

**DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE**

Anno XXIII Fasc. 4 - 2009

Albert Henke

---

***DUE PROCESS IN INTERNATIONAL  
ARBITRATION. IL 12ESIMO  
INTERNATIONAL ARBITRATION  
DAY DELL'INTERNATIONAL BAR  
ASSOCIATION***

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DUE PROCESS IN INTERNATIONAL ARBITRATION  
il 12simo *International Arbitration Day* dell'*International Bar Association*  
Dubai, Emirati Arabi Uniti 15-16 febbraio 2009

1. *Premessa.*

Nei giorni 15 e 16 febbraio 2009 si è svolto a Dubai, negli Emirati Arabi Uniti, il 12simo *International Arbitration Day*. È il tradizionale appuntamento organizzato dall'*International Bar Association*, per l'occasione in associazione con *DIFC / LCIA Arbitration Centre (Dubai International Financial Centre / London Court of Arbitration)*. Si tratta di un centro fondato nel 2008 e presieduto dall'ex giudice britannico Sir Anthony Evans in qualità di *Chief Justice*. L'evento ha ricevuto altresì il supporto dell'*IBA Arab Regional Forum*. Il tema di quest'anno era il giusto processo (*due process*) nell'arbitrato internazionale. Termine che indica una serie di principi e regole giuridiche che possono bensì assumere denominazioni diverse nei singoli ordinamenti, ma che hanno in comune la caratteristica di riferirsi al modo in cui il procedimento deve svolgersi affinché siano tutelati alcuni diritti processuali fondamentali delle parti e in definitiva la legalità e legittimità del procedimento nel suo complesso. Tra questi vanno menzionati il diritto delle parti ad un tribunale imparziale e indipendente, il diritto di azione e di difesa, il diritto al contraddittorio ed alla parità di trattamento e il diritto ad una ragionevole durata del processo.

Il *parterre* di *speakers* ha annoverato noti giuristi della realtà locale e personalità di spicco della comunità arbitrale internazionale, tra cui accademici, magistrati, avvocati, arbitri. Ricordiamo Sir Anthony Evans (*Chief Justice*, *DIFC Courts*, Dubai), His Excellency Omar Bin Sulaiman (Governatore del *Dubai International Financial Centre*, Dubai), His Excellency Hadeef Al-Dhaheri (Ministro della Giustizia degli Emirati Arabi Uniti), V. V. Veeder (*Queen Counsel*, *Essex Court Chambers*, Londra), J. William Rowley (*Queen Counsel*, Toronto, Ontario e *co-Chair*, *IBA Global Forum on Competition and Trade Policy*), John Beechey (*Chairman*, *ICC International Court of Arbitration*, Parigi), Prof. Brigitte Stern (docente di diritto internazionale all'Università di Parigi), Fali Nariman (giudice della Corte Suprema Indiana, New Delhi, membro dell'*IBA Human Rights Institute*).

2. *Due process e costituzione del tribunale arbitrale.*

I lavori si sono aperti con una discussione sul rapporto tra *due process* e costituzione del tribunale arbitrale. Ci si è chiesti in particolare se la costituzione del tribunale sia soggetta o meno al rispetto dei principi che integrano il *due process*. Le *appointing authorities* sono tenute a coinvolgere le parti nelle attività volte alla costituzione del tribunale? Vi sono regole o formalità particolari da seguire in caso di dispute multi-parti? È necessario motivare le decisioni che hanno portato alla ricusazione e rimozione di un arbitro? Mark Baker e Kinan H. Romman

hanno spiegato come la formazione del tribunale arbitrale sia tra i momenti più importanti di un arbitrato internazionale. Gli arbitri, del resto, specialmente in arbitrati *ad hoc*, operano in un sistema tendenzialmente chiuso e «*self-contained*», che sfugge il più delle volte al controllo dei giudici nazionali. Una nomina che sia rispettosa dei requisiti essenziali dell'imparzialità e indipendenza dell'arbitro, oltre che della sua competenza, incide in maniera determinante sull'efficienza e buona riuscita del procedimento.

Recentemente si è assistito ad una proliferazione di *guidelines* riguardanti i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità, volte ad integrare le molto spesso lacunose e poco soddisfacenti regole contenute nei regolamenti arbitrali. Si tratta generalmente di indicazioni non vincolanti (di qui l'espressione di *soft law*), salvo quando siano emanate da istituzioni arbitrali in relazione a procedimenti arbitrali da esse amministrati. Da un lato tale proliferazione ha senz'altro contribuito a dare concretezza alle nozioni di indipendenza e imparzialità, precisando cosa debba essere dichiarato dalle parti e dagli arbitri prima di procedere ad (ed accettare) una nomina, quali siano i motivi su cui si fonda una domanda di riconsunzione degli arbitri e così via. Dall'altro, tuttavia, l'esorbitante quantità di regole, precetti e principi contenuti in tali strumenti ha di molto appesantito le procedure di *disclosures* che coinvolgono arbitri e avvocati. Questi sono soggetti ad interminabili *interviews* sui propri rapporti personali, con evidente aggravio di costi della procedura arbitrale. Per di più la contestuale presenza di una moltitudine di *guidelines*, spesso di difficile coordinamento e foriere di contraddizioni, ha avuto come effetto una vera e propria esplosione negli ultimi anni di richieste e procedure di riconsunzione di arbitri. Le statistiche parlano di un numero che si aggira attorno alle 200 richieste di riconsunzione tra il 2005 e il 2009 negli arbitrati ICC, a fronte delle circa 90 tra il 1995 e il 1999. Un fenomeno che certo non può lasciare indifferenti, considerata la sua idoneità ad attentare al cuore dell'arbitrato e delle sue principali prerogative: rapidità, economicità e flessibilità nella procedura.

Per decenni d'altra parte il sistema dell'arbitrato internazionale si è retto sul mero rispetto dei generici requisiti (soggettivi e oggettivi) imposti dai regolamenti arbitrali. Regole e principi che trovavano riscontro anche a livello convenzionale (nella misura in cui alcuni motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione di lodi arbitrali stranieri — si pensi agli artt. V (1)(d) e V (1)(b) della Convenzione di New York — rimandano al mancato rispetto di tali regole. Gli arbitri si basavano essenzialmente sulla propria percezione di cosa, alla luce dei parametri summenzionati, fosse o meno necessario rivelare, e le riconsunzioni degli arbitri non raggiungevano mai un numero ragguardevole. Il crescere e l'espandersi dei traffici e delle controversie hanno tuttavia moltiplicato i rapporti e le relazioni professionali tra parti, avvocati ed arbitri, ponendo nuovi problemi definitivi e classificatori oltre che dubbi interpretativi per quanto attiene agli obblighi di dichiarazione da rendere in relazione ai profili dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Il sistema ha cercato di adattarsi in vari modi. Le istituzioni arbitrali hanno cominciato a dare maggior peso a valutazioni di tipo oggettivo. Le *ICC Rules*, ad esempio, all'art. 7 (2), richiedono che l'arbitro renda noti «*fatti o circostanze che possono essere di tale natura da porre in dubbio l'indipendenza dell'arbitro agli occhi delle parti*», segnando così un forte distacco rispetto al regolamento precedente (le *ICC Rules* del 1975 imponevano infatti all'arbitro di dichiarare unicamente tutti i fatti che *secondo la sua opinione* potevano far sorgere dubbi sulla sua indipendenza). Sono apparsi codici etici e linee guida, finalizzati a chiarificare gli *standards* di imparzialità e indipendenza e i requisiti della conseguente *disclosure*. All'inizio tali linee guida erano piuttosto sintetiche. Il *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* preparato nel 1977 dal *joint committee* dell'AAA e dell'ABA («*AAA/ABA Code of Ethics*») conteneva in tutto, con riferimento ai profili

dell'imparzialità decina d'anni. *International* zioni definitive trattano in modo nendo molti e *Rules* poi riv l'emanazione *Arbitration* (« mento sistem esemplificazio una «*Orange*» Lo stesso dic: *Dispute Resc* estenuanti in familiare e abbia frequen controversia! materia di ri sviluppo di t «*Practice Di* *Chartered In* di linee guid dell'uniform confusione. dall'ICDR o sono piuttosto esempio, all *authorities*, fronte ad un prescrizioni assume cont regole dell'I tali conteste

All'esp esponenzial sistemi giuc pochi, semj addirittura bensì vero c svolto, sogj (quello del chiamati a agli arbitri l'opinione *wealth Co* bisognereb quanto i *disqualify* le più rius («*trade ass* nominati :

momenti più  
ecialmente in  
lf-contained»,  
omina che sia  
l'arbitro, oltre  
enza e buona

riguardanti i  
molto spesso  
trali. Si tratta  
ft law»), salvo  
nenti arbitrali  
tribuito a dare  
o cosa debba  
accettare) una  
ne degli arbitri  
etti e principi  
disclosures che  
interviews sui  
dura arbitrale.  
tes, spesso di  
fetto una vera  
ricusazione di  
200 richieste  
circa 90 tra il  
considerata la  
li prerogative:

e si è retto sul  
ai regolamenti  
convenzionale  
cuzione di lodi  
nzione di New  
ri si basavano  
netri summen-  
i non raggiun-  
traffici e delle  
professionali tra  
sificatori oltre  
one da rendere

arbitrali hanno  
ICC Rules, ad  
circostanze che  
telli'arbitro agli  
lamento prece-  
chiarare unica-  
dubbi sulla sua  
chiarificare gli  
nte disclosure.  
for Arbitrators  
ee dell'AAA e  
mento ai profili

dell'imparzialità e dell'indipendenza, una dozzina di paragrafi. Nel giro di una decina d'anni la situazione si capovolge. Nel 1987 l'IBA redige le *Rules of Ethics for International Arbitrators*, che da un lato contengono una nutrita serie di disposizioni definitorie e classificatorie (i concetti di *bias*, di dipendenza...) e dall'altro trattano in maniera molto dettagliata gli obblighi di *disclosure* dell'arbitro, fornendo molti esempi di circostanze che danno luogo ad un'esigenza di *disclosure*. *Rules* poi riviste e integrate, proprio sotto il profilo degli esempi concreti, con l'emanazione nel 2004 delle *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* («*IBA Guidelines*»). Il risultato è un insieme di tentativi di inquadramento sistematico (vi è contenuta la definizione di 7 *standards* generali) e di esemplificazioni di casi di ineleggibilità (con differenziazione tra una «*Red List*», una «*Orange List*» e una «*Green List*») piuttosto contorto e francamente eccessivo. Lo stesso dicasi per la «*Draft ABA Checklist*», redatta nel 2009 dall'*ABA Section of Dispute Resolution*. Si obbliga in definitiva il *perspective arbitrator* a condurre estenuanti indagini sul proprio tessuto relazionale, non solo professionale ma anche familiare e personale (assume ad esempio rilevanza il fatto che il proprio figlio abbia frequentato la stessa scuola del figlio di una delle parti o degli avvocati della controversia!). Tra il *soft law* vanno infine menzionate le decisioni della LCIA in materia di ricasazione degli arbitri (pubblicate di recente al fine di consentire lo sviluppo di un *case law* su questi temi), nonché il *set* di linee guida denominato «*Practice Direction: The Interviewing of Prospective Arbitrators*» redatto dallo *UK Chartered Institute* nel 2007. Secondo i relatori, l'esistenza di un numero eccessivo di linee guida e codici di autoregolamentazione rende di fatto utopico l'obiettivo dell'uniformità in questo settore, rappresentando al contrario fattore di grande confusione. Non è chiaro ad esempio se nell'ambito di un arbitrato amministrato dall'ICDR o governato dalle regole ICC è possibile invocare le *IBA Guidelines* che sono piuttosto differenti negli obiettivi, nella lettera e nello spirito rispetto, ad esempio, all'*AAA/ABA Code* che fa invece riferimento all'ICDR. Le *appointing authorities*, poi, chiamate a decidere delle istanze di ricasazione, si trovano di fronte ad una proliferazione di *standards* e a molteplici e spesso contraddittorie prescrizioni che rendono difficile l'adozione dei necessari provvedimenti. Ciò assume contorni ancora più problematici nel contesto degli arbitrati governati dalle regole dell'UNCITRAL, in cui l'*appointing authority* è spesso chiamata a risolvere tali contestazioni *prima ancora* che la sede della controversia sia stata individuata.

