



*Dipartimento di Giurisprudenza  
Cattedra di Diritto processuale civile*

I POTERI DELL'ARBITRO  
IN MATERIA DI ISTRUZIONE PROBATORIA

RELATORE

**Prof. Roberto Martino**

CANDIDATO

**Davide Gambetta**

Matr. 120033

CORRELATORE

**Prof. Andrea Panzarola**

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

*Ai miei genitori*

# INDICE

## INTRODUZIONE

## CAPITOLO 1 – I POTERI DELL'ARBITRO

1. Considerazioni introduttive
2. La disciplina positiva in materia di procedimento ed istruzione probatoria nell'arbitrato: gli articoli 816 *bis* ed 816 *ter* del codice di procedura civile
3. Rapporti tra poteri delle parti e degli arbitri nella determinazione delle “*regole del gioco*”
4. Il potere “*sussidiario*” degli arbitri
  - 4.1 Oggetto ed estensione del potere degli arbitri
  - 4.2 Il problema del tempo nella determinazione delle regole procedurali
  - 4.3 Il potere normativo degli arbitri in materia istruttoria
  - 4.4 Un limite implicito al potere degli arbitri: gli accordi tra le parti raggiunti nel corso del processo
5. Il contraddittorio in arbitrato
  - 5.1 Considerazioni preliminari
  - 5.2 Il principio del contraddittorio nella disciplina delle impugnazioni del lodo
  - 5.3 L'art. 829 n. 9 c.p.c.
  - 5.4 L'istruzione probatoria segreta in arbitrato
6. I principi di ordine pubblico processuale
  - 6.1 (*segue*) Il principio di imparzialità
  - 6.2 Nuove suggestioni: la ragionevole durata dell'arbitrato

## **CAPITOLO 2 – QUESTIONI APERTE E DUBBI INSOLUTI**

1. Diritto alla prova ed iniziativa officiosa dell'arbitro
  - 1.1 Dubbi e suggestioni: il dato positivo e le letture dottrinali
  - 1.2 Quale “modello” di arbitro nell'ordinamento italiano. Uno sguardo alla figura dell'arbitro nelle altre realtà giuridiche europee
2. La delegabilità dell'istruzione probatoria in arbitrato
  - 2.1 La situazione dopo la riforma del 2006
  - 2.2 (*segue*) delegabilità delle decisioni in materia di ammissibilità delle prove
  - 2.3 La delega a favore di terzi e la rogatoria internazionale
3. Coercibilità delle decisioni della corte arbitrale in materia di prova
  - 3.1 L'assistenza giudiziaria nell'ordinamento italiano
  - 3.2 Cenni al diritto comparato: l'assistenza giudiziaria in alcune realtà estere
  - 3.3 L'assistenza giudiziaria per la testimonianza
4. La valutazione delle prove in arbitrato
  - 4.1 La valutazione della prova in arbitrato. L'insindacabilità delle motivazioni e della valutazione degli elementi probatori
  - 4.2 Vincolatività delle prove legali per la decisione dell'arbitro: un approfondimento critico
5. L'onere della prova e il principio di “*non contestazione*”: tra accertamento della verità reale e composizione degli interessi
6. Il divieto di scienza privata ed il tema del fatto notorio

## **CAPITOLO 3 – I SINGOLI MEZZI DI PROVA**

1. Prove illecite e prove atipiche: ammissibilità e valutazione
2. La testimonianza
  - 2.1 Coordinate generali dell'istituto
  - 2.2 L'*affidavit*: uno sguardo al diritto comparato

- 2.3 La testimonianza della parte: principio del *nemo testis in re sua* e giudizio privato
- 3. La consulenza tecnica
  - 3.1 Ammissibilità e principi generali
  - 3.2 Altre questioni legate all'impiego di consulenti tecnici in arbitrato
  - 3.3 La consulenza in materia giuridica
- 4. Il giuramento
  - 4.1 Compatibilità tra giuramento ed arbitrato: il tema della sanzione penale per falso giuramento
  - 4.2 Le diverse forme di giuramento
- 5. La prova documentale
  - 5.1 Premessa: le prove documentali alla luce della recente evoluzione tecnologica
  - 5.2 L'atto pubblico e la proposizione della querela di falso
  - 5.3 *Disclosure* e documenti in possesso della parte
- 6. Gli altri mezzi di prova

## **CONCLUSIONI**

## **BIBLIOGRAFIA**

## INTRODUZIONE

La presente tesi è dedicata all'analisi dell'istruzione probatoria in arbitrato e, in particolare, ai poteri degli arbitri in ordine ad ammissione, raccolta e valutazione delle prove. Il tema ha da sempre offerto non pochi spunti di riflessione ed è stato terreno di scontro per la dottrina. Nonostante la consistente produzione scientifica e l'evoluzione della prassi arbitrale, molte questioni fondamentali sono però ancora oggi prive di una soluzione definitiva.

Prima di poter affrontare i profili ancora insoluti della disciplina probatoria, sarà necessaria una ricognizione della cornice normativa in materia di arbitrato. L'analisi principierà dal dato positivo, in particolare dalle disposizioni codicistiche dedicate al procedimento arbitrale. Si procederà poi ad una indagine sui principi generali che reggono l'arbitrato. La prova, come l'intero processo arbitrale, è infatti governata dall'ordine pubblico processuale, una rete di garanzie che condizionano la struttura stessa della giustizia privata e limitano i poteri delle parti e degli arbitri.

In particolare, con riferimento alla prova, sarà necessario indagare il perimetro del principio del contraddittorio, per poi individuarne e studiarne le proiezioni nella fase istruttoria. Esso influenza profondamente il momento formativo ed acquisitivo dei mezzi di prova e la sua trattazione si rivela imprescindibile per affrontare consapevolmente l'argomento.

L'analisi si concentrerà quindi sugli snodi nevralgici in tema di istruzione probatoria in arbitrato e sulle questioni ancora insolte. Peraltro, la propensione verso il giudice statale ed una generalizzata diffidenza verso gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie hanno storicamente minimizzato il ricorso all'arbitrato, oscurando la potenziale portata dell'istituto. Complici una normativa per molti aspetti assai scarna e l'assenza di una prassi arbitrale consolidata, molti interrogativi di grande importanza sono ad oggi rimasti aperti.

In particolare, ancora oggi si confligge su due grandi tematiche: l'estensione di eventuali poteri officiosi degli arbitri e la coercibilità dei provvedimenti emessi dalla corte arbitrale in materia di prova.

Solo una parte degli studiosi ritiene che la figura dell'arbitro sia calcabile sul modello del giudice nel processo ordinario. Altri pensano invece che la particolare architettura dell'arbitrato giustifichi peculiari adattamenti: ad esempio una iniziativa ufficiosa molto più ampia o la possibilità di un ricorso più esteso alla scienza privata.

Quanto poi alla coercibilità delle disposizioni dell'arbitro in materia di prova, sarà necessaria un'analisi dettagliata delle forme di assistenza giudiziaria ammesse dall'ordinamento e dei potenziali effetti dei provvedimenti dell'arbitro su soggetti terzi esterni alla procedura.

Se questi interrogativi riguardano la fase della raccolta delle prove, molti dubbi si pongono anche con riferimento al momento della decisione. In particolare, in arbitrato, meritano approfondimento la valutazione del patrimonio probatorio ed il funzionamento *dell'onus probandi*. La particolare composizione di molti collegi arbitrali e la consensualità della nomina hanno poi suscitato interesse per il tema del "*fatto notorio*" e del possibile ricorso alla scienza privata.

Si procederà, conclusivamente, ad una disamina in concreto dei principali mezzi di prova in arbitrato, per indagarne le caratteristiche e la struttura. Più nello specifico, si avrà riguardo per gli strumenti di prova che in arbitrato assumono una morfologia peculiare. La testimonianza, il giuramento, la consulenza tecnica e l'atto pubblico, ad esempio, sono stati forieri di dubbi sistematici e di questioni mai sopite. Per quanto riguarda il giuramento, si è persino dubitato della sua ammissibilità. Anche nell'analisi dei singoli mezzi di prova, l'attenzione sarà centrata sul ruolo assunto dall'arbitro nella fase formativa ed acquisitiva.

L'indagine si gioverà principalmente della produzione dottrinale sull'argomento e della relativa giurisprudenza, ma terrà anche debitamente conto della prassi arbitrale rintracciabile nei lodi editi ed in alcuni inediti. Nello specifico, si presterà attenzione anche al settore degli arbitrati amministrati: l'esperienza delle camere arbitrali costituisce infatti un passaggio obbligato per un'analisi consapevole del funzionamento della giustizia privata in Italia.

Si rivolgerà inoltre lo sguardo, per alcuni specifici aspetti di particolare interesse, anche alla comparazione con altri ordinamenti, al fine di individuare punti di contatto e di divergenza con la nostra realtà giuridica.

## CAPITOLO 1

### I POTERI DELL'ARBITRO

**SOMMARIO:** **1.** Considerazioni introduttive **2.** La disciplina positiva in materia di procedimento ed istruzione probatoria nell'arbitrato: gli articoli 816 *bis* ed 816 *ter* del codice di procedura civile **3.** Rapporti tra poteri delle parti e degli arbitri nella determinazione delle “*regole del gioco*” **4.** Il potere “*sussidiario*” degli arbitri. **4.1** Oggetto ed estensione del potere degli arbitri **4.2** Il problema del “tempo” nella determinazione delle regole procedurali. **4.3** Il potere normativo degli arbitri in materia istruttoria **4.4** Un limite implicito al potere degli arbitri: gli accordi tra le parti raggiunti nel corso del processo **5.** Il contraddittorio in arbitrato **5.1** Considerazioni preliminari **5.2** Il principio del contraddittorio nella disciplina delle impugnazioni del lodo **6.** I principi di ordine pubblico processuale **5.3** L'art. 829, comma 9: il principio del contraddittorio visto dalla prospettiva dell'azione di nullità **5.4** L'istruzione probatoria segreta in arbitrato **6.1** (*segue*) Il principio di imparzialità **6.2** Nuove suggestioni: la ragionevole durata dell'arbitrato

#### 1. Considerazioni introduttive

L'arbitrato è realtà conosciuta fin da tempi antichissimi e già opere normative risalenti attribuivano un ruolo incisivo alla c.d. *risoluzione alternativa delle controversie*<sup>1</sup>. In altre tradizioni giuridiche<sup>2</sup>, l'arbitrato ha una posizione quasi “privilegiata” rispetto alla giurisdizione statale, che diventa mera alternativa residuale.

---

<sup>1</sup> LUIISO, *Diritto Processuale Civile*, V, 8 ed., Milano, 2015, accomuna le ADR sotto la diversa definizione di “*strumenti di risoluzione non giurisdizionale delle controversie*”, come risulta fin nel titolo del tomo V.

<sup>2</sup> Un esempio è la Cina ed un interessante aneddoto sul tema è citato nell'introduzione di MAGNONE CAVATORTA, *Prova Documentale e Arbitrato*, Padova, 2008, pp. XI s. L'imperatore Manchu Kang-hsi, per decongestionare la macchina della giustizia ed alleggerire il carico dei tribunali pubblici, introdusse norme e leggi decisamente scoraggianti. Egli sosteneva espressamente: “*io voglio perciò che coloro i*

Del resto, anche in Italia, se si guarda ai codici preunitari, si rintraccia un regolamento di procedura<sup>3</sup> in cui gli arbitri sono menzionati persino prima dei giudici statuali. Il codice di procedura civile del Ducato preunitario di Parma, Piacenza e Guastalla si apre proprio con il titolo “Degli arbitri” e l’articolo introduttivo specifica che “*le controversie si decidono o da arbitri o da giudici: gli arbitri sono scelti dalle parti, i giudici dalla Sovrana Autorità*”. La scelta sintattica evidenzia una logica precedenza, con la giurisdizione statale indicata quale “seconda via”, quando manchi l’accordo delle parti sul terzo cui deferire la lite.

La “riscoperta” dell’arbitrato negli ultimi anni non è dunque tanto un’innovazione pionieristica, ma un ritorno al passato.

Ciononostante, il legislatore italiano, fin dall’unificazione, si è mostrato particolarmente reticente nel disciplinare il processo arbitrale e la sua fase istruttoria. Il tema, peraltro, è stato oggetto di scarsa attenzione da parte degli autori, concentratisi principalmente su indagini vertenti sulla convenzione di arbitrato o sul lodo, questo per le mai estinte preoccupazioni sistematiche, si pensi, ad es., sulla equiparazione effettuale di lodo e sentenza.

Si è difatti notato<sup>4</sup> che, invece, il “procedimento” arbitrale *stricto sensu* e, soprattutto, la fase di raccolta e valutazione delle prove, non hanno goduto dello stesso fascino scientifico e sono stati affrontati solo di rado con autentico interesse. L’unica opera monografica sul tema, di E.F. Ricci, risale al lontano 1974. Le riforme della disciplina codicistica dell’arbitrato, intervenute sino ai giorni nostri nel 1994 e nel 2006 hanno contribuito a ridisegnare alcuni profili del diritto dell’arbitrato. Permane la difficoltà di concretizzare una normativa generalissima, formulata con lo stile del “rinvio”, specie in un contesto, come quello arbitrale, in cui il momento “*processuale*”, il suo evolversi

---

*quali ricorrono ai tribunali debbano essere trattati senza alcuna pietà e in un modo tale che essi siano disgustati dalla legge e tremino all’apparire davanti a un magistrato. In questo modo i bravi cittadini (...) le regoleranno (...) rivolgendosi all’arbitrato (...).* L’episodio, risalente al diciottesimo secolo, è stato narrato nell’introduzione alla “*Freshfield Lecture for 2002*” del Professor W. W. Park all’Università di Londra (v. PARK, *The Why and How of Arbitration*, in *Arbitration International*, 2003, n. 3, pp. 279 ss.).

<sup>3</sup> *Codice di procedura civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla*. Parma, 1820 (disponibile in formato digitale sul sito della Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia).

<sup>4</sup> Denuncia espressamente il problema GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Rivista dell’arbitrato*., 1993, p. 1.

concreto, è rimesso alla determinazione delle parti e, in subordine, degli arbitri. Solo di rado la dottrina si è dedicata ad intricate indagini sui perimetri dei poteri “normativi” di parti ed arbitri. Il legislatore, invece, si è limitato a dettare parametri generali, suscitando talora qualche reazione negativa. La laconicità della normativa può apparire ragionevole se si pensa che l’arbitrato è fenomeno essenzialmente privato e, secondo qualche autore in dottrina (ma sul punto molteplici sono le prospettive di lettura), ha lo scopo principale di condurre alla composizione della lite, non di realizzare la giustizia in senso etico. E lo si comprende ancor meglio se si ricorda il limite della compromettibilità, ossia la disponibilità del diritto dedotto<sup>5</sup>. Se il diritto è indisponibile la lite andrà, ancora oggi, necessariamente devoluta innanzi alla giurisdizione statale<sup>6</sup>. La controversia arbitrabile, invece, “appartiene” integralmente ai litiganti, che dovrebbero poterne disporre liberamente anche sul piano procedimentale. La potestà normativa delle parti<sup>7</sup>, si suole affermare, è soltanto un riflesso processuale della compromettibilità “sostanziale” del diritto<sup>8</sup>.

La scelta codicistica di non disciplinare dettagliatamente l’arbitrato ha peraltro l’indubbio pregio di aver lasciato “alla pratica” un istituto nato per esser governato dalla

---

<sup>5</sup> Il problema della disponibilità dei diritti era emerso con la riforma dell’arbitrato societario del 2003. Il legislatore aveva limitato la disciplina alle “*controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili*”. Le “clausole compromissorie” erano solitamente inserite in statuti societari multipartiti e coinvolgevano un gran numero di soggetti e di interessi potenzialmente convergenti, paralleli o divergenti. Sul tema CAPELLI, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie in Rivista di diritto societario*, 2011, p. 674. In un secondo momento, la riforma del 2006 aveva raschiato ogni “incertezza” sull’ambito di estensibilità dell’arbitrato, eliminando norme puntiformi ed esclusioni dedotte ermeneuticamente dai principi generali. La riforma ha subordinato la compromettibilità unicamente alla disponibilità del relativo diritto. Per una ricognizione delle posizioni dottrinali sulla reale portata di questo nuovo regime, vedi PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, 2000, pag. 967 s. Per una analisi della novità, cfr. il paragrafo secondo di MOTTO, *Le controversie arbitrabili alla luce della riforma dell’arbitrato del 2006 (art. 806 c.p.c.)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Uno studio critico completo del momento compromissorio dopo la riforma è rintracciabile invece in BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d’arbitrato rituale*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>6</sup> Il legislatore non ha lasciato spazio a fraintendimenti col nuovo art. 806 del c.p.c., che recita: “*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.*”

<sup>7</sup> Che si esplica nella convenzione arbitrale o, in subordine, in un “atto separato”, come spiega l’art. 816 bis.

<sup>8</sup> DELLA PIETRA, *Il Procedimento* in VERDE (a cura di), *Diritto dell’arbitrato*, III ed., Torino, 2000, p. 161, già prima della riforma del 2006: “*Alla disponibilità dei diritti che formano oggetto corrisponde dunque pari disponibilità del processo arbitrale.*”

massima libertà delle parti e dalla più incisiva deformalizzazione. D'altro canto, essa ha talora scoraggiato non poco la sottoscrizione di convenzioni arbitrali. E si deve aggiungere che la prassi, che dovrebbe rivelarsi chiarificatrice, è spesso assai difficile da ricostruire. I lodi, difatti, a differenza delle sentenze dell'autorità giudiziaria, laddove non sia richiesto l'*exequatur*, restano nella "sfera privata" del collegio e delle parti e sono pertanto quasi sempre fisicamente e digitalmente irrimediabili. Per l'arbitrato *ad hoc* la diffusione dei provvedimenti resta dunque un caso decisamente raro, anche in punto di loro pubblicazione corredata da note di commento in riviste scientifiche, mentre negli arbitrati amministrati il discorso muta, con le Camere Arbitrali che solitamente tengono traccia concreta della propria attività, raccogliendo lodi e verbali in appositi archivi, anche se non sempre liberamente accessibili.

Il settore della *alternative dispute resolution*, del resto, è terreno di scontro di due principi fondamentali, in continua tensione reciproca: da un lato, la tendenza a lasciare il più ampio margine di manovra alle parti, senza inutili ingerenze della legislazione statale, questo perché l'obiettivo del processo civile è "*la composizione degli interessi contrapposti*"<sup>9</sup>, laddove l'autentica ricerca della verità dovrebbe invece appartenere alla giurisdizione penale (e, per alcuni, a quella civile coinvolgente diritti indisponibili). Dall'altro lato, la necessità di prestare comunque ossequio alle c.d. "garanzie del giusto processo": da cui deriva un discorso facente leva sulla inderogabilità di alcuni principi ed un'insofferenza verso l'estrema deformalizzazione.

La ricerca di un punto di incontro tra queste due esigenze contrapposte impegna gli studiosi ed offre spazio ad interessanti riflessioni.

## **2. La disciplina positiva in materia di procedimento ed istruzione probatoria nell'arbitrato: gli articoli 816 *bis* ed 816 *ter* del codice di procedura civile**

Per poter inquadrare il tema dell'istruzione probatoria in arbitrato è necessario anzitutto soffermarsi sulle fonti normative che disciplinano in termini generali l'istituto.

---

<sup>9</sup> Così si sostiene, pressoché universalmente, in dottrina.

La disciplina codicistica dell'arbitrato si rinviene nei pochi articoli, raggruppati sotto il Titolo V “*Dell'arbitrato*”, del Libro IV<sup>10</sup>.

Tra questi, quelli principalmente dedicati alla fase della trattazione sono l'816 bis e l'816 ter, che dettano una disciplina assai scarna, con riferimenti espressi a minimi e circostanziati elementi dell'istruttoria (si pensi ad es. alla ammissibilità della consulenza tecnica). L'articolo 816 bis, in particolare, accomuna una serie di disposizioni assai varie ed è stato definito in dottrina come un *pot pourri* di ingredienti diversi<sup>11</sup>. Si è già accennato che, con ogni probabilità, la laconicità del diritto positivo è una consapevole opzione del legislatore, che ha voluto scientemente “appaltare” alle parti il compito di normare il proprio arbitrato.

