DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE
Anno XXIV Fasc. 3 - 2010

Diego Corapi

«*IURA NOVIT CURIA*» NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE

Estratto

Milano • Giuffrè Editore

SAGGI

DIEGO CORAPI

«*IURA NOVIT CURIA*» NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE (*)

1. Premessa. — 2. La massima *iura novit curia*. — 3. L'applicazione del diritto straniero. — 4. *Iura novit curia* negli arbitrati internazionali. — 5. La Risoluzione dell'International Law Association. — 6. Questioni nell'applicazione della massima *iura novit curia*. — 7. *Iura novit curia* e rischio di ultrapetizione. — 8. *Iura novit curia* e usi del commercio internazionale.

1. *Premessa.*

Secondo il *conventional wisdom*, la massima *iura novit curia*, per cui il giudice può impostare e risolvere le questioni di diritto oltre il limite del principio dispositivo, si rinviene soltanto negli ordinamenti che appartengono alla tradizione europea continentale, ovvero alla c.d. *civil law*.

Si afferma invero che negli ordinamenti di *common law* il *law finding* del giudice per risolvere le questioni di diritto segue le stesse regole processuali del *fact finding*. In modo semplicistico si arriva a dire che anche il *law finding* è una questione di fatto.

Va notato che negli ordinamenti di *common law* questa affermazione non si riferisce soltanto al caso in cui il giudice deve applicare un diritto diverso dalla *lex fori*.

In quel caso, invero, anche negli ordinamenti di *civil law* la questione viene posta in modo diverso e l'affermazione che la ricerca del diritto straniero applicabile è da assimilare ad una questione di fatto viene tuttora largamente sostenuta. Ma ciò avviene per ragioni profondamente diverse che, in particolare negli ordinamenti di *civil law*, si radicano nella tradizionale concezione dell'ordinamento come sistema chiuso che esclude la rilevanza di fonti ad esso esterne.

(*) Il presente studio trae origine dalla relazione presentata al Convegno organizzato dalla ICC di Parigi e dall'ISSA - Istituto Superiore di Studi per l'Arbitrato e svoltosi a Roma il 5 febbraio 2010, ed è destinato agli studi in onore di Ugo Draetta.

Nell'arbitrato internazionale, in cui il diritto applicabile è per definizione sempre straniero rispetto alle parti e agli arbitri o, più esattamente, non esiste una *lex fori*, la massima *iura novit curia* è messa in discussione ancor più fortemente, creando nello svolgimento dei procedimenti incertezze che i tribunali arbitrali hanno finora risolto con considerazioni di buon senso, basate sul principio di *fairness* e di collaborazione in buona fede che deve presiedere al loro operato e al comportamento delle parti.

Nel tentativo di uniformare e di diffondere le buone pratiche arbitrali, la *International Law Association* ha adottato, nella sua 73ª Conferenza tenutasi a Rio de Janeiro nel 2008, una risoluzione che raccomanda agli arbitri di seguire nell'accertamento dei contenuti del diritto applicabile ad una controversia una serie di criteri basati sulla considerazione generale del rispetto del *due process* e della *public policy* e della necessità di procedere in modo *fair* nei confronti delle parti (1).

La riflessione su questi criteri e, soprattutto, un'analisi comparatistica sulle ragioni per cui si pongono diversamente nei diversi ordinamenti e sull'impatto che essi hanno nell'arbitrato internazionale è ancora da sviluppare, anche se si possono già incontrare contributi interessanti (2).

Un riesame della questione e qualche ulteriore riflessione che aiuti a comprendere il significato di queste soluzioni possono essere quindi opportune.

A questo fine, nel presente contributo verrà esaminata anzitutto la portata della massima *iura novit curia* nell'ambito della tradizionale distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

Successivamente si cercheranno di comprendere le ragioni del diverso ruolo che la massima svolge nel contesto di un arbitrato internazionale e si prospetteranno alcune questioni che si pongono in tale contesto.

2. *La massima* iura novit curia.

Iura novit curia non indica una presunzione che il giudice sia a conoscenza del contenuto del diritto applicabile ai fatti della controversia, ma, come si è detto, esprime la regola per cui il giudice nello svolgere il compito di ricercare il contenuto del diritto applicabile non è limitato dal principio dispositivo, non deve cioè giudicare *iuxta alligata et probata*.