All'espandersi di questo *soft law* è in ogni caso corrisposta una crescita esponenziale delle istanze e procedure di ricasazione. Al contrario, nell'ambito di sistemi giudiziari quali quello statunitense in cui gli *standards* continuano ad essere pochi, semplici e lineari (v. 28 U.S.C. § 455), le istanze di ricasazione, ove non addirittura in diminuzione, rimangono comunque in numero assai contenuto. È bensì vero che i giudici sono, per la natura pubblica della carica e per il ruolo da essi svolto, soggetti *neutrali*, mentre gli arbitri provengono da e operano in un mondo (quello del commercio e dell'industria) sul quale e all'interno del quale sono chiamati a rendere le loro decisioni. Proprio per questo però lo *standard* imposto agli arbitri dovrebbe forse essere meno rigido e più flessibile. Questa almeno l'opinione del giudice White, autore della *concurring opinion* nel caso *Commonwealth Coatings Corp. v. Cont'l Cas. Co.* (393 U.S. 145 (1968)), per il quale non bisognerebbe imporre agli arbitri i medesimi *standards* applicabili ai giudici, in quanto i primi sono «*men of affairs*»: di conseguenza non vi è ragione per «*disqualify the best informed and most capable potential arbitrators*». Del resto tra le più riuscite forme di arbitrato vi è quella delle associazioni di commercianti («*trade association arbitrations*»), caratterizzate proprio dal fatto che gli arbitri qui nominati sono conosciuti e apprezzati da tutta la comunità in cui si trovano ad

operare quotidianamente come *traders*, essendo di fatto individui «*of the market*». In tale contesto le istanze di ricasazione sono pressoché assenti.

La riflessione del rapporto tra *due process* e arbitrato è proseguita con Laurent Levy (Lévy Kaufmann-Kohler, Ginevra), che si è chiesto se anche le istituzioni arbitrali (in particolare quelle internazionali) siano soggette al rispetto delle regole del *due process*. In via generale, la peculiare relazione contrattuale tra le parti e le istituzioni, in uno con la natura essenzialmente *amministrativa* delle loro funzioni e decisioni (da considerarsi definitive, ossia *conclusive and binding* nei confronti delle parti (art. 29.1 LCIA Rules), senza la necessità della motivazione), dovrebbero sottrarre le istituzioni arbitrali al rispetto del requisito del *due process*. In linea di principio, infatti, tutte le leggi arbitrali, così come tutti i più importanti regolamenti arbitrali e alcune convenzioni internazionali relative all'arbitrato impongono solo ai tribunali arbitrali, e *non invece direttamente alle istituzioni*, l'osservanza dei principi del *due process* (sia in relazione alla fase della conduzione del procedimento che in quella che regola l'impugnazione o il non riconoscimento dei lodi). Così la legge modello dell'UNCITRAL e i suoi artt. 18, 34 e 36, la Convenzione di New York all'art. V, l'art. 15 (2) delle ICC Rules, l'art. 14 (2) delle LCIA Rules e così via. Del resto la sottrazione delle istituzioni al rigoroso rispetto dei vincoli di cui al *due process* è da ricondurre all'originaria scelta delle parti di deferire la controversia in arbitrato piuttosto che dinanzi al giudice nazionale (esplicita in questo senso Clay, Th., *Comments on the decision by the French Cour de Cassation of 20 February 2001, Société Cubic Defense Systems Inc. c. Chambre de Commerce Internationale*, *Rev. Arb.* 2001, p. 526, n. 43). In aggiunta, le decisioni delle istituzioni sono sottratte al tipo di controllo giudiziale previsto per i lodi arbitrali: si tratta di un principio consolidato, affermato tra l'altro dalla corte d'appello di Parigi nel caso *Société Opinter France v Société Dacomex*, 15 gennaio 1985, in *Rev. Arb.* 1986, pp. 87-90.

Ciò non toglie che queste istituzioni prendono a volte decisioni che *incidono* più o meno direttamente sui diritti delle parti, in particolare in relazione alla fase della costituzione del tribunale. Si pensi alla nomina dell'arbitro, che rappresenta un aspetto cruciale per il buon funzionamento dell'intero processo, o alla sua revoca o sostituzione. Molti regolamenti attribuiscono alle Istituzioni una certa discrezionalità, nella misura in cui consentono di valutare le specifiche circostanze di ogni singolo caso, dalle allegazioni delle parti, all'ammontare della controversia, alla complessità del caso, alla natura privata o pubblica delle parti coinvolte, alla nazionalità o luogo di residenza degli arbitri e così via (v. ad esempio gli artt. 8 (2) ICC Rules, 5 (4) LCIA Rules, 12 SCC Rules). Inoltre l'intero processo che si svolge sotto i loro auspici mira a pervenire all'emanazione di un lodo eseguibile, il tutto nel necessario rispetto delle regole del *due process*. Certo, la soggezione ai principi del *due process* potrebbe esporre le istituzioni al rischio di atteggiamenti intenzionalmente ostruzionistici delle parti (richiesta di maggior spazio all'udienza per provvedere ad esporre il proprio caso, produzione di un numero illimitato di documenti o di testimoni etc...). Eppure, la soggezione delle Istituzioni alle regole del *due process* potrebbe desumersi da alcune disposizioni contenute in vari regolamenti arbitrali. Si veda l'art. 35 ICC Rules, per le quali: «(...) il tribunale arbitrale deve fare ogni sforzo al fine e di assicurare che il lodo sia eseguibile secondo la legge applicabile; o l'art. 32 (2) LCIA Rules, che richiede non solo alla LCIA e al tribunale arbitrale, ma altresì alle parti di «*make every reasonable effort to ensure that an award is legally enforceable*»; nello stesso senso dispone l'art. 47 SCC Rules. L'eseguibilità di un lodo passa attraverso il superamento del *test* costituito dai motivi di annullamento contenuti, ad esempio, nella Convenzione di New York (e riprodotti in molte leggi arbitrali nazionali), tra i quali figurano requisiti *lato sensu* attinenti al concetto di *due process* e concernenti in particolare la fase della

costituzione del trib  
*proper notice* della c  
nello stesso modo i  
190 (2) (a), (d) ed  
di fare in modo che  
all'ambito di tale c  
utilizzano espressio  
oppure «*every reasc*  
invero di una *best-c*  
nuo e diligente per  
errori e dunque te  
istituzioni non poss  
anche al di fuori de

Una fattispecie  
una certa tensione  
*treatment*. Si pensi  
due parti e prevedi  
oggetto della famos  
1992, *BKMI et Sien*  
delle parti a un trat  
ordine pubblico, c  
*prima* che la contr  
arbitrali hanno aggi  
legittimate a proce  
nomine eventualme  
l'art. 8 delle LCIA  
le parti sono trattat  
*nominare il loro ar*  
zionalità all'istituzi  
prestare attenzione  
o convenute, sono  
Rules e l'art. 13 (1  
maggiore flessibilit  
parti possono rinur  
patto che gli interes  
garanzie che l'arbit  
decisione (inedita)  
105-122). Sotto il  
rimozione degli art  
modo impediti dal  
delle ICC Rules).

Le decisioni d  
forma di *ricorso in*  
giudiziale, per eve  
della *party autono*  
esempio, fa un chia  
un rimedio giudizi  
invece dalla legge c  
esempio, un ricorso  
ricorrente abbia e  
coinvolta (così la s  
(3) dell'Uncitral N  
statuito, qualche ar

«of the market».

guita con Laurent che le istituzioni petto delle regole le tra le parti e le elle loro funzioni ing nei confronti azione), dovrebbe process. In linea i più importanti : all'arbitrato im- : alle istituzioni, della conduzione n riconoscimento 18, 34 e 36, la l'art. 14 (2) delle rigoroso rispetto elta delle parti di giudice nazionale : the French Cour s Inc. c. Chambre . In aggiunta, le ziale previsto per l'altro dalla corte mex, 15 gennaio

ioni che incidono elazione alla fase , che rappresenta cesso, o alla sua uzioni una certa ifiche circostanze ella controversia, rti coinvolte, alla pio gli artt. 8 (2) esso che si svolge quibile, il tutto nel ne ai principi del nenti intenzional- idienza per prov- tato di documenti le regole del due vari regolamenti ale arbitrare deve secondo la legge o alla LCIA e al le effort to ensure ne l'art. 47 SCC del test costituito one di New York ano requisiti lato olare la fase della

costituzione del tribunale. Tra questi l'imparzialità e indipendenza degli arbitri; la *proper notice* della costituzione del tribunale; il diritto delle parti ad essere trattate nello stesso modo in relazione alla nomina degli arbitri (così ad esempio gli artt. 190 (2) (a), (d) ed (e) della Swiss PILA). Da tali istituzioni ci si aspetta insomma di fare in modo che gli arbitri si conformino ai requisiti del *due process*. Quanto all'ambito di tale obbligazione, le ICC Rules, le LCIA Rules e le SCC Rules utilizzano espressioni molto forti (la Corte (e gli arbitri) "*shall make every effort*" oppure "*every reasonable effort*" per assicurare che il lodo sia eseguibile). Si tratta invero di una *best-efforts obligation*, richiedendosi in sostanza uno sforzo continuo e diligente per assicurare che il lodo reso alla fine del processo sia esente da errori e dunque tendenzialmente eseguibile a livello internazionale, anche se le istituzioni non possono darne la certezza, dipendendo il riconoscimento da fattori anche al di fuori del loro controllo.

Una fattispecie significativa è quella dell'arbitrato multiparti, in cui si ravvisa una certa tensione tra il principio di autonomia delle parti e quello dell'*equal treatment*. Si pensi al caso in cui vi sia un unico patto arbitrale che vincola più di due parti e preveda la formazione di un tribunale di tre arbitri. È la fattispecie oggetto della famosa decisione *Dutco* della Corte di Cassazione francese (7 gennaio 1992, *BKMI et Siemens c. Dutco*, *Rev. Arb.* 1992, p. 470-472), per la quale il diritto delle parti a un trattamento paritario nella nomina degli arbitri è una questione di ordine pubblico, che non può essere validamente rinunciata in un patto arbitrale prima che la controversia sia sorta. Sulla scia di tale decisione, molte istituzioni arbitrali hanno aggiunto previsioni particolari nei loro regolamenti, al fine di essere legittimate a procedere alla nomina di tutti i membri del tribunale, trascurando nomine eventualmente già effettuate (v. in questo senso l'art. 10 delle ICC Rules; l'art. 8 delle LCIA Rules; l'art. 8 (3)-(5) delle Swiss Rules ...). In tali circostanze le parti sono trattate in maniera equa, nel senso che sono *tutte private del diritto di nominare il loro arbitro*. Alcuni regolamenti arbitrali non lasciano alcuna discrezionalità all'istituzione, richiedendo ad essa di nominare l'intero tribunale senza prestare attenzione alcuna a nomine già effettuate, quando le parti, siano esse attrici o convenute, sono incapaci di accordarsi sul loro arbitro (così l'art. 8 delle LCIA Rules e l'art. 13 (4) delle SCC Rules). Altri regolamenti accordano invece una maggiore flessibilità. In Svizzera il *case law* del Tribunale Federale mostra che le parti possono rinunciare in anticipo al loro diritto di nominare il proprio arbitro, a patto che gli interessi delle parti coinvolte non siano in conflitto e vi siano sufficienti garanzie che l'arbitro nominato dalla controparte sia imparziale e indipendente (v. decisione (inedita) della corte 4P.10/2006 del 4 agosto 2006, *ASA Bull.* 2007, pp. 105-122). Sotto il profilo del *due process*, infine, sono significativi anche i casi di rimozione degli arbitri che non adempiano alle loro funzioni o che siano in qualche modo impediti dall'adempiere a tali funzioni in maniera adeguata (v. art. 10 (3) delle ICC Rules).

Le decisioni delle Istituzioni sono «final», nel senso che non è prevista alcuna forma di *ricorso interno*. È invece senz'altro ammesso un controllo esterno, di tipo giudiziale, per eventuali contestazioni relative ad asserite violazioni dei principi della *party autonomy* e dell'*equal treatment*. L'art. 29 (2) delle LCIA Rules, ad esempio, fa un chiaro riferimento a tale possibilità. La disponibilità e il contenuto di un rimedio giudiziario dipendono dalla legge del luogo sede dell'arbitrato e non invece dalla legge del luogo dove l'istituzione è situata. In base alla legge inglese, ad esempio, un ricorso simile dinanzi ai giudici inglesi è concesso a patto che la parte ricorrente abbia esaurito ogni forma di ricorso dinanzi all'istituzione arbitrale coinvolta (così la *section 24* dell'*English Arbitration Act 1996*; parimenti l'art. 13 (3) dell'*Uncitral Model Law*). Il Tribunale Federale Svizzero, dal canto suo, ha statuito, qualche anno fa, che le decisioni della Corte ICC relative alla nomina degli

arbitri non sono equiparabili a lodi arbitrali, e come tali non possono essere appellate dinanzi ai giudici nazionali (v. la decisione del 16 maggio 1983, *Egypt v. Westland Helicopters Ltd. et al*, *Excerpts* pubblicata in *ASA Bull.* 1984, p. 203). L'orientamento più recente dei giudici svizzeri, tuttavia, è nel senso che tali decisioni sono "(...) *indirectly subject to investigation*" nell'ambito del procedimento iniziato per annullare i lodi arbitrali (v. la decisione del 14 dicembre 2004, in *ASA Bull.* 2005, p. 337, 344, per il quale: «(...) [*in such cases*] *an objection on the grounds of irregular composition of the arbitral tribunal as defined by art. 190 para 2 lit. a PIL Act is therefore admissible*»). La situazione in Francia è simile a quella appena esposta in Svizzera.