L'atteggiamento ricorre d'altronde in tutti i principali sistemi giuridici stranieri, così come nella storia. Da tale ultimo punto di vista, infatti, una disciplina analoga poteva già rinvenirsi nella legislazione preunitaria, in particolare nel Regolamento generale del processo del Regno Lombardo Veneto<sup>12</sup>, in cui, alla disciplina applicabile nell'arbitrato (che, al tempo, andava ancora sotto la denominazione di “*arbitramento*”), si dedica un solo paragrafo, il trecentocinquantesimo<sup>13</sup>, lasciando come è ancora ad oggi alla volontà delle parti l'incondizionato dominio della procedura arbitrale e con la sola, importante, differenza che, in mancanza di determinazioni pattizie, all'arbitrato si sarebbero dovute applicare le regole del processo ordinario.

Sul piano del diritto comparato, invece, si può rammentare la legislazione britannica, dove l'Arbitration Act del 1996 dedica alla determinazione delle “*procedural and evidential matters*” (questioni procedurali e probatorie), il par. 33<sup>14</sup>, attribuendo al

---

<sup>10</sup> Artt. 804-830.

<sup>11</sup> CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2006, p. 10.

<sup>12</sup> *Regolamento generale del processo civile del regno lombardo veneto*. 1854, Regia stamperia, Milano, disponibile in formato digitale sul sito della Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia.

<sup>13</sup> Il paragrafo recita testualmente “*L'arbitro dovrà nella cognizione attenersi a quell'ordine per cui saranno convenute le parti compromettenti, ma qualora esse non abbiano determinato nulla pel modo di procedere, dovrà osservare, quello ch'è prescritto col presente Regolamento*”.

<sup>14</sup> “*It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.*” Il testo completo in formato digitale dell'Arbitration Act è disponibile anche online, sul sito della legislazione inglese all'indirizzo <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>.

tribunale arbitrale il potere di determinare liberamente ogni aspetto procedurale, salvo il diverso accordo delle parti. Anche in questo caso, la precedenza ontologica spetta quindi alla eventuale concorde volontà dei litiganti, lasciando agli arbitri un potere regolamentare soltanto suppletorio.

L'art. 816 bis, nella versione introdotta dall'ultimo intervento riformatore datato 2006, oggi prevede al primo comma che *“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. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno.”*

Ne deriva che, volendo individuare una “gerarchia” delle fonti, anche in questo caso vale il principio per cui, laddove le parti non regolino il procedimento, saranno gli arbitri a farlo in funzione sostitutiva.

Ma le questioni aperte, dopo una prima lettura dell'articolo, non sono poche.

- In primo luogo, la norma non parla della eventuale applicabilità in arbitrato di tutte le norme dettate nei restanti libri del c.p.c.. Si apre dunque l'interrogativo se, mancando un richiamo in tal senso, il c.p.c. possa essere integralmente trascurato, se ne sia necessaria la integrale applicazione o se vi siano norme “sistematicamente” irrinunciabili, la cui osservanza è una necessità strutturale di qualsiasi giudizio, statale o privato che sia.
- In secondo luogo, occorre comprendere se i poteri delle parti e degli arbitri si equivalgano perfettamente oppure no, domandandosi se, in applicazione del potere regolamentare conferitogli dalla legge, gli arbitri debbano limitarsi a determinare il *modus procedendi* negli stessi limiti in cui potrebbero farlo, d'accordo, i contendenti.
- In terzo luogo, occorre domandarsi quale sia, in concreto, la geometria dei rispettivi poteri e, soprattutto, in che modo i “limiti esterni”, ad es. del contraddittorio e dell'ordine pubblico processuale, debbano conformare la “fluidità” di forme processuali per definizione votate alla massima deformalizzazione.

La dottrina si è altresì dedicata ad ulteriori importanti questioni che, nell'economia del presente lavoro potranno essere trattate solo incidentalmente: interrogandosi ad esempio sul momento oltre il quale dovrebbe venir meno la possibilità per le parti di normare l'arbitrato; il che equivale ad interrogarsi sulla vincolatività o meno per il collegio arbitrale della volontà delle parti sopravvenuta, come assai di frequente accade, in corso di procedimento.

### **3. Rapporti tra poteri delle parti e degli arbitri nella determinazione delle “regole del gioco”**

Prima di poter approfondire l'indagine e dedicarsi all'analisi di quali e quanti siano i poteri degli arbitri nella conduzione del processo e nello svolgimento dell'istruzione probatoria, è necessaria una premessa metodologica.

Se è vero che tale potere spetta in prima istanza solo ed esclusivamente alle parti, gli arbitri potranno esercitarlo soltanto di riflesso, laddove le prime decidano di astenersi dal suo esercizio.

L'accordo congiunto dei partecipanti all'arbitrato costituisce così una sorta di “limite naturale” invalicabile al “dominio” del collegio arbitrale sulle forme procedurali. La volontà dei litiganti è dunque idonea a limitare o persino a inibire i poteri degli arbitri<sup>15</sup>. Si potrebbe persino affermare che, tra le due fonti di disciplina, esista come visto un rapporto gerarchico.

D'altra parte, sarebbe errato pensare che, in assenza di intese tra i litiganti, gli arbitri acquistino di rimando una piena autorità nel determinare le forme processuali. Stando al tenore dell'art. 816 bis, si deve rilevare una divergenza linguistica: le parti sono *ex se* provviste della facoltà di “*stabilire (...) le norme*”, talché la lettera della legge non

---

<sup>15</sup> Per voler fare un riferimento letterario, gli arbitri sono come “*il gigante*” della famosa “*Fiaba del serpente verde e della bella Lilia*” di J. W. Goethe. Il gigante della storia è assai maldestro ed incapace. L'unica vera forza della creatura sta nella sua ombra. Quindi, tanto più alto è il sole, tanto più piccola è la sua ombra e, di conseguenza, i suoi poteri. Così, tanto più splende la luce della volontà delle parti, tanto più circoscritta è “*l'area grigia*” lasciata al dominio del collegio. Al tramonto, invece, quando il sole si abbassa, l'ombra del mostro si estende a dismisura ed egli può far ciò che vuole. Così, se l'accordo delle parti viene a mancare (o è assente fin da principio), il “crepuscolo” della volontà scava una ampia nicchia in cui può liberamente esprimersi il potere regolamentare degli arbitri.

lascia adito a dubbi, il loro è un potere genuinamente “*normativo*”, che potrà riguardare tendenzialmente ogni profilo dell’arbitrato.

Per questa ragione, è improprio parlare dell’arbitrato come processo interamente “deformalizzato”: più semplicemente, il livello di tecnicismo e formalità dipenderà dalla volontà delle parti e così ben potrebbe darsi<sup>16</sup> che i contendenti si accordino per l’applicazione di standard sensibilmente elevati, persino al di sopra di quelli previsti per il processo dinanzi ai giudici statali; come per converso, e più realisticamente, le parti potrebbero “ripulire” l’arbitrato da ogni sovrastruttura procedimentale e deformalizzarlo quanto più possibile. Questo è quanto avviene, ad esempio, negli arbitrati amministrati, cui sempre più spesso si fa ricorso nel nostro ordinamento, e rispetto ai quali la convenzione di arbitrato opera come rinvio ad un corpus preconfigurato, i regolamenti precostituiti di cui tratta l’art. 832 c.p.c.<sup>17</sup>, adottati dalle singole camere o istituzioni arbitrali.

Si osserva, peraltro<sup>18</sup>, che le parti di rado tendono ad esercitare questo loro potere senza volerne usufruire, anche per evitare, come è stato osservato, la formulazione di un vero

---

<sup>16</sup> Tendenzialmente è una rarità, ma non può escludersi che singole convenzioni arbitrali prevedano regole procedimentali assai oppressive. Statisticamente la maggior parte dei regolamenti precostituiti (ad esempio, per le Camere delle C.C.I.A.A.) non si spendono in inutili strutture burocratiche e lasciano indefiniti molti profili.

<sup>17</sup> FABBI, *sub art. 816 bis c.p.c.* in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2014: “*si suole osservare che di rado parti e arbitri sfruttano l’occasione loro fornita dal codice di determinare le regole del gioco*”. L’Autore rileva come il fenomeno, sintomatico di una scarsa comprensione delle reali potenzialità dell’arbitrato, sia però “*in fase discendente*” per via della capillarizzazione dei regolamenti arbitrali. A margine, dobbiamo anche dar conto di una maggiore sensibilizzazione dell’ambiente legale sul tema della giustizia alternativa, ritornata di notevole interesse negli ultimi anni.

<sup>18</sup> Tra tutti, SALVANESCHI, *artt. 806-840 Dell’Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 391. L’autrice si sofferma sulla riforma del 2006, nella quale il potere delle parti è stato sostanzialmente ribadito ed afferma che la nuova norma, come la vecchia, è “*disposizione di carattere programmatico ed astratto, piuttosto che regola di effettiva applicazione*”. L’Autrice ricerca le ragioni di questa scelta arrendevole nella necessità, per le parti che stiano partecipando alla redazione di un compromesso, di dedicarsi principalmente al contenuto essenziale del medesimo. La determinazione delle forme processuali, essendo possibile anche in un secondo momento, effettivamente, presenta ben poca attrattiva nel momento della stipula dell’accordo iniziale e sembra quasi superflua in considerazione del fatto che la controversia è ancora una prospettiva ipotetica ed eventuale. Ne parla in questi termini lo stesso BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull’Arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 58. In ogni caso, condividono l’assunto iniziale molti commentatori tanto prima che dopo la riforma: tra i tanti, RICCI G.F., *sub art. 816*, in

e proprio “editto pretorio<sup>19</sup>” in calce alla convenzione (attività certamente dispendiosa in termini di tempo e risorse, con scadenti risultati pratici<sup>20</sup>).

Occorre poi soffermarsi sul tema di “quanto in profondità” possano spingersi le parti con il loro potere, poiché l’arbitrato è sì una forma “libera” di risoluzione delle controversie, ma ha pur sempre la struttura di un processo e, come tale, dovrebbe obbedire ad una geometria minima infrangibile.

Le parti hanno la “disponibilità” delle forme processuali, ma questa non può (e non deve) tradursi in una padronanza assoluta. Esse incontrano infatti dei limiti, che si attestano sostanzialmente su due fronti.

In primo luogo, occorre verificare la compatibilità tra norma “voluta” e norme dettate dal codice per l’arbitrato<sup>21</sup>.

Esperito questo preventivo collaudo, è necessario poi volgere ai dogmi inviolabili dell’ordine pubblico processuale (espressione entro cui si è soliti ricondurre: imparzialità del giudicante, contraddittorio, parità delle armi, ragionevolezza del procedimento).

Alcuni<sup>22</sup> osservano che i suddetti limiti non intervengono solo quando le parti “creano” il proprio diritto, ma si impongono anche nel caso in cui si limitino a richiamare le norme processuali comuni: “*in nessun caso potrà imporsi l’osservanza di norme codicistiche incompatibili con le peculiarità del giudizio privato (...) nemmeno potranno essere pretermesse le guarentigie immediatamente desumibili dal c.d. “ordine pubblico processuale”*”. Questi limiti, s’intende, si collocano ad un livello persino superiore alla comune determinazione dei litiganti essendo caratterizzati dal canone

---

CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 287, e CARPI, *Profili del contraddittorio nell’arbitrato*, in *Rivista dell’arbitrato.*, fasc. 4, 2002.

<sup>19</sup> LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, Milano, 1999, p. 73.

<sup>20</sup> BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell’arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)* in *Rivista dell’arbitrato*, 2013, p. 869 prende una posizione più che netta “una disposizione generale siffatta (...) non comporta certo la predisposizione da parte degli arbitri di un decalogo processuale *ex ante*”.

<sup>21</sup> Si fa riferimento, principalmente ma non esclusivamente, agli artt. 805-840 c.p.c. Altri limiti sono ricavabili in via speculativa.

<sup>22</sup> TOTA, *sub art. 816 bis c.p.c.* in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 2007 pp. 689 ss.

dell'inderogabilità. Ne patirà quindi il peso anche la potestà regolamentare degli arbitri, quando questi si surrogano all'inerzia delle parti. Per poter comprendere a pieno questo passaggio è necessario risalire alla matrice privatistica del contratto compromissorio, considerato una forma (anche se particolarissima e *sui generis*) di mandato: “l'autodeterminazione delle regole processuali da parte degli arbitri tra(e) la sua fonte dal mandato offerto con la loro nomina e le parti possono mandare soltanto quanto esse avrebbero potuto fissare sul piano della autonomia privata”<sup>23</sup> (enfasi nostra). Volendo richiamare un principio di teoria generale (e, ancor prima, di logica), gli arbitri sono vittima, in questa traslazione, del vincolo del *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Ne possiamo dedurre che la loro è una potestà “derivata”, non originaria. In realtà, da sempre si evoca il limite dei “principi di ordine pubblico processuale”, alla volontà delle parti (e, di rinvio, degli arbitri) nella regolazione del proprio arbitrato.<sup>24</sup> A riprova del fatto che, fin da principio, si è avvertita l'esistenza di un “diritto naturale” dell'arbitrato.

È un esempio di non poco momento: fatte salve le colonne portanti dell'ordine pubblico, parti ed arbitri hanno il diritto di rivoluzionare il processo per come siamo soliti conoscerlo o immaginarlo. Questa è una superficiale analisi dei poteri delle parti, premessa obbligata prima di rivolgersi al vero problema di non semplice soluzione.

#### **4. Il potere “sussidiario” degli arbitri**

##### **4.1 Oggetto ed estensione del potere degli arbitri**

Si è accennato al fatto che, se le parti desiderano provvedere alla creazione di norme, dovrebbero accordarsi in una finestra di tempo limitato: secondo il codice di rito, infatti, l'intesa deve precedere l'inizio dell'arbitrato.

Le parti, statisticamente, scelgono per lo più la strada “spianata” di una disciplina sistematica preesistente, ad esempio richiamando il codice di rito oppure prediligendo

---

<sup>23</sup> CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, 2005, *passim*.

<sup>24</sup> Tra i tanti, MARENCO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato* in *Rivista dell'arbitrato*, 1997, p. 301.

un arbitrato amministrato con appositi regolamenti precostituiti. Può anche accadere che non richiamino sistemi di norme precostruiti e serbino il più totale silenzio sulle forme procedurali. Le decisioni delle parti sul tema dipendono solitamente sul loro grado di professionalità e di competenza giuridica e sono calibrate sul grado di tecnicismo della materia del contendere<sup>25</sup>.

Per questo motivo, per quanto facoltativa, è consuete in arbitrato l'assistenza dei legali di parte, che "traducono" in norme pattizie applicabili la volontà degli interessati.

La dottrina largamente prevalente ha mostrato non poche perplessità in proposito, mostrando invece di apprezzare maggiormente il potere sussidiario esercitato dagli arbitri, i quali, come si è detto e si dirà, possono affrontare i problemi procedurali man mano che si presentano, approntando una soluzione *case by case*. Nel caso siano invece gli arbitri a regolare la procedura, sono possibili diverse ricostruzioni: una parte della dottrina crede che il loro potere sia diverso e più ristretto rispetto a quello delle parti, affermando che i primi avrebbero solo il diritto di risolvere in via pratica le questioni di volta in volta insorgenti nel corso del processo, non assurgerebbero mai al ruolo di "legislatori surrogati", ma si limiterebbero a garantire l'ordinato e celere svolgimento dei lavori, cauterizzando eventuali "vuoti" operativi<sup>26</sup> in caso di necessità. Su questa scia, si è concluso che il potere "*attiene unicamente alla strutturazione interna - o, se si preferisce, alla tecnica - del processo*"<sup>27</sup>. In materia istruttoria, il collegio potrebbe esclusivamente stabilire le concrete modalità di assunzione e l'ammissibilità sul piano formale, ma non potrebbe invece plasmare le altre strutture processuali, ad esempio scardinando il meccanismo dell'onere della prova od obliterando il vincolo decisionale derivante dalle prove legali: si pensi all'arbitro che rivolga personalmente quesiti al teste, non previsti nel capitolo, o che autorizzi le parti ad interrogarlo direttamente senza

---

<sup>25</sup> Ad esempio, nel settore tecnicamente complesso degli appalti internazionali, la FIDIC, *International Federation of Consulting Engineers*, ha realizzato una serie di pubblicazioni contenenti soft law (detti "libri colorati") nei quali sono suggerite clausole compromissorie ed è regolamentato il particolare fenomeno dei *boards*.

<sup>26</sup> Un'attività che può essere felicemente descritta con l'espressione anglosassone "*to bridge the gap*", ovvero "*colmare le differenze*", "*chiudere i buchi*".

<sup>27</sup> TOTA, *op. cit.*, p. 691, citata anche in FABBI, *op. cit.*, p. 9, in cui è richiamata altresì l'indagine di AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto Processo Civile*, 2011, 2, 385 ss.

un previo provvedimento ordinatorio in tale senso<sup>28</sup>. Se invece il collegio stabilisse che il credito evocato in giudizio si debba presumere esistente fino a prova contraria, ribalterebbe il principio dell'*onus probandi* ed esorbiterebbe dai suoi poteri.

In tal caso, la predeterminazione delle regole del procedimento dovrebbe essere inquadrata in una diversa prospettiva. Eppure, la maggior parte degli studiosi ha sempre sostenuto l'esistenza di un potere "normativo" del collegio (divergendo poi nell'individuazione della sua estensione). In tal caso, sull'arbitro cadrebbe la scure dello stesso limite imposto alle parti. Secondo una certa opinione, il collegio sarebbe tenuto a pronunciare una "ordinanza" subito dopo l'esperimento delle preventive formalità di accettazione dell'incarico<sup>29</sup>. L'Autore immagina una sanzione fin troppo pessimistica nel caso in cui tanto le parti quanto i giudicanti abbiano mancato di precisare la disciplina applicabile: il processo resterebbe "*sine jure*" e sarebbe insanabilmente contaminato da una latente violazione del contraddittorio. Il lodo, qualunque ne sia il contenuto, sarebbe irrimediabilmente fulminabile di nullità ai sensi del nono comma dell'articolo 829. La più condivisa voce in dottrina propende invece per l'affermazione ad un principio di "conservazione dell'arbitrato": il silenzio lascerebbe semplicemente la procedura in balia della più ampia libertà delle forme. Nessuna violazione "intrinseca" del contraddittorio, nessun fulmine di nullità *di default*.

Una interessante soluzione di compromesso<sup>30</sup> concilia le due realtà: gli arbitri determinerebbero le forme in una prima udienza e potrebbero poi successivamente "imboccare sentieri non previsti nel tracciare il percorso regolamentare"; interverrebbe, per tutelare le parti da questi sconvolgimenti, una diversa garanzia, essendo necessario il loro consenso congiunto, prestato *in itinere*. Occorre dal conto della posizione avallata dalla Suprema Corte<sup>31</sup>, pur nella perplessità del mondo accademico<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 870.

<sup>29</sup> CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1995, p. 216 "Nonostante il silenzio della disposizione, per simmetria con il capoverso, nella parte in cui ammette una determinazione della autonomia delle parti, le norme devono essere determinate dagli arbitri in apertura, ciò che avviene normalmente, una volta esaurite le formalità di accettazione della nomina, con ordinanza" (enfasi nostra).

<sup>30</sup> GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 1260.

<sup>31</sup> Cassazione, sentenza n. 9583 del 21 luglio 2000.

Gli ermellini hanno ritenuto che bisognasse operare una distinzione di fondo in base all'eventuale scelta delle parti di riferirsi ad un *corpus* di norme preconfigurato. Se i litiganti abbracciano non si esprimono a favore dell'applicazione del codice, “*non sono applicabili le regole di quel processo (...) il procedimento arbitrale dovrà ritenersi regolato dalla più ampia libertà di forme, purché tali da assicurare il contraddittorio*”. In pratica la *non scelta* diventa equivalente alla *scelta di non*. L'assenza di un richiamo al codice, in quest'ottica, dovrebbe considerarsi come un implicito rigetto delle sue norme e delle sue strutture, con eccezionale salvezza dei soli principi di ordine pubblico processuale<sup>33</sup>. Dopo aver discusso di queste soluzioni approntate dalla dottrina, occorre ritornare al quesito iniziale, per potersi interrogare sul perimetro temporale del potere delle parti.

