

INTRODUZIONE

“Lawsuits would tend to increase to a frightful extent if people were not afraid of the tribunals [...] I desire therefore that those who have recourse to the courts should be treated without any pity and in such a manner that they shall be disgusted with the law and tremble to appear before a magistrate. In this manner [...] good citizens who may have difficulties among themselves will settle them like brothers by referring to the arbitration of some old man or the mayor of the commune. As for those who are troublesome, obstinate and quarrelsome, let them be ruined in the law courts.”

*Imperatore K'ang Hsi*¹

L'aneddoto dell'editto promulgato dall'imperatore Manciu, *K'ang Hsi*, riportato dal Professor William Park nell'introduzione alla 2002 *Freshfields Lecture*² è significativo sotto il profilo dell'esigenza storica di un metodo alternativo di risoluzione delle controversie che coinvolga uno o più soggetti terzi imparziali solitamente scelti in accordo dalle parti in conflitto e la cui

¹ Frank Johnson Goodnow, *“The Geography of China: The Influence of Physical Environment on the History and Character of the Chinese People”* in *“National Geographic Magazine”* No. 51 (June), National Geographic Society, Washington, D.C. (1927) 651, p. 661–662. L'articolo riporta parte di quanto decretato con un editto dell'inizio del XVIII secolo con cui l'imperatore Manciu, K'ang Hsi aveva intrapreso una riforma legislativa in Cina in risposta ad una petizione sulla corruzione dei giudici.

² Tenuta il 4 dicembre 2002 alla School of International Arbitration, Centre for Commercial Studies, Queen Mary, University of London e contenuta in William W. Park, *“The 2002 Freshfields Lecture - Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion”* in *“Arbitration International”*, Vol. 19, No. 3, pp. 279-300, Kluwer Law International, The Hague (2003) p. 279-280.

decisione è vincolante ³, ma soprattutto evidenzia uno dei motivi per ricorrervi: la speranza di evitare, con la decisione del capo del villaggio o dell'*amicus communis* ⁴, un sistema giuridico male amministrato.

Tuttavia, le ragioni per ricorrere all'arbitrato, soprattutto in ambito internazionale, sono molteplici.

Anche in virtù dello sviluppo del commercio mondiale a cui si è assistito a partire dal secondo dopoguerra del secolo scorso, l'arbitrato si è imposto negli ultimi sessant'anni come il principale strumento alternativo per la risoluzione di controversie commerciali internazionali e quindi fondamentale alla cooperazione economica internazionale.

In assenza di mezzi affidabili per la risoluzione delle controversie transazionali, molte transazioni "creatrici di ricchezza" non si concluderebbero, o si concluderebbero con costi più alti che riflettono l'assenza di meccanismi diretti alla rivendicazione di diritti contrattuali ⁵.

Alla base del favore verso l'arbitrato internazionale, occorre evidenziare innanzitutto il fatto che non vi è un'alternativa costituita da una corte internazionale dotata di giurisdizione per controversie civili o commerciali e quindi, l'arbitrato internazionale consente di evitare l'eventuale pregiudizio o la faziosità di un tribunale straniero o la trattazione di cause parallele in paesi diversi. Nonostante ciò, gli svantaggi del ricorso ad un tribunale nazionale non sono del tutto eliminati dal momento che arbitri e parti portano con sé il "*bag and baggage*" ⁶ delle loro rispettive culture legali.

³ Definizione di "Arbitration" fornita da Bryan A. Garner (*Editor in chief*), "*Black's Law Dictionary*", Thomson/West, St. Paul, MN, 2006. Traduzione dell'autore.

⁴ Carmine Punzi, "*Disegno sistematico dell'arbitrato*" Cedam, Padova (1999), p.13.

⁵ William W. Park, "*Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change*", in "Arbitration of International Business Disputes Studies in Law and Practice", Oxford University Press, Oxford (2006), p. 2.

⁶ Yves Derains "*Toward Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals - A Continental Viewpoint*", in "Document Production in International Arbitration". A Special Supplement to the ICC International Court of Arbitration Bulletin No. 676, ICC Publication, Paris (2006), p. 83.

Un vantaggio riconosciuto unanimemente all'arbitrato è costituito dall'assenza di strette regole procedurali. Più precisamente, le regole sull'arbitrato spesso prevedono una serie di passaggi da effettuare, ma i dettagli relativi alla regolamentazione della procedura da seguire sono generalmente lasciati all'accordo tra le parti, all'indicazione dell'arbitro o ad una combinazione delle due opzioni. In ogni caso, entro i limiti dei requisiti di *public policy* imposti dalla *lex loci arbitri*⁷.