Levy ha infine fatto cenno alla responsabilità dell'istituzione per inadempimento dei suoi obblighi contrattuali (su tale aspetto v. la decisione della corte d'appello di Parigi del 15 settembre 1998, *Société Cubic Defense System Inc. c. Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.* 1999, pp. 103-112, 110, per la quale: "*toute partie à une convention, fût-elle une association chargée d'organiser un arbitrage, engage sa responsabilité dès lors qu'elle manque aux obligations contractées*"). Una parte dovrebbe poter convenire in giudizio un'istituzione allegando l'inadempimento da parte della stessa dell'obbligo di garantire, in occasione di determinati snodi procedurali, il rispetto del *due process* (si pensi alla nomina o mancata revoca di un arbitro non indipendente e non imparziale). Tra le (invero non frequenti) azioni di questo tipo effettivamente esperite, solo poche in effetti riguardano asseriti difetti attinenti alla costituzione del tribunale arbitrale (si veda, ad esempio, la decisione del *Tribunal de Grande Instance de Paris* del 28 marzo 1984 e della corte d'appello di Parigi del 15 maggio 1985, *Raffineries de pétrole d'Homs et de Baniyas c. Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.* 1985, pp. 141-150; nonché le decisioni del *Tribunal de Grande Instance de Paris* del 30 maggio 1986, del 30 ottobre 1986 e del 28 gennaio 1987, *République de Guinée c. Chambre Arbitrale de Paris et autres*, in *Rev. Arb.* 1987, pp. 371-386). In generale i rimedi richiesti si identificano nell'annullamento della decisione controversa, nella richiesta di esecuzione specifica, nella cessazione del contratto concluso con l'istituzione per l'organizzazione della procedura e nel risarcimento danni (si vedano *ex pluribus* *Tribunal de Grande Instance de Paris*, 8 ottobre 1986, *Cesko-lovenska Obchodni Banka c. Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.* 1987, pp. 367-368; *Tribunal de Grande Instance*, 10 ottobre 2007, *Société SNF c. Chambre de Commerce Internationale*, in *Rev. Arb.* 2007, pp. 847-851). È bensì vero che alcuni regolamenti arbitrali contengono clausole di esclusione di responsabilità per l'attività delle istituzioni (è il caso dell'art. 34 *ICC Rules* e dell'art. 31 (1) *LCIA Rules*). È tuttavia necessario verificare se tali clausole siano valide ed operanti alla luce della legge applicabile, la quale spesso sottrae a tali clausole i casi di *deliberate or inexcusable wrongful acts or omissions*, e *fraud*. Una recente decisione del giudice francese di primo grado riguardante l'ICC ha confermato la validità, ai sensi del diritto francese, dell'esclusione di responsabilità contenuta nell'art. 34 delle sue *Rules*, in assenza di "*willful breach, inexcusable or gross negligence approaching fraud*" (*Société SNF c. Chambre de Commerce Internationale*, *supra* fn. 71, con osservazioni di Jarrosson, Ch., pp. 851-859).

3. *Due process, equal treatment* e mezzi di prova (tra *discovery, cross examination, «legal privilege»* e produzione di documenti).

Si è poi parlato del rapporto tra *due process*, mezzi di prova ed *equal treatment*. Un primo *panel*, moderato dal Professor Ahmed El-Kosheri (*former ad hoc judge* alla Corte Internazionale di Giustizia) e composto dagli avvocati Dr. Matthieu de Boissésou e Lawrence S. Schaner, si è chiesto se il *due process* imponga

l'osservanza istituiti pass *privilege*. I discrezionali all'istruttori che le parti di tali presc in particola *tration Com* Texas, Reza Audley Shej di uno dei istruttoria. concessione dei rispettiv avvocati pos se le differe testimoni cc Con partico produzione esaminati i s zione di do disponibilità tale; l'esister alla produz

Una po *attorney-clie privilege* ha all'interno d sensibili div comunicazio da un privile: l'avvocato è mantenere la in pratica, c contenente i trova in pos. *across borde teacup?*, 23/ che molte giu nicazioni tra ultimi non a Peter Berger, *Discretion*, 2 settembre 20 *Commission, privilege* qual legge vigente *International* a tale approc entrambe le j trattamento. S ha connessio

no essere  
3, *Egypt v.*  
, p. 203).  
o che tali  
l procedi-  
bre 2004,  
jection on  
y art. 190  
è simile a

inadempni-  
tella corte  
em Inc. c.  
110, per la  
l'organiser  
bligations  
zione alle-  
occasione  
la nomina  
le (invero  
è in effetti  
e (si veda,  
28 marzo  
de pétrole  
Arb. 1985,  
aris del 30  
Guinée c.  
n generale  
versa, nella  
cluso con  
danni (si  
86, *Cesko-*  
Rev. Arb.  
été SNF c.  
l). È bensì  
di respon-  
art. 31 (1)  
ed operanti  
e i casi di  
e decisione  
validità, ai  
nell'art. 34  
negligence  
tale, supra

s examina-

i ed equal  
(former ad  
vocati Dr.  
ss imponga

l'osservanza di determinati *standards* in relazione alla fase istruttoria. Molti gli istituti passati in rassegna in maniera critica: *discovery*, *cross examination*, *legal privilege*. Difficile sintetizzare i molti rilievi emersi. A fronte di una grande discrezionalità del tribunale nel gestire la procedura, ivi incluse le decisioni relative all'istruttoria, è apparso come la maggior parte dei regolamenti arbitrali imponga che le parti siano trattate in maniera paritaria e non discriminatoria. Alla violazione di tali prescrizioni non può che conseguire la sanzione dell'invalidità del lodo. Più in particolare un secondo *panel* (moderato da Guido Tawil, *Co-Chair*, IBA *Arbitration Committee* e composto da R. Doak Bishop, King & Spalding LLP, Houston, Texas, Reza Mohtashami *Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris and Dubai* e Audley Sheppard, *Clifford Chance*, Londra) ha scandagliato il contenuto e i limiti di uno dei pilastri del *due process*, il principio dell'*equal treatment* nella fase istruttoria. Ci si è chiesti in particolare se tale principio implichi *sempre* la concessione del medesimo ammontare di tempo all'udienza, o nella presentazione dei rispettivi mezzi istruttori, se le divergenze nelle competenze ed esperienze degli avvocati possano integrare una mancata osservanza del principio del *due process* e se le differenze di tipo storico, culturale ed etico relative alla preparazione dei testimoni costituiscano a loro volta potenziali violazioni del principio medesimo. Con particolare riferimento al requisito del *fair and equal treatment* collegato alla produzione documentale durante un procedimento arbitrale internazionale, si sono esaminati i seguenti profili: l'esistenza di eventuali impedimenti legali alla produzione di documenti; la disponibilità e accessibilità dei documenti elettronici; la disponibilità dell'assistenza giudiziale con riferimento alla produzione documentale; l'esistenza di possibili limiti al requisito dell'*equal treatment* con riferimento alla produzione documentale.

Una possibile eccezione alla produzione coatta di documenti è data del c.d. *attorney-client privilege* o diritto alla riservatezza. La nozione di *attorney-client privilege* ha accezioni e applicazioni diverse in *common law* e *civil law* (e persino all'interno di paesi appartenenti alla medesima tradizione giuridica si riscontrano sensibili divergenze di regime). Nella tradizione giuridica di *common law* le comunicazioni tra avvocato e cliente non possono essere rivelate in quanto protette da un privilegio legale di cui è titolare il cliente. Nella tradizione di *civil law*, invece, l'avvocato è vincolato a regole etiche e deontologiche che gli impongono di mantenere la riservatezza su tutte le informazioni ricevute dal cliente. Ciò significa, in pratica, che nel diritto svizzero un documento preparato da un avvocato e contenente informazioni confidenziali non è coperto da alcuna protezione se si trova in possesso del cliente (v. Michelle Sindler & Tina Wüstemann, *Privilege across borders in arbitration: multi-jurisdictional nightmare or a storm in a teacup?*, 23/4 ASA Bulletin 610, 616 (2005)). Ulteriore differenza si ravvisa in ciò, che molte giurisdizioni di *civil law* non garantiscono protezione alcuna alle comunicazioni tra rappresentanti di società e i loro *in-house counsel*, in quanto questi ultimi non avrebbero la necessaria indipendenza dai loro datori di lavoro (Klaus Peter Berger, *Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion*, 22/4 *Arbitration International* 501, 505 (2006)). Principio ribadito nel settembre 2007 dal Tribunale di primo grado dell'UE (v. *Akzo Nobel Chemicals v. Commission*, Case T-125/03). Un tribunale potrebbe trattare l'*attorney-client privilege* quale questione di tipo procedurale, come tale da risolversi ai sensi della legge vigente presso la sede dell'arbitrato (così Robert Pietrowski, *Evidence in International Arbitration*, 22/3 *Arbitration International* 373, 404 (2006)). In base a tale approccio, il tribunale applicherebbe le *stesse regole* alle comunicazioni di entrambe le parti, evitando così ogni rischio di violazione del principio del pari trattamento. Si tratta però di soluzione discutibile. Spesso la sede dell'arbitrato non ha connessione alcuna con le parti o con la controversia pendente, sicché l'applicazione

cazione della sua legge a comunicazioni che sono avvenute in paesi diversi e molto tempo prima che la disputa sorgesse potrebbero seriamente frustrare la legittima aspettativa delle parti alla riservatezza (aspettativa sorta al tempo in cui tali comunicazioni sono avvenute). D'altra parte la qualificazione di tale questione in termini di diritto sostanziale è bensì idonea a condurre, in virtù dell'operatività delle norme di conflitto, all'applicazione della legge della giurisdizione che presenta la connessione più stretta con la relazione avvocato-cliente, e dunque a venir incontro in parte alle aspettative della parte coinvolta. Essa, tuttavia, rischia di avallare proprio per questo un *trattamento diseguale* delle parti, se le leggi nazionali rilevanti dovessero essere sensibilmente divergenti. Una terza opzione sarebbe quella di applicare, alle comunicazioni di entrambe le parti, regole transnazionali regolanti tale questione. Nonostante il supporto di autorevole dottrina (v. William Park, *Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change* 58-61, 64 (2006)), tale soluzione non può contare su alcuna codificazione ufficiale: il tribunale dovrebbe elaborare le regole rilevanti caso per caso, con un evidente rischio di incertezza e imprevedibilità. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria si segnala che l'*Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (the «Hague Convention») ha adottato all'art. 11 la soluzione denominata «most protective» *privilege rule*, per la quale il giudice applica la legge che tutela maggiormente le comunicazioni tra avvocato e cliente (i.e. la maggiore protezione tra quella offerta dalla legge del luogo di residenza della parte e quella offerta dalla legge dove la controparte è *likely to be based*). Una previsione simile si riscontra nel regolamento comunitario del 2001 sulla cooperazione tra giudici di diversi Stati Membri nell'assunzione di mezzi di prova in materia civile e commerciale (v. l'art. 14 (1) del Regolamento No. 1201/2001)). Si tratta di un compromesso ragionevole, in quanto assicura da un lato un trattamento equo e paritario delle parti, salvaguardando dall'altro la legittima aspettativa di ciascuna parte alla riservatezza. Vi è un sempre maggiore consenso tra la comunità arbitrale internazionale affinché, soprattutto in un contesto internazionale, anche gli arbitri applichino alle comunicazioni avvocato-cliente di entrambe le parti la medesima soluzione (v. Berger, *supra* note 6, at 518-20; Sindler & Wüstemann, *supra* note 5, at 637; Pierre Heitzmann, *Confidentiality and Privileges in Cross-Border Legal Practice: The Need for a Global Standard?*, 26/2 ASA Bulletin, 205, 220-23 (2008)). Tale soluzione è stata adottata dalle *ICDR Guidelines* e dalle *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (art. 9 (2) (g)).

In questo contesto un tema divenuto di grande attualità è quello della *e-discovery* e/o della *e-disclosure*, ossia in generale della disponibilità e accessibilità di e a documenti informatici. Si tratta di una tra le sfide più gravose sotto il profilo del *due process* nel contesto dell'arbitrato internazionale. Essa ha stravolto il sistema giudiziario americano inondandolo di un ingente quantitativo di *e-material*, minacciando di imporre alle parti spese potenzialmente incontrollabili. Se tale prassi dovesse contagiare anche l'arbitrato internazionale, il rischio di implosione del sistema sarebbe reale, data l'inadeguatezza del procedimento arbitrale tradizionale a gestire un problema simile. Il problema è moltiplicato a livello internazionale, in ragione della diversità di lingue e della difficoltà per gli arbitri di recuperare materiale con cui non hanno familiarità, linguistica appunto prima ancora che tecnica. Inoltre, data la diversità di discipline nei vari ordinamenti, le parti possono essere soggette ad una differente *document retention policy*. Laddove vi sia un significativo divario di posizioni sostanziali e processuali in conseguenza di tale differenza di disciplina, che si traduca in una significativa diversa disponibilità di e accessibilità a documenti elettronici, il tribunale farà ricorso alla propria discrezionalità per decidere se, ed eventualmente in che misura e secondo quali modalità, fare ricorso alla *discovery*.