#### 4.2 Il problema del tempo nella determinazione delle regole procedurali

Si deve premettere che, nel caso in cui manchi una espressa pattuizione delle parti volta a disciplinare forme e modi della procedura, saranno gli arbitri a determinare le “*regole del gioco*”. Occorre però domandarsi se vi siano dei limiti temporali entro i quali i poteri, tanto delle parti quanto degli arbitri, vadano espressi.

L'art. 816 bis perimetra, dal punto di vista cronologico, unicamente le capacità “*normative*” delle parti, pretendendo che l'accordo si collochi in un momento “*anteriore all'inizio del giudizio arbitrale*”.

Il primo nodo<sup>34</sup> da sciogliere riguarda proprio l'individuazione del momento in cui collocare l'inizio del giudizio arbitrale, sarà poi il caso di verificare se il termine

---

<sup>32</sup> È guardata con favore, ad esempio, da TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003, p. 698.

<sup>33</sup> Che, per quanto siano spesso trasportati e teorizzati nel codice, hanno una loro radice “esterna”. Essi sono, come si è già detto e si dirà, il “diritto naturale” del processo arbitrale, un sostrato giusnaturalistico irrinunciabile.

<sup>34</sup> Il problema è antico ed è rimasto tale, insinuandosi anche attraverso le riforme. LA CHINA, *op. cit.*, p. 120 colloca nella fase anteriore al processo arbitrale in senso stretto in due quesiti sostanziali, che potremmo trasporre nelle espressioni giornalistiche anglosassoni “*When?*” e “*Where?*” Si legge nell'opera “*v'è per l'arbitrato un problema di spazio – dove ha sede? – così v'è per esso un problema di tempo – quando inizia?*” (enfasi dell'autore).

imposto alle parti valga anche per gli arbitri. Poco, ma indiscusso, l'inizio del processo rappresenta uno snodo nevralgico per poter condurre scientemente l'analisi.

Non si può non trascurare che l'argomento abbia suscitato storicamente qualche perplessità. La dottrina ha prevalentemente ritenuto che l'inizio dell'arbitrato coincida con il momento della notificazione della relativa domanda<sup>35</sup>. Se si segue questa prospettiva, stando alla lettera dell'art. 816 bis, il potere delle parti di regolare la procedura dovrebbe esprimersi prima della notificazione della domanda. Ne nasce qualche problema.

La “*domanda d'arbitrato*”, almeno per come ridisegnata dalla riforma del 2006, è l'atto con la quale una parte “*avvia*” la procedura<sup>36</sup>, avvisandone l'altra e procedendo eventualmente alla nomina del proprio arbitro<sup>37</sup>. Essa è stata peraltro equiparata, sotto molti profili, alla domanda giudiziale e si colloca in un momento prodromico, in cui le parti potrebbero non aver avuto ancora alcun contatto. In questa eventualità la parte, quando riceve la notifica, potrebbe essere stata fino a quel momento inconsapevole dell'intenzione altrui di avviare una lite. Il termine per le parti non potrebbe quindi spirare nel momento stesso della domanda di arbitrato, altrimenti mancherebbe materialmente una finestra di tempo per incontrarsi, intavolare gli accordi e raggiungere un'intesa sulle forme.

Autorevole dottrina<sup>38</sup> ha quindi ritenuto, per poter ovviare al problema, che la scadenza alla facoltà di regolazione delle parti andrebbe individuata nella prima riunione degli

---

<sup>35</sup> GHIRGA, *op. cit.*, p. 195; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 147; FABBI, *op. cit.*, p. 7 nota 37.

<sup>36</sup> Sulla domanda di arbitrato si veda anche SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Rivista di diritto processuale*, 1995.

<sup>37</sup> Ad esempio nel caso di collegio composto sulla base di quella che LUISO, *Diritto processuale civile*, cit. chiama più volte “*clausola binaria*”: ciascuna parte nomina il proprio arbitro e questi si accordano per la selezione di un presidente.

<sup>38</sup> DELLA PIETRA, *Il procedimento* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale.*, 2 ed., Torino, 2000, p. 162 “*probabilmente l'inizio del processo arbitrale agli specifici fini dell'art. 816, 2° comma, va individuato (...) nella prima riunione*”. Secondo l'autore, esisterebbero due “*letture*” del concetto di inizio dell'arbitrato. Da un punto di vista generale e sistematico, il procedimento principia proprio con la domanda. Questa, quindi, produce tutti gli effetti tipici dell'inizio del procedimento (in prima battuta, dunque, la tesi si sovrappone perfettamente alle considerazioni di GHIRGA, CECHELLA, FABBI). “*Ai limitati fini*” dell'art. 816 bis, invece, l'inizio del procedimento non sarebbe determinante, bisognerebbe

arbitri. Fino a quel momento, qualsiasi accordo validamente conclusosi avrebbe indubbio diritto di ingresso in arbitrato. Anche perché un termine siffatto obbedirebbe ad una prescrizione di ordine logico: le parti solitamente partecipano personalmente alla prima riunione degli arbitri ed hanno, in questa occasione, l'opportunità di concordare contestualmente le modalità di svolgimento.

Altro orientamento<sup>39</sup>, sul quale si dirà anche nei successivi paragrafi, considera invece l'art. 816 *bis* derogabile nella parte in cui prevede un termine al potere delle parti. Eventuali accordi tardivi raggiunti dai litiganti potrebbero disciplinare forme e modi della procedura anche se il termine è ormai spirato. Al più, sarà possibile per gli arbitri rinunciare all'incarico<sup>40</sup>.

Si consideri ora il potere suppletorio degli arbitri, in ordine al quale non esiste alcun esplicito limite temporale di fonte normativa.

Si è autorevolmente ritenuto che gli arbitri non necessariamente debbano porre un *corpus* organico di norme in un momento prodromico all'arbitrato o comunque entro un certo termine: ben potrebbero limitarsi a risolvere le questioni *case by case* man mano che insorgono<sup>41</sup>. Il collegio ha, secondo la dottrina, due possibili strade per esercitare il potere: una regolazione esauriente che preceda l'arbitrato o un approccio caso per caso alle questioni man mano insorgenti<sup>42</sup>. In ogni caso, il collegio non incontrerebbe alcun formale limite temporale: “*il potere regolamentare degli arbitri può essere esercitato durante l'intero corso del giudizio, non essendo necessario che gli stessi dettino ab initio tutte le regole*”<sup>43</sup>. Questa conclusione non è pacifica<sup>44</sup>: qualche voce in dottrina ha

---

fissare il termine alla prima riunione degli arbitri, in modo da consentire alle parti di incontrarsi e di discutere per raggiungere eventuali intese.

<sup>39</sup> LUIISO, *op. cit.*, p. 204, RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 395

<sup>40</sup> È opinione di VERDE, *op. cit.*, p. 119 e SATTA, *op. cit.*, p. 275.

<sup>41</sup> Ad esempio FABBI, *op. cit.*, p. 9 parla di tale regolazione *case by case*: “*Gli arbitri [...] determinano le regole «nel modo ritenuto più opportuno» e tale limitazione lascia a prima vista il potere amplissimo, laddove il riferimento alla valutazione di opportunità è da intendersi come riferimento ad una disciplina dettata caso per caso*” citando a sostegno LA CHINA, *op. cit.*, pp. 126 e s.

<sup>42</sup> Questa duplicità emerge in <sup>42</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, p. 73.

<sup>43</sup> RUFFINI-TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, in BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., pp. 191 in cui si cita ampia dottrina a sostegno, tra cui CARNACINI in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 886 e PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, p. 476.

ritenuto che gli arbitri debbano disciplinare il procedimento prima del suo inizio ed, in un precedente giurisprudenziale<sup>45</sup>, si è sostenuto che laddove non provvedano entro quel termine si applicherebbe lo schema del codice di rito.

In ogni caso, la natura “*suppletoria*” del potere del collegio rende auspicabile che gli arbitri, se intendono porre un *corpus* unitario di regole per procedere alla determinazione delle forme, preferibilmente attendano prima che le parti abbiano l’occasione di incontrarsi e di consultarsi sulla possibilità di raggiungere eventuali intese.

### 4.3 Il potere normativo degli arbitri in materia istruttoria

È necessario ora soffermarsi sull’estensione del potere normativo degli arbitri e contestualmente domandarsi in che misura questo possa estendersi anche agli atti della fase istruttoria.

In passato, il potere era certamente riconosciuto per quanto riguardava la determinazione del regime degli “*atti propulsivi*” del processo: già nel periodo antecedente alla riforma, alcuni lodi arbitrali contenevano inequivocabili affermazioni in tal senso<sup>46</sup>. Cosa debba intendersi per atti propulsivi è stato chiarito fin dalla dottrina classica: essi sono quelli “*intermedi dell’iter del processo diversi da quelli istruttori*”<sup>47</sup>. Non vi sono quindi dubbi sul fatto che il collegio possa determinare ad esempio la scansione temporale del procedimento, per il che si intende calendarizzare le udienze e fissare i termini per deposito di documenti.

---

<sup>44</sup>FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» nel processo arbitrale*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1999, pp. 638 e s., MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2005, p. 794 BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano, 1994, p. 106, citati da RUFFINI, TRIPALDI, *loc. ult. cit.*

<sup>45</sup> Corte di Appello di Roma, sentenza 6 novembre 1995 in *Rivista dell’arbitrato*, 1996, p. 317 con nota critica di FUSILLO.

<sup>46</sup> Si veda, ad esempio, Coll. Arb. Roma 30 maggio 1967, *Soc. Comp. Gen. Sarda c. Presidente della regione autonoma della Sardegna* in *Arbitrati e Appalti*, 1969, p. 103, menzionato a tal proposito anche in RICCI E.F., *La prova nell’arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 18.

<sup>47</sup> Secondo la nota definizione di DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, p. 58.

Lo svolgimento dell'istruttoria sembrerebbe restare escluso.

Se il potere regolamentare fosse limitato esclusivamente agli *atti propulsivi* in senso stretto, l'ammissibilità e l'assunzione delle prove non potrebbero essere validamente disciplinate degli arbitri e finirebbero abbandonate nelle pieghe della "*libertà delle forme*". Buona parte del processo resterebbe quindi "*lasciato a sé stesso*".

Si suole invece ritenere che il potere degli arbitri di regolare la procedura comprenda anche gli atti istruttori: il collegio può predeterminare il *quid* ed il *quomodo* delle iniziative istruttorie nel corso del processo arbitrale.

In questa prospettiva, in caso manchino le determinazioni delle parti, l'intera fase di assunzione delle prove si svolgerebbe nel modo in cui gli arbitri ritengono "*più opportuno*".

La corte può servirsi del proprio potere regolamentare sia per dettare *una tantum* un *corpus* di disciplina della procedura arbitrale<sup>48</sup>, sia semplicemente per risolvere *case by case* eventuali dubbi che sorgessero in corso di giudizio<sup>49</sup>. In questa seconda eventualità manca quindi un *corpus* unitario e gli interventi degli arbitri sono puntiformi e carenti di un respiro sistematico.

Peraltro, se un intoppo interpretativo su un singolo mezzo di prova dovesse creare un'*impasse*, le parti conserverebbero comunque il potere di superarlo con un accordo nel corso del giudizio<sup>50</sup>. Gli arbitri, in ogni caso, potrebbero risolvere ogni questione a mezzo ordinanza<sup>51</sup>, ma per gli accorgimenti di natura probatoria, più semplicemente,

---

<sup>48</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, p. 73 afferma che gli arbitri possono (ma non hanno nessun obbligo di) porre un "*editto pretorio*" prima dell'inizio del processo. Per l'autore sono gli arbitri a dover scegliere tra la strada di una regolazione preventiva e quella di un approccio *case by case*.

<sup>49</sup> FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 149 e GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993, p. 4.

<sup>50</sup> In argomento, RUFFINI-TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, in BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., pp. 190 s.

<sup>51</sup> L'art. 816 bis prevede, infatti, all'ultimo comma che "*Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.*". Eppure, la norma non sembra dettata come clausola di salvaguardia per supplire all'eventuale (colpevole) silenzio degli arbitri in principio di giudizio sulle

sono soliti condurre il giudizio “*senza formalità*”, liberi da ogni condizionamento procedurale. Le loro determinazioni non sempre assumono la forma sacramentale dell’ordinanza, spesso si risolvono in semplici solleciti orali.

Abbiamo già accennato a qualche tesi più drastica, secondo la quale la mancata predeterminazione delle norme applicabili sembrerebbe comportare necessariamente una insanabile menomazione del contraddittorio<sup>52</sup>. Il processo entrerebbe infatti, secondo quella prospettazione, in uno stato di tilt e il lodo sarebbe quindi esposto al fulmine d’invalidità.

#### **4.4 Un limite implicito al potere degli arbitri: gli accordi tra le parti raggiunti nel corso del processo**

Prima di procedere all’analisi dei veri e propri poteri degli arbitri nel corso dello svolgimento del giudizio, è necessario rivolgere un’ultima considerazione alle parti.

Occorre in questa sede dar conto di una particolare eventualità: nonostante l’art. 816 bis preveda espressamente che gli accordi volti alla regolamentazione dell’istruttoria debbano precedere l’inizio del procedimento, può accadere che le parti si ridestino dopo il termine, raggiungendo intese ormai *in medias res*.

Che sorte può toccare a questi accordi? Una prima tesi sostiene che gli arbitri possano pacificamente disattendere questi accordi, dato che si sono formati oltre il termine massimo<sup>53</sup>. Altri hanno invece ritenuto che la modifica in corso d’opera delle regole procedurali richieda il consenso degli arbitri<sup>54</sup>.

---

modalità procedurali. Sembra piuttosto riferirsi alle questioni di rito e di merito in senso stretto, lasciando fuori i problemi di matrice istruttoria.

<sup>52</sup> Di questa tesi è già detto pagine addietro. Cfr. CECHELLA, *Disciplina del processo nell’arbitrato*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1995, cui si è fatto riferimento pagine addietro.

<sup>53</sup> SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., p. 465 e CARNACINI in *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 888.

<sup>54</sup> FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale* in *Rivista dell’arbitrato*, 2004, p. 665.

La dottrina prevalente<sup>55</sup> ritiene invece vincolante anche l'intesa raggiunta dalle parti durante il giudizio, con un necessario temperamento: il diritto di recesso degli arbitri. Seppur questo rimedio non trovi nel codice alcun addentellato espresso, è ricavabile dai principi generali dell'arbitrato (ispirandosi, con ogni probabilità, anche al regime giuridico del mandato).

La conclusione segue, in realtà, una riflessione di natura più strettamente privatistica: se si considera la convenzione arbitrale<sup>56</sup> come una particolare forma di contratto di mandato, l'imposizione di regole nel corso del processo avrebbe l'effetto di alterare *ex abrupto* le condizioni contrattuali a danno degli arbitri. Si badi, è necessaria una premessa sistematica: nella convenzione si possono leggere due vincoli contrattuali paralleli, quello "*in orizzontale*" che lega le parti l'una all'altra e quello "*in verticale*" che unisce le parti considerate unitariamente con gli arbitri. Questo secondo vincolo è stato a volte inquadrato come una forma assai evoluta di mandato, per cui gli arbitri agirebbero su delega delle parti con lo scopo di pervenire alla soluzione della lite<sup>57</sup>. Questa considerazione avvalorano la tesi che agli arbitri spetti il diritto di recedere, qualora vi sia una variazione delle forme processuali in corso di giudizio per congiunta determinazione delle parti. Peraltro, la proficuità del rimedio della "*rinuncia*" degli arbitri è testimoniata anche dall'esperienza degli arbitrati internazionali<sup>58</sup>.

In ogni caso, si è voluto dar conto di questo particolare strumento a disposizione delle parti perché sottende una necessaria conseguenza sistematica. Le parti, anche dopo che la loro facoltà di determinazione delle regole sembrerebbe formalmente spirata, restano

---

<sup>55</sup> LUIISO, *op. cit.*, p. 204, VECCHIONE, *op. cit.*, p. 503, RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 395.

<sup>56</sup> Se si vuole considerare l'arbitrato come una forma di *mandato*, la nascita dell'obbligazione si avrebbe proprio con la convenzione arbitrale, se questa contiene direttamente i nomi degli arbitri. Se l'identità dei componenti il collegio deve essere determinata successivamente, il contratto sorgerebbe invece proprio con l'*atto di nomina*. Fino a quel momento, infatti, l'identità dei mandatari sarebbe ancora indeterminata.

<sup>57</sup> Sulla convenzione arbitrale e sul suo possibile inquadramento come contratto di mandato vedi in particolare MARULLO DI COLAJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008.

<sup>58</sup> FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 7 sostiene la tesi del diritto di "*rinuncia*" degli arbitri, applicandola tanto nell'arbitrato internazionale che a quello domestico: "*autorevole dottrina ritiene che quello individuato dalla norma sia il momento in cui alle parti possono sostituirsi gli arbitri, ma che anche dopo di esso alle prime non possa essere proibito di intervenire di comune accordo sulle regole del procedimento, potendo i secondi rinunciare all'incarico e tale conclusione, a nostro avviso, va condivisa, e dovrebbe valere sia per l'arbitrato domestico sia internazionale*".

in larga misura “*proprietarie*” della lite. Il processo civile ordinario non conosce assolutamente una forma così assoluta di dominio dei contendenti. Ne dobbiamo concludere che, per tutta la durata del processo, gli arbitri potranno far uso del loro potere di determinare forme e modi della procedura, ma anche le parti potrebbero raggiungere accordi tardivi per disciplinare specifici profili o porre regole peculiari<sup>59</sup>. In tal caso, gli arbitri, se non desiderano conformarsi alla determinazione pattizia, possono però svincolarsi rinunciando all’incarico.

## **5. Il principio del contraddittorio nel processo arbitrale**

### **5.1 Considerazioni preliminari**

Il principio del contraddittorio costituisce la chiave di volta per poter comprendere il funzionamento del giudizio arbitrale e funziona da ruota motrice di ogni sua fase. Nella rete dei “*principi di ordine pubblico processuale*”, ineliminabile sostrato di ogni arbitrato, il contraddittorio rappresenta una colonna portante. Esso vincola sempre ed in ogni circostanza tanto gli arbitri, quanto le parti ed opera da contrappeso alla possibile deformalizzazione della procedura. È ben possibile che le parti vogliano un processo arbitrale estremamente veloce e scevro di ogni superfluità formale, ma non potrebbero, nemmeno con la propria volontà congiunta e cristallizzata per iscritto, obliterare il rispetto del contraddittorio.

Si ponga ad esempio che, con proprio accordo, le due si orientino per un’istruttoria deformalizzata al massimo ed anzi, perseguendo la massima celerità, dichiarino di voler rinunciare alla formazione della prova in contraddittorio: secondo la dottrina non potrebbero farlo<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> In teoria, laddove le parti assistano a determinazioni in materia di assunzione e valutazione che contrastano con le loro intenzioni, potrebbero raggiungere un’intesa in corso di giudizio allo scopo di censurare la condotta dei giudicanti. Si tratta però di un’ipotesi di scuola: un clima di conflittualità tra parti ed arbitri in tal senso, in verità, è statisticamente assai improbabile.

<sup>60</sup> Già BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, pp. 126 ss. affermava che il contraddittorio fosse irrinunciabile in arbitrato. Sul rapporto tra istruzione probatoria e principio del contraddittorio vedi anche VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass.

Se è pur vero che in arbitrato i contendenti hanno la disponibilità del procedimento, questo potere incontra infatti dei limiti e si arresta davanti alla necessità di garantire “ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa”<sup>61</sup>. Secondo la dottrina<sup>62</sup>, ergo, il principio del contraddittorio realizza una intrinseca limitazione persino della facoltà delle parti di plasmare la procedura arbitrale. Gli stessi litiganti sarebbero tenuti a conformarsi alle regole del *fair play* e devono garantire, con la propria condotta, il massimo bilanciamento tra le occasioni di argomentazione e contraddizione<sup>63</sup>.