Intesa la massima in questi termini, si comprende come la sua applicazione non dipenda in realtà dalla antitesi tra questione di fatto e questione di diritto, che per altri versi è, invece, certamente fondamentale nella struttura del processo della tradizione giuridica occidentale.

In realtà, questione di fatto e questione di diritto sono in concreto sempre strettamente connesse e la loro formulazione e soluzione nel processo contenzioso non procede in modi radicalmente distinti (3).

Nella formulazione delle questioni di fatto, che, secondo il principio dispositivo, spetta esclusivamente alle parti, viene da esse deciso cosa contestare e cosa ammettere in base ad una strategia processuale che richiede una valutazione giuridica dei fatti e quindi anche delle questioni di diritto ad essi sottese.

Di qui la conseguenza che, come ha rilevato uno dei maestri del nostro diritto processuale, Salvatore Satta, sotto il profilo probatorio non vi è differenza tra accertamento dei fatti e accertamento delle regole ad essi applicabili. Da questo punto di vista anche il diritto costituisce un fatto: un «fatto normativo» (4).

Le caratteristiche di questo «fatto normativo», il suo porsi come un dato di cultura e di esperienza giuridica affine ai dati che derivano dalle massime di esperienza comune o dai fatti notori accessibili a persone di media cultura, fanno sì che il giudice, in quanto dotato di quella specifica cultura ed esperienza giuridica necessaria alla sua acquisizione sia in grado di svolgere il compito del suo accertamento anche al di là della prova che ne offrono le parti (5). Le stesse parti, del resto, attraverso l'assistenza tecnica fornita dai loro avvocati, sono in grado di condividere quella specifica cultura ed esperienza.

Si può quindi comprendere da un lato, come nella struttura del processo nei diritti continentali, dove il giudice è un tecnico esperto del diritto che viene selezionato perché esamini e decida ogni aspetto della controversia, la bilateralità del rapporto processuale e il carattere contraddittorio del giudizio che impongono il principio dispositivo, non valgano però ad imporlo con riferimento alla prova dei «fatti normativi».

Si può comprendere, d'altro lato, la diversa soluzione raggiunta negli ordinamenti di *common law*, dove il principio dispositivo discende dalla rigida e immutabile definizione del *petitum* propria dell'antico sistema dei *writs* (ovvero delle forme di azione tipizzate e vincolanti per il ricorrente, come le «*formulae*» del diritto romano (6)) e dove per l'eredità del processo davanti alle antiche Corti del Re in Inghilterra, il processo ha carattere

(1) La Risoluzione dell'ILA è pubblicata in *Riv. dell'arbitrato*, 2008, p. 701.

(2) Per tutti si vedano da ultimo, J.F. Poudret et S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed. London, 2007, p. 475 ss.; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S. Kröll, *Comparative International Arbitration*, The Hague, London New York, 2003, p. 439 ss.; G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, Austin, Boston Chicago New York The Netherlands, 2009, p. 2105 ss.

(3) Sul punto M.R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. Bologna, 1991, p. 198 ss.

(4) S. Satta, *Iura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 380.

(5) Così C. Punzi, *Iura novit curia*, in *Dizionario di diritto privato a cura di N. Irti*, in corso di pubblicazione.

(6) F.M. Maitland, *The forms of action at common law*, rist. a cura di A.H. Chaytor e W.J. Whittaker, Cambridge 1968: «abbiamo abolito il sistema dei *writs*, ma i *writs* continuano a governarci dalla tomba».

adversarial, cioè il giudice siede come arbitro tra le parti contendenti per regolare il suo svolgersi e il processo si conclude con un verdetto emanato da una giuria (7). Negli ordinamenti di *common law*, poi, il contenuto del diritto applicabile non è dedotto — come in quelli di *civil law* — da un sistema chiuso di norme generali e astratte, ma indotto dalle precedenti decisioni giudiziali che hanno considerato fatti analoghi ai fatti di causa.

L'accertamento del diritto è allora equiparato all'accertamento del fatto perché anche per esso il giudice deve far rispettare il principio del contraddittorio e dell'*onus probandi* così come esso si realizza nel contesto di un procedimento accusatorio (*adversarial*). Anche l'accertamento del diritto deve avvenire secondo le regole proprie di questo tipo di procedimento. Resta fermo, però, che si tratta comunque di una operazione distinta dall'accertamento del fatto, tanto vero che l'accertamento del diritto è rimesso al giudice e non alla giuria.