Per f  
centre for  
Internatio  
rispettivan  
mation (w  
link www  
informatio  
arbitral to  
disclosure  
ribile al lin  
very Proto  
2009 e rej  
Arbitration  
2008). Ne  
disclosure  
protocols. I  
zione di ta  
gestione all

Le sol  
rispettivan  
(adottata d  
lascia amp  
produzione  
Nella medi  
sollevare il  
presenza d  
esempio, la  
documents  
discussione  
software uti  
gere alcun  
mazioni e ir  
di *e-docum*  
limitarsi a  
disporre tal  
elementi, tr  
parti, oltrec  
adottato da  
*procedure*.  
lezza, sugge  
o a parte in  
elettroniche  
base alla tip  
*mails* ...), al  
duazione di  
via. Seguonc  
parti.

Sull'ass  
arbitrali dell  
raccolta dei  
Legge Mode  
sect. 7 dell'U  
la sect. 1050

Per far fronte a tali problematiche tre istituzioni arbitrali, l'*International centre for dispute resolution* dell'AAA, il *Chartered Institute of Arbitrators* e il *CPR International Institute of conflict prevention & resolution* (CPR) hanno prodotto, rispettivamente, le *ICDR Guidelines for arbitrators concerning exchange of information* (qui di seguito '*ICDR Guidelines*', adottate nel maggio 2008 e reperibili al link [www.adr.org](http://www.adr.org); v. anche, sul punto, J. Beechey, *The ICDR guidelines for information exchanges in international arbitration: an important addition to the arbitral toolkit*, 63 (3) *Dispute res. J.* 85, Aug./Oct. 2008); il *Protocol for E-disclosure in Arbitration* (c.d. '*CIArb Protocol*', adottato nell'ottobre 2008 e reperibile al link [www.arbitrators.org/institute/CIArb\\_e\\_protocol\\_b](http://www.arbitrators.org/institute/CIArb_e_protocol_b)); e il '*Draft Discovery Protocol*' riguardante la *e-discovery* (su quest'ultimo, pubblicato nel gennaio 2009 e reperibile al link [www.cpradr.org](http://www.cpradr.org), v. i commenti di Thomas L. Aldrich, *Arbitration's E-Discovery Conundrum*, *The National Law Journal*, December 16, 2008). Nessuna delle summenzionate istituzioni ha peraltro incorporato tali *e-disclosure provisions* nelle proprie *rules*, limitandosi a inserirle in *guidelines* o *protocols*. Un indizio, forse, di quanto sia delicata la questione della regolamentazione di tali questioni da parte delle istituzioni, risultando preferibile lasciarne la gestione alla discrezionalità del tribunale arbitrale.

Le soluzioni adottate possono in via generale essere ricondotte alla categoria, rispettivamente, della c.d. *light, medium o heavy procedure*. Nella *light procedure* (adottata dalle *ICDR Guidelines*) non vi sono molte prescrizioni normative: si lascia ampia discrezionalità al tribunale arbitrale, che deve assicurarsi che la produzione avvenga nel modo più conveniente possibile per la *producing party*. Nella *medium procedure* (adottata dal *CIArb Protocol*) si sollecita ogni tribunale a sollevare il problema dell'*e-disclosure* con le parti in uno stadio preliminare alla presenza di avvocati e arbitri. Il *meeting* tra le parti dovrebbe riguardare, ad esempio, la natura dei sistemi informatici coinvolti, le regole circa la *parties' documents retention* e la prassi in tema di conservazione dei documenti. Tale discussione dovrebbe mirare a raggiungere accordi su metodologia di ricerca, *software* utilizzabili e utilizzo di *data sampling*. Se le parti non dovessero raggiungere alcun accordo, la discussione con il tribunale potrà comunque fornire informazioni e indicazioni di massima sulla cui base le parti possono formulare richieste di *e-document production* intelligenti. Le richieste di produzione devono poi limitarsi a *narrow and specific requested category of documents*. Nel valutare se disporre tale produzione un tribunale dovrà prendere in considerazione alcuni elementi, tra cui la ragionevolezza, proporzionalità, e parità di trattamento delle parti, oltreché provvedere ad una appropriata allocazione dei costi. L'approccio adottato dal *CPR Protocol on disclosure of documents*, infine, è la c.d. *heavy procedure*. Vi si espongono principi generali che invitano all'uso della ragionevolezza, suggerendo d'altra parte che le parti specifichino già nel loro patto arbitrale o a parte in un momento successivo le modalità per la *disclosure* di informazioni elettroniche. Il *Protocol* fornisce 4 esempi di tali modalità, che si distinguono in base alla tipologia di dati suscettibili di essere comunicata (*cell phones, PDAs, voice mails ...*), alle modalità di comunicazione, al periodo di tempo coperto, all'individuazione di *designated custodians*, al grado di riservatezza delle informazioni e così via. Seguono ulteriori norme di procedura in caso di mancata scelta operata dalle parti.

Sull'assistenza giudiziale in relazione alla produzione documentale, le leggi arbitrali della maggior parte dei paesi autorizzano i giudici a fornire assistenza nella raccolta dei mezzi di prova in vista del loro utilizzo in arbitrato (v. l'art. 27 della Legge Modello dell'UNCITRAL; la sect. 43 dell'*English Arbitration Act 1996*; la sect. 7 dell'*US Federal Arbitration*; l'art. 184 della *Swiss Private International Law*; la sect. 1050 della ZPO, § 1050). Se una parte rifiuta di adempiere all'ordine di un

tribunale arbitrale, questi può trarre conclusioni avverse alla parte medesima (così ad esempio l'art. 9 (4) IBA Rules). Se un terzo rifiuta di produrre documenti che sono ritenuti rilevanti e decisivi, il tribunale non potrà che fare ricorso ai giudici per ottenere la necessaria assistenza. Sussistono importanti differenze tra le varie leggi: differenze che possono dare ad una parte un vantaggio sull'altra. Il tribunale, al fine di tutelare il principio della parità di trattamento delle parti, deve essere in grado di minimizzare tale situazione di disequilibrio. Una prima differenza può derivare dal rispettivo ambito territoriale di applicazione. In base alle leggi della Svizzera, degli Emirati Arabi Uniti e della DIFC, ad esempio, un giudice può fornire assistenza *solo* se l'arbitrato ha sede nella giurisdizione dove tale assistenza è richiesta (così gli artt. 176 e 184 della *Swiss Private International Law*; la sect. 209 (2) (b) del codice di procedura civile dell'UAE; gli art. 7 e 34 della legge arbitrale DIFC). In base alle leggi inglesi, tedesche e austriache, invece, i giudici possono fornire assistenza *anche* se l'arbitrato ha sede in un paese straniero (v. le §§ 2(3), 43 dell'*English Arbitration Act* del 1996; le §§ 1025 (2) del 1050 della ZPO; le §§ 577 (2), 602 del codice austriaco di procedura civile). Nel diritto americano si registra infine una certa oscillazione (si vedano i problemi di coordinamento tra la sezione 7 del *Federal Arbitration Act* e la *section 1782* del US Judicial Code). Al fine di ridurre le differenze di disciplina, il tribunale dovrebbe poter negare ad una parte di cercare assistenza presso giudici stranieri oppure escludere dai mezzi di prova validi quelli ottenuti attraverso tale assistenza (v. l'art. 9 (2) (g) delle IBA Rules). Anche l'ambito della *discovery* che i giudici possono ordinare in supporto all'arbitrato può rappresentare un'altra importante differenza di trattamento. In molte giurisdizioni i giudici devono applicare le stesse regole che applicherebbero in procedimenti contenziosi ordinari (v. l'art. § 43 (1) dell'*English Arbitration Act* del 1996; l'art. 184 della *Swiss Private International Law*; la sez. 1050 della ZPO). In molte giurisdizioni di *civil law* ciò significa che i giudici ordineranno di norma solo *discovery* minimali in supporto dell'arbitrato. La sezione 1782 prevede che un giudice americano «*may prescribe the [discovery] practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, ... [or may be] the Federal Rules of Civil Procedure*». Alcuni sostengono che l'applicabilità di tale sezione all'arbitrato esporrebbe le parti straniere alla minaccia di «*full-blown US-style document and deposition discovery*» (così John Fellas, *Using Section 1782 in International Arbitration*, 23/3 in *Arbitration International* 379, 387-88 (2007)). In *Intel* la Corte Suprema ha affrontato tale «*parity concerns*», enfatizzando che i giudici distrettuali hanno discrezionalità *under section 1782* di negare interamente la *discovery* al fine di imporre condizioni sulla *discovery* (quali ad esempio la *reciprocal exchange of information*) o di limitare la *discovery* fondata sulla natura del tribunale straniero. In generale, comunque, è probabile che un giudice americano che farà applicazione della *section 1782* sarà incline per cultura a ordinare una *discovery* più ampia in supporto di un arbitrato che non un giudice francese o tedesco.

In chiusura si è affrontato il tema delle possibili compressioni, in determinate circostanze, del principio dell'*equal treatment*. Di norma ciò accade quando sia necessario dare precedenza all'altro principio, quello della *fairness*, assicurando che una parte abbia avuto una piena e *fair* occasione di presentare il proprio caso. Johnny Veeder (*Queen Counsel, Essex Court Chambers*, Londra) ha fatto presente che spesso una parte (ad esempio l'assicuratore in una controversia in tema di *legal liability insurance*) può non avere sufficienti informazioni al fine della formulazione di una specifica richiesta ai sensi dell'art. 3 (3) delle IBA Rules, per il quale la parte istante deve identificare il documento o quantomeno una categoria *narrow and specific* di quelli che sta richiedendo (sul punto v. V.V. Veeder, *Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice*, in ICC

*Bulletin: Special* rispetto che to th documen tratta di applicab a ciascu dell'equi l'altra sc L'ir avuto ac relatore process, sia garai maggior Rules; l'ICDR K accadere maniera nel codi presente gli arbitri riconosc Process: Sharia (Commer 54-55) I conferm i litigant ragionev parti inc tone (lc dall'arbi trattame principi suo art. l'area de la Tunis Sul process la proce 'The Mi Tactics: Rules a 396). La il profilc dell'Eng taluno c raggiun. Elephar grado d esso ad

sima (così  
menti che  
judici per  
arie leggi:  
ale, al fine  
n grado di  
rivare dal  
zera, degli  
tenza solo  
sì gli artt.  
l codice di  
i base alle  
assistenza  
ell'English  
?), 602 del  
infine una  
one 7 del  
di ridurre  
di cercare  
alidi quelli  
s). Anche  
itrato può  
urisdizioni  
cedimenti  
996; l'art.  
. In molte  
orma solo  
de che un  
re, which  
try or the  
e». Alcuni  
e le parti  
discovery"  
3 in *Arbi-*  
affrontato  
rezionalità  
condizioni  
tion) o di  
i generale,  
ella section  
orto di un

eterminate  
quando sia  
rando che  
prio caso.  
to presente  
ma di legal  
mulazione  
ale la parte  
arrow and  
nt Produc-  
ice, in ICC

*Bulletin: Document Production in International Arbitration* 57, 59-60 (2006 *Special Supplement*). Il tribunale potrebbe alternativamente esentare la parte dal rispetto dell'art. 3 (3) oppure ordinare all'avvocato di ciascuna parte di certificare che *to the best of that party's knowledge*, dopo un'attenta ricerca, non residua alcun documento che supporti il caso della propria controparte o *detracts its own case*. Si tratta di un'alternativa verosimilmente in conflitto con le regole deontologiche applicabili a molti avvocati di *civil law*. La stessa suddivisione del tempo spettante a ciascuna parte all'udienza può poi porre problemi di rispetto del principio dell'*equal treatment* (si pensi ad una parte che ha proposto 7 testimoni mentre l'altra solo 2).