L’arbitro ha un ruolo chiave nella garanzia del contraddittorio e nella sua proiezione sull’evolversi del procedimento. Costituisce parte ineliminabile del suo incarico osservare e far osservare il principio, nel corso dell’intera procedura (fin dalla proposizione della domanda). Per identificare quali e quanti poteri spettino al collegio nell’assunzione e nella valutazione delle prove, occorre quindi preventivamente comprendere che mai ed in nessun caso, nell’analisi, potrà prescindere dal contraddittorio.

Sul tema del contraddittorio in arbitrato, non è mancata produzione giurisprudenziale: in molti casi, la Corte di Cassazione ha fornito diversi chiarimenti puntuali sul suo funzionamento in concreto<sup>64</sup>.

Il legislatore dedica più di un riferimento al tema, tanto che la parola “contraddittorio” nel titolo del codice di rito dedicato all’arbitrato, viene menzionata ben quattro volte. Oltre alla sua sede naturale, l’art. 816 bis sul procedimento, ricorre anche in entrambi

---

15 ottobre 1954 n. 3732), in VECCHIONE (a cura di), *L’arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959, 297 ss.

<sup>61</sup> In argomento TOTA, *op. cit.*

<sup>62</sup> In questo ordine di idee PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit., I, p. 478 e NOBILI, *L’arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957, pp. 324 e s.

<sup>63</sup> Il principio del contraddittorio non vincola soltanto l’arbitro, anche le parti, nell’esercizio del potere di regolamentare la procedura, devono tenerne debitamente conto. Più in generale, sembrerebbe auspicabile che anche la parte si comporti per tutta la durata della procedura in modo da incentivare il contraddittorio e garantire l’equilibrio delle occasioni di argomentazione e controargomentazione.

<sup>64</sup> Ad esempio, la Cassazione si è interrogata sulla possibilità per la parte di presentare domande nuove direttamente nella comparsa conclusionale. Siffatta prassi sembrerebbe ammissibile in arbitrato, purché sia rispettato il contraddittorio ed alla controparte sia data occasione di replicare e di controargomentare. Si vedano per maggiore approfondimento: Cassazione, sentenza numero 11788 del 2007, con nota di CORBI, in *Rivista dell’arbitrato*, 2008, pp. 223 ss. e Cassazione, sentenza n. 18918 del 2004.

gli elenchi dei motivi di impugnazione: l'art. 829 sui casi di nullità del lodo rituale e l'art. 808 ter sull'annullamento di quello irrituale. Infine, nell'art. 816-sexies, laddove, in caso di morte, estinzione o perdita di capacità della parte, ogni determinazione viene rimessa agli arbitri nel miglior interesse della procedura e, per l'appunto, proprio del contraddittorio<sup>65</sup>.

È significativo che il principio del contraddittorio sia menzionato nella norma generalissima di disciplina astratta della procedura (816 bis) e compaia anche tra i motivi d'impugnazione (art. 829).

Proprio nell'art. 816 bis c.p.c. si legge che “[gli arbitri] *devono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*”. La formulazione del precetto e la sua collocazione nell'art. 816 bis piuttosto che nel più circostanziato art. 816 ter suggeriscono all'interprete che l'applicabilità non riguardi esclusivamente la fase dell'istruzione probatoria, ma l'intera procedura, dalla proposizione della domanda fino al momento del “*rimessione in decisione*”<sup>66</sup>.

In verità, alcuni autori in dottrina hanno ritenuto che il contraddittorio giochi un ruolo fondamentale anche con riferimento a quegli atti che modificano l'estensione del *thema decidendum*: il principio sovviene infatti in caso di “*modifica o ampliamento del thema decidendum nel senso che queste sono consentite solo in quanto il contraddittorio possa svolgersi concretamente*”<sup>67</sup>. In ogni caso, anche nella fase dell'istruzione probatoria il concetto riveste una funzione fondamentale<sup>68</sup>: l'arbitro dovrà, ad esempio, sempre tenere in dovuta considerazione il principio del contraddittorio quando voglia farsi protagonista dell'acquisizione delle prove, promuovendo iniziativa officiosa.

---

<sup>65</sup> Il legislatore ha scelto la strada di una esplicita precisazione ma, se anche avesse taciuto, lo si sarebbe in qualche modo potuto in qualche misura dedurre ermeneuticamente dall'art. 816 bis o dall'art. 829.

<sup>66</sup> In realtà, la nomenclatura degli atti e delle fasi in arbitrato non segue uno schema rigido. Se si escludono la domanda, l'ordinanza ed il lodo, la disciplina positiva non offre altre denominazioni imposte: tutti gli altri sarebbero semplicemente “*atti*”, non sarebbe cioè necessario etichettarli, di volta in volta, con le denominazioni di “*memorie*”, “*note autorizzate*”, “*istanze istruttorie*”. Inoltre, non esiste nel codice una suddivisione formale delle fasi dell'arbitrato, né denominazioni standard per definire i segmenti della procedura.

<sup>67</sup> CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, fasc. 2, pp. 1 ss.

<sup>68</sup> Per quanto riguarda il modo in cui il contraddittorio influenza la fase dell'istruzione probatoria in arbitrato, si veda l'analisi di PUNZI, *Disegno Sistemico*, cit., pp. 22-24.

Il legislatore ha speso qualche parola in materia di contraddittorio riferendosi esplicitamente alle “*possibilità di difesa*” delle singole parti (art. 816), ma la reale portata del principio è stata elaborata solo grazie alla produzione dottrinale e giurisprudenziale. In materia di processo civile, la dottrina si è interrogata ampiamente il contenuto del diritto al contraddittorio<sup>69</sup>, anche e soprattutto dopo gli interventi delle corti europee<sup>70</sup>.

Se originariamente l’idea del diritto a “*contra dicere*” aveva una fisionomia essenziale e restava circoscritta alle memorie di replica, oggi il concetto comprende una serie di diritti, di obblighi e di facoltà che postulano una piena parità delle armi tra i contendenti. Il nuovo 816 bis, riscritto dal Decreto Legislativo n. 40 del 2006, ha quindi dato cittadinanza anche in arbitrato a questo universo di prescrizioni ed accorgimenti. Ed ha ancor più senso tenerne conto laddove si discute dell’istruzione probatoria ed in particolare dei relativi poteri degli arbitri.

## **5.2 Il principio del contraddittorio nella disciplina delle impugnazioni del lodo**

La scarsa disciplina normativa non restituisce un “*modello*” chiaramente individuato, né fornisce coordinate attendibili ed inequivoche sui poteri degli arbitri. Ad oggi, sono ancora in parte privi di una sistemazione definitiva alcuni aspetti su cui poggia l’architettura dell’arbitrato, come l’estensione dell’iniziativa ufficiosa, la delega delle

---

<sup>69</sup> Sul contraddittorio in generale, vedi COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, 1989, GENTILE, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2009, fasc. 2, pp. 745 ss., CARNELUTTI, *Limiti del principio del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, pp. 641 ss. Con riferimento ai procedimenti speciali vedi COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974, pp. 577 e ss.

<sup>70</sup> La giurisprudenza delle Corti europee ed i principi contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo hanno influenzato il mondo della giustizia privata. In particolare, sull’applicabilità anche nell’arbitrato domestico degli assiomi contenuti nella Convenzione E.D.U., si veda ad esempio, con riferimento all’ordinamento italiano, CARPI, *op. loc. ult. cit.*, p. 5, ed in ottica comparatistica JAROSSON, *L’arbitrage et la convention européenne des droits de l’homme*, in *Revue de l’arbitrage*, 1989, pp. 573 ss. Per una disamina approfondita delle pronunce della corte di Bruxelles che abbiano interessato l’arbitrato, cfr. AA.VV., *L’arbitrage et la convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2001, pp. 3 ss.

funzioni istruttorie a membri del collegio e a soggetti esterni, la valutazione delle prove, gli eventuali poteri coercitivi degli arbitri in materia di raccolta delle prove.

Si è soliti, prima di procedere ad esaminare il tema dei poteri degli arbitri, partire da una premessa fondamentale connessa alle particolari caratteristiche dell'istituto. Nelle intenzioni del legislatore, almeno per quanto riguarda l'arbitrato rituale, il sistema delle impugnazioni è stato costruito con un'architettura decisamente diversa rispetto al processo civile ordinario. Le "maglie" delle impugnazioni sono notevolmente più serrate in arbitrato, con il ruolo di potente filtro affidato proprio all'art. 829.

È necessario soffermarsi, in prima battuta, sulla sola azione di nullità e non considerare gli altri mezzi di impugnazione; non si può non notare che vi sia una indubbia divergenza tra i rimedi "generalisti" in arbitrato e nel processo civile ordinario: l'impugnazione per nullità ex art. 828 nell'un caso, l'appello nell'altro.

Nel processo, l'appello è stato infatti costruito come riesame integrale della decisione di primo grado<sup>71</sup> ed è pertanto considerato un "mezzo di gravame". La Corte ha quindi facoltà di conoscere ogni profilo ed ogni determinazione del primo giudizio, rivalutando o rinnovando ogni prova<sup>72</sup>, ma soprattutto riformulando ogni contenuto della sentenza. Servendosi di questo mezzo di impugnazione "a critica libera", quindi, le parti possono mettere in discussione ogni profilo del primo grado di giudizio e contestare ogni assunto della sentenza. Può essere proposto appello anche solo per far denunciare la semplice ingiustizia della pronuncia di prime cure, senza dover enucleare altri specifici vizi: "in questo senso l'appello viene incasellato, dalla dottrina assolutamente prevalente ed in contrapposizione ai cosiddetti mezzi "a critica vincolata", nell'ambito dei mezzi di impugnazione "a critica libera" (essendone riconosciuta la sua esercitabilità per far

---

<sup>71</sup> Ad esempio, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010, pp. 266 ss. e PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., pp. 415 e ss.

<sup>72</sup> In realtà sul punto vi sono opinioni difformi. Qualche autore ha sostenuto infatti che la rinnovazione delle prove e la riapertura dell'istruttoria siano eventi solo eccezionali: ad esempio, si è detto che "[l'appello] viene a svolgersi essenzialmente "sulle carte" e senza una nuova istruttoria, ancorché questo controllo sia destinato comunque a condurre ad una nuova pronuncia, che prende il posto di quella impugnata», CARRATO, *L'oggetto dell'appello ed il requisito della specificità dei motivi*, relazione n. 111 dell'Ufficio del massimario e del ruolo del 18 settembre 2006 disponibile in formato digitale all'indirizzo

[http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione111\\_06.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione111_06.pdf).

*valere, oltre che errori e vizi, anche la semplice ingiustizia del provvedimento impugnato)*<sup>73</sup>.

La definizione è particolarmente calzante ed evidenzia tutta la diversità rispetto all'azione di nullità nel processo arbitrale<sup>74</sup>. Quest'ultima è infatti mezzo tipicamente "vincolato"<sup>75</sup>, dato che è ammessa l'impugnazione unicamente per gli specifici motivi enumerati nel codice di rito. In un'analisi avente ad oggetto i poteri degli arbitri nell'istruzione probatoria, l'elencazione dell'art. 829 riveste un ruolo di indubbia importanza ed offre una misura concreta di quali specifiche violazioni siano effettivamente rimediabili. Nessuna diversa "anomalia" del processo sarà infatti praticamente censurabile in sede di impugnazione.

Se ne deve quindi dedurre che, se pure vi sia un vizio della procedura in arbitrato, questo potrà rilevare in sede di impugnazione unicamente laddove sia riconducibile ad uno dei motivi espressamente elencati all'art. 829. Le altre anomalie e gli altri vizi, pur ostacolando la buona gestione del processo, non saranno rimediabili con l'azione di nullità e resteranno sostanzialmente insuscettibili di riparazione.

Con specifico riferimento all'istruzione probatoria ed alla determinazione delle forme processuali, la condotta degli arbitri sarà censurabile con lo strumento dell'azione di nullità principalmente nei due casi previsti dei numeri settimo "se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata" e nono "se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio"<sup>76</sup>. È necessario enucleare in principio il problema relativo al numero settimo, rinviando per le questioni relative al nono al prossimo paragrafo.

---

<sup>73</sup> CARRATO, *op. cit.*, pp. 2 s.

<sup>74</sup> Da una certa prospettiva, la differenza sembrerebbe essere più generale: l'appello è, secondo la dottrina prevalente, un rimedio svincolato da una elencazione tassativa di vizi espressi: solo attraverso di esso può quindi farsi valere anche la mera astratta ingiustizia della sentenza. Condivide questa premessa CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, p. 94.

<sup>75</sup> Non vi sono dubbi, ma tra i tanti, LA CHINA, *op. cit.*, p. 249, lo dice direttamente "trattasi di impugnazione a critica vincolata".

<sup>76</sup> Art. 829 del c.p.c.

Il numero settimo disciplina il particolare caso in cui, nel corso della procedura, siano state violate forme “*a pena di nullità*”. Questa norma accomuna, sotto un’unica categoria astratta, tutte le nullità formali di qualsiasi ordine e natura: sfumano le distinzioni tanto sulla base dell’origine (nullità testuali per legge e nullità per inidoneità allo scopo) quanto della “*rimediabilità*” (dicotomia sanabilità/insanabilità)<sup>77</sup>. Eppure, le parole utilizzate dal legislatore richiedono un’analisi particolarmente attenta: la nullità, per poter rilevare ai fini dell’azione in esame, deve essere posta “*dalle parti*”<sup>78</sup>. Se ne dovrebbe quindi concludere, sulla base del semplice dato positivo, che gli arbitri non abbiano il corrispondente potere di prescrivere obblighi formali della medesima natura<sup>79</sup>. Le parti, ad esempio, ben potrebbero concordare nella convenzione arbitrale che tutti i testimoni debbano necessariamente essere escussi oralmente in udienza senza possibilità di ricorrere all’*affidavit* “*a pena di nullità*”. In tal caso l’eventuale assunzione del mezzo di prova per iscritto<sup>80</sup> giustificerebbe l’impugnazione sulla strada dell’art. 829, numero 7. Gli arbitri, nell’esercizio dei poteri loro riconosciuti dal codice di rito di condurre il procedimento nel modo ritenuto più opportuno, non possono in alcun caso munire le proprie determinazioni in materia di prova di questa sanzione. Si potrebbe quindi ritenere che questo speciale motivo di nullità sia stato pensato proprio al fine di rafforzare ulteriormente il dominio delle parti sulla struttura del processo arbitrale. In altre parole, il legislatore avrebbe voluto fornire le parti di un particolare strumento addizionale per “blindare” le proprie determinazioni, del quale gli arbitri sarebbero invece naturalmente sprovvisti<sup>81</sup>. La “*disponibilità*” delle forme processuali trasla quindi sul terreno dell’impugnazione: alle parti è rimessa la facoltà di influire sul principale mezzo di contestazione del lodo.

---

<sup>77</sup> Sempre LA CHINA, *op. cit.*, pp. 260 e s.

<sup>78</sup> Cfr. LUISO, *op. cit.*, p. 231.

<sup>79</sup> In argomento vedi anche CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione* in VERDE, *Diritto dell’arbitrato rituale*, cit., p. 311.

<sup>80</sup> L’eventualità dell’assunzione della testimonianza “*per iscritto*”, dopo la riforma del 2006, è stata esplicitamente codificata ed è ora unanime in dottrina l’opinione per la sua indiscussa ammissibilità. Si ritornerà sul punto nella disamina sui singoli mezzi di prova.

<sup>81</sup> RUFFINI-BOCCAGNA, *sub art. 829*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 829.

La giustapposizione di clausole formali “*a pena di nullità*” espone quindi potenzialmente la decisione finale ad una impugnazione *ex art. 829 numero 7*<sup>82</sup>. Sottraendo questa facoltà agli arbitri, il legislatore ha voluto consolidare una particolare architettura del sistema arbitrato: ha voluto stabilire una geometria più ristretta per i poteri di regolazione della procedura dei giudicanti rispetto a quelli dei litiganti.<sup>83</sup>

Questo *discrimen* si è poi automaticamente riflesso anche nell’ambito dell’azione di nullità. Non mancano conseguenze significative sul piano pratico: se le prescrizioni degli arbitri in tema di istruttoria non possono essere garantite dal particolare rimedio della “*pena di nullità*”, la loro violazione sembrerebbe restare sostanzialmente priva di effetti concreti<sup>84</sup>.

Residua soltanto un ultimo dubbio: se le parti indicano espressamente come fonte normativa dell’arbitrato il codice di procedura civile quali conseguenze può avere la violazione di norme imposte in quest’ultimo “*a pena di nullità*”? Peraltro, la formulazione del numero 7, almeno dal punto di vista del tenore testuale, ha sempre marginalizzato interpretazioni creative: l’articolo parla espressamente di nullità imposta “*dalle parti*”, nulla dice sulle nullità preesistenti.

Perché si apra la strada dell’impugnazione *ex art. 829 numero 7*, si richiede che le parti colleghino espressamente ad una determinata forma la sanzione della nullità. Se i contendenti si limitano a richiamare norme che il codice di rito sancisce già di suo “*a pena di nullità*”, il rimedio impugnatorio sembrerebbe precluso<sup>85</sup>. Il testo del c.p.c. lascia intendere, infatti, che siano solo ed esclusivamente gli stipulanti a poter aprire la strada a questo tipo di impugnazione. Essi possono rivestire i profili processuali più importanti con una barriera.

---

<sup>82</sup> MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Rivista dell’Arbitrato*, 2005. Adde anche SALVANESCHI, *sub art. 829, op. cit.*, p. 899 e ss.

<sup>83</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 829 in CARPI (a cura di), Arbitrato, cit.*, pp. 748 e s.

<sup>84</sup> In argomento sempre ZUCCONI GALLI FONSECA, *loc. ult. cit.*

<sup>85</sup> Quanto alle prescrizioni in materia di forma poste direttamente dal codice di rito si vedano PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, p. 224, RICCI E.F., *La prova nell’arbitrato, cit.*, p. 166.

Questa premessa contribuisce anche a definire i poteri degli arbitri in materia di determinazione delle regole processuali e dà seguito le considerazioni spese nei paragrafi precedenti sulla loro estensione.

### 5.3 L'art. 829 n. 9 c.p.c.

L'analisi deve ora soffermarsi sul numero 9 e, in particolare, su significato e conseguenze della “*violazione del contraddittorio*” in arbitrato. In proposito, si è sostenuto che darebbe all'impugnativa del lodo la violazione del contraddittorio inteso non solo (e non principalmente) in senso “*statico*”, bensì “*dinamico*”<sup>86</sup>. Altro autore ha invece commentato le parole del legislatore, affermando che la disposizione “*lungi dall'essere pleonastica, finisce con l'essere la chiave di lettura di numerose disposizioni ormai inadeguate*”<sup>87</sup>.

In verità, una rassegna della giurisprudenza sul tema ed una valutazione del tenore testuale della norma conferma che il numero 9 tutela il lodo solo ed unicamente dalle violazioni del contraddittorio; non può e non deve essere strumentalizzato come “*jolly*” per far esarginare l'azione di nullità al di fuori dei suoi limiti naturali.

Bisogna precisare che il “*contraddittorio*” è soltanto uno tra i principi di ordine pubblico processuale, con una propria identità ed un proprio perimetro. Non sarebbe corretto evocare l'azione di nullità *ex art.* 829, numero 9, per una qualsiasi violazione

---

<sup>86</sup> MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma, motivi ed esito*, Milano, 2009, p. 231: l'Autrice distingue il contraddittorio in due diverse forme sulla base di un dato estrinseco: la partecipazione della parte al procedimento. Il contraddittorio in senso “*statico*” è rispettato semplicemente con la regolare notificazione della domanda di arbitrato alla controparte (e, nel processo civile, dell'atto di citazione) cui segue la diretta partecipazione della controparte al momento dibattimentale: in sostanza l'unica menomazione ipotizzabile coincide con la totale assenza di una parte. In questo caso, è logico prevedere che il relativo lodo non sarà impugnabile nelle forme del comma nono, bensì gli arbitri procederanno, dopo aver accertato questo deficit originario (e palese) a chiudere in rito la procedura, con pronuncia declaratoria d'improseguibilità. Nel caso in cui gli arbitri non seguano questo iter, il lodo ne risulterà sì viziato, ma non per violazione del numero 9. Il contraddittorio in senso dinamico, invece, ha tutta altra pregnanza e complessità: esso si risolve nel “*come*” il processo arbitrale deve svolgersi. In particolare, nella sua necessità di strutturarsi come terreno di paritario scontro delle argomentazioni delle parti, a garanzia del principio di eguaglianza delle armi.