3. *L'applicazione del diritto straniero.*

Questa premessa ci può aiutare a comprendere le diverse e opposte posizioni da cui ci si muove nei diversi ordinamenti e difficoltà che si incontrano quando in un giudizio si deve applicare un diritto straniero.

Negli ordinamenti di *civil law* anche se si può considerare largamente superata l'impostazione che, muovendo dalla concezione dell'ordinamento giuridico come sistema chiuso di fonti formali, escludeva che l'applicazione del diritto straniero potesse avvenire con le stesse modalità dell'applicazione del diritto nazionale (8), resta pur vero che il diritto straniero viene comunque considerato come un «fatto normativo» e, pur riconoscendo che il giudice nazionale con la sua cultura e esperienza non è in grado di conoscerlo e valutarlo come conosce e valuta invece, i fatti normativi (e i fatti notori) dell'ordinamento cui appartiene, da ciò si trae comunque la conseguenza che pur se con alcune particolarità, la sua prova resta prova di un «fatto normativo».

Nell'ordinamento italiano l'art. 14 della legge n. 218 del 1995 ha risolto la questione, prevedendo i mezzi attraverso cui cultura ed esperienza del giudice possono essere integrati al fine di conoscere il diritto straniero. Si è quindi resa possibile anche rispetto ad esso l'applicazione della massima *iura novit curia*.

Di converso, negli ordinamenti di *common law*, la regola tradizionale è che la corte assume che, salvo prova contraria, il diritto straniero applicabile sia identico al diritto del luogo ove essa risiede. La prova contrario è dunque a carico della parte, che vuole farne valere la specificità. Questa prova presenta però aspetti peculiari, che la differenziano dall'accertamento della *lex fori* e la allontanano dalle caratteristiche dell'accertamento del fatto: il suo controllo da parte del giudice può richiedere, invero, una integrazione del materiale offerto dalle parti.

Negli Stati Uniti, la Rule 44.1 delle *Federal Rules of Civil Procedure* ha così superato la equiparazione dell'accertamento del diritto straniero all'accertamento del fatto prevedendo che «*the court in determining foreign law, may consider any relevant material or source, including testimony, whether or not submitted by a party or admissible under the Federal Rules of Evidence*» e che la determinazione del diritto straniero ad opera di una corte «*shall be treated as a ruling on a question of law*» (9).

In definitiva, pur muovendo da opposte posizioni di principio, ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law* così finiscono per arrivare a soluzioni molto simili.

Negli ordinamenti di entrambe le tradizioni giuridiche, la pressione esercitata dalla crescente integrazione dei rapporti economici e sociali al di là delle barriere degli ordinamenti nazionali non consente più di lasciare soltanto alle parti la prova delle regole di diritto straniero applicabili nei giudizi.

4. Iura novit curia *negli arbitrati internazionali.*

In definitiva, la massima *iura novit curia* afferma non la presunzione di conoscenza delle fonti normative, ma la autonomia del giudice rispetto alle allegazioni e alle prove offerte dalle parti nella rilevazione delle fonti normative al fine di assolvere il dovere di giudicare secondo diritto (come fu solennemente sancito dall'art. 4 delle disposizioni preliminari del *Code Napoléon* e come è oggi prescritto dall'art. 113 c.p.c.).

Questa autonomia si fonda sul riconoscimento della cultura ed esperienza del giudice, cioè della sua capacità di comprensione e valutazione del diritto.

Anche con riferimento all'arbitrato internazionale, dunque, l'applicazione della massima *iura novit curia* deve muovere dal presupposto che gli arbitri sono in possesso di una cultura adeguata al compito di giudicare controversie e tenere conto che, per definizione, queste controversie, comportano l'applicazione di norme estranee alla cultura di origine degli arbitri.

---

(7) C. Reymond, *Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, in *Arbitration Int.*, 1989, p. 366.

(8) Si affermava così che fosse a carico delle parti l'onere di provare la norma straniera applicabile: cfr. Cass. 15 gennaio 1996, n. 285; Cass. 1° aprile 1996, n. 3018.

(9) Con ciò non si arriva ad una equiparazione totale con la *question of law*, ma si chiarisce che la questione della *foreign law* applicabile non sarà rimessa alla decisione della giuria: così R.B. Schlesinger, *A Recurrent Problem in Transnational Litigation: the Effect of Failure to Invoke or Prove the Applicable Foreign Law*, in *Cornell Law Rev.*, vol. 59, 1973, 1 at 4 note 9.