L'intervento di Reza Mohtashami (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP) ha avuto ad oggetto l'*equal treatment* in relazione alla conduzione delle udienze. Il relatore ha ricordato i due pilastri che concorrono a costituire il principio del *due process*, ossia la parità di trattamento delle parti e la necessità che a ciascuna parte sia garantita un'opportunità di presentare il proprio caso. Principi codificati nella maggior parte dei moderni regolamenti di arbitrato (v. ad esempio l'art 15 (2) ICC Rules; l'art. 14 (1) LCIA Rules; l'art. art 14 (1) DIFC-LCIA Rules e l'art. 16 (1) ICDR Rules). Lo stesso dicasi per le leggi arbitrali nazionali, sebbene possa accadere che tali principi siano espressi con termini diversi o non siano espressi in maniera diretta (in Francia ci si riferisce ad esempio al principio del contraddittorio; nel codice di procedura civile dell'UAE (*Federal Law No 11 of 1992*) non è presente un equivalente diretto del termine *due process*, eppure nessuno dubita che gli arbitri che siedono in UAE siano vincolati ad un obbligo simile). Anche la Svaria riconosce il principio della parità di trattamento (v. N Majeed, *Good Faith and Due Process: Lessons from the Shari'ah*, (2004) 20 *Arb Int* 97, 106). Uno studioso della Sharia (e in particolare del regime del processo da questa disciplinata: S Saleh, *Commercial Arbitration in the Arab Middle East* (2nd ed, Hart Publishing, 2006) 54-55) ha messo in luce come il principio di parità di trattamento trovi indiretta conferma in una serie di disposizioni della stessa. Da quella che impone che a tutti i litiganti, maschi o femmine, ricchi o poveri, stranieri o cittadini, sia concesso un ragionevole accesso all'udienza, a quella che prescrive all'arbitro di rivolgersi alle parti indipendentemente dal loro grado sociale o posizione, in un *equally composed tone* (lo stesso modo in cui i litiganti sono seduti all'udienza — equidistanti dall'arbitro e alla stessa altezza entrambi — rimanda al principio della parità di trattamento). Tra le leggi che hanno espressamente codificato in maniera precisa il principio del *due process* vi è sicuramente la legge modello dell'UNCTRAL (v. il suo art. 18), nonché una serie di leggi di recente emanazione (v., ad esempio, per l'area del Medio Oriente, Dubai, l'Egitto, il Bahrain, l'Oman, l'Iran, la Giordania e la Tunisia).

Sul piano pratico-applicativo, è evidente che il rispetto della regola del *due process* può talvolta entrare in conflitto con il dovere dell'arbitro di assicurare che la procedura si svolga nella maniera più efficiente e rapida possibile (v. LY Fortier, *The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - «A few Plain Rules and a Few Strong Instincts»*, ICC Congress Series No. 9 (Kluwer, 1999) 396). La tensione che spesso emerge tra tali due principi (ben espressi, anche sotto il profilo della concomitanza nella stessa previsione normativa, dalla sezione 33 (1) dell'*English Arbitration Act 1996*, rispettivamente lett. A) e B)), ha fatto dire a taluno che l'arbitro è spesso costretto a «(...) walks a tightrope» nel tentativo di raggiungere un bilanciamento tra i due (così W Park: *'Arbitration's Discontents: of Elephants and Pornography'*, (2001) 17 *Arb Int* 263, 270). L'arbitro deve essere in grado di trovare il giusto equilibrio, anche perché qualunque decisione procedurale esso adotti, è difficile che essa non incida in un certo qual modo sulla paritaria

posizione delle parti (su tali profili v. E Schwartz, 'The Rights and Duties of ICC Arbitrators', *The Status of an Arbitrator* 67, 91). Si pensi alla concessione ad una parte di una porzione di tempo aggiuntivo per l'esame dei testimoni, oppure alla necessità di sentire personalmente una parte ma non l'altra. Un importante principio vigente nella *Sharia* — contenuto in un *hadith* (i.e. una sorta di compendio di detti e atti del profeta) — statuisce a questo proposito che la verità sostanziale deve prevalere sul formalismo procedurale (Saleh, *supra* n 5, 57). Tale approccio va seguito a maggior ragione nel contesto dell'arbitrato internazionale, in ragione della maggiore diversità dei litiganti e delle grandemente divergenti aspettative e competenze degli avvocati coinvolti. Prassi procedurali ammesse in un ordinamento possono infatti risultare del tutto sconosciute, ove non etiche e addirittura proibite, in un altro. L'udienza può essere considerata 'terreno di scontro' tra le due tradizioni di *civil law* e *common law*. Se nella tradizione di *civil law* le udienze sono di solito brevi, in quella di *common law*, anche in virtù dell'istituto della *cross examination*, tendono ad essere piuttosto lunghe. La durata di una settimana, se appare più che ragionevole, e forse persino lunga per un avvocato di *civil law*, può al contrario sembrare eccessivamente corta per uno di *common law*, al limite della violazione del principio del *due process*, se ritiene che non avrà un'occasione sufficiente per presentare il proprio caso. L'arbitro dovrà essenzialmente preoccuparsi che sia soddisfatto il diritto di azione, di difesa, e il principio del contraddittorio (l'art. 33 dell'*English Arbitration Act* del 1996 parla di «*reasonable opportunity to present their case*»), senza sentirsi impossibilitato a rigettare ulteriori *submissions* delle parti quando sia soddisfatto che le stesse hanno avuto l'opportunità di presentare il loro caso (così A] van den Berg, 'Organizing an International Arbitration: Practice Pointers, The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, L Newman & R Hill (eds) (Juris Publishing, 2004) 163, 165. La tendenza a livello internazionale è peraltro ammettere memorie scritte sempre più ampie, ivi incluse le deposizioni dei testimoni e le relazioni degli esperti a favore di udienze più brevi. Ciò non significa che le udienze stiano scomparendo, tutt'altro (nonostante il costo delle stesse): è tutt'ora inusuale che un caso sia deciso solo sulla base della produzione documentale. Quanto ai c.d. *surprise documents*, infine, e alla deduzione di ulteriori testimoni all'udienza o poco prima dell'inizio della stessa, si è osservato che la soluzione risiede nella predisposizione di un'agenda precisa e di rigide *procedural directions*. Nella prassi è tuttavia difficile che un tribunale escluda del tutto tali mezzi di prova *last minute*, temendo di incorrere in violazioni del diritto di difesa e di vedersi il lodo annullato nel paese di origine. Si tratta di una preoccupazione spesso frutto di un'erronea concezione del principio del *due process* (così E. Gaillard and J Savage (eds), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer, 2000) 695).

Uno dei profili senz'altro più delicati in relazione al tema del *due process* è quello della gestione e del controllo della procedura. Problema che attiene al rapporto tra autonomia delle parti e potere decisorio degli arbitri. Di questo ha parlato Antonias Dimolitsa (Dimolitsa & Associates, Atene), giurista con notevole esperienza nell'arbitrato internazionale, che ha esaminato in particolare l'aspetto del potere degli arbitri di introdurre *ex officio* nuove questioni di diritto. L'espressione inglese *new issues of law* fa riferimento a questioni di diritto e argomentazioni legali vertenti sul merito della controversia non invocati dalle parti. Precisa la relatrice che la nozione di potere è utilizzata in contrasto con quella di obbligo degli arbitri medesimi di sollevare questioni di ordine pubblico transnazionale (sul punto v. lo studio di L. G. Radicati di Brozolo, «L'illicéité "qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)», *Rev. Arb.* 2005, p. 529). Oggetto della relazione è stata in particolare la corretta applicazione del principio '*jura novit*

es of ICC  
re ad una  
pure alla  
ante prin-  
pendio di  
ziale deve  
roccio va  
ione della  
ve e com-  
linamento  
a proibite,  
ra le due  
enze sono  
ella cross  
imiana, se  
llaw, può  
mite della  
'occasione  
e preoccupa-  
ontraddit-  
e opportu-  
e ulteriori  
o l'oppor-  
ernational  
ernational  
i, 165. La  
sempre più  
a favore di  
, tutt'altro  
deciso solo  
nts, infine,  
nizio della  
un'agenda  
ile che un  
ncorrere in  
origine. Si  
el principio  
, Goldman

e process è  
: attiene al  
i questo ha  
on notevole  
re l'aspetto  
o. L'espres-  
mentazioni  
. Precisa la  
bligio degli  
e (sul punto  
": critère de  
os de l'arrêt  
ggetto della  
'jura novit

curia' da parte degli arbitri, sul quale si rimanda al Report per la conferenza biennale dell'ILA (Rio de Janeiro, agosto 2008), intitolato: «*Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*», elaborato dal Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association» (Rapporteurs M.W. Friedman e L.G. Radicati di Brozolo, Chairman: Filip De Ly). Per Demolitsa gli arbitri hanno il potere (anche se non l'obbligo) di accertare il contenuto della legge applicabile di loro iniziativa, dal momento che ciò costituisce un aspetto della loro missione di giudicare per la quale hanno ricevuto mandato dalle parti. Nei paesi di *civil law* si suole estendere anche agli arbitri il principio '*jura novit curia*' (è il caso del Belgio, della Francia, della Germania, della Svezia). Non mancano peraltro le sfumature e i *distinguo*. Del resto agli arbitri non è richiesto di conoscere il diritto nazionale al pari di un giudice statale, né sussiste per loro l'obbligo di condurre autonomamente le relative ricerche sul punto. In taluni casi l'applicazione all'arbitrato del principio *jura novit curia* è stata espressamente codificata da norme nazionali di legge, regolamenti arbitrali (si veda l'*UK Arbitration Act, Section 34 (2)(g)*, l'art. 22 (1) (c) LCIA *Arbitration Rules*) e da ultimo dall'ILA nella sua Risoluzione No. 1/2008, Rec. Nr. 7. La necessità di esaminare questioni di diritto *ulteriori* rispetto a quelle sollevate dall'attore si pone ad esempio in caso di contumacia della parte convenuta (per profili attinenti ad esempio alla giurisdizione: v. il famoso caso Westland, ATF 120 II 155, in Bull. ASA, 1994, p. 413; nonché, in dottrina, Christoph Müller, «*International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law*», Schulthess, 2004, p. 123). Più delicata l'ipotesi in cui l'arbitro decida di procedere *ex officio* all'analisi di questioni di diritto non emerse *in virtù della lacunosa e deficitaria difesa di una delle parti*. In gioco vi è il rapporto tra il potere discrezionale riconosciuto all'arbitro e il rispetto di taluni fondamentali principi quali l'imparzialità degli arbitri, il principio '*ne ultra petita partium*', il trattamento paritario delle parti e così via. È evidente che se l'iniziativa degli arbitri in relazione alle nuove questioni di diritto dovesse violare uno di tali principi, il lodo sarebbe annullabile o non riconoscibile (v. *New York Convention* (Article 5 (1)(b) e (c)). Non c'è dubbio, innanzitutto, che la sollevazione di nuove questioni di diritto impone necessariamente la concessione alle parti della possibilità di esprimere i loro commenti su tali questioni. Alcuni sistemi legali hanno adottato una posizione chiara su questo punto. Nel sistema francese, ad esempio, sia l'art. 16 (3) del nuovo codice di procedura (applicabile agli arbitrati internazionali sulla base dell'art. 1460), sia la dottrina e il *case law* convergono nell'affermazione del principio per cui le parti devono essere sentite in contraddittorio su tutti gli elementi, ivi incluse le nuove questioni di diritto sollevate *ex officio* da parte degli arbitri, che servono a fondare la decisione degli arbitri (v. Corte d'appello di Parigi, 14 ottobre 1993, in *Rev. arb.* 1994, p. 380, con nota di P. Bellet), pena l'invalidità del lodo (così corte d'appello di Parigi del 25 gennaio 1991, in *Rev. arb.* 1991, p. 651; di recente il giudice francese ha pronunciato due decisioni di annullamento del lodo proprio per questa ragione: corte di cassazione, 14 marzo 2006, in *Rev. arb.* 2006, p. 653, note G. Bollard e corte d'appello 19 giugno 2008, inedita). Non mancano peraltro ambiguità applicative e decisioni in senso più restrittivo. V. ad esempio la decisione della corte d'appello di Parigi del 25 novembre 1997, *Société VRV c/ Pharmachim*, in *Rev. arb.* 1998, p. 684, con nota di Georges Bollard (più in generale Matthieu de Boissésou, «*L'arbitre international et le problème de la qualification*» in *Liber amicorum Claude Reymond - Autour de l'arbitrage*, Litec, 2004, p. 29). Nell'ambito del diritto svizzero il principio *jura novit curia* è ritenuto vigente sia per gli arbitri che per i giudici nazionali. In giurisprudenza si invita in ogni caso l'arbitro a non prendere le parti di sorpresa (v., *ex multis*, Tribunale Federale Svizzero, 26 settembre 2007, 26 ASA Bulletin 1/2008, p. 152). Tale approccio appare meno

rigoroso di quello francese, e non sembra potersi enucleare una regola certa e univoca. Nel caso deciso dal Tribunale Federale Svizzero (30 settembre 2003, 22 ASA Bulletin 2/2004, p. 574), peraltro, un lodo è stato annullato proprio sulla base di questo criterio e in forza dell'applicazione dell'art. 190 al. 2 let.d LDIP. Per quanto riguarda le altre giurisdizioni nazionali, non sembra che il tema del rispetto da parte degli arbitri del *due process* allorché questi sollevino questioni di diritto sia stato trattato in maniera estesa, salvo forse la percezione che i giudici inglesi sono piuttosto inclini a imporre al tribunale di discutere con le parti sempre e comunque allorché sollevino nuove questioni di diritto (v. ad esempio la corte d'appello inglese in *Modern Engineering v/ Miskin* [1981] 1 Lloyd's Rep. 135; sul punto v. Bernard Hanotiau and Olivier Caprasse, «The review of arbitral awards by domestic courts» in *The review of international arbitral awards - Speakers' presentations, International Arbitration Institute Forum, Château du Clos de Vougeot*, 12-14 September 2008, p. 24). Su tali profili v. in ogni caso Carole Malinvaud, «Le pouvoir de l'arbitre de relever des moyens d'office: incertitudes et considérations pratiques» in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Law Faculty of Fribourg, Schulthess, 2008. A volte, infine, l'intervento dell'arbitro in relazione all'accertamento del contenuto della legge applicabile vien giustificato in ragione del coinvolgimento nella procedura di un ente statale, che implicherebbe un profilo pubblicistico tale da non consentire all'arbitro di tenere un atteggiamento troppo distaccato. Non pare però corretto ritenere decisivo tale elemento (su questa problematica v. in ogni caso il lodo reso sotto gli auspici dell'*Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (<http://ita.law.uvic.ca/documents/Bogdanov-Moldova-22September2005.pdf>) e il caso *Mitchell v. Congo* ICSID, ARB/99/7, 9 febbraio 2004 (<http://ita.law.uvic.ca/documents/mitchellannulment.pdf>)).