<sup>87</sup> VERDE, *op. cit.* p. 194.

delle garanzie dell'ordine processuale: deve essere specificamente infranto il sigillo della parità delle armi, che ha una propria autonomia concettuale

In realtà, il tentativo di riunire sotto la denominazione di “*contraddittorio*” tutta la citata rete di garanzie rispondeva ad una sostanziale necessità avvertita da alcuni studiosi della materia: mancava, nella disciplina previgente (anteriore alla riforma del 2006), una norma che applicasse una qualche sanzione per violazione dell'ordine pubblico processuale in generale. Parte della dottrina<sup>88</sup> non aveva mancato di notararlo, riservando opportuna considerazione a questa situazione normativa, poi risolta grazie al solerte intervento del legislatore. In principio, però, sulla scorta di qualche consimile esperienza straniera<sup>89</sup>, si era tentato di costruire un rimedio a questa assenza per via ermeneutica, anche a costo di pericolose “*acrobazie interpretative*” e si erano ricondotte le violazioni ora al numero 9, ora ad altri numeri. Le argomentazioni offerte per giustificare queste tesi erano fragili, ma ogni speculazione sulla loro attendibilità è stata sterilizzata dall'intervento riformatore del 2006, che ha rammendato la lacuna con un inciso sul finire del terzo comma dell'art. 829. In ogni caso, tornando al punto: violazione del contraddittorio è l'alterazione del principio di parità delle armi: si è soliti esemplificare riferendosi a circostanze in cui una delle parti sia depauperata del diritto di controbattere alle istanze dell'altra<sup>90</sup>.

Eppure, la casistica ci ha offerto esperienze dalla morfologia assai più particolare: si fa riferimento, tra gli altri, al caso della “*sentenza della terza via*”. L'obbligata correlazione tra argomentazioni proposte dalle parti e motivazione del provvedimento decisorio è uno degli aspetti nevralgici del meccanismo-contraddittorio: l'arbitro

---

<sup>88</sup> MARINUCCI, *op. cit.*, p. 274.

<sup>89</sup> Negli Stati Uniti, nota la stessa MARINUCCI, *op. loc. ult. cit.*, nota 81, non esiste alcuna norma espressa che sanzioni il lodo contrario alla *public policy* ma è pacifico, in giurisprudenza e dottrina, che l'invalidità debba dedursi in via interpretativa.

<sup>90</sup> Una particolare riflessione sul concetto del contraddittorio è rinvenibile in un arbitrato ICSID (che ha struttura e funzionamento diversi rispetto al nostro arbitrato interno, ma è qui richiamato a soli fini comparativi): ARB/03/25, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide* del 21 dicembre 2010 in *Rivista dell'Arbitrato*, 2011, pp. 667 e ss. con nota di DE LUCA, *Violazione del principio del contraddittorio e annullamento ICSID: il caso Fraport AG Frankfurt Airport c. Repubblica delle Filippine*. La corte afferma che contraddittorio è anche diritto “*di essere sentiti*” (*right to be heard*) e nella massima si legge che: “*Il diritto di ciascuna parte di presentare il proprio caso nella procedura arbitrale, include il diritto di ciascuna parte di presentare osservazioni sulle prove prodotte dalla controparte.*”

dovrebbe necessariamente pronunciarsi sulla base delle prospettazioni offerte dalle parti.

Se intende ricorrere ad una strada motivazionale inedita, deve prima presentarla alle parti perché possano esprimersi sul punto. La sentenza della terza via è invece un'eventualità in cui entrambe le parti sono mutilate del loro diritto, sincronicamente e congiuntamente.

Per quanto invece riguarda l'incidenza del principio nella fase dell'istruzione ed, in particolare, con riferimento ad assunzione e valutazione delle prove, sul punto non è mancata produzione dottrinale<sup>91</sup>.

Quanto poi alla giurisprudenza sull'argomento, si pensi alla sentenza della Cassazione n. 3917 del 2011: il giudizio oggetto della pronuncia affrontava un tema assai delicato: la fissazione dei termini per gli atti procedurali in arbitrato e la loro vincolatività. Per poter comprendere a fondo la natura delle forme processuali nella giustizia privata, si suole preferibilmente prescindere dalle comuni considerazioni relative al processo civile ordinario e concentrare l'analisi sulle specificità dell'arbitrato.

Una parte della dottrina ritiene che la perentorietà operi normalmente anche in arbitrato: il termine perentorio spiega pacificamente la sua efficacia preclusiva anche nella giustizia privata, purché le parti ne siano state adeguatamente informate in anticipo<sup>92</sup>. L'arbitro potrà validamente disporre dei termini indifferibile<sup>93</sup>: ad esempio, potrebbe imporre il deposito di memorie entro un certo tempo, ma la giurisprudenza ha precisato che la fissazione dei termini non deve mai sbilanciare l'equilibrio del contraddittorio<sup>94</sup>. La dottrina ha soggiunto che la perentorietà non dovrebbe, inoltre, mai avere l'effetto di

---

<sup>91</sup> CALIFANO, *Sul principio del contraddittorio nella fase istruttoria dell'arbitrato rituale* in *Rivista dell'Arbitrato*, 2011, pp. 654 ss.

<sup>92</sup> “gli arbitri possono fissare termini perentori per il compimento di determinate attività processuali, ma l'obbligo di garantire l'attuazione del contraddittorio impone che di tale perentorietà le parti siano preventivamente ed adeguatamente informate” GARGIULO, *Libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2016, pp. 1184 ss.

<sup>93</sup> Lo testimonia la prassi arbitrale, ad es. Coll. Arb. Vicenza 9 Aprile 1990 in *Rivista dell'arbitrato*, 1993, pp. 257 ss. con nota critica di GROSSI. In questo ordine di idee anche diversa dottrina, cfr. PUNZI, *Disegno sistematico*, I, p. 483.

<sup>94</sup> Cfr. Cassazione, sentenza n. 464 del 1995, riportata in *Rivista dell'Arbitrato*, 1996, pp. 295 e ss.

“*impedire o limitare irragionevolmente il diritto di difesa delle parti*”<sup>95</sup>, altrimenti l’ordine pubblico processuale e le sue garanzie ne risulterebbero ingiustificatamente compromesse.

Alcune sentenze hanno assunto posizioni di maggiore apertura, riconoscendo una certa elasticità intrinseca anche nei termini perentori. Con la citata pronuncia n. 3917 del 2011 la Cassazione ha affermato che, se anche gli arbitri abbiano fissato per la presentazione di una determinata prova un termine indifferibile, la sua assunzione può avvenire anche dopo, purché alle altre parti siano date occasioni di controdedurre e di discutere.

La Corte di Cassazione si era pronunciata nell’ambito di un procedimento arbitrale relativo all’impugnazione di una delibera assembleare ed aveva confermato l’esistenza, in arbitrato, di una “*maggiore libertà delle forme*”. Il sistema procedimentale tradizionale, pensato per il giudizio ordinario, non può traslarsi automaticamente nella giustizia privata e ne fa prova la seconda conclusione cui pervengono i supremi giudici: il codice di rito non deve essere direttamente applicato in arbitrato, se le parti non vi fanno espresso richiamo<sup>96</sup>.

L’orientamento giurisprudenziale sul tema è ormai consolidato: già anni prima, con la sentenza n. 2201 del 2007<sup>97</sup>, la Corte aveva riconosciuto che non dovesse darsi luogo ad invalidità del lodo nel caso in cui i quesiti e le domande formulate all’arbitro in principio fossero vaghe o generiche. Era (ed è) sufficiente “*la concessione di adeguati termini a difesa*” per sanare retroattivamente l’indeterminatezza dei quesiti, senza sospetti d’invalidità.

Nel nostro ordinamento domestico, la giurisprudenza ha seguito una logica di “*conservazione dell’arbitrato*”: le prescrizioni formali possono essere in qualche misura trascurate purché sia, nella sostanza, rispettato l’equilibrio tra le parti.

---

<sup>95</sup> RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 865.

<sup>96</sup> Si legge espressamente che, stante il silenzio delle parti nella clausola compromissoria, se ne deve concludere a favore della facoltà degli arbitri di “*discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, garantendo comunque ed in ogni caso, seppur con gli opportuni adattamenti, il principio del contraddittorio.*”

<sup>97</sup> repertoriata in *Foro Italico, Mass.*, 2007, p. 145. In realtà, di correlato interesse, sono anche la 19949 del medesimo anno e la precedente 13670 del 2006.

I concetti di “improrogabilità” o “perentorietà”, radicati nella giurisdizione ordinaria, si attenuano nel giudizio privato<sup>98</sup>. Persino i termini “*perentori*” si dimostrano soggetti ad una certa elasticità. Dato che le parti sono padrone della procedura, possono liberamente manipolarne la struttura: “*I tempi del processo arbitrale non sono rigidamente scanditi come nel processo ordinario e, ciò che più conta, essi sono disponibili, in quanto anche sotto questo profilo vige il principio che privilegia l’autonomia delle parti*”<sup>99</sup>. A volte si è dubitato persino che gli arbitri possano fissare termini perentori, se non in applicazione del codice di rito, ove le parti lo abbiano prescelto come *corpus* applicabile al proprio arbitrato<sup>100</sup>.

La giurisprudenza ha affrontato il tema da diverse prospettive: ha affermato, ad esempio, che un eccessivo ritardo nella trasmissione di un avviso di fissazione di un termine può costituire una violazione del contraddittorio. In un caso deciso dalla Cassazione del 1995<sup>101</sup>, una delle parti si era assentata per giustificato motivo ad una udienza, nel corso della quale il collegio aveva fissato un termine di dieci giorni per il deposito di memorie. L’avviso di fissazione era però pervenuto, a causa di un ritardo dovuto al servizio postale, quando mancavano solo quattro giorni alla scadenza. La Suprema Corte affermò che si fosse concretizzata una violazione del contraddittorio, considerata l’eccessiva compressione della finestra temporale a disposizione della parte.

Un altro caso ricorrente (richiamato in più di una pronuncia<sup>102</sup>) in cui il contraddittorio è posto in pericolo è la c.d. “*decisione immediata*”: gli arbitri, al termine dell’assunzione delle prove, si ritirano subito per procedere alla deliberazione, senza concedere alle parti

---

<sup>98</sup> GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo* in *Rivista dell’Arbitrato*, 1993, fasc. 1, pp. 1 ss. che, nella sua analisi peraltro abbastanza risalente, confrontava la duttile struttura dell’arbitrato con l’assai più meccanico puzzle di termini e preclusioni pensato dal legislatore per il processo civile ordinario (si pensi alla L. 353 del 1990, al momento della stesura del citato saggio attualissimo riferimento normativo in materia di scansioni procedurali).

<sup>99</sup> GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013, disponibile al link <http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Galletto.pdf>.

<sup>100</sup> Di queste perplessità si legge in RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 865.

<sup>101</sup> La già citata sentenza della Cassazione n. 464 del 1995, in *Rivista dell’Arbitrato*, 1996, pp. 295 e ss. con nota di CECHELLA, *Il nuovo motivo di nullità del loro rituale per violazione del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 7) ed un atteso indirizzo della Corte di Cassazione*.

<sup>102</sup> La stessa 464 del 1995 accenna a questa evenienza nella motivazione, considerandola un esempio pacifico e non più questionabile.

occasione di presentare conclusioni. Il processo civile ordinario<sup>103</sup> prevede espressamente una fase di “precisazione delle conclusioni”<sup>104</sup> che ha talvolta creato qualche problema nella gestione dei tempi del giudizio<sup>105</sup>. In arbitrato, una figura equivalente non esiste e si potrebbe pensare che, terminata l’istruttoria, il collegio possa rimettere in decisione senza previamente dare audizione alle parti<sup>106</sup>. Eppure, parte della dottrina ritiene che ciò offenda il contraddittorio a tal punto da rendere esperibile il rimedio del numero 9, art. 829. A riprova di questa conclusione, tra i riferimenti possibili, si suole citare la sent. 5498 del 12 aprile 2001, in cui si sostiene inequivocabilmente che le parti hanno il diritto di “*svolgere le proprie difese conclusive, in relazione alla istruttoria compiuta, discutendone i risultati in contraddittorio ed eventualmente formulando nuove istanze*”<sup>107</sup>. Se ne deve concludere che il diritto di controvertere verbalmente (o, secondo una lettura più restrittiva, almeno per iscritto) sulle risultanze probatorie sia irrinunciabile.

Occorre ora porsi un altro interrogativo: se la parte si rende conto, nel corso del procedimento, che è stata perpetrata una violazione del contraddittorio, ha un qualche onere di preventiva denuncia per potersi avvalere del vizio in sede di impugnazione?

Il numero 9 non richiede che la violazione del contraddittorio sia contestata *in medias res*, con un’apposita eccezione. Tuttavia, il secondo comma dell’art. 829 prevede che, se una parte vuole valersi della violazione di una regola procedurale in sede di

---

<sup>103</sup> Il codice disciplina il profilo agli artt. 188 e s.

<sup>104</sup> Si è però talvolta sostenuto, in giurisprudenza, che l’udienza di precisazione delle conclusioni non sia un segmento necessario del processo e l’eventuale diretta remissione al collegio senza il suo previo esperimento sia una mera irregolarità formale. Si veda, sul punto, Cass. Civ., Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24041.

<sup>105</sup> Sulla questione vedi CAMPIONI, *La udienza di precisazione delle conclusioni*, in [www.claudioecchella.it](http://www.claudioecchella.it).

<sup>106</sup> È più difficile, ma non impossibile, che accada quando si sia ricorso alla delega di un singolo arbitro per l’espletamento degli atti probatori. Il delegato potrebbe concludere la propria opera senza dare spazio alle argomentazioni ed il collegio potrebbe comunicare fuori udienza di essersi ritirato in sede deliberativa. Mancherebbe la sede per precisare le conclusioni. Si dà conto, per semplice evidenza statistica, che in questi casi tendenzialmente il delegato, all’atto di chiudere l’assunzione, rimette le parti innanzi al collegio perché presentino le argomentazioni direttamente innanzi alla corte al completo prima della remissione in decisione.

<sup>107</sup> In *Foro italico*, 2001, fasc. 1, p. 2524, peraltro citata dalla stessa SALVANESCHI, *op.cit.*, p. 906, nota novantanovesima, che evidenzia la stessa porzione di testo da noi riportata.

impugnazione per nullità, deve eccepirarla durante l'arbitrato nella "*prima istanza o difesa successiva*". La norma fa riferimento esclusivamente alla violazione di "*una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale*" e sembrerebbe riferirsi privilegiatamente ai casi di nullità *ex art. 829*, numero settimo. Nel caso di violazione di forme prescritte "*a pena di nullità*" si richiede infatti che non vi sia stata sanatoria in corso di giudizio. La parte, sollevando la relativa eccezione nella prima istanza o difesa successiva, offre l'occasione per sanare il vizio e prevenire l'azione di nullità.

Autorevole dottrina ha ritenuto però, a tal proposito, "*necessaria una interpretazione "manipolatrice"*"<sup>108</sup> che si basa sulla comparazione analogica tra il numero settimo ed il numero nono. In particolare, la necessità della previa eccezione andrebbe estesa in via interpretativa al caso del numero nono: anche la violazione del contraddittorio richiederebbe una denuncia in corso d'opera e rileverebbe in sede di impugnazione solo se "*non sanata*" in corso di arbitrato. Il dato testuale sul punto non offre alcuna certezza assoluta. L'autore ritiene, inoltre, che vi siano due categorie di vizi riconducibili alla violazione del contraddittorio e che la loro diversa natura condizioni l'obbligo della previa eccezione. Il vizio può essere "*soggettivo*", quando la parte non è stata regolarmente citata e non è comparsa, o "*formale*", più strettamente attinente allo svolgersi concreto della procedura. La distinzione, si noterà *sine mora*, ricalca la dicotomia tra le due accezioni del contraddittorio "*statico*" e "*dinamico*" vista di sopra.

#### **5.4 L'istruzione probatoria segreta in arbitrato**

Un caso particolare è costituito dall'istruzione probatoria segreta, in cui il giudice acquisisce le prove fuori udienza ed in assenza di un contraddittorio diretto tra le parti. Ad esempio, avrebbe il carattere della segretezza la condotta dall'arbitro che interrogasse personalmente i testimoni senza la presenza delle parti e dei loro eventuali difensori o che consultasse *in camera caritatis* un C.T., lasciando i contendenti all'oscuro dei quesiti e delle relative risposte.

---

<sup>108</sup> CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazioni e correzioni*, sub 2.1. *i motivi di gravame* in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, pp. 312 e ss.

La segretezza dell'istruttoria getta un'ombra di imprevedibilità sugli esiti del processo e lascia le parti incapaci di argomentare consapevolmente per sostenere le proprie posizioni. Siffatto modello si è manifestato in circostanze storiche particolari: ad esempio nel caso dei tribunali penali cattolici a stampo inquisitorio<sup>109</sup>. Nel processo civile contemporaneo la segretezza degli atti istruttori è impensabile: le norme del codice di rito garantiscono infatti la massima partecipazione delle parti all'istruttoria e, più in generale, all'intero procedimento.

La dottrina ha storicamente sostenuto che la formazione della prova in contraddittorio costituisca uno snodo fondamentale del momento istruttorio, almeno per le prove c.d. *costituende*, e quindi “tanto meno è concepibile un'istruttoria segreta, in assenza delle parti o di una di esse: sarebbe palesemente nulla (artt. 202-209 c.p.c.)”<sup>110</sup>. Al giudice spetta sempre la direzione effettiva dell'istruttoria, ma non può sostituirsi alle parti nel loro naturale diritto ad intervenire, argomentare e contro-argomentare. Se nel processo ordinario la produzione giurisprudenziale e dottrinale ha fugato ogni dubbio, nel settore dell'arbitrato residuava storicamente qualche zona d'ombra. In particolare, fino all'ultimo quarto del ventesimo secolo, si discuteva se le parti potessero rinunciare al contraddittorio e delegare al giudice l'acquisizione delle prove in indipendenza. Ad esempio, si dibatteva se i litiganti potessero delegare integralmente l'istruzione al giudicante inserendo un'apposita clausola nel compromesso o disponendo in tal senso nell'esercizio del proprio potere di regolamentare la procedura. Siffatta struttura del procedimento equivarrebbe in sostanza ad una istruttoria segreta “*su richiesta congiunta*” delle parti, con l'evidente beneficio di comprimere drasticamente i tempi processuali e di ridurre i costi della procedura. Eppure, alla luce della giurisprudenza sul tema<sup>111</sup>, è ormai indubbio che anche in arbitrato non possa rinunciarsi al rispetto del

---

<sup>109</sup> Il tribunale inquisitorio prevede una sovrapposizione tra il ruolo dell'accusatore e quello di giudicante, oggi inconcepibile nella maggior parte delle realtà giuridiche del mondo. Un esempio ne è stata la Santa Inquisizione della chiesa cattolica, un tribunale in cui le indagini venivano condotte in assoluta segretezza, senza dare all'imputato alcuna possibilità di partecipare. Peraltro, mancava l'accusatore: il giudice conduceva la procedura da solo. Cfr. TAMBURINI, *Storia generale dell'inquisizione*, Milano, 1862.

<sup>110</sup> DOTTI, *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo?*, Roma, 2003.

<sup>111</sup> Una raccolta completa dei precedenti sull'argomento e delle riflessioni sistematiche ad essi conseguenti è contenuta nell'opera di RICCI E.F., *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968.

contraddittorio ed, in particolare, al principio per cui la prova deve necessariamente formarsi alla presenza delle parti e con il loro contributo dialettico. Si suole sostenere che non basti, ai fini della realizzazione di questo assioma, che le parti siano convenute al termine dell'acquisizione per rendere le proprie dichiarazioni sulle risultanze probatorie ormai acquisite al patrimonio del processo<sup>112</sup>: i litiganti devono partecipare anche al momento formativo della prova con pieno diritto ad argomentare. È evidente che altra cosa è discutere sul verbale di una testimonianza resa "segretamente" avanti al solo arbitro, altra cosa è poter direttamente escutere il teste: il margine di esame della prova nel secondo caso sarebbe notevolmente più ampio.