Quella necessità di integrare la cultura e l'esperienza dei giudici, che nelle giurisdizioni statali si verifica solo quando si deve applicare un diritto straniero all'ordinamento cui essi appartengono, negli arbitrati internazionali è, invero, sempre presente. Come si è esattamente rilevato (10), negli arbitrati internazionali solo in senso improprio si può parlare di applicazione di un diritto straniero come di un diritto diverso da quelli del paese di cui gli arbitri o alcuni di essi abbiano la nazionalità. In realtà, il diritto applicabile non può dirsi mai «straniero» in quanto non si può parlare di un vero e proprio «foro» dell'arbitrato internazionale rispetto al quale le altre leggi siano «straniere».

Per questo si è potuto affermare che «*l'adage iura novit curia n'a pas de place en matière d'arbitrage et surtout en matière d'arbitrage international*» (11).

La conclusione sembra, però, eccessiva. Meno drasticamente, si deve rilevare che nell'arbitrato internazionale la massima *iura novit curia* può ritenersi applicabile, ma con temperamenti che tengano conto della situazione in cui ci si trova rispetto alla conoscenza e interpretazione del diritto applicabile.

È necessario, infatti, che la cultura ed esperienza degli arbitri vengano assistite e integrate con mezzi processualmente idonei. Nell'arbitrato internazionale, che si svolge nell'ambito di un rapporto contrattuale con le parti e nell'assenza di una *lex fori*, questi mezzi sono essenzialmente quelli che le parti stesse possono mettere a disposizione degli arbitri. Nell'arbitrato internazionale, insomma, gli arbitri si attendono che le parti forniscano anche la prova del contenuto del diritto applicabile. Del resto, anche su un piano pratico, essendo il loro potere di disporre mezzi istruttori condizionato dal consenso delle parti, sarebbe comunque per essi più difficile procedere d'ufficio a tale accertamento.

La loro autonomia nella rilevazione delle fonti normative per assolvere al compito di giudicare secondo diritto non è però soppressa, restando fermo che essa deve essere esercitata nel rispetto del *due process* (così espressamente il n. 22 dei *Principles of Transnational Procedure* elaborati dall'Unidroit e dall'American Law Institute, che dispone l'obbligo di un *fair and equal treatment* delle parti).

In definitiva si può affermare che anche nell'arbitrato internazionale l'applicazione della massima *iura novit curia* deve essere coordinata con quella del principio del contraddittorio. La sua portata è quindi diversa in relazione alle diverse modalità di attuazione di questo principio rispetto a

(10) A. Carlevaris, *L'accertamento del diritto nell'arbitrato internazionale tra il principio iura novit curia e onere della prova*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2007, p. 505.

(11) Y. Derains, *Observations à Cour d'Appel de Paris 13 novembre 1997*, in *Rev. de l'Arbitrage*, 1998, p. 709.

quelle con cui viene attuato dai tribunali ordinari, tanto negli ordinamenti di *civil law*, che in quelli di *common law*.

Coerente con questa portata che la massima *iura novit curia* assume nell'ambito degli arbitrati internazionali è poi la circostanza che l'applicazione delle norme di diritto da parte degli arbitri possa essere considerata non censurabile. L'impugnativa di un lodo per violazione di legge è di regola esclusa da gran parte degli ordinamenti nazionali e si ritiene anche che l'errore di diritto non possa essere ricompreso tra i casi di non riconoscibilità del lodo ai sensi dell'art. V della Convenzione di New York (12).

5. *La Risoluzione dell'*International Law Association.

Le conclusioni svolte trovano riscontro in quanto raccomandato dalla *International Law Association* con la Risoluzione adottata nel corso della conferenza di Rio de Janeiro del 2008.

Il punto 2 di tale Risoluzione considera in generale che «*in ascertaining the contents of applicable law and rules, arbitrators should respect due process and public policy, proceed in a manner that is fair to the parties, deliver an award within the submission to arbitration and avoid bias or appearance of bias*».

Più specificamente il punto 7 conferma che «*arbitrators are not confined to the parties' submissions about the contents of applicable law. Subject to recommendation 8, arbitrators may question the parties about legal issues the parties have raised and about their submissions and evidence on the contents of the applicable law, may review sources not invoked by the parties relating to those legal issues and may, in a transparent manner, rely on their own knowledge as to the applicable law as it relates to those legal issues*».