La discussione è poi proseguita con l'analisi dell'istituto del *witness conferencing*, una tecnica probatoria sempre più in voga nell'ambito dell'arbitrato commerciale internazionale (dapprima limitata all'esame orale di *expert witness*, indi gradualmente estesa ai c.d. *factual witnesses*). In virtù di essa i testimoni che devono rendere una deposizione in relazione a circostanze di fatto comuni compaiono contestualmente dinanzi al tribunale. In tal modo gli avvocati e i testimoni sono in grado di porre questioni ad altri testimoni. Le applicazioni pratiche di tale tecnica assumono in realtà forme diverse, a seconda del ruolo più o meno incisivo del tribunale arbitrale (semplice moderatore o di fatto principale interlocutore dei testimoni) e dell'utilizzo più o meno ampio della *cross examination*. L'affermazione di tale tecnica a livello internazionale fa seguito alla pubblicazione ad opera di un noto arbitro svizzero, Wolfgang Peter, di un articolo intitolato proprio *Witness Conferencing* (2002) che, visto il successo, è stato seguito nel 2004 da un *follow-up*, i.e. *Witness Conferencing Revisited*. Tra i vantaggi si segnalano: la contestualità temporale dell'esame, che consente al giudicante di mantenere ben impressi nella mente i risultati del confronto tecnico/fattuale, anziché sforzarsi di ricordare le due o più deposizioni magari a distanza di molto tempo l'una dall'altra; il risparmio di tempo, concentrandosi in un'unica sessione l'esame di più persone, senza che le stesse siano sottoposte a diversi esami sulla base delle stesse domande; la maggior attendibilità delle deposizioni raccolte, in quanto un esperto o testimone sarà maggiormente spinto a fare dichiarazioni veritiere sapendo di poter essere immediatamente contestato da un altro esperto o testimone.

Una discussione di grande interesse è stata quella affrontata dal *panel* moderato da Sally Harpole, *Council Member* dell'IBA *Legal Practice Division* e che ha visto tra i suoi *speakers* John Beechey, *Chairman* della Corte Internazionale di Arbitrato dell'ICC di Parigi, Micheal Schneider, membro dell'*advisory board* dell'IBA *Arab Regional Forum*, e Brigitte Stern, docente all'Università di Parigi. Si è esaminata l'applicazione del principio del *due process* nell'ambito di alcune fatti-

specie part  
dimenti in  
di conciliat  
particolare  
molte com  
aspetto si è  
in particol  
tenutasi a

Le pr  
di arbitrat  
etiche e s  
dell'arbitr  
ordinamen  
internazio  
domestico.  
paesi geog  
tedesco tr  
inglese. Pe  
occidentali  
scindibili p  
altre tradiz  
differenti  
la familiar  
prevale il  
zione nett  
arbitri. In  
tra le parti  
in maniera  
di caratter  
dalle alleg  
'corregger  
mento e la  
esempio, i  
nelle loro  
maniera c  
(così in p  
Tribunale  
1992, ATI  
la discuss  
consente  
all'arbitro  
sioni; facil  
di udienze  
al «prepar  
pre-trial o

Prop  
la problem  
figura del  
*Practice* (l  
mondo (i  
tradizione  
ed ha già  
una conc

una regola certa e settembre 2003, 22 o proprio sulla base . 2 let.d LDIP. Per il tema del rispetto uestioni di diritto sia giudici inglesi sono sempre e comunque la corte d'appello p. 135; sul punto v. *awards by domestic kers' presentations, de Vougeot*, 12-14 le Malinvaud, «*Les s et considérations aculty of Fribourg*, relazione all'accertato in ragione del cherebbe un profilo teggiamento troppo emento (su questa *Arbitration Institute ca/documents/Bog-longo* ICSID, ARB/ellannulment.pdf)). el *witness conferen* ll'arbitrato commer- *expert witness*, indi ssa i testimoni :ioni pratiche di tale più o meno incisivo ale interlocutore dei *tion*. L'affermazione one ad opera di un to proprio *Witness* 004 da un *follow-up*, mo: la contestualità e ben impressi nella si di ricordare le due altra; il risparmio di rsone, senza che le omande; la maggior o testimone sarà poter essere imme-

ata dal *panel mode* *Division* e che ha te Internazionale di *advisory board* del- ersità di Parigi. Si è ibito di alcune fatti-

specie particolari, quali: i procedimenti arbitrati con *truncated tribunals*; i procedimenti in contumacia; i procedimenti arbitrati in cui gli arbitri assumono il ruolo di conciliatori, mirando al raggiungimento di transazioni. Tale ultimo fenomeno, in particolare, è andato accrescendosi a dismisura negli anni recenti, dando luogo a molte combinazioni di carattere processuale note come *med-arb*. Di questo ultimo aspetto si è in particolare occupato Michael Schneider, che ha più volte richiamato in particolare il *Report* da lui stilato su questo tema per la ICCA Conference tenutasi a Seoul nel 1996.

Le pratiche applicazioni di tale meccanismo processuale (i.e. la combinazione di arbitrato e mediazione) risentono inevitabilmente delle differenze culturali, etiche e sociali (nonché delle differenze stesse nella concezione degli istituti dell'arbitrato e della mediazione) tra le varie tradizioni giuridiche e i diversi ordinamenti. Differenze che sussistono anche tra le prassi riconducibili all'arbitrato internazionale e quelle affermatesi nell'ambito di un sistema arbitrale puramente domestico. Vi possono essere al contrario sorprendenti somiglianze tra prassi di paesi geograficamente lontani. Può accadere, ad esempio, che un professionista tedesco trovi più familiare al suo modo di operare quello di un collega cinese che inglese. Per limitarci a qualche esempio, in alcune tradizioni giuridiche (quali quelle occidentali) l'indipendenza e imparzialità dell'arbitro sono ritenuti requisiti imprescindibili per l'esercizio della funzione di arbitro, mentre lo stesso non può dirsi per altre tradizioni (quale ad esempio quella cinese), in cui risultano prevalenti modelli differenti (l'appartenenza al gruppo, l'autorevolezza di cui si gode nella comunità, la familiarità con l'oggetto della controversia e così via...). In alcuni ordinamenti prevale il modello procedimentale c.d. *two staged process*, che vede una separazione netta tra attività delle parti e momento valutativo/deliberativo ad opera degli arbitri. In altri prevale un modello interattivo, instaurandosi un rapporto dialettico tra le parti e gli arbitri. Nell'ambito di quest'ultimo gli arbitri comunicano alle parti, in maniera esplicita o indiretta (ad esempio mediante l'adozione di alcune decisioni di carattere procedurale), le proprie impressioni ed opinioni circa quanto emerso dalle allegazioni e dal materiale probatorio, dando così modo alle parti stesse di 'correggere il tiro' in tempo utile per influenzare l'ulteriore sviluppo del procedimento e la decisione. Le regole di procedura del Tribunale Federale svizzero, ad esempio, richiedono che la corte richiami l'attenzione delle parti sulle omissioni nelle loro richieste di rimedio («*conclusioni*»), invitando le stesse a presentare in maniera completa i fatti e i mezzi di prova necessari per l'accertamento della verità (così in particolare l'art. 3 del *Swiss Federal Civil Procedure Act*): regola che il Tribunale Federale ha esteso all'arbitrato internazionale (decisione del 18 agosto 1992, ATF 118 II 359, par. E). La forma di interattività più intensa è però senz'altro la discussione orale che si svolge tra il giudice e le parti, che ha molti vantaggi: consente alle parti di chiarire i punti non compresi appieno dall'arbitro; consente all'arbitro di avere conferme o smentite su sue precedenti interpretazioni o impressioni; facilita il raggiungimento di una transazione. Ovviamente vi sono vari modelli di udienza in base alle diverse tradizioni giuridiche e ai vari ordinamenti (si pensi al «*preparatory debate*» svizzero: art. 35 del *Federal Civil Procedure Act*, alla c.d. *pre-trial conference* (v. la regola 16 delle *Federal Rules of Civil Procedure*)).

Proprio tenendo conto di tali differenze di tipo storico-culturale va inquadrata la problematica della combinazione tra arbitrato e mediazione (in generale sulla figura del conciliatore-mediatore v. H. Brown and A. Marriott, *ADR Principles and Practice* (London 1993) p. 108 *et seq.*). Essa si sta affermando in molte parti del mondo (in particolare in Germania, Svizzera e altri paesi vicini, oltre che nella tradizione cinese; recentemente anche negli USA, dove viene denominata *med-arb*) ed ha già trovato qualche applicazione nell'ambito dell'arbitrato internazionale. In una conciliazione che si svolge *al di fuori* di un procedimento giudiziale o arbitrale,

il conciliatore tende ad avere un maggiore ambito di manovra, potendo dare rilievo ad elementi *ulteriori* rispetto a quelli strettamente attinenti alla disputa, in modo da aumentare le probabilità del raggiungimento di un *settlement* che maggiormente soddisfi entrambe le parti. Quando invece la conciliazione si innesta su (e si svolge all'interno di) un arbitrato già pendente, l'ambito della controversia deferita all'arbitro può limitare la possibilità di manovra dell'arbitro/conciliatore. I limiti possono essere peraltro più o meno ampi, a seconda anche del contesto giuridico di riferimento: più rigidi in Germania: v. H. Raeschk-Kesler, "Der Vergleich im Schiedsverfahren", *Festschrift für Glossner* (Heidelberg 1994) p. 255 at p. 259; più labili in Svizzera: v. A. Buche, in *Bulletin ASA* (1995) p. 581, ove le transazioni possono essere registrate in giudizio e in arbitrato quali *consent awards* che includono elementi che stanno al di fuori del caso pendente. Negli Stati Uniti la c.d. *court annexed mediation* è una figura ricorrente e spesso imposta dalla legge stessa, che prevede la possibilità di aprire varie *mediation windows* nel corso di un procedimento arbitrale, anche ove i tentativi fatti in precedenza non avessero avuto successo. In Francia vi è la c.d. *judicial mediation*. Quando si avvede che vi sono spiragli per giungere ad una transazione il giudice nomina un *médiateur*, descritto anche come *consultant* o *expert*, che discute il caso con le parti fuori dal tribunale. Il mediatore fa poi un resoconto al giudice sui risultati conseguiti, sul successo o fallimento della mediazione, senza peraltro fornire alcuna informazione sul contenuto delle discussioni con le parti e sulle rispettive posizioni di queste ultime. Tale prassi si è sviluppata a partire dal 1968, in un periodo segnato da gravi crisi economiche e si applica ad una grande varietà di fattispecie: contratti, famiglia, proprietà immobiliare etc. In Inghilterra è stato emanato un *Practice Statement* per le *commercial courts* che contiene la raccomandazione a che il giudice, allorché si avveda che vi sono spiragli per tentare una conciliazione, inviti le parti ad agire in tal senso. Il giudice nel frattempo provvede ad aggiornare il procedimento.

Normalmente le parti in conflitto hanno una differente percezione dello stato della controversia e delle rispettive aspettative: ciò incide in maniera significativa sulla loro decisione se continuare il procedimento o procedere ad una transazione. Un decisivo contributo in tal senso è dato dalla manifestazione da parte dell'arbitro delle proprie opinioni circa alcuni aspetti critici e/o rilevanti della controversia. Si è osservato che niente persuade maggiormente le parti circa l'opportunità di una transazione di una *provisional judicial opinion* sul merito, detta anche *early neutral evaluation* ad opera dell'organo giudicante. Negli USA essa viene raccomandata con sempre maggiore frequenza al fine di pervenire ad una conciliazione (lo stesso vale per l'Inghilterra). Lo svolgimento del ruolo di conciliatore da parte dell'arbitro deve essere peraltro fatto con una certa cautela. *In primis* perché l'aspettativa delle parti è nel senso del conflitto e dello scontro con la rispettiva controparte, e le stesse potrebbero mal interpretare la condotta *conciliativa* dell'arbitro. È poi opportuno attendere, prima di sondare l'esistenza di un possibile accordo delle parti, che si sia compiutamente cristallizzato (a seguito di scambio delle memorie principali) il *thema decidendum*. Un approccio 'interventista' dell'arbitro, che si dovesse estrinsecare in una valutazione preliminare sullo stato della controversia, potrebbe incrinare la fiducia che le parti nutrono sulla sua imparzialità. Di conseguenza alcuni regolamenti permettono bensì che il giudice fornisca una *early neutral evaluation*; ma impongono che lo stesso si astenga da qualunque successiva attività nel corso del procedimento, salvo diverso accordo delle parti.