Nel caso in cui il lodo venisse pronunciato all'esito di una istruttoria integralmente o parzialmente segreta probabilmente sarebbe affetto da nullità ai sensi del numero nono, articolo 829<sup>113</sup>. Eventuali determinazioni delle parti in tal senso, sia se inserite nel compromesso sia se costituenti specifici accordi, devono quindi essere considerate invalide. L'eventualità, pur non essendo mai assurda ad alcuna rilevanza statistica, è teoricamente possibile: le parti potrebbero voler ricercare la massima speditezza, sacrificando la fase istruttoria a beneficio di una risoluzione rapidissima. Gli arbitri in tal caso dovranno discostarsi dalle determinazioni pattizie e seguire la via dell'istruttoria tradizionale: la prescrizione di legge inderogabile sul contraddittorio offusca infatti la richiesta congiunta delle parti<sup>114</sup>. Infatti, nemmeno le parti con loro determinazione congiunta possono escludere il contraddittorio: "*il principio del contraddittorio ha da intendersi in senso assoluto, non potendo essere soppresso neppure per mutuo consenso delle parti, come è reso chiaro dalla stessa disposizione [si fa riferimento all'art. 816 bis c.p.c. in commento], nel punto in cui si fa presente che esso debba essere rispettato «in ogni caso»*"<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> DOTTI, *loc. ult. cit.*

<sup>113</sup> TOTA, *op. cit.*, p. 701 conclude per la nullità *ex numero 9* dell'art. 829, almeno secondo la nuova formulazione. Prima della riforma del 2006, doveva invece propendersi per una nullità a carattere assoluto del procedimento arbitrale.

<sup>114</sup> BARBARESCHI, *Gi arbitrati*, Milano, 1937, pp. 126 ss. ritiene che il principio del contraddittorio sia inderogabile e non possa essere scalfito nemmeno dalla comune volontà delle parti.

<sup>115</sup> FABBI, *op. cit.*, p. 11.

Si deve conclusivamente evidenziare che, sul tema dell'inderogabilità del contraddittorio anche per le parti, si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione con la sentenza n. 23402/2015, seguita nel 2016 da altra simile. La Suprema Corte ha affermato che le parti, come gli arbitri, devono esercitare i propri poteri di regolazione della procedura nel rispetto del principio del contraddittorio. Si precisa inoltre che le eventuali violazioni devono sempre essere verificate in concreto, avendo riguardo all'effettivo squilibrio generatosi tra le possibilità di difesa delle parti. In commento alle citate sentenze, si è quindi concluso che *“il principio del contraddittorio ha valore assoluto ed è quindi inderogabile dalle parti e non passibile di rinuncia”*<sup>116</sup>; conclusione che è confortata anche da non poca dottrina<sup>117</sup> e dalla giurisprudenza<sup>118</sup> consolidata.

## **6. I principi di ordine pubblico processuale**

L'analisi dei principi di ordine pubblico processuale nel procedimento arbitrale costituisce un segmento necessario del discorso relativo ai *“limiti”* strutturali alla volontà delle parti: tanto le parti quanto gli arbitri hanno in sostanza un potere di disciplina della procedura *“condizionato”*.

I principi di ordine pubblico processuale non sono testualmente enunciati dal codice di rito, ma sono stati desunti dalla giurisprudenza ed enucleati dalla dottrina. La ricerca di principi nello specifico settore del processo arbitrale si è in parte ispirata alle garanzie tradizionali del processo ordinario, traslando nel *“processo privato”* alcuni cardini del processo ordinario. Anche i principi trasversali, che interessano sia il processo ordinario che l'arbitrato, possono però subire qualche fisiologico adattamento nel secondo. Ad esempio, in dottrina si è scritto che, con riguardo al principio di terzietà, l'interprete sarà

---

<sup>116</sup> GARGIULO, *Libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5, 2016, pp. 1184 ss.

<sup>117</sup> CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1369 e RICCI G.F., *sub art. 816 bis, cit.*, p. 379.

<sup>118</sup> Ad esempio Cass., 29 agosto 1997, n. 8177; Cass., 23 giugno 2000, n. 8540; Cass., 12 novembre 2013, n. 25372. Cass., 26 maggio 2015, n. 10809.

meno rigido nella sua applicazione nel caso di collegi con nomina secondo il sistema binario: guarderà alla neutralità della corte nel suo complesso, valutando con maggiore elasticità gli arbitri di parte<sup>119</sup>.

Alcuni principi sono invece stati teorizzati direttamente nel settore dell'arbitrato: la supremazia delle parti sulle forme, ad esempio, non ha riscontro nel processo tradizionale.

Una nuova prospettiva è stata poi data con l'ingresso dell'Italia nell'allora Comunità Europea (ora Unione) e con la sottoscrizione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo a Roma nel 1950. L'inclusione delle fonti sopranazionali nel panorama già complesso dell'ordinamento domestico ha infatti ricalibrato la ricerca dei principi fondamentali del processo e così pure dell'arbitrato e la Convenzione E.D.U. ha giocato, in questa direzione, un ruolo fondamentale.

La dottrina, con riferimento all'arbitrato, ha da sempre riconosciuto l'esistenza di un sistema di principi "portanti" irrinunciabili<sup>120</sup>: la libertà delle parti incontrerebbe quindi questo limite naturale.

S è scritto che il grande punto di forza<sup>121</sup> del processo privato è la "duttilità"<sup>122</sup>. Il rapporto tra parti e forme può persino essere inquadrato nell'ottica, assai rigorosa, del "dominio": più volte autori hanno scritto che le parti sono "padrone" dell'arbitrato (seppur sia sempre necessaria una comune volontà, non sempre facile da raggiungere). La presenza dei principi di ordine pubblico processuale costituisce un contrappasso a questo principio generale: è una sorta di diritto "naturale" dell'istituto ne consolida la struttura che si sottrae alle determinazioni pattizie. I profili più importanti e decisivi sul funzionamento della macchina arbitrale sono quindi intangibili anche per le parti. Ad

---

<sup>119</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 159.

<sup>120</sup> Sull'ordine pubblico processuale in arbitrato vedi ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009, MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996. RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, V, Torino, 2015, p. 491 parla dei principi di ordine pubblico come "limiti inderogabili" in arbitrato.

<sup>121</sup> E lo si intende dall'analisi degli ordinamenti esteri in cui l'arbitrato è più pervasivo e "apprezzato" come strumento di risoluzione delle controversie.

<sup>122</sup> Vedi, tra i tantissimi, CECHELLA *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1995. Solo nella pagina 215 il termine ha, nelle varie forme linguistiche, tre occorrenze.

esempio, un autore ha scritto che siffatte esigenze di ordine pubblico impedirebbe alle parti, anche se fossero concordi, una radicale deformalizzazione della procedura.

L'ordine pubblico causa quindi menomazione del "potere" dei litiganti di plasmare la procedura ai propri intenti, ma con lo scopo di assicurare standard di garanzia minimi.

Si è scritto che l'esistenza dei principi di ordine pubblico processuale ha l'effetto di *"esalta[re] la comune struttura processuale dei due istituti [l'autore si riferisce ad arbitrato rituale ed irrituale] [...] al servizio di un risultato che è sempre un giudizio su una controversia giuridica"*<sup>123</sup>. Continua poi lo stesso autore che, tale e tanta è la potenza dei principi, da *"travolgere ogni manifestazione giuridica della autonomia contrastante"*.

In realtà le norme imperative ed inderogabili esplicite sono in numero abbastanza esiguo e la parte più corposa dei limiti alla volontà dei litiganti deriva proprio dai principi di ordine pubblico processuale, sottintesi ma mai enunciati. Il legislatore, nell'aver delegato alle parti un potere normativo, le ha vincolate alle *"disposizioni che si sogliono chiamare di ordine pubblico, più precisamente in quelle prescrizioni legali la cui inosservanza contraddice all'essenza stessa del giudizio"*<sup>124</sup>. Il che in qualche misura testimonia che, pur essendo fenomeno originariamente privato, l'arbitrato può considerarsi *"processo"* a tutti gli effetti e l'ordinamento richiede, per la risoluzione delle liti, un certo livello minimo di garanzie, *"regole minime"*.

La dottrina ha offerto diverse elencazioni di principi, a volte anche diverse per struttura ed estensione. Ad esempio, qualche autore<sup>125</sup> ha operato una scelta decisamente restrittiva, limitando i principi a tre: *"il principio della domanda e imparzialità dell'arbitro, il principio del contraddittorio e, infine [...] la motivazione del giudizio finale"*. Sul primo si rinvia al successivo paragrafo, degli altri due si dirà brevemente di seguito. Altri elenchi sono leggermente più ampi, seppur sostanzialmente coincidenti: talvolta si aggiungono, ad esempio, il principio della corrispondenza tra chiesto e

---

<sup>123</sup> CECHELLA, *op. ult. cit.*, p. 218, riferendo le considerazioni a FAZZALARI, *Fondamenti dell'Arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1995 pp. 1 e ss.

<sup>124</sup> SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, IV, Milano, 1971, p. 276 citato da FABBI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>125</sup> CECHELLA *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1995.

giudicato<sup>126</sup>, l'imparzialità del giudicante<sup>127</sup>, il principio di «*sollecito e leale svolgimento*»<sup>128</sup>, il principio della domanda<sup>129</sup>, l'esigenza che si abbia un sistema probatorio razionale, il diritto a una decisione motivata<sup>130</sup>.

#### **a) Il principio del “sistema probatorio razionale”**

Per quanto riguarda l'esigenza di un sistema probatorio razionale, profilo determinante nell'ambito di un esame dei poteri dell'arbitro, un importante punto di riferimento è costituito proprio dal contraddittorio. Il contraddittorio pervade infatti l'intera fase di formazione ed assunzione della prova, integrando le scarse previsioni normative inderogabili relative alla prova (ad esempio quelle relative alla testimonianza). Difficilmente potrà considerarsi irrazionale un sistema probatorio in cui siano state garantite eguali e concorrenti possibilità di difesa alle parti, in cui ogni norma imperativa sia stata rispettata ed in cui gli arbitri abbiano esercitato serenamente ed efficacemente il potere di direzione della fase istruttoria. Peccherebbe, ad esempio, di irrazionalità la procedura che prevedesse l'escussione di decine di testi diversi sullo stesso argomento, nonostante la consapevolezza della quasi totale corrispondenza delle dichiarazioni da rendere. In questo caso, il ruolo di garante del principio è rivestito dagli arbitri, nell'ambito del loro potere naturale di ridurre la lista dei testimoni in caso di sovrabbondanza o superfluità. Questa “selezione” dei mezzi di prova avviene solitamente in modo analogo al processo civile, con una ordinanza di ammissione<sup>131</sup> che

---

<sup>126</sup> FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 53.

<sup>127</sup> Su questo specifico tema vedi SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009.

<sup>128</sup> RICCI G.F., *sub art. 816 bis c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 388.

<sup>129</sup> GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010.

<sup>130</sup> TOTA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, III, 2, Padova, 2009, p. 689. L'elenco è riportato, con relativi riferimenti, anche in FABBI, *op. cit.*, p. 12.

<sup>131</sup> Nel processo civile ordinario, l'ordinanza “ammissiva” è disciplinata direttamente dal Codice: essa “*contiene, in primo luogo, l'esito, motivato (l'art. 134 c.p.c. prescrive che l'ordinanza sia succintamente motivata) del vaglio di ammissibilità e rilevanza di ciascuno dei mezzi istruttori oggetto delle richieste delle parti.*” COSENTINO, *La prova nel processo civile: ammissibilità e rilevanza decadenze istruttorie non contestazione*, Milano, 2016.

verifica i profili di rilevanza e di ammissibilità. Concorrenti queste garanzie, può dirsi pienamente osservato il principio dell'istruttoria equa e razionale.

### **b) Il principio del “*sollecito e leale svolgimento*”**

Il diverso diritto al “*sollecito e leale svolgimento*” del procedimento è menzionato raramente in dottrina<sup>132</sup>: un autore, in particolare, sembra introdurlo ispirandosi al processo ordinario<sup>133</sup>. Questo specifico sintagma ricorre infatti nel codice all'art. 175 c.p.c. a proposito della direzione del procedimento da parte del giudice istruttore.

In particolare, il principio fonde due distinti profili. Quanto alla sollecitudine, si vuole evitare che l'arbitrato si dilati oltremisura dal punto di vista temporale: in questo senso, è possibile richiamare anche il criterio della ragionevole durata. Nell'esercizio dei propri poteri, l'arbitro dovrebbe quindi perseguire ragioni di concentrazione processuale: violerebbe l'ordine pubblico processuale una organizzazione dei tempi ingiustificatamente dilatoria<sup>134</sup>.

Quanto alla lealtà, il “*sollecito e leale svolgimento*” potrebbe sostanziarsi semplicemente nel *fair play* tra parti ed arbitri nel corso della procedura. In particolare, trasmigrerebbe in arbitrato il dovere di probità che con riguardo al processo ordinario è sancito anche dall'art. 88 c.p.c. Tra gli esempi di lealtà processuale, vi sarebbe anche l'inderogabilità del regime normativo della ricsuzione<sup>135</sup>: le parti non possono, nemmeno con determinazione pattizia congiunta volontaria e consapevole, accettare un arbitro che le legge ritiene non imparziale. In verità, non è mai stato revocato in dubbio che l'accesso alla procedura di ricsuzione sia un diritto irrinunciabile delle parti. Il principio del contraddittorio sembrerebbe però giocare un ruolo pienamente assorbente nei confronti di questo principio: non è quindi possibile determinare se, nell'architettura

---

<sup>132</sup> Ne parla, principalmente, RICCI G.F., *sub* art. 816 *bis* c.p.c. in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 388.

<sup>133</sup> RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 23 parla infatti del principio di sollecito e leale svolgimento con riferimento al giudice istruttore.

<sup>134</sup> RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, loc. *ult. cit.*

<sup>135</sup> RICCI G.F., *sub* art. 816 *bis* c.p.c. in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 388.

dell'ordine pubblico processuale, esso abbia una sua vera e propria autonomia. In ogni caso l'esigenza di onestà e speditezza ha una sua evidente utilità e funzionalità.

#### **c) Contraddittorio e corrispondenza tra chiesto e pronunciato (rinvio)**

Per quanto riguarda il principio del contraddittorio si rinvia al paragrafo 5. Del principio di corrispondenza tra chiesto e giudicato si discute in parte nel paragrafo 5, in parte di seguito.

#### **d) Il principio della domanda**

Sul principio della domanda, possono estendersi all'arbitrato le garanzie storicamente previste dalla giurisprudenza per il processo civile ordinario. Anche nel giudizio privato, la Corte non potrà mai attivarsi *sua sponte* ma soltanto su input della parte interessata. Nella tradizione giuridica romanistica questo principio era espresso dal brocardo "*ne procedat iudex ex officio*" ed obbediva principalmente a ragioni di ordine pratico: evitare l'inutile dispendio di energie e di risorse per la macchina pubblica e non commettere ingerenze nella sfera dei soggetti privati senza una loro espressa volontà in tal senso<sup>136</sup>. Il soggetto che desidera deferire la controversia innanzi all'arbitro tende alla realizzazione di un proprio diritto, alla cessazione di una situazione giuridica ingiusta od al ripristino di uno status quo. Il principio della domanda, secondo la parte maggioritaria della dottrina, ha una portata ampia e ricomprende in qualche misura anche il diverso assioma di corrispondenza tra chiesto e giudicato: "*il giudice non può provvedere se non su domanda e non oltre la domanda proposta dalla parte*"<sup>137</sup>. Si deve peraltro considerare che altra cosa è l'aver gli arbitri pronunciato oltre i limiti della domanda, altra cosa è l'aver pronunciato oltre i limiti della convenzione arbitrale<sup>138</sup>. In

---

<sup>136</sup> Sul tema del principio della domanda e sulle sue implicazioni, vedi diffusamente VERDE, *Domanda (principio della)* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, 1989, SATTA, *Domanda (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991.

<sup>137</sup> PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, p. 144.

<sup>138</sup> Un'analisi comparativa delle conseguenze in sede di impugnazione della pronuncia *ultra o extra petita* e della pronuncia che esorbita dalla convenzione arbitrale è in MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma, motivi ed esito*, Milano, 2009, pp. 173 ss. Si consideri che, nel primo caso, gli arbitri

ogni caso, l'antico brocardo latino "*nemo iudex sine actore*" ha, nel processo arbitrale, un funzionamento solo in parte differenziato rispetto al processo civile ordinario: avanti all'A.G.O. non è necessario, è evidente, alcun preventivo accordo di deferimento della controversia.

In arbitrato la legittimazione della corte discende dal compromesso o dalla clausola compromissoria: in questo caso l'esercizio dell'azione richiede quindi l'esistenza di questa previa convenzione. L'atto di proposizione della domanda arbitrale ha struttura e funzioni assimilabili all'atto di principio dell'azione civile ordinaria, ma richiede per potersi validamente esprimere il previo sostrato dell'accordo compromissorio. In questo senso si deve considerare tale convenzione un presupposto ontologico irrinunciabile della domanda: senza di essa, nessun atto può adire una corte arbitrale. In verità, il principio della domanda è sotto una certa prospettiva solo un profilo della padronanza delle parti sulla procedura: la macchina processuale si attiva solo se riceve un input esterno, mai di sua propria iniziativa<sup>139</sup>.

Per tutta la durata della procedura, i principi operano continuamente e sinergicamente, integrandosi, completandosi. Per questo, si predilige parlare genericamente di una categoria unitaria "*l'ordine pubblico processuale*" piuttosto che delle sue singole componenti, "*i principi*".

## **6.1 (segue) La terzietà dell'arbitro**

Tra i principi di ordine pubblico processuale, la terzietà del giudicante ha un'importanza determinante per garantire l'affidabilità della procedura e la giustizia della decisione.

---

hanno deciso una questione ricadente nell'area della convenzione arbitrale, ma non specificamente adottata dalle parti come oggetto di lite. Nel secondo caso la corte arbitrale si è pronunciata su una questione che non ricade proprio nell'ambito della convenzione arbitrale.

<sup>139</sup> Nel processo civile ordinario esiste un necessario temperamento: quando sono coinvolti interessi della comunità, l'ordinamento prevede uno specifico meccanismo per animare l'azione. L'ufficio del Pubblico Ministero è stato istituito proprio con il compito istituzionale di partecipare ai procedimenti giudiziari per tutelare gli interessi riferibili alla collettività e, in alcuni specifici casi, esso ha il diritto di esercitare l'azione civile. Cfr. VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, Bologna, 1970 e VERDE, *Le funzioni del p.m., in particolare delle Procure Generali*, in VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012.

L'arbitro, come il giudice, deve essere “terzo” rispetto alle parti, sulla scorta dell'antico brocardo latino per cui “*nemo iudex in re sua*”: l'equidistanza è condizione necessaria per conferire credibilità al suo ruolo e garantire la giustizia della decisione.

Le produzioni dottrinali hanno generalmente usato il termine “terzo” in riferimento al giudicante, ma non sono mancati casi in cui sono stati impiegati i diversi lemmi “*equidistante*” o “*neutrale*” o “*imparziale*”. La parola terzietà offre, dal punto di vista strettamente lessicale, il significato con la portata meno ampia: è terzo il giudice diverso (personalmente ed istituzionalmente) dalle parti. Ma il tenore testuale è stato eroso da una interpretazione storicamente estensiva: la terzietà comprende ma non si risolve nella diversità, evolvendosi fino all'equidistanza sostanziale. In molti casi, i termini citati sono stati usati in modo sostanzialmente intercambiabile, mentre altre produzioni dottrinali hanno rimarcato le divergenze concettuali<sup>140</sup>.

L'imparzialità richiede, basilaramente, la mancanza di un interesse personale del giudice nella risoluzione della controversia: in quest'ottica, l'organo giudicante dovrebbe restare completamente estraneo alla lite ed impermeabile a qualsiasi condizionamento. Come ha affermato la Corte Costituzionale a proposito del giudizio ordinario: “*l'imparzialità è perciò connaturata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto "terzo", [...] scevro di interessi propri*”.