Il principio guida per la determinazione della procedura da seguire nell'arbitrato internazionale è l'autonomia delle parti.

Il problema della prova

L'autonomia delle parti costituisce uno degli elementi fondamentali che caratterizzano l'arbitrato internazionale ma, al contempo, è fonte di uno dei principali problemi che si riscontrano in materia, in virtù dell'incertezza che determina, specialmente nella disciplina della prova.

Occorre considerare che, come spiegano Redfern e Hunter nella loro "iconica" monografia⁸, la dimensione internazionale dell'arbitrato si determina attraverso i due criteri, individualmente o congiuntamente, della natura della controversia e della nazionalità delle parti⁹.

Inoltre, la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*¹⁰ combina i due criteri citati e ne introduce un terzo costituito dall'ipotesi di foro convenzionale estero rispetto alle parti.

⁷ Alan Redfern et Martin Hunter, "Law and practice of international commercial arbitration" 4 Ed., Sweet & Maxwell, London (2004), p. 314.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (with amendments as adopted in 2006)*, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration.html

In base alla *Model Law* un arbitrato è internazionale se:

“(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or

(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:

(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;

(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or

*(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.”*¹¹

Detto questo, risulta evidente come l'incertezza relativa alla disciplina da applicare alla prova, pur non determinando di per sé alcuna difficoltà in quanto soggetto anch'essa, come il resto della disciplina da applicare alla procedura, all'autonomia delle parti, comporta più di un problema quando è sovrapposto al fatto che il regime probatorio è regolato in termini radicalmente diversi nei sistemi di *Common* e *Civil Law* e spesso all'interno dello stesso sistema giuridico.

Gli “attori principali” in un arbitrato internazionale sono l'arbitro o gli arbitri che costituiscono il collegio¹² e gli avvocati che rappresentano le parti che, come visto, possono provenire e generalmente provengono da paesi

¹¹ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, cit., Articolo 1(3).

¹² D'ora in avanti si indicherà con “arbitro” sia il singolo arbitro sia il collegio arbitrale, soluzione quest'ultima, certamente più diffusa nella pratica internazionale dell'arbitrato.

diversi e che quindi avranno diverse culture giuridiche oltreché diverse sensibilità, costumi, abitudini e persino diverse regole di etica professionale.

Quando un arbitrato coinvolge arbitri ed avvocati che condividono molto poco quanto a cultura legale, l'assenza di *standard* procedurali prestabiliti determina particolari problemi, il che è ironico, se si considera che la flessibilità è comprensibilmente considerata il miglior sistema per affrontare le diversità culturali. Il problema risiede nella mancanza di "riferimenti interculturali comuni"¹³ poiché le parti possono accettare un giudizio che segua uno schema comune. Norme procedurali prestabilite possono ridurre il rischio che una parte possa nutrire il sospetto che l'arbitro abbia stabilito le misure da adottare solo dopo aver valutato quale delle due parti ha bisogno di essere favorita¹⁴.

Senza aspettative condivise sullo svolgimento "regolare" della procedura i contendenti non possono avere percezione di ciò che è giusto e quindi, l'assenza di *standard* fissati anticipatamente, pur rendendo in talune circostanze il ruolo dell'arbitro meno ingombrante, può generare una sensazione di disuguaglianza di trattamento nelle parti¹⁵.

L'esistenza di riferimenti diversi determina che qualsiasi scelta effettuata ex post dall'arbitro si allontani dal senso di integrità procedurale di una o dell'altra parte. Istituti che costituiscono diritti processuali riconosciuti in una determinata cultura giuridica possono essere sconosciuti, contrari all'etica o proibiti in una diversa cultura giudica. Basti pensare all'istituto tipicamente anglosassone del "*pre-trial witness interview*", per non parlare poi dell'ipotesi, questa invece specifica della tradizione statunitense, del "*witness*

¹³ William W. Park, "*The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments*" in L. Mistelis & J. Lew (Editors), "*Pervasive Problems in International Arbitration*", p. 141, Kluwer Law International, The Hague (2006), p. 150.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

coaching”. Se da un lato, un avvocato americano potrebbe risultare professionalmente negligente se non preparasse un testimone quantomeno sul tipo di domande a cui verrà sottoposto in udienza, dall’altro, ad esempio, il Codice di Deontologia degli avvocati italiani ¹⁶ prevede che:

*“L’avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto dei procedimenti con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti.”*¹⁷

Nella pratica attuale, questi conflitti vengono superati principalmente attraverso l’esercizio della discrezionalità dell’arbitro. Molti statuti arbitrali moderni ¹⁸ ed i regolamenti dei principali organismi specializzati ¹⁹ prevedono misure che attribuiscono alle parti libertà di determinazione delle regole relative all’assunzione di prove nell’arbitrato, ma in caso di mancato accordo tra le parti, come è spesso il caso, le stesse norme attribuiscono all’arbitro amplissima discrezionalità. Un chiaro esempio è fornito dal *LCIA Arbitration*

¹⁶ Codice di Deontologia. Approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997, con le modifiche introdotte il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002, il 27 gennaio 2006, il 14 dicembre 2006 e il 27 giugno 2008, <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/codice-deontologico-forense.html>

¹⁷ *Ibidem*, Articolo 52 (Rapporti con i testimoni).

¹⁸ Ad es. *Arbitration Act 1996* c.23 inglese, Section 34 (1) “*It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter*”; *Zivilprozessordnung* tedesco, § 1042 (4) “*Soweit eine Vereinbarung der Parteien nicht vorliegt und dieses Buch keine Regelung enthält, werden die Verfahrensregeln vom Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt. Das Schiedsgericht ist berechtigt, über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden, diese durchzuführen und das Ergebnis frei zu würdigen*”; *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Article 19 (1) “*Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings*”; Codice di Procedura Civile italiano, Articolo 816 bis “*Le parti possono stabilire nella convenzione d’arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell’arbitrato*”.

¹⁹ Ad Es. *London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules (Effective 1 January 1998)*; *International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (in force as from 1 January 2012)*.

Rules il quale prevede all' Articolo 14 che:

“14.1 The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings and they are encouraged to do so, consistent with the Arbitral Tribunal's general duties at all times:

(i) to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent; and

(ii) to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair and efficient means for the final resolution of the parties' dispute.

Such agreements shall be made by the parties in writing or recorded in writing by the Arbitral Tribunal at the request of and with the authority of the parties.

14.2 Unless otherwise agreed by the parties under Article 14.1, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration.

*14.3 In the case of a three-member Arbitral Tribunal the chairman may, with the prior consent of the other two arbitrators, make procedural rulings alone.”*²⁰

Dunque, all'arbitro è attribuito un potere da esercitare con la massima discrezionalità, dopodiché, nella pratica, le soluzioni adottate relativamente all'assunzione delle prove sono spesso il risultato di un compromesso che l'arbitro, talvolta con la partecipazione delle parti, considera giusto e adeguato alle circostanze. L'Arbitro di controversie internazionali, tuttavia, è il più delle volte un avvocato, formatosi principalmente in un determinato sistema con una specifica tradizione legale, che ha un'esperienza maturata esercitando in una determinata giurisdizione e che quindi ha più familiarità con un modello di assunzione e valutazione delle prove che, verosimilmente, considera “giusto ed adeguato”.

Il problema che emerge, e che rappresenta il fulcro di questo lavoro, è proprio questo: quand'è che il procedimento di assunzione e valutazione delle prove, nell'ambito di un arbitrato tra due parti con culture giuridiche distinte, è veramente giusto e adeguato?

Gli statuti, i trattati e i regolamenti degli organismi specializzati offrono molto poco in termini di *standard* fissi sulla procedura istruttoria. Per riempire questo vuoto lasciato dalla carenza di “*hard law*”²¹, sono intervenuti enti non-governativi che hanno predisposto delle linee guida procedurali, che possono essere definite “*soft law*”²² in contrapposizione con le precedenti.

Con questo lavoro si intende verificare gli elementi che contribuiscono a determinare il *cultural divide* tra sistemi di *Civil law* e *Common law*

²⁰ http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article14
(ultimo accesso 20.03.2012)

²¹ William W. Park “*Procedural Evolution in Business Arbitration: Three Studies in Change*”, cit., p. 44.

²² *Ibidem*.

nell'ambito della prova nelle controversie civili e commerciali e analizzare l'esempio di *soft law* che oltre ad essere il più recente, rappresenta il più completo e organico tentativo di armonizzazione tra sistemi diversi in tema di procedure istruttorie: le Regole dell'International Bar Association sull'assunzione delle prove nell'arbitrato internazionale²³.