Nel caso in cui al tentativo di conciliazione segua l'arbitrato, si pongono alcune questioni: può l'arbitro succedere a sé stesso nel ruolo di conciliatore? Che utilizzo possono fare le parti di quanto emerso durante la conciliazione? L'opinione prevalente è che il conciliatore dovrebbe astenersi da ogni attività successiva di rilievo relativa alla disputa tra le parti, si tratti di fare l'arbitro, l'avvocato o il

testi  
anc  
28 I  
com  
com  
des  
succ  
pro:  
mis  
atti  
l'ac  
(si  
del  
Inte  
Col  
Rul  
mol  
rate  
rise  
ma  
di  
arb  
fall  
esp  
tra  
pro  
Tut  
mis  
il nad  
alc  
me  
seg  
ne  
risj  
pu:  
rar  
pu:  
tut  
pro  
rel  
fasDe  
Ta  
de  
Su  
zic  
re  
fin  
de

stendo dare rilievo  
spunta, in modo da  
che maggiormente  
sta su (e si svolge  
troveria deferita  
nciliatore. I limiti  
ntesto giuridico di  
*Der Vergleich im*  
255 at p. 259; più  
ove le transazioni  
*resent awards* che  
i Stati Uniti la c.d.  
dalla legge stessa,  
nel corso di un  
on avessero avuto  
vede che vi sono  
*édiateur*, descritto  
uori dal tribunale.  
iti, sul successo o  
razione sul conte-  
este ultime. Tale  
ato da gravi crisi  
ontratti, famiglia,  
*'ice Statement* per  
dice, allorchando  
ti le parti ad agire  
rocedimento.  
ezione dello stato  
niera significativa  
l una transazione.  
parte dell'arbitro  
a controversia. Si  
pportunità di una  
nche *early neutral*  
ne raccomandata  
liazione (lo stesso  
parte dell'arbitro  
l'aspettativa delle  
oparte, e le stesse  
È poi opportuno  
lle parti, che si sia  
orie principali) il  
si dovesse estrin-  
oversia, potrebbe  
. Di conseguenza  
na *early neutral*  
successiva attività

si pongono alcune  
tore? Che utilizzo  
ione? L'opinione  
vità successiva di  
o, l'avvocato o il

testimone. Tale posizione emerge chiaramente dalle *Uncitral Rules* ed è ribadita anche dalla giurisprudenza francese: v. la decisione della corte d'appello di Parigi, 28 luglio 1991, in *Rev. arb.*, 1991, p. 471-473; v. anche Jarrosson, per il quale la combinazione tra arbitrato e mediazione risulta «... *déplorable en ce qu'elle combinait des éléments qui devaient de par leur nature même rester étranger les uns des autres*». Non mancano però soluzioni che ammettono che un conciliatore succeda (a se stesso) in qualità di arbitro. È il caso degli Stati Uniti (ove si parla di procedura «*med-arb*»). Essa consiste nella nomina di un mediatore che, se e nella misura in cui il suo sforzo di componimento della disputa fallisce, prosegue la sua attività come arbitro e decide quelle questioni su cui le parti non hanno raggiunto l'accordo. La stessa combinazione è ammessa in Canada, Hong Kong e Singapore (si veda la *sect. 2A* del 1990 *Hong Kong Arbitration Ordinance* e la *sect. 16 (3)* del 1994 *Singapore International Arbitration Act*), nonché prevista dalle *Rules for International Commercial Arbitration and Conciliation Proceedings of the British Columbia International Commercial Arbitration Centre* e dalle *WIPO Mediation Rules*. In via generale è però necessario che vi sia il consenso delle parti, in quanto molti profili processuali propri della conciliazione (incontri e comunicazioni separate tra parti e arbitro — il c.d. *caucusing* —, incontri solo con il *chairman*, riservatezza di quanto emerso durante il tentativo di conciliazione, utilizzabilità del materiale prodotto in una fase successiva del procedimento, contenuto e modalità di presentazione di una *settlement proposal*) non sarebbero consentiti in un arbitrato, mettendo a rischio la validità del lodo. In via generale, se la conciliazione fallisce, le parti non possono produrre o allegare quanto si riferisce alle posizioni espresse, alle dichiarazioni rese, alle ammissioni fatte anche in vista di una possibile transazione, e alle reazioni dell'altra parte a questa proposta. Lo stesso dicasi per le proposte avanzate dal conciliatore (v. l'art. 11 delle *ICC Conciliation Rules*). Tuttavia la familiarità del conciliatore con la controversia può tornare utile nella misura in cui egli identifichi le questioni critiche emerse, raccomandando alle parti il modo migliore per risolverle (v. in questo senso le *WIPO Mediation Rules*).

La combinazione tra arbitrato e conciliazione è ben illustrata da alcuni esempi adottati dal relatore. In un caso, un procedimento arbitrale veniva interrotto per alcuni giorni e le parti inviavano *executives* con potere decisionale ad un *mini-trial meeting* dove ciascuna parte aveva 4 ore di tempo per presentare il proprio caso. A seguito di tale incontro il tribunale divideva la controversia in una serie di questioni, ne presentava una lista agli *executives*, rendeva nota la propria opinione sulle rispettive posizioni delle parti e chiedeva agli *executives* di negoziare le questioni punto per punto. Si giunse alla transazione con riferimento alla grande maggioranza delle questioni così sollevate. La combinazione tra arbitrato e conciliazione può dunque dare risultati molto soddisfacenti per entrambe le parti. Talvolta, tuttavia, può comportare un allungamento, anziché una riduzione, dei tempi della procedura. A volte, poi, possono sorgere problemi che non si porrebbero in relazione ad un normale processo di conciliazione (utilizzo di informazioni nella fase precedente, incontri separati con ciascuna delle parti etc.).

L'ultimo argomento affrontato durante il 12esimo *International Arbitration Day* è stato quello delle prove. Ci si è occupati in particolare delle *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, dando anche conto dei risultati cui è pervenuta l'indagine *on-line* condotta dal *Rules of Evidence Subcommittee* dell'*IBA Arbitration Committee*, nel decimo anniversario dall'adozione delle *Rules*, sull'eventuale necessità e opportunità di procedere ad una loro revisione, modifica o integrazione. Il *panel* ha aperto un dibattito su tali risultati, al fine anche di raccogliere ulteriori spunti e suggerimenti da sottoporre all'attenzione del *subcommittee*.

La Prof.ssa *Nayla Comair-Obeid* (docente di diritto internazionale presso la

Faculty of Law of the Lebanese University) ha ricordato l'utilità delle *Rules* nell'assistere avvocati e arbitri nell'ambito di procedimenti arbitrari internazionali, in cui confluiscono e si fondono diverse tradizioni giuridiche e diversi approcci alle singole questioni. La relatrice ha valutato l'opportunità di allargare l'ambito di applicazione delle *Rules* sì da comprendere profili sinora non espressamente regolati. Del resto le *IBA Rules* sono essenzialmente finalizzate ad integrare le previsioni normative e i regolamenti istituzionali o *ad hoc*, non certo a sostituirli integralmente. Le parti e il tribunale arbitrale sono pertanto liberi di adattarle alle particolari circostanze di ogni singolo caso. Nella prospettiva indicata la relatrice ha esaminato tre istituti, evidenziandone gli aspetti problematici: a) testimonianze (art. 4); ispezioni dei siti (art. 7); norme sulla riservatezza — o *rules of privilege* (proposed art. 10).

Con particolare riferimento alla testimonianza del terzo che non intende comparire volontariamente (commi 10 e 11 dell'art. 4), di norma il tribunale arbitrale può autonomamente, nel rispetto delle leggi vigenti nel luogo ove ha sede l'arbitrato, emettere nei suoi confronti una *subpoena injunction* o richiedere l'assistenza del giudice nazionale competente. I problemi sorgono quando tale testimone non è domiciliato nel territorio sede dell'arbitrato. La soluzione può trovarsi solo parzialmente nell'art. 4 delle *IBA Rules*. In un caso pratico in cui la relatrice era coinvolta in qualità di arbitro, il testimone era domiciliato negli USA, mentre l'arbitrato aveva sede in Giordania. L'art. 8 della legge giordana di arbitrato (No. 31 of 2001) statuisce che il tribunale può richiedere l'assistenza del giudice competente per ogni questione rilevante per la conduzione dell'arbitrato (tra cui chiamare un testimone o un esperto, emettere un ordine di produrre un documento etc.). A sua volta l'art. 4 (10) delle *IBA Rules* conferisce al tribunale arbitrale il diritto di prendere *whatever steps are legally available*. Si tratta di due previsioni in un certo senso complementari. Di solito i giudici della sede dell'arbitrato non sono molto propensi ad interferire con gli altri ordinamenti, come appunto avverrebbe in caso di testimone domiciliato al di fuori della loro giurisdizione. Si pone poi anche un problema di tempi. La procedura di *subpoena* di un testimone domiciliato all'estero è lunga e complicata, dovendo passare attraverso canali giudiziari e diplomatici. Può durare dai 6 ai 12 mesi e rischia di compromettere alcuni dei tradizionali vantaggi insiti nella scelta dell'opzione arbitrale. La parte richiedente deve poi fare ogni sforzo per assistere il giudice locale, altrimenti questo potrebbe smarrirsi nei meandri della burocrazia ministeriale e diplomatica. In relazione ad una tale eventualità sarebbe forse opportuno quindi che fosse apportata qualche modifica alle *Rules* al fine di predisporre una sorta di *road map*. Anche con riferimento agli altri due istituti, *on-site inspection* e *rules of privilege*, sono stati posti in luce alcuni problemi pratici. Nel caso dell'ispezione, ad esempio, una parte può concedere l'accesso al tribunale ma negarlo all'altra parte (al fine di tutelare segreti industriali o simili). In via di principio ciò non è consentito, ma il tribunale può ovviare all'*impasse* imponendo alla parte di consentire l'accesso quantomeno ai soli avvocati della controparte. In caso di ulteriore rifiuto, il tribunale può provvedere ad annullare l'ispezione, deducendo peraltro argomenti a sfavore della posizione della parte. Anche su questo punto le *IBA Rules* appaiono lacunose, e forse abbisognavano di un'adeguata integrazione.

A parte la necessità di integrare alcune lacune insite nelle previsioni delle *IBA Rules*, la relatrice ha richiamato l'attenzione sull'opportunità di provvedere ad una loro traduzione in lingue diverse dall'inglese o lo spagnolo, ad esempio l'arabo, per facilitarne maggiormente l'adozione in determinate aree geografiche. A ciò dovrebbero aggiungersi *trainings* per magistrati e avvocati, al fine anche di persuadere gli operatori locali della complementarietà di tali regole con le leggi in vigore nei loro

to l'utilità delle *Rules* arbitrali internazionali, e e diversi approcci alle li allargare l'ambito di ara non espressamente alizzate ad integrare le , non certo a sostituirli o liberi di adattarle alle a indicata la relatrice ha iatici: a) testimonianze 1 — o *rules of privilege*

terzo che non intende di norma il tribunale ti nel luogo ove ha sede *injunction* o richiedere si sorgono quando tale rato. La soluzione può un caso pratico in cui la i domiciliato negli USA, i giordana di arbitrato l'assistenza del giudice e dell'arbitrato (tra cui produrre un documento al tribunale arbitrale il tratta di due previsioni sede dell'arbitrato non ti, come appunto avvero giurisdizione. Si pone *poena* di un testimone issare attraverso canali schia di compromettere ione arbitrale. La parte locale, altrimenti questo eriale e diplomatica. In quindi che fosse appororta di *road map*. Anche *rules of privilege*, sono ezione, ad esempio, una ll'altra parte (al fine di non è consentito, ma il di consentire l'accesso o di ulteriore rifiuto, il do peraltro argomenti a o le *IBA Rules* appaiono re. nelle previsioni delle *IBA* ità di provvedere ad una , ad esempio l'arabo, per ografiche. A ciò dovreb e anche di persuadere gli e leggi in vigore nei loro

ordinamenti. Una maggiore diffusione delle stesse sarebbe senza dubbio utile in vista dell'uniformazione della prassi dell'arbitrato commerciale internazionale.