La misura della terzietà richiesta al giudice (pubblico o privato) è evincibile da una rassegna delle norme relative ad astensione e ricusazione. Con riferimento all'arbitrato, occorre considerare l'art. 815 c.p.c., che offre una prospettiva di “quanto” egli debba essere estraneo alla materia del contendere per poter validamente esercitare il proprio ruolo. Non deve, ad esempio, avere interesse in causa, inimicizia con taluna delle parti o aver intrattenuto pregressi rapporti di assistenza o consulenza.

Per quanto riguarda i motivi di ricusazione in arbitrato, la previgente disciplina si limitava ad un semplice rinvio a quelli previsti per il giudice ordinario ed aveva creato

---

<sup>140</sup> Ad esempio, in una scheda di presentazione sul sito del Consiglio Superiore della Magistratura (disponibile al link <http://www.csm.it/pages/funzionamento/principio.html>) relativa proprio al principio di terzietà, viene usato indifferentemente anche il termine “*neutralità*”. Anche PICARDI, *op. cit.*, p. 130 usa i termini come perfetti omologhi. Altra dottrina si era invece storicamente interrogata sulla diversa portata di ciascun concetto: per esemplificare ZANON-BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2002, p. 94 dedica un'analisi alla differenza tra imparzialità e neutralità.

qualche problema di adattamento<sup>141</sup>; l'attuale formulazione dell'art. 815 contiene invece un elenco peculiare riferito esclusivamente all'arbitro.

Come ha notato la dottrina<sup>142</sup>, nonostante alcuni di questi motivi siano riproducibili di quelli previsti per il giudizio ordinario, altri sono invece originali. Si pensi al numero 1, relativo alla mancanza di qualifiche dell'arbitro, o al numero 5, relativo ad eventuali pregressi rapporti di natura patrimoniale od associativa capaci di compromettere l'indipendenza. L'articolo individua in modo inequivocabile i casi in cui l'ordinamento considera (ed, in alcune eventualità, presume) il giudice o l'arbitro non imparziali. Il generico principio costituzionale trova, in siffatta norma, la sua estrinsecazione. Si è sostenuto infatti in dottrina che, pur essendo stato ormai costituzionalizzato nell'art. 111 comma 2, il principio di imparzialità abbia una piena realizzazione solo con l'ausilio delle norme del codice: la sua tutela in concreto richiede infatti affidata proprio alla normativa processuale<sup>143</sup>.

L'esistenza di una apposita elencazione anche nella specifica disciplina dell'arbitrato è prova di un assioma: pur essendo stato scelto concordemente dalle parti, questa investitura congiunta non è sufficiente a legittimare l'arbitro. Si tenga presente che, in verità, una illegittimità potrebbe in qualche modo sanarsi se la parte avente diritto non eccepisse la ricusabilità entro il termine di decadenza. Spirata la scadenza, l'arbitro diventerebbe irremovibile.

Se ne suole quindi concludere che la consensualità della nomina costituisce un ulteriore elemento a garanzia della imparzialità, ma non la soddisfa pienamente ed

---

<sup>141</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, p. 106 afferma che *“la disposizione non era felice per vari motivi”*.

<sup>142</sup> VERDE, *loc. ult. cit.*

<sup>143</sup> PICARDI, *op. cit.*, p. 130: *“la tutela effettiva del principio di imparzialità rimane peraltro demandata alla normativa processuale, la quale, attraverso l'ampiezza dei motivi di incompatibilità e le modalità con cui azionarli finisce per determinarne in concreto il grado di protezione”*. L'opinione dell'autore è quindi che la tutela del principio si segmenti in due diversi momenti: un'affermazione generale dell'esigenza di imparzialità, contenuta in Costituzione, e una applicazione pratica alle singole vicissitudini del processo, attraverso la normativa dettagliata del Codice. Il secondo momento è assolutamente necessario per tradurre in concreto l'affermazione astratta del documento costituzionale: il Codice svolge un ruolo di trasformatore e assicura standard di garanzia nel processo.

esclusivamente, come invece ha sostenuto un autore<sup>144</sup>. Se così non fosse, l'esistenza di una disciplina della riconsunzione in arbitrato sembrerebbe perdere tutta la sua importanza.

Si deve rilevare che il principio di imparzialità non è radicato nella sola realtà giuridica domestica: ha respiro universale ed è menzionato nella maggior parte degli strumenti sovranazionali ed internazionali aventi ad oggetto le garanzie processuali<sup>145</sup>.

Nello specifico campo dell'arbitrato, il tema della terzietà ha un'importanza particolarmente rilevante ed è stato oggetto di mai sopite dispute dottrinali. In particolare, nutrita parte nelle convenzioni una tra le model rules statisticamente più diffuse è detta "*clausola binaria*": il compromesso o la clausola compromissoria prevedono che, se vuole avviare l'arbitrato, una delle parti nomini il primo arbitro e ne dia comunicazione alla controparte, invitandola a procedere alla nomina del secondo. I due arbitri procederanno in seguito di comune accordo alla nomina del presidente del collegio. In caso di impossibilità evidente di raggiungere un proficuo accordo sull'individuazione del terzo arbitro, testimoniato dal decorso di un certo termine temporale, alla nomina potrà provvedere il presidente del Tribunale (o della Camera Arbitrale, in caso di arbitrato amministrato)<sup>146</sup>. Come si è scritto in dottrina, la c.d. clausola binaria prevede la nomina del terzo arbitro affidata al convincimento congiunto delle parti (o dei due arbitri già nominati), in modo da garantire la comune fiducia e la massima imparzialità, ma "*nel caso in cui questo meccanismo non funzioni, è sempre possibile il ricorso all'autorità giudiziaria (art. 810 ultimo comma)*"<sup>147</sup>.

In caso di arbitrato governato dalla clausola binaria è lecito attendersi che, pur essendo istituzionalmente votati all'imparzialità, gli arbitri nominati dalle parti siano non di rado orientati in loro favore. Pur non esistendo un vero e proprio vincolo tra nominante e

---

<sup>144</sup> CECHELLA, *op. cit.*, p. 219 è infatti di diverso avviso "*l'essere arbitro individuato dalle parti è già sufficiente garanzia di imparzialità*".

<sup>145</sup> Ad esempio, l'articolo 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo stabilisce (con riferimento al particolare settore della giurisdizione penale, ma estensibile ad ogni forma di processo) che ciascuno ha sempre diritto di avere udienza "*by an independent and impartial tribunal established by law*".

<sup>146</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 150 "*ugualmente si può chiedere l'intervento del presidente del tribunale per la nomina del terzo arbitro, se coloro che devono provvedere a designarlo (parti, o arbitri da loro nominati) non riescono a trovare un accordo*". ID., p. 161 parla invece dell'arbitrato amministrato e si riferisce al fatto che, in questo caso, vi sia una "*sostituzione del presidente del tribunale con l'istituzione arbitrale*".

<sup>147</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 88.

nominato, eppure è probabile che l'arbitro c.d. “*di parte*” versi il suo voto a favore del proprio litigante di riferimento. Se si guarda alla giurisprudenza arbitrale, si nota che l'arbitro nominato dalla parte soccombente in molti casi allega al lodo una vera e propria “*dissenting opinion*”<sup>148</sup>. La parte nomina infatti praticamente sempre un arbitro “*vicino*”<sup>149</sup> alle proprie posizioni ideologiche o comunque personalmente stimato.

Perché il principio sia rispettato, la dottrina si accontenta del fatto che “*il collegio arbitrale nel suo complesso sia imparziale*”<sup>150</sup>.

L'imparzialità si rivela ancor più decisiva soprattutto nella fase dell'istruzione probatoria: si è affermato in dottrina che esiste un rapporto indissolubile con il principio del contraddittorio. Secondo alcuni, la terzietà dell'arbitro dovrebbe proiettarsi anche sulle forme processuali nel momento dell'assunzione delle prove: “*sul piano della prova il contraddittorio rappresenta la traduzione in termini oggettivi dell'imparzialità giurisdizionale*”<sup>151</sup>.

Particolare considerazione ed approfondimento merita infine, a proposito dell'ordine pubblico processuale, un tema riscoperto solo di recente nella letteratura scientifica e nella produzione giurisprudenziale: la ragionevole durata dell'arbitrato.

## **6.2 Nuove suggestioni: la ragionevole durata dell'arbitrato**

Oltre ai principi generali dell'arbitrato per come solitamente discussi dalla dottrina, negli ultimi anni si discute sempre più assiduamente in dottrina di ragionevole durata dell'arbitrato. Il tema è assunto a diffuso interesse grazie agli strumenti normativi sovranazionali ed, a livello domestico, è stato trattato da una recente ordinanza di un

---

<sup>148</sup> Ad esempio, in Coll. Arb. Roma, 7 gennaio 2014, *Comune di F. contro V.M.&A. s.r.l.*, al lodo è allegata una *dissenting opinion* dell'arbitro di una delle parti, parzialmente soccombente.

<sup>149</sup> LUISO, *loc. ult. cit.* ed in particolare p. 159 usa proprio questo sintagma: “*vicinanza personale ed ideologica*”.

<sup>150</sup> LUISO, *loc. ult. cit.*

<sup>151</sup> FERRUA, *Nel segno del giusto processo: una seconda ondata “attuativa” dell'art. 111 Cost.?* in DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003.

collegio arbitrale presieduto dal professor Consolo<sup>152</sup>. Parte della dottrina ha legato anche questo particolare tema a considerazioni di politica giuridica sulla natura dell'arbitrato e, in particolare, alle teorie sulla sua "giurisdizionalità". Perché se l'arbitrato non è processo, ogni considerazione sulla sua durata sembrerebbe non avere ragion d'essere<sup>153</sup>. Si deve dar conto del fatto che ormai da tempo la giurisprudenza sembra orientata nel considerare l'arbitrato attività pienamente ed autenticamente giurisdizionale<sup>154</sup>. In quest'ottica, tra le garanzie indefettibili di ogni procedura arbitrale, si dovrebbe necessariamente annoverare anche la massima speditezza. La quasi universalità delle fonti nazionali ed internazionali a livello comparatistico riconosce il diritto delle parti ad una definizione della lite in tempi contenuti. Se a livello internazionale gran parte della produzione sul diritto dell'arbitrato non ha mai negato la necessità della contrazione dei tempi processuali, a livello interno sembra quindi ormai essersi pienamente affermata la stessa esigenza.

Nel settore della giustizia, il principio subisce necessari adattamenti: si pensi che, nell'architettura stessa dell'arbitrato, esiste un fattore di condizionamento estremo dei tempi processuali. Si tratta del termine massimo per la pronuncia del lodo<sup>155</sup>. È evidente che, dovendo l'arbitrato concludersi nei ridotti tempi previsti dal codice, resta ben poco spazio alla dilazione. Per quanto la procedura possa congestionarsi, gli arbitri avranno sempre un interesse diretto ed immediato alla conclusione spedita della lite: se il

---

<sup>152</sup> Si fa riferimento a Coll. Arb. Roma, ordinanza del 29 marzo 2015, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 671 con nota di SALVANESCHI, *Arbitrato e principio di ragionevole durata del procedimento*.

<sup>153</sup> Si ricordi, *ad abundantiam*, che c'è pur sempre il termine per la pronuncia del lodo a "metter fretta" agli arbitri.

<sup>154</sup> In Cassazione, sentenza 8 aprile 1981, n. 1995, si legge che "l'arbitrato rituale si ha quando venga attribuito agli arbitri l'esercizio della potestà giurisdizionale, da attuarsi in un processo diretto ad ottenere la decisione di una controversia". Sempre la Suprema Corte, con la sentenza 8 febbraio 1985, n. 1028 afferma che, nell'arbitrato, "le parti hanno inteso affidare agli arbitri la funzione di veri e propri giudici", mentre, con la successiva sentenza n. 5205 del 29 novembre 1989, si è chiarito che la funzione dell'arbitrato rituale sia "uno jus dicere per lo scopo in vista del quale è attuato e per il risultato al quale conduce: il giudizio e la decisione".

<sup>155</sup> È la stessa SALVANESCHI, *Sul termine per la pronuncia del lodo, sulla sua disponibilità e sulla validità della previsione di un termine "mobile"* in commento a Cass., 19 gennaio 2015, n. 744, in *Rivista dell'arbitrato*, 2015, fasc. 3, pp. 513 e ss. ad essersi a lungo interrogata proprio sul termine perentorio di conclusione dell'arbitrato. E ad aver posto in dubbio, soprattutto, la possibilità di costruire pattiziamente un termine mobile o di slittare più volte uno originariamente fisso. In qualche misura, le parti devono accettare come realtà a loro ontologicamente preesistente, la struttura dell'arbitrato e, con essa, la rigidità intrinseca della sua parte finale. Non possono pattinare liberamente oltre questi limiti.

termine viene valicato, infatti, può configurarsi a loro carico un'ipotesi di responsabilità. Esistono eventualità in cui detto termine può essere prorogato e, quindi, non si può in linea di principio escludere che un arbitrato possa assumere una dimensione temporale rilevante, ma tendenzialmente la durata è decisamente inferiore al processo civile ordinario. Il rischio di incorrere in un caso di irragionevole durata è quindi marginale, per quanto virtualmente possibile. Il procedimento che si prolunghi irragionevolmente frutterebbe agli arbitri le sgradite conseguenze del termine violato, in più calerebbe sul lodo l'ombra della impugnabilità del lodo. In Italia, nessuna norma disciplina il contenimento dei tempi in arbitrato all'infuori delle disposizioni sui termini di pronuncia del lodo.

Nonostante queste premesse, la dottrina ha evidenziato come esistano casi in cui, pur essendo formalmente rispettato il termine ultimo, possa configurarsi una distensione dei tempi tale da controvertere il principio di ragionevole durata. In particolare, l'illecita distensione potrebbe nuocere non tanto agli interessi delle parti, ma alla proficuità del lavoro degli arbitri. L'ordinanza arbitrale sopra citata tratta proprio uno specifico caso in cui il meccanismo della "*ragionevole durata*" si è attivato a beneficio del collegio arbitrale, i cui lavori erano ostacolati da continui rinvii su richiesta congiunta delle parti. Si è detto che i litiganti hanno piena disponibilità delle forme processuali e, dalla lettura del Codice: nel caso oggetto dell'ordinanza in discussione le parti avevano reiteratamente chiesto alla corte arbitrale di estendere il termine per l'espletamento di una preventiva fase conciliativa. In sostanza, la trattazione vera e propria della causa era stata procrastinata più volte su impulso congiunto, prolungando oltremisura la fase conciliativa. Il collegio si era quindi ritrovato ostaggio di una procedura la cui durata andava abnormemente accrescendosi: l'irragionevole durata, pur giovando alle parti nella ricerca di una soluzione concordata della lite, lasciava gli arbitri in una sorta di limbo per un periodo di tempo indefinitamente lungo. Con l'ordinanza, la corte ha circoscritto il perimetro della volontà pattizia: la durata ragionevole del processo è "*situazione, questa, che non può ritenersi integralmente cedevole rispetto alle istruzioni delle parti*"<sup>156</sup>. Quindi, al dominio dei litiganti sulla procedura (e, di conseguenza, sui tempi processuali), si pone un limite estrinseco invalicabile. È naturale che, perché

---

<sup>156</sup> Collegio arbitrale Roma, ordinanza del 29 marzo 2015.

possa configurarsi una vera emergenza garantistica nell'ambito in questione, devono ricorrere una distensione particolarmente ampia. Inoltre almeno nel caso di specie, l'incidenza del principio era stata condizionata all'esistenza di circostanze particolari dovute al particolare oggetto dell'arbitrato<sup>157</sup>. In ogni caso, si è affermata, anche in arbitrato, una tendenza al contenimento dei tempi procedurali come diritto tanto degli arbitri quanto dei giudicanti. La sua morfologia è però assai diversa dalla tradizionale “*ragionevole durata*” disegnata dalle norme della legge Pinto, in quanto manca in radice la possibilità di richiedere un risarcimento (dato che l'amministrazione pubblica non ha alcuna responsabilità nelle lungaggini del giudizio privato).

---

<sup>157</sup> Sempre nell'ordinanza del 29 marzo 2015, il Collegio specifica espressamente che la necessità di contenere i tempi processuali è dettata anche da altre circostanze estrinseche relative alla natura della causa. L'ordinanza riguarda infatti un arbitrato avente ad oggetto dell'impugnazione di una delibera societaria. Negli arbitrati societari sono coinvolti gli interessi di numerosi soggetti, alcuni dei quali non partecipano direttamente all'arbitrato: l'eccessivo prolungamento dei termini processuali recherebbe quindi un nocumento notevolmente amplificato e si proietterebbe su una pletera di terzi, potenzialmente contrari all'instaurazione del giudizio in sé.

## CAPITOLO 2

### QUESTIONI APERTE E DUBBI INSOLUTI

**SOMMARIO:** **1.** Diritto alla prova ed iniziativa ufficiosa dell'arbitro **1.1** Dubbi e suggestioni: il dato positivo e le letture dottrinali **1.2** Quale “modello” di arbitro nell'ordinamento italiano? Uno sguardo alla figura dell'arbitro nelle altre realtà giuridiche europee **2.** La delegabilità dell'istruzione probatoria in arbitrato **2.1** La situazione dopo la riforma del 2006 **2.2** (*segue*) delegabilità delle decisioni in materia di ammissibilità delle prove **2.3** La delega a favore di terzi e la rogatoria internazionale **3.** Coercibilità delle decisioni della corte arbitrale in materia di prova **3.1** L'assistenza giudiziaria nell'ordinamento italiano **3.2** Cenni al diritto comparato: l'assistenza giudiziaria in alcune realtà estere **3.3** L'assistenza giudiziaria per la testimonianza **4.** La valutazione delle prove in arbitrato **4.1** La valutazione della prova in arbitrato: i criteri. L'insindacabilità delle motivazioni e della valutazione degli elementi probatori **4.2** Vincolatività delle prove legali per la decisione dell'arbitro: un approfondimento critico **5.** Il principio di “*non contestazione*” e l'onere della prova: tra accertamento della verità reale e composizione degli interessi **6.** Il divieto di scienza privata ed il tema del fatto notorio

#### **1. Diritto alla prova ed iniziativa ufficiosa dell'arbitro**

##### **1.1 Dubbi e suggestioni: il dato positivo e le letture dottrinali**

Nel procedimento ordinario, l'acquisizione della prova e, più in generale, l'intera fase istruttoria è regolata dal c.d. principio “*di disponibilità*”<sup>158</sup>. Il principale addentellato

---

<sup>158</sup> Sul principio di disponibilità si vedano COMOGLIO, *sub* art. 115 c.p.c., in COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Assago, 2012, pp. 385 ss.; ROTA, *sub* art. 115 c.p.c., in CARPI, TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012, pp. 468 ss. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., pp. 309 e ss. Su iniziativa

normativo è l'art. 115 del codice di rito: la norma sancisce che possono costituire fondamento della sentenza unicamente le prove “*proposte dalle parti o dal pubblico ministero*”. Il che testimonia di un importante ruolo svolto dai contendenti: la ricerca e produzione della prova è rimessa alla loro iniziativa e richiede il loro contributo attivo. Per le parti, la prova è quindi tanto un diritto, quanto un onere. La disposizione continua riconoscendo la fruibilità, ai fini della decisione, degli elementi non provati purché pacifici. È il principio di “*non contestazione*” che, nella maggior parte dei procedimenti civili, svolge un importante ruolo di ottimizzazione di tempi e risorse. Esso screma infatti la fase istruttoria di accertamenti inutili e garantisce la speditezza della procedura. Il 115 c.p.c. si sofferma infine sul tema delle nozioni di comune conoscenza: il giudice può rievocare a beneficio della motivazione le informazioni di comune esperienza ed ogni accorgimento di vita pratica. Non può mai servirsi di conoscenze tecniche delle quali disponga anche solo occasionalmente o casualmente: è il c.d. “*divieto di scienza privata*” e preclude, ad esempio, ad un giudice con la passione della medicina di affrontare senza l'ausilio di consulenti un complesso caso di responsabilità extracontrattuale del professionista sanitario. “*iura novit curia*” recita un antico brocardo: l'ordinamento presume che il giudice conosca sempre e comunque la normativa applicabile al caso concreto. Per le altre aree del sapere, il giudice può integrare i passaggi motivazioni incerti ricorrendo alle informazioni apportate dalla consulenza tecnica.

