: le regole diventano una norma superiore che va al di là delle singole norme nazionali.

⁴⁵ F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, cit., 599.

provvede il tribunale arbitrale, che gode di ampia discrezionalità al riguardo⁴⁶. Nella pratica, il tribunale, solitamente, sceglie la lingua comune alle parti ma se queste ultime hanno lingue diverse, la scelta cade sulla lingua del contratto⁴⁷. Inoltre, il tribunale arbitrale può decidere la lingua della procedura, anche, alla luce di ulteriori criteri, come la lingua della corrispondenza scambiata dalle parti, la lingua degli arbitri e dei legali delle parti, la lingua dei testimoni chiave, la lingua in cui sono redatti i documenti rilevanti oppure la lingua della legge applicabile al merito.

6.3. Le modalità di comunicazione

In base alla prassi, si tende a limitare il numero di documenti scritti⁴⁸ forniti dalle parti, salvo che questa limitazione non si concretizzi in un indebito limite alla difesa delle parti.

6.4. Le modalità di assunzione della prova⁴⁹

Di regola, nella fase istruttoria, prima delle udienze, il tribunale arbitrale autorizza le parti a produrre testimonianze scritte e, se il caso lo richiede, perizie tecniche⁵⁰, qualora i difensori incaricati dalle parti non abbiano particolare familiarità con il diritto applicabile alla controversia. È, infatti, frequente che le parti depositino una perizia concernente questioni specifiche di diritto.

Nel contesto di una procedura arbitrale internazionale, assume un ruolo centrale l'udienza dedicata all'esame dei testimoni, che vede un'attiva partecipazione dei difensori delle parti. Anche se la funzione e il peso probatorio delle udienze orali variano notevolmente a seconda della tradizione giuridica di riferimento⁵¹, negli arbitri internazionali accade, sempre più spesso, che sia prevista una fase probatoria ispirata alla procedura di origine anglosassone (una, seppur limitata, *discovery*), nella quale le parti chiedono, reciprocamente, la produzione di quei documenti ritenuti rilevanti ai fini della soluzione della

⁴⁶ Art. 17 LCIA Arbitration Rules.

⁴⁷ Art. 20 del Regolamento ICC del 2017.

⁴⁸ Artt. 3(1) e 3.12(b) IBA *Rules of Evidence*.

⁴⁹ Per una visione d'insieme delle problematiche relative alla istruzione probatoria nell'arbitrato internazionale, si veda M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato*, Cedam, Padova, 2017, 625 ss., spec. 978 ss.

⁵⁰ Le testimonianze scritte riguardano testimonianze di mero fatto mentre le perizie tecniche riguardano non solo testimonianze su questioni tecniche e/o quantificazione dei danni ma anche questioni di diritto.

⁵¹ Mentre nella tradizione di alcuni paesi di *civil law* viene distinta la posizione delle parti e quella dei testimoni ai fini della prova, poiché la prova orale ha una rilevanza secondaria rispetto alle prove documentale; nei paesi di *common law* la testimonianza è di fondamentale importanza. Si veda: J.F. POUURET, S. BESSON, *Arbitrage international, Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Genève, 2002, 587, per il quale: "[...] il existe une différence fondamentale entre les mesures visant à obtenir la production de documents selon les droits de tradition civiliste et les procédures de discovery".

controversia⁵². Gli arbitri internazionali, nell'esercizio del loro potere e dovere di regolare lo svolgimento del giudizio, sono liberi di decidere sia se consentire il procedimento di *discovery* sia come disciplinarlo. Sul punto l'*International Bar Association* (IBA) ha predisposto una serie di regole pratiche per l'assunzione delle prove negli arbitrati internazionali⁵³. Una disciplina relativa, in particolare, alla prova per testimoni (come ad esempio in tema di *witness statements*⁵⁴) e che permette anche alla parte, attraverso la sua testimonianza diretta, di avere un ruolo assai più incisivo di quello normalmente consentito dalle regole processuali dei paesi di *civil law*⁵⁵. In caso di mancata ottemperanza all'ordine di produzione di un determinato documento, gli arbitri non hanno nessun potere coattivo autonomo, ma solo il potere di inferire che tale documento sia contrario agli interessi della parte che si è rifiutata di produrlo, applicando così la cosiddetta regola delle "*adverse inferences*"⁵⁶.