Salim Moollan, *barrister* a Londra e delegato delle isole *Mauritius* all'UNCITRAL, si è occupato delle *IBA Rules* nel peculiare contesto dell'arbitrato in materia di investimenti. Moollan si è chiesto in particolare se le *IBA Rules* debbano essere modificate per introdurre previsioni specifiche per tale categoria di arbitrati, che ha subito uno sviluppo notevolissimo nell'ultimo decennio. Per la precisione, secondo un *report* UNCTAD, dal 1987 (anno del primo procedimento ICSID) fino al 1998 si sono avuti solo 14 arbitrati ICSID sulla base di BITs, e si sono pronunciati unicamente due lodi. Ma tra la fine degli anni '90 e i primi anni del 2006 si sono avuti circa 219 arbitrati in materia di investimenti. Spesso le *IBA Rules* sono utilizzate in questi arbitrati, sia che gli stessi si fondino su accordi bilaterali (i c.d. BITs) sia che si fondino su accordi multilaterali (quali NAFTA). Vi sono delle innegabili differenze procedurali tra gli arbitrati in materia di investimenti e gli arbitrati *comuni*, prima tra tutte quella riguardante la riservatezza del procedimento, tutelata quasi come un dogma negli arbitrati comuni, ritenuta invece illegittima negli arbitrati in materia di investimenti, che inevitabilmente coinvolgono interessi pubblici.

Le *IBA Rules*, al momento della loro emanazione, senza dubbio riflettevano il comune sentire secondo cui la riservatezza costituiva un cardine ineliminabile dell'istituto arbitrale, ed una delle ragioni per cui le parti sceglievano l'arbitrato. Chiari in questo senso l'art. 3.12 e l'art. 9.3. Nel settore degli arbitrati in materia di investimenti vi è una sempre maggiore richiesta affinché la procedura sia svolta all'insegna della trasparenza. Si ritiene intollerabile che controversie che incidono sulla situazione giuridica ed economica di ampie categorie di cittadini siano decise «*behind closet doors*», senza alcuna possibilità per i contribuenti (che sono, dal punto di vista patrimoniale, i destinatari finali di eventuali pronunce di condanna nei confronti dello Stato) o per gruppi di interessi di monitorare l'andamento della procedura e, ove necessario, intervenire nella stessa mediante memorie, deposizioni, produzioni di mezzi di prova etc..

A partire dal 2003 si sono perciò avute delle aperture nel senso di una maggiore trasparenza della procedura da parte dei soggetti coinvolti in questi arbitrati. Si veda ad esempio lo *Statement of Canada on Open Hearing in NAFTA Chapter Eleven Arbitration* (7 ottobre 2003) in cui lo Stato del Canada dichiarava che: «(...) *it will consent and will request the consent of disputing investors and, as applicable, tribunal, that hearings in Chapter Eleven disputes to which it is a party be open for the public, except to ensure the protection of confidential information, including confidential business information*». Dichiarazione simile è stata resa anche dagli U.S.A. (*statement of the United States on open hearings in NAFTA Chapter eleven arbitrations*) e dal Mexico. Nel 2006 l'ICSID ha deciso di modificare il proprio regolamento per consentire ai terzi di intervenire in procedimenti arbitrali pendenti *inter alios* (*amicus curiae briefs and submissions*), sottraendo in tal caso alle parti qualunque potere di veto, nonché di partecipare alle udienze (permanendo peraltro in tal caso il diritto di veto delle parti). Si è altresì introdotto il principio della pubblicità del lodi. Sempre su questa linea va segnalato il *Procedural Order* n. 3 del tribunale costituito nel caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (ICSID case nr. Arb. 05/22), datato 29 settembre 2006, in cui si conferma l'esistenza di un indiscutibile *trend* verso la trasparenza negli arbitrati in materia di investimenti.

Si pone dunque il problema di conciliare tale *trend* con le *IBA Rules* allorché le si utilizzino nel settore degli arbitrati in materia di investimenti. Alcuni spunti possono ricavarsi dai lavori del *Working Group II* dell'UNCITRAL che a partire dalla 45sima sessione (Vienna, settembre 2006) hanno avuto ad oggetto la revi-

sione delle UNCITRAL Rules. Era subito apparso chiaro che la questione del rapporto tra trasparenza e riservatezza sarebbe senz'altro rientrata nel dibattito, in quanto le UNCITRAL Rules sono di frequente utilizzate nell'ambito degli arbitrati in materia di investimenti. Le norme di cui agli artt. 25.4 e 32.5 delle UNCITRAL Rules non agevolano certo la trasparenza del procedimento, avendo l'effetto di prevenire o comunque rendere molto difficile ogni intervento e dando a entrambe le parti un diritto di veto sull'intervento all'udienza e sulla pubblicazione del lodo. Al dibattito sono intervenute in qualità di osservatori 2 NGOs (*Centre for International Environmental Law* e *International Institute for Sustainable Development*) che hanno manifestato preoccupazione in relazione alla questione della trasparenza: preoccupazione condivisa da un numero significativo di stati. Si è messo in rilievo in particolare che le dispute in materia di investimenti sorgono nella maggioranza dei casi in settori attinenti a servizi pubblici quali acqua, gas, petrolio, elettricità, trasporti etc.. La popolazione civile ha dunque un evidente interesse a che durante e all'esito del procedimento siano comunque assicurati e garantiti i loro diritti e interessi relativi a tali settori. Si è poi fatto notare che i tribunali arbitrali hanno un ruolo enorme nell'attuare e sviluppare un settore essenziale del diritto internazionale qual è quello del diritto degli investimenti. Il *case law* in tale ambito, sebbene non vincolante in senso stretto, svolge un ruolo di primo piano nell'orientare i tribunali successivamente coinvolti in controversie simili a quella decisa in precedenza. Di qui l'importanza che al processo decisionale concorrono anche i soggetti maggiormente esposti al risultato di tali procedimenti, quali appunto i consumatori, gli utenti, i contribuenti etc. Per quanto riguarda le norme che tali NGOs avevano suggerito di modificare, si segnalano in particolare: l'art. 1 (forma del patto arbitrale), l'art. 3 (*notice of arbitration* e *statement of claim*), gli artt. 6-12 (nomina e ricazione degli arbitri), l'art. 15 (previsioni di carattere generale quali riunione di procedimenti, partecipazione di terzi ...), l'art. 25 (4) (pubblicità delle udienze), l'art. 32 (2) (diritto di appello) e l'art. 32 (5) (pubblicazione dei lodi). Alle preoccupazioni così manifestate la comunità arbitrale internazionale ha risposto mediante una dichiarazione resa dal *Milan Club of Arbitrators* in data 12 ottobre 2007, in cui si ribadiva il supporto per il principio generale della (e diritto alla) riservatezza nel diritto dell'arbitrato commerciale internazionale, ivi inclusi i procedimenti governati dalle UNCITRAL Rules. Si esprimeva invece parere contrario all'inclusione nelle nuove UNCITRAL Rules di norme specifiche per gli arbitrati in materia di investimenti, manifestandosi semmai disponibilità all'inserimento di mere *optional clauses* relative a specifici profili. Ad esse gli stati e gli investitori dovrebbero poter far ricorso nel contesto di una negoziazione di previsioni di *dispute resolution* per futuri trattati di investimento. Infine, durante la sessione *newyorchese*(2008) veniva letta una dichiarazione dello speciale rappresentante del segretario delle Nazioni Unite su *business* e *human rights*, Prof. Ruggie, che esprimeva pieno supporto ad aperture delle Rules nel senso di una maggiore trasparenza. La Commissione UNCITRAL ha ritenuto di non procedere all'esame della questione della trasparenza in sede di revisione delle Rules, ma di posticiparlo ad un momento successivo, in cui si sarebbe anche deciso quale forma tale esame avrebbe dovuto assumere: clausole modello, regole specifiche, mere linee guida etc.

Dai lavori dell'UNCITRAL Moollan invita a trarre alcuni spunti che possono tornare utili in vista della revisione delle IBA Rules on *Taking of Evidence*. Innanzitutto l'opportunità del coinvolgimento, nel lavoro di revisione, di gruppi di interesse pubblico portatori di istanze della comunità civile, e dunque non solo dell'*arbitration community*. Indi l'opportunità che le eventuali integrazioni alle Rules aventi ad oggetto soluzioni specifiche per gli arbitrati in materia di investimenti siano incluse in un *annex* alle Rules medesime, che le parti sono libere di opt

he la questione del  
rata nel dibattito, in  
mbito degli arbitrati  
5 delle UNCITRAL  
avendo l'effetto di  
e dando a entrambe  
blicazione del lodo.  
ts (*Centre for Inter-  
ustainable Develop-  
illa questione della  
ativo di stati. Si è  
vestimenti sorgono  
ci quali acqua, gas,  
lunque un evidente  
nunque assicurati e  
i fatto notare che i  
luppare un settore  
egli investimenti. Il  
, svolge un ruolo di  
olti in controversie  
processo decisionale  
li tali procedimenti,  
quanto riguarda le  
ilano in particolare:  
'ion e statement of  
t. 15 (previsioni di  
re di terzi ...), l'art.  
ello) e l'art. 32 (5)  
comunità arbitrale  
dal Milan Club of  
orto per il principio  
itrato commerciale  
CITRAL Rules. Si  
NCITRAL Rules di  
ifestandosi semmai  
specifici profili. Ad  
el contesto di una  
ati di investimento.  
dichiarazione dello  
business e human  
elle Rules nel senso  
na ritenuto di non  
di revisione delle  
rebbe anche deciso  
dello, regole speci-*

ipunti che possono  
king of Evidence.  
isione, di gruppi di  
e dunque non solo  
li integrazioni alle  
materia di investi-  
i sono libere di opt

into qualora lo ritengano opportuno. Infine, nonostante lo stato di continua evoluzione del settore degli arbitrati in materia di investimenti, si dovrebbe mirare alla formulazione da parte dell'IBA di *best practices* che possano essere d'aiuto alle parti e agli arbitri.

Con riferimento infine alla questione specifica della produzione di documenti nell'arbitrato internazionale (art. 3 delle IBA Rules) si segnala l'intervento del Prof. Hilmar Raeschke-Kessler, avvocato presso la Corte Suprema Federale tedesca, che si è concentrato sulla disciplina processuale relativa a documenti che una parte intende produrre quale mezzo di prova a suo favore ma che sono in possesso dell'altra parte o di un terzo (art. 3 sect. 2-8). Si pone in tal caso un'inevitabile tensione tra diritto alla prova e principio dispositivo. Le IBA Rules, nella parte che qui rileva, si fondano su 4 principi: 1) non sono ammesse le *pre-trial discoveries* in stile USA, né le c.d. *fishng expeditions*, né una *general discovery procedure* (v. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, pp. 430 et seq.; Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer 1994, p. 837; Bernstein/Tackabery/Mariott/Wood, *Handbook of Arbitration Practice*, Sweet & Maxwell 1998, 2-308). È richiesta la descrizione precisa dei documenti, dovendosi in particolare identificare il presunto autore o recipiente del documento, la data o il periodo presunto nel quale il documento è stato formato, il presunto contenuto del documento. Si può anche richiedere la produzione di una *narrow and specific (...) category of documents* (art. 3 sect. 3 (a) (ii)); 2) in base ai regolamenti arbitrali delle principali istituzioni arbitrali un tribunale deve stabilire i fatti della causa *by all appropriate means* (così l'art. 20 sect. 1 ICC-Rules o l'art. 22.1 (c) LCIA-Rules). Ciò ha sempre incluso la facoltà del tribunale di ordinare ad una parte di introdurre nel procedimento alcuni documenti in suo possesso e richiesti dalla controparte (v. Jarvin, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin, The new 1998 ICC-Rules of Arbitration*, 1997, p. 40); 3) la decisione se una parte debba o meno, anche contro la sua volontà, introdurre o no dei documenti in suo possesso nel procedimento spetta sempre al tribunale arbitrale, cui unicamente deve rivolgersi la richiesta dell'altra parte: di conseguenza quest'ultima non può, al fine di ottenere tali documenti, rivolgersi a un giudice statale formulando un'istanza cautelare (v. art. 9 Legge Modello dell'UNCITRAL); 4) infine, l'unico modo che la parte richiasta della produzione ha per opporsi è sollevare una delle obiezioni indicate all'art. 9 sect. 2, di cui il tribunale ha l'obbligo di verificare la fondatezza. Tra queste si segnalano: a) l'assenza di sufficiente rilevanza o decisività per la decisione della causa; b) la sussistenza di un *legal impediment or privilege*; c) la possibile esposizione di una parte, in caso di adempimento all'ordine del tribunale, ad un *unreasonable burden* per la stessa; d) l'esistenza di *compelling grounds of political sensitività*. In ogni caso, il mancato adempimento di una parte all'obbligo di produrre un documento legittima il tribunale a trarre conclusioni ad essa sfavorevoli in relazione a quelle questioni per cui i documenti richiesti erano rilevanti.

ALBERT HENKE