Il punto 8, infine, fissa il limite della autonomia degli arbitri nel rispetto del principio del contraddittorio, sancendo che «*before reaching their conclusions and rendering a decision or an award, arbitrators should give parties a reasonable opportunity to be heard on legal issues that may be relevant to the disposition of the case. They should not give decisions that might reasonably be expected to surprise the parties, or any of them, or that are based on legal issues not raised by or with the parties*».

6. *Questioni nell'applicazione della massima* iura novit curia.

La Risoluzione di Rio de Janeiro ha formulato le proprie raccoman-

(12) Così già R. Luzzatto, *International Commercial Arbitration and Municipal Law of States*, in *Recueil des Cours*, vol. 157, 1977, p. 83 ss.. Di recente A. Atterritano, *L'enforcement delle sentneze arbitrale del commercio internazionale*, Milano, 2009, p. 266 segg.

dazioni «*with a view of facilitating uniformity and consistency*» nell'accertamento dei contenuti del diritto applicabile negli arbitrati internazionali.

Con lo stesso obiettivo andranno dunque affrontate e risolte le questioni che nella pratica degli arbitrati si pongono.

Se ne richiamano qui rapidamente alcune delle più significative.

a) Per assicurare il rispetto del contraddittorio può essere opportuno che gli arbitri concordino con le parti la loro autonomia nell'accertamento del contenuto del diritto applicabile fissandone anche limiti e modalità. Si può seguire quanto disposto dalla section 34 dell'*English Arbitration Act* del 1996 secondo cui «*(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. (2) Procedural and evidential matters include ... (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law*».

En passant, è interessante notare come nella formulazione di tale disposizione l'accertamento dei fatti sia indicato distintamente dell'accertamento della *law*.

b) Una ulteriore questione può porsi nel caso in cui una delle parti non collabori o collabori con gli arbitri in modo inadeguato all'accertamento del contenuto del diritto applicabile.

Possono gli arbitri trarre dal comportamento delle parti in questa fase elementi di valutazione di cui tener conto nel giudizio? Si può in definitiva trarre una *adverse inference* se la parte non offre prove adeguate sul punto di diritto che assume applicabile?

La risposta, che è sicuramente negativa nel caso dei giudici nazionali per i quali la massima *iura novit curia* vige in modo completo, può invece essere positiva nel caso dell'arbitrato internazionale, in cui l'applicazione di tale massima — come visto — incontra diverse limitazioni.

c) Anche il grado di completezza della documentazione offerta dalle parti sul contenuto delle norme applicabili può essere oggetto di valutazione da parte degli arbitri (rammento in proposito una, ormai lontana, esperienza personale: il presidente di un tribunale arbitrale internazionale davanti a cui agivo come *counsel* di una delle parti, pretese precise spiegazioni sul perché nel documentare il contenuto del diritto italiano applicabile avessi riportato solo alcune sentenze della Corte di Cassazione e non anche altre che egli aveva personalmente reperito e che a lui apparivano essere in termini. Tuttora non so se la mia spiegazione, secondo cui quelle sentenze erano state da me tralasciate perché ritenute invece del tutto irrilevanti, sia valsa a dissipare il sospetto di una mia *unfairness*. Certamente il mero riferimento al mio ruolo di avvocato tenuto a richiamare solo quanto ritiene utile alle allegazioni del suo cliente sarebbe risultato inaccettabile).

d) Se invece le parti concordano nell'interpretazione del contenuto delle norme applicabili, debbono gli arbitri conformarsi alla loro interpretazione?

Il caso è insolito, ma anche qui si deve ritenere che, mentre i giudici statali non sono tenuti a seguire le interpretazioni pur concordi delle parti, la autonomia del giudice nell'individuazione del contenuto delle norme applicabili è nell'arbitrato internazionale limitata dalla volontà delle parti, che quindi, così come possono di comune accordo scegliere il diritto applicabile, possono anche di comune accordo indicarne i contenuti (sempre che non si tratti di norme imperative).

e) Gli arbitri hanno soltanto il potere o anche il dovere di accertare autonomamente dalle parti il diritto applicabile e il suo contenuto?

Sembra normale ritenere che, come per ogni altro potere ad essi conferito, gli arbitri abbiano il dovere di esercitarlo: i poteri rientrano nel loro *officium*. Gli arbitri possono in prima battuta fare riferimento a quanto le parti sottopongono ad essi, ma questo non li esime dal compiere gli opportuni riscontri [13].