6.5. L'udienza

L'udienza arbitrale, in cui vengono sentite oralmente le parti, i loro avvocati, i testimoni e gli esperti, rappresenta un momento importante della procedura arbitrale, soprattutto a livello internazionale, anche su richiesta di una sola delle parti⁵⁷. Per quanto riguarda l'udienza, vi è una tendenza alla verbalizzazione della stessa, tramite registrazione e successiva trascrizione integrale, come avviene ad esempio negli Stati Uniti, anche se in sede giudiziaria. In Italia e in Francia, invece, in sede giudiziaria il verbale d'udienza è redatto in forma riassuntiva, sotto la direzione del giudice.

⁵² Il problema si pone soprattutto per gli arbitri aventi sede nei paesi di *civil law* tra cui l'Italia e la Francia, dove la *discovery* è un procedimento del tutto sconosciuto in sede di giurisdizione ordinaria.

⁵³ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* del 2010, articoli 3.3 fino a 3.7. I quali prevedono che è necessario che la richiesta di produzione riguardi documenti identificati specificamente o facenti parte di una categoria strettamente delimitata che possa ragionevolmente ritenersi esistente; il che dovrebbe almeno in teoria escludere forme di *discovery* troppo ampie (*fishing expeditions*). Inoltre la parte richiedente deve indicare i motivi per cui i documenti richiesti sono rilevanti per il caso e determinanti per il suo esito, nonché perché ritiene che l'altra parte ne abbia la disponibilità. V. F. BORTOLOTTI, *L'amministrazione della prova nell'arbitrato internazionale*, cit., 609.

⁵⁴ Vedi ad esempio, art. 4 delle *IBA Rules on Evidence*; art. 5 *Prague Rules*; art. 20 del Regolamento *LCIA Arbitration Rules*. Tuttavia, il legale non deve influenzare il testimone, ma solo aiutarlo a raccogliere la testimonianza e a prepararsi per l'udienza dando loro le indicazioni necessarie per affrontare l'udienza. M. HWANG S.G., A. CHIN, *The Role of Witness Statements in International Commercial Arbitration*, in *ICCA, International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Atti del XVIII° Congresso dell'ICCA, Montreal 2006), ICCA Congress series, vol.13, 650 ss, spec. 657.

⁵⁵ Per esempio, di usare la *direct examination*, la *cross examination* e soprattutto la *re-direct examination*.

⁵⁶ Articolo 9.5 delle *IBA Rules of Evidence*.

⁵⁷ Art. 8 *Prague Rules*; art. 25(6) del Regolamento ICC Edizione 2017; art. 19 (1) del Regolamento *LCIA Arbitration Rules* Edizione 2014; Art. 15. 2 del Regolamento UNCITRAL; Art. 27(1) *SCC Institute Rules*.

7. Conclusioni

Il tema della “transnazionalizzazione” dimostra l’esistenza di una tendenza alla globalizzazione, anche in materia arbitrale, idonea a farci comprendere come lo studio dell’arbitrato non possa più avvenire con un approccio limitato ad una sola realtà nazionale, ma debba aver luogo con una visione di insieme, che vada al di là dei singoli ordinamenti giuridici.

Del resto, è di grande interesse l’attenzione riservata, nell’ambito del presente convegno, al problema delle regole di procedura comuni sviluppate attraverso l’arbitro; regole che alla fine permettono ad ognuno di sentirsi parte di una comunità molto più ampia e non solo limitata ad un determinato territorio. L’essenza di quanto detto si riscontra nella definizione di Philip Jessup inizialmente citata, la quale allude ad un diritto idoneo a regolare situazioni che trascendono le frontiere nazionali e che contiene elementi di diritto internazionale pubblico e privato, così come altri tipi di regole che non corrispondono esattamente a nessuna delle categorie tradizionali⁵⁸.

⁵⁸ Cit. nota 1.