²³ D'ora in avanti "Regole IBA sull'assunzione delle prove" o "Regole IBA". Adottate con delibera dell'International Bar Association Council del 29 maggio 2010.

CAPITOLO I

“Cultural Divide”

Nel Libro della Genesi si racconta l’episodio della Torre di Babele con cui si dá conto del progetto di Dio affinché gli uomini si dividessero la Terra e la popolassero e nel contempo si spiega l'origine mitologica delle differenze di linguaggio tra gli uomini ²⁴.

All’origine delle differenze tra i vari sistemi giuridici ed in particolare tra i sistemi di *Common* e di *Civil Law* non c’è probabilmente una volontà reprimenda di un entità divina superiore, ma il risultato finale è certamente paragonabile: uomini che parlano un linguaggio giuridico diverso e che spesso fanno fatica a comprendersi.

In realtà, i metodi in cui i diversi aspetti sostanziali e procedurali vengono affrontati nelle diverse tradizioni giuridiche, sono il frutto di distinte evoluzioni storiche che hanno visto, nei diversi sistemi, alternativamente, momenti di adeguamento e momenti di reazione alle varie vicende che hanno contraddistinto la storia dei paesi del continente europeo e del mondo anglosassone.

Il risultato di tali evoluzioni storiche diverse è quello di aver prodotto il cosiddetto *“cultural divide”* in cui i diversi sistemi, che pur hanno alcune

²⁴ *“Tutta la terra aveva una sola lingua e le stesse parole. Emigrando dall'oriente gli uomini capitarono in una pianura nel paese di Sennaar e vi si stabilirono. Si dissero l'un l'altro: "Venite, facciamoci mattoni e cociamoli al fuoco". Il mattone servì loro da pietra e il bitume da cemento. Poi dissero: "Venite, costruiamoci una città e una torre, la cui cima tocchi il cielo e facciamoci un nome, per non disperderci su tutta la terra". Ma il Signore scese a vedere la città e la torre che gli uomini stavano costruendo. Il Signore disse: "Ecco, essi sono un solo popolo e hanno tutti una lingua sola; questo è l'inizio della loro opera e ora quanto avranno in progetto di fare non sarà loro impossibile. Scendiamo dunque e confondiamo la loro lingua, perché non comprendano più l'uno la lingua dell'altro". Il Signore li disperse di là su tutta la terra ed essi cessarono di costruire la città. Per questo la si chiamò Babele, perché là il Signore confuse la lingua di tutta la terra e di là il Signore li disperse su tutta la terra.”*
(Libro della Genesi 11, 1-9).

affinità o meri punti di contatto tra loro, producono regole procedurali ed istruttorie in modo particolare che spesso, viste dalla sponda opposta, appaiono incomprensibili, inconcepibili, ingiuste o contrarie all'etica.

I due lati del “*divide*”: Common law e Civil law a confronto

Tra le fondamenta del sistema giuridico di Common law sta la nozione, o meglio la cultura, del “*trial*”, inteso quale momento culminante del processo.

Il momento del *trial* è quello in cui le parti si affrontano per aggiudicarsi la vittoria nella disputa che le vede contrapposte. In tal senso nel lessico di *Common law* la parola *trial* assume significato emblematico del modello di processo inteso come “contesa” che oppone, cioè, un avversario all'altro: il cosiddetto “*adversary system*” o modello “accusatorio” in contrapposizione con il cosiddetto “*inquisitorial system*” o modello “inquisitorio”.

L'importanza del *trial* quale tratto caratterizzante il sistema di *Common law*, si spiega storicamente in rapporto a due istituti-cardine dell'evoluzione di tale sistema: il “*pleading*” e la giuria ²⁵.

Al concetto di *pleading* sono riconducibili due fondamentali principi di logica processuale: innanzitutto il principio secondo cui la verità di fatti allegati e non contestati non può essere oggetto di prova, in quanto si dà per ammessa dalla parte che avrebbe potuto farne oggetto di contestazione; ed il principio secondo cui il giudice non può avere cognizione di fatti che sono stati allegati dalle parti e quindi tali fatti non possono essere sottoposti a giudizio. Nella logica del *pleading* dunque, sono le parti che provvedono, in via preventiva e in contraddittorio, a definire il *thema probandum*, su cui dovrà poi intervenire l'accertamento dei fatti mediante le relative prove,

²⁵ Luigi Moccia, “*Comparazione Giuridica e Diritto Europeo*”, Giuffrè Editore, Milano (2005), p. 301.