Si tratta in effetti di un vero e proprio dovere deontologico di assicurare la massima effettività delle sentenze arbitrali, in una situazione in cui — come si è rilevato — l'eventuale violazione delle norme di diritto applicabili non è neppure censurabile in sede di riconoscimento del lodo ai sensi della Convenzione di New York [14].

f) D'altro canto il limite all'applicazione della regola *iura novit curia* non opera nell'arbitrato internazionale nel caso in cui le norme applicabili siano ritenute norme di ordine pubblico o, comunque, rilevabili *ex officio* dal giudice [15].

Vale però in questo caso la regola del *fair and equal treatment* delle parti e della necessità di evitare che siano colte di sorpresa. Si impone l'obbligo di fornire alle parti «*a reasonable opportunity to be heard*» (così il punto 8 della Risoluzione di Rio de Janeiro) [16].

Del resto questo limite è riconosciuto anche nell'ordinamento italiano ed è stato affermato anche in procedimenti davanti ai giudici ordinari.

La sentenza della Corte di Cassazione del 9 giugno 2008 n. 15194 ha statuito che: «*il giudice il quale ritenga di decidere la lite in base a una*

---

[13] Sul punto A. Carlevaris, *L'accertamento etc.*, cit. p. 527 nota 60.

[14] Sul punto L. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police. Considérations sur les conflits de juridiction dans le commerce international*, in *Recueil des Cours*, vol. 315, p. 451.

[15] D. Bensaude, *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international*, in *Cahiers de l'Arb.*, 2004, I, p. 27, per una disamina completa della questione S. Carbone, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 904.

[16] J. Gillis Wetter, *Procedure for Avoiding Unexpected Legal Issues*, in *ICC Congress Series* no. 7, 1996, p. 87, espone alcune *guidelines* per superare il dilemma («Scilla e Cariddi») degli arbitri tra l'essere troppo attivi ovvero troppo passivi rispetto alla presentazione degli argomenti delle parti e alla conduzione del procedimento.

questione rilevata d'ufficio .... deve astenersi dal decidere solitariamente e deve procedere alla segnalazione della questione che intende rilevare d'ufficio riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle conseguenziali di attività in quanto, in caso contrario, si avrebbe violazione del diritto di difesa in ragione del mancato esercizio del contraddittorio».

Il principio affermato per le questioni rivelabili *ex officio* deve, a *fortiori*, essere ritenuto applicabile anche per ogni altra questione.

Anche la sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 3 dicembre 2009, la cui segnalazione devo alla cortesia dell'amico Andrea Carlevaris, ha pronunciato l'annullamento di un lodo arbitrale internazionale per il motivo che «*le tribunal arbitral n'a pas respecté le principe de la contradiction en fondant sa décision sur un moyen de droit qu'il a relevé d'office sans avoir au préalable invité les parties à presenter leurs observations*». La Cour d'Appel ha affermato categoricamente che «*le principe de la contradiction impose que chaque partie soit mise en demeure de débattre contradictoirement les faits de la cause et que rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties*».

7. Iura novit curia *e rischio di ultrapetizione.*

Il limite alla applicazione della massima *iura novit curia* costituito dal rispetto del *principe de contradiction*, così rigidamente fissato dalla Corte d'Appello di Parigi, vale anche a tracciare la linea di confine tra la autonomia degli arbitri nella valutazione ed eventuale riformulazione della *causa petendi* e il rischio che essi pronuncino *ultra petita*.

Anche in questo caso e per le ragioni storiche sopra indicate, la diversa tradizione degli ordinamenti di *civil law* rispetto a quella degli ordinamenti di *common law* lascia maggiore spazio ai giudici ([17]).

Ma nell'arbitrato internazionale lo spazio per un intervento degli arbitri non solo per la vera e propria modifica, ma anche per la riqualificazione delle domande ed eccezioni alla luce dei contenuti del diritto applicabile, incontra limiti più rigorosi, in considerazione del maggior peso che hanno il principio del contraddittorio e in generale il principio dispositivo, in virtù del fondamento contrattuale di questi procedimenti.

Del resto, proprio per questo fondamento, oltre che per evidenti ragioni di economia processuale, non è preclusa alla parte di un arbitrato internazionale la facoltà di proporre nuove domande anche nel corso del procedimento, purché il principio del contraddittorio venga sostanzialmente rispettato ([18]).

Si può concludere, dunque, che il principio del contraddittorio domina anche e soprattutto nell'arbitrato internazionale coerentemente con il suo carattere pattizio e costituisce il limite più incisivo alla autonomia degli arbitri nell'esercizio del loro compito di giudicare.

8. Iura novit curia *e usi del commercio internazionale.*

Un'ultima riflessione vorrei aggiungere sulla massima *iura novit curia* nell'arbitrato internazionale, muovendo dalla considerazione che, se è vero che in questo procedimento il diritto applicabile non è propriamente straniero, ma certamente estraneo alla cultura ed esperienza di alcuni degli arbitri e delle parti, è altresì vero che la determinazione del suo contenuto avviene in un contesto che presenta sempre più caratteri uniformi improntati alle esigenze del commercio internazionale: la *transnational culture* di cui con riferimento alla nostra questione parla Gabriele Kaufmann Kohler ([19]) e che già René David individuava come l'*humus* per la formazione della *lex mercatoria* ([20]).

In effetti, l'interpretazione e l'applicazione delle norme applicabili è operata da arbitri scelti non tanto per la loro conoscenza di questo o quel diritto nazionale, ma soprattutto per la loro cultura ed esperienza delle regole che reggono i rapporti contrattuali nel contesto dell'economia transnazionale.

Le norme del diritto applicabile, siano esse reperite dagli arbitri direttamente o ad essi offerte dalle parti, saranno valutate dagli arbitri alla luce di quella cultura e di quella esperienza, in cui — come è noto — si sono sviluppati principi e regole condivise al di là delle differenze dei diversi diritti nazionali.

L'esigenza di fondare l'interpretazione e l'applicazione del diritto sui principi che si vengono elaborando nel commercio internazionale, proprio e soprattutto in virtù dell'esperienza dei lodi arbitrali, è del resto espressamente riconosciuta e affermata da quegli ordinamenti che dettano per gli arbitrati internazionali una specifica normativa, come l'art. 1496 c.p.c. francese — che fa riferimento infatti non alla *loi* ma alle *règles de droit* applicabili e agli usi del commercio di cui si deve in ogni caso tenere conto

([17]) G. Cordero Moss, *Is the Arbitral Tribunal Bound by the Parties Factual and Legal Pleadings?* in *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, p. 1, ha osservato che nella common law «*the request of remedies made by the parties is deemed to constitute the borders for the Tribunal jurisdiction*», mentre nella *civil law* «*the borders of the Tribunal's jurisdiction seem to be set by the parties' presentation of the facts, whereas the legal consequences of those facts are left to the Tribunal to determine according to its own identification of the applicable law, subsumption and interpretation*».

([18]) Così G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, cit., p. 1819 nota che «*most national laws and institutional rules contemplate liberal amendments to the parties initial statements of claims and defense*» e cita come esempio l'art. 20 del Regolamento della CCI di Parigi.

([19]) G. Kaufmann Kohler, *The Arbitrator and the Law: Does He / She know it? How? And a few More Questions*, in *Arbitration Int.*, vol. 21, p. 631.

([20]) R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982.

— e l'art. 28.1 della legge modello Uncitral (e anche l'art. 834 c.p.c. italiano, ora abrogato) nonché dai regolamenti di molte camere arbitrali: l'art. 17 del Regolamento della CCI; l'art. 3.4 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano.

L'attività di queste istituzioni è invero fondamentale per sviluppare quel complesso di principi e regole comuni che costituisce il sostrato indispensabile per l'affermazione di una maggiore autonomia degli arbitri internazionali nella interpretazione del contenuto del diritto applicabile, e che così attenua le divergenze rispetto ai giudici nazionali nell'applicazione della massima *iura novit curia*.

In conclusione, pertanto, se è vero — come è stato osservato anche da Yves Derains nel corso di questo convegno — che l'interpretazione e applicazione del diritto straniero negli arbitrati internazionali non «fa giurisprudenza», nel senso che non contribuisce allo sviluppo del diritto di volta in volta preso in considerazione, «fa giurisprudenza», invece, il modo con cui il diritto straniero viene interpretato e applicato nel senso che esso porta allo sviluppo e adeguamento dei principi e regole comuni che vanno sotto la definizione di *lex mercatoria*.