Sulla scorta del principio di disponibilità, quindi, nel processo civile ordinario i poteri officiosi del giudice di acquisizione dei mezzi di prova sono ridotti a casi abbastanza circostanziati. La prova è nelle mani delle parti <sup>159</sup>.

---

istruttoria officiosa e disponibilità della prova nel processo civile ordinario, cfr. anche LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 3 ed., 2000, pp. 81 e ss.

<sup>159</sup> Diverso discorso vale, ad esempio, per il “*rito del lavoro*”, in cui il particolare oggetto della controversia giustifica infatti l'aspettativa di un più completo panorama probatorio e l'art. 421 c.p.c. dispone espressamente che “*Il giudice [...] può altresì disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova*”. La formula è onnicomprensiva ed il potere officioso del giudice non sembrerebbe soffrire limitazioni. Altro settore in cui si manifesta un consistente potere officioso è quello fallimentare: come ha chiarito la Corte Costituzionale “*nella materia fallimentare vi è un ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante*” (Corte cost., sentenza 1 luglio 2009, n. 198).

In arbitrato, aspettative del genere non sempre possono trovare cittadinanza. Anzi, in considerazione del fatto che la procedura è abbandonata nel dominio delle parti, potrebbe dirsi difficile ipotizzare un perimetro troppo ampio dei poteri officiosi. Una lunga disputa dottrina ha interessato proprio il tema dei limiti ai poteri del giudice. La conflittualità è stata giustificata dall'affermarsi da due distinti modelli di arbitro nell'immaginario collettivo degli utenti della giustizia privata. Da una parte, alcuni avevano aderito alla linea per cui l'arbitro, data la sua maggiore vicinanza alle parti ed il rapporto di reciproca fiducia, potrebbe condurre la fase istruttoria con un certo margine di iniziativa officiosa<sup>160</sup>. Le parti, nel delegargli la soluzione della controversia, gli conferirebbero implicitamente tutti i poteri necessari al completamento dell'incarico e quindi gli appalterebbero anche l'incarico di acquisire le prove. Altro modello, più conforme ai principi generali ed in particolare più ispirato alle meccaniche del contraddittorio, vede anche l'arbitro vincolato al principio di disponibilità della prova: giudice ordinario ed arbitro sarebbero soggetti a limiti analoghi<sup>161</sup>. Altri autori ritengono invece che, preferibilmente, il perimetro dell'iniziativa istruttoria officiosa dovrebbe essere oggetto di accordo tra le parti<sup>162</sup>. È pacifico in dottrina che, salvo l'espresso richiamo, la disciplina delle prove non opera automaticamente ed integralmente in arbitrato<sup>163</sup>. La normativa di settore disciplina specificamente soltanto alcuni profili, ridisegnati appositamente sulla particolare struttura dell'istituto. Gli artt. 816 bis e 816 ter introducono infatti solo qualche indicazione puntiforme sui alcuni mezzi di prova<sup>164</sup>, ma non fornisce un criterio generale relativo ai poteri officiosi.

---

<sup>160</sup> Ad esempio LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza.*, cit., *passim*.

<sup>161</sup> Si pronunciano per l'automatica applicabilità in arbitrato del principio di disponibilità della prova ex art. 115 c.p.c. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 236 e CAVALLINI, *La non contestazione in arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, fasc. 1, pp. 55 e ss. In questo ordine di idee, ma più moderato BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2013, pp. 872 e s. il quale ritiene che il principio sia espressione di "ragionevolezza".

<sup>162</sup> RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 141.

<sup>163</sup> PUNZI, *op. cit.*, 237, ma anche LA CHINA, *op. cit.*, pp. 164 s.

<sup>164</sup> Ad esempio, come si vedrà, prende in considerazione il difficile tema della testimonianza che, in arbitrato, deve obbedire anche all'implicita prescrizione di non dilatare i tempi o far lievitare i costi. Accorgimenti come la testimonianza acquisita presso l'abitazione del teste o dell'affidavit consentono infatti di velocizzare la procedura, di supplire alla difficile (per quanto possibile) coercibilità della testimonianza e, infine, di minimizzare le spese di procedura.

Un autore<sup>165</sup>, tra gli altri, sostiene l'idea per cui il potere officioso in capo all'arbitro sarebbe tendenzialmente illimitato: l'arbitro sarebbe più simile, in quest'ottica, al giudice ordinario “*in funzione di giudice del lavoro*”. L'Autore ritiene che l'arbitro possa rendersi protagonista assoluto del momento istruttorio e possa autonomamente determinarsi per l'acquisizione di ogni mezzo di prova, comprese ispezioni ed accessi<sup>166</sup>. L'ampiezza che vuol darsi alle maglie dei poteri officiosi del giudice (pubblico o privato che sia) può essere determinante nella formazione del fascicolo probatorio. Si consideri, peraltro, che in arbitrato come nel processo civile, il riparto dei carichi probatori è governato e razionalizzato dal principio dell'*onus probandi*. L'arbitro potrebbe, secondo la menzionata teoria, evocare mezzi di prova nel caso in cui si trovi in una situazione di difficoltà nella formulazione della decisione, ma senza sgravare le parti del loro incarico naturale di provare il fondamento delle rispettive pretese. La tesi non è rimasta completamente orfana di applicazione, ma la prassi arbitrale<sup>167</sup> ha storicamente ritenuto che l'iniziativa officiosa andasse strutturalmente limitata ai soli fatti addotti dalle parti sui quali vi siano dubbi o incertezze. L'arbitro non deve sostituirsi ai litiganti, ma può servirsi del potere officioso per “*chiarire fatti o circostanze rilevati*” presentati dalle parti sui quali abbia ancora dei dubbi<sup>168</sup>.

Occorre indagare il fondamento strutturale della teoria per comprenderne la portata. La tesi dell'Autore si fonda sulla differenza ontologica tra giudice ed arbitro: quest'ultimo, essendo selezionato all'esito di una scelta libera dei contendenti, non avrebbe la superiorità formale e gerarchica del giudice statale. Le parti, non dovrebbero quindi avere “*quella ragione di timore e sospetto che induce le parti a diverso e più guardingo*”

---

<sup>165</sup> LA CHINA, *op. cit.*, pp. 165 e s. il quale non solo esclude l'applicabilità in arbitrato del principio di disponibilità della prova ma sostiene che “*quel dato dovrebbe essere rovesciato*”.

<sup>166</sup> L'autore in realtà sembra implicitamente circoscrivere il potere officioso ai mezzi di prova enunciati nelle norme di riferimento per l'arbitrato (art. 826 bis e soprattutto 816 ter). In questo ordine di idee la lettura di COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, p. 810 ed in particolare nt. 16.

<sup>167</sup> *Imprese Costr. Graci c. ANAS*, Collegio arbitrale 3 marzo 1986 in *Repertorio del Foro Italico*, 1988, voce “*Arbitrato rituale*”, c. 163, n. 89 e *Raggruppamento Imprese Matarrese c. Regione Puglia*, Collegio arbitrale 30 novembre 1989, in *Arch. Giur. OO.PP.*, 1991, p. 302. Nei due lodi si evidenzia che l'arbitro può ricorrere all'iniziativa officiosa solo per chiarire circostanze che siano state addotte dalle parti, ma che siano rimaste comunque dubbie.

<sup>168</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, Padova, 2010, p. 839 nota 85.

*atteggiamento verso il giudice statale*”<sup>169</sup>. L’Autore presume, in sostanza, che le parti nutrano sufficiente fiducia nella corte arbitrale, tale e tanta da non temere alcun provvedimento officioso della stessa, da esser certi che ogni iniziativa sarà necessaria, giustificata e conforme ai loro interessi. In ogni caso, le parti hanno uno strumento di reazione ad una iniziativa officiosa troppo invasiva della loro sfera personale. Si consideri, in premessa, che l’eventuale disappunto delle parti sarebbe subito evidente dato che l’acquisizione in concreto è spesso subordinata alla loro collaborazione<sup>170</sup>.

La tesi è stata variamente sostenuta ed altre voci in dottrina ritengono che l’arbitro disponga di ampi poteri istruttori<sup>171</sup>: in particolare si è affermato che l’applicazione dell’art. 115 c.p.c., contenente il principio di disponibilità della prova, non sarebbe automatica in arbitrato<sup>172</sup>. In questo caso ad un’iniziativa ampia verrebbe automaticamente meno.

L’altro fronte dottrinale è costituito invece da “*coloro i quali ritengono che pure nell’arbitrato debba dirsi, a priori, operante quel medesimo rapporto di regola-eccezione, non del tutto perspicuo, configurato dall’art. 115, 1° comma c.p.c.*”<sup>173</sup>: è la parte della dottrina che sostiene l’applicabilità del principio di disponibilità della prova.

---

<sup>169</sup> LA CHINA, *loc. ult. cit.*

<sup>170</sup> Si deve ricordare che, considerati i limitati mezzi di assistenza giudiziaria, gli ordini degli arbitri relativi all’acquisizione di molte prove restano concretamente insuscettibili di coercizione. Se l’ordine è pronunciato nei confronti di una parte e questa rifiuta la propria collaborazione, l’arbitro – come si vedrà più avanti - potrà trarne argomenti di prova. Se, ad esempio, il collegio disponesse, d’ufficio o su richiesta, l’ispezione delle proprietà di una delle parti e questa si rifiutasse di consentire l’accesso, mancherebbero in capo alla corte i poteri autoritativi per forzare l’attivazione del mezzo di ricerca della prova. Diverso è il caso in cui l’iniziativa officiosa sia sgradita ad entrambe le parti: proseguire con l’arbitrato in questa eventualità sarebbe difficile, ma si tratta di un caso scolastico probabilmente di impossibile verifica. Si deve infine ricordare che, laddove l’arbitro non disponga di un fascicolo probatorio completo ed esaustivo (anche in virtù della mancata collaborazione delle parti), potrà comunque risolvere la controversia servendosi del criterio dell’*onus probandi*.

<sup>171</sup> Espressamente RUFFINI-TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 201.

<sup>172</sup> Vedasi LAUDISA, *L’arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo*, 2007. Ma la tesi è osteggiata tra gli altri da DANОВI, *L’istruzione probatoria nella nuova disciplina dell’arbitrato rituale*, fasc. 1, 2008, pp. 26 s.

<sup>173</sup> COMOGLIO, *loc. ult. cit.*

In questa prospettiva e con efficace terminologia, l'iniziativa officiosa dell'arbitro degrada ad "eccezione" rispetto alla regola della prova offerta dalle parti.

Per altro verso, si deve rilevare che le medesime questioni si pongono tanto nell'arbitrato rituale quanto in quello irrituale, nonostante la diversa struttura. Il potere officioso degli arbitri deve sempre esprimersi in conformità ai principi dell'ordine pubblico processuale, che permeano a fondo entrambe le forme di arbitrato. Un autore ha affermato infatti che, nonostante permangano le classiche differenze tra arbitrato rituale e libero, si stia concretizzando una "progressiva assimilazione procedimentale dei due tipi di arbitrato"<sup>174</sup> e questo avvicinamento abbia favorito "il rafforzamento di un corpus comune di principi fondamentali di «legalità procedurale»"<sup>175</sup>.

Se alcuno ha sostenuto che l'iniziativa dovrebbe essere limitata ai soli casi tipici previsti dal codice, altri hanno invece radicalmente escluso la possibilità di un arbitro "autore" del momento probatorio<sup>176</sup>. Il giudice privato si dovrebbe limitare al ruolo di spettatore esterno dello spettacolo delle parti e potrebbe intraprendere un'iniziativa d'ufficio solo se le parti lo hanno all'uopo specificamente abilitato con una determinazione pattizia<sup>177</sup>. In questo caso il potere *ex officio* non sarebbe innato nella figura dell'arbitro, ma deriverebbe di riflesso da una specifica attribuzione delle parti e quindi il principio di disponibilità della prova sarebbe implicitamente rispettato.

Questo orientamento sembrerebbe confortato dal fatto che, in ordine ad un eventuale potere generalizzato di iniziativa officiosa, il codice non offre alcun addentellato normativo<sup>178</sup>.

Un complesso universo di soluzioni deriva invece dal mondo della giustizia privata "amministrata": i regolamenti delle camere arbitrali approntano soluzioni variegate,

---

<sup>174</sup> Non sarebbe quindi più condivisibile, secondo questa tesi, una distinzione troppo netta che veda l'arbitrato rituale istituzionalmente votato alla risoluzione della controversia in funzione sostitutiva di quella del giudice ed invece qualifichi l'arbitrato libero solo come strumento negoziale di composizione della lite non necessariamente soggetto alle logiche che governano il processo ordinario.

<sup>175</sup> COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 810 e ss.

<sup>176</sup> Di queste posizioni si dà conto proprio in COMOGLIO, *loc. ult. cit.*, vedi note 125 e 126.

<sup>177</sup> Questa autorizzazione rientrerebbe nell'ambito dei poteri di determinazione delle forme processuali conferiti alle parti ai sensi dell'art. 816 bis.

<sup>178</sup> Lo rileva COMOGLIO, *loc. ult. cit.*

anche non mancano casi in cui si manifesti una certa propensione per l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice.

Il Regolamento della Camera Arbitrale dell'Immobiliare e del Condominio, già Tribunale privato CESCOND, è un chiaro esempio di questa tendenza: *“L'Arbitro Unico o il Collegio Arbitrale, può disporre l'interrogatorio libero delle Parti e assumere d'ufficio o su istanza di Parte tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile.”*<sup>179</sup>. Simile impostazione è seguita anche dalla Camera Arbitrale Italiana<sup>180</sup>, dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato<sup>181</sup> e dalla Camera Arbitrale di Concilialex S.p.a.<sup>182</sup>. Questi regolamenti preferiscono infatti assicurare alla corte un ampio margine di manovra, in modo da garantire la perseguibilità della procedura arbitrale anche in caso di ridotta collaborazione o scarso interesse delle parti.

I regolamenti delle Corti arbitrali istituite presso le Camere di Commercio non sempre seguono questo stesso schema: si pensi a quelli di Milano o Monza<sup>183</sup>, sostanzialmente riproduttivi della normativa codicistica. Ad esempio, l'art. 25 del Regolamento del regolamento della Camera Arbitrale di Milano stabilisce che *“Il Tribunale Arbitrale instruisce la causa con tutti i mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti, e assume le prove secondo le modalità che ritiene opportune.”* La norma è più cauta ed adotta una formulazione abbastanza generica, richiamando i criteri di ammissibilità e rilevanza.

---

<sup>179</sup> Art. 29 del Regolamento della Camera Arbitrale, disponibile al Link [www.tribunaleimmobiliare.it/docs/Regolamento.pdf](http://www.tribunaleimmobiliare.it/docs/Regolamento.pdf).

<sup>180</sup> Il cui regolamento arbitrale (disponibile al link [www.cameraarbitraleitaliana.it/arbitrato\\_regolamento.html](http://www.cameraarbitraleitaliana.it/arbitrato_regolamento.html)), all'art. 13 “Procedimento” dispone che *“L'arbitro può procedere, anche d'ufficio, all'assunzione di mezzi di prova ed alla nomina di consulenti tecnici, purché nell'ambito di coloro che sono iscritti nell'Albo tenuto presso la CAI.”*

<sup>181</sup> L'associazione ha una Camera Arbitrale il cui regolamento all'art. 25 la possibilità di ammettere d'ufficio qualsiasi mezzo di prova. Il sito dell'associazione è disponibile al link [arbitratoaia.com](http://arbitratoaia.com).

<sup>182</sup> Il relativo regolamento stabilisce che *“L'arbitro ha la facoltà di nominare consulenti (sia persone fisiche, sia enti) di chiedere informazioni a pubbliche autorità e di rivolgersi all'autorità giudiziaria per gli ausili ammessi dalla legge ; egli può procedere all'assunzione di mezzi di prova anche non indicati dalle parti assicurando a ciascuna di esse, nel rispetto dei principi del contraddittorio, il diritto di difendersi.”* Il regolamento è disponibile al link [www.concilialex.it/archive/documents/regolamento-camera-arbitrale.Pdf](http://www.concilialex.it/archive/documents/regolamento-camera-arbitrale.Pdf).

<sup>183</sup> Per una disamina dei regolamenti arbitrali con riferimento al tema della prova, vedi COMOGLIO, *op. cit.*, p. 817, in particolare le note 59-64. La nota 65 tratta il diverso tema della prova nell'arbitrato federale.

In ogni caso, qualunque via si preferisca seguire, i limiti estrinseci ai poteri degli arbitri costituiscono un punto di riferimento irrinunciabile<sup>184</sup>: anche se l'arbitro dovesse avere il più ampio potere di acquisizione officiosa ipotizzabile, dovrebbe comunque passare le prove al vaglio del contraddittorio delle parti. Se così non fosse, la fase istruttoria potrebbe trasformarsi in qualcosa di molto simile ad un processo a stampo inquisitorio<sup>185</sup>, assolutamente contrario all'ordine pubblico dell'ordinamento domestico.

## **1.2 Quale “modello” di arbitro nell'ordinamento italiano? Uno sguardo alla figura dell'arbitro nelle altre realtà giuridiche europee**

Molte conclusioni in ordine all'ampiezza dei poteri istruttori del collegio dipendono logicamente dal ruolo che il giudicante riveste nella procedura. In ottica comparatistica, i modelli sembrerebbero sostanzialmente due, anche se non mancano scale di grigi intermedie. L'arbitro potrebbe essere a) un guardiano silenzioso della procedura, soggetto terzo ed imparziale cui vengono sottoposte prove e questioni, con il solo compito di formulare la decisione finale e poteri limitati di manutenzione “ordinaria” della macchina processuale<sup>186</sup> b) un artefice consapevole del momento probatorio, col ruolo di attore principale nella realizzazione della procedura. In quest'ultimo caso sarebbero opportuni e giustificabili ampia discrezionalità nell'iniziativa officiosa e significativi poteri eccedenti la semplice “*direzione*”<sup>187</sup>.

Le riflessioni sull'arbitrato dipendono in larga parte dalla comparazione col processo civile ordinario. In alcune realtà estere, le scelte in materia di procedura arbitrale

---

<sup>184</sup> “quale che sia il margine di discrezionalità arbitrale in materia di prova [...] una via impugnatoria [...] è aperta sempre attraverso il sindacato della violazione del contraddittorio e/o dell'ordine pubblico processuale; valvole di sicurezza opportunamente elastiche”. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Rivista dell'Arbitrato*, pp. 872 e s.

<sup>185</sup> Il termine “*inquisitorio*” è comunque usato a più riprese nella letteratura, ad esempio in RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, Padova, 2010, *passim*.

<sup>186</sup> Questo modello è tipico dell'*adversary system* tradizionale inglese, in cui esisteva un vero e proprio “*mito della passività del giudice*” con evidenti ricadute anche sugli arbitrati domestici inglesi, come sostiene COMOGLIO, *op. cit.*, p. 818.

<sup>187</sup> È la figura di arbitro che emerge diffusamente nell'analisi di LA CHINA, *op. cit.*, *passim*.

dipendono a volte dalla specifica conformazione della processualcivilistica avanti al magistrato ordinario e dalla sua evoluzione<sup>188</sup>.

Se nell'ordinamento italiano esiste il principio di disponibilità della prova positivamente sancito, molte realtà estere in Europa riflettono una tendenza verso un maggiore protagonismo del giudice, impulso che salda ed accomuna anche gli universi distinti di *civil law* e *common law*.

Si è detto che alcuni regolamenti degli arbitrati amministrati pretendono per il collegio il diritto di acquisire ogni mezzo di prova, ma questa prassi regolamentare non è adottata universalmente: molti altri *corpus* si limitano semplicemente a riprodurre il codice di rito.

Per comprendere meglio questi modelli, può essere utile uno sguardo in ottica comparatistica ad altri Stati europei.

Il protagonismo del giudice, ad esempio, è tipico della maggior parte degli arbitrati che richiamano il modello processualcivilistico francese<sup>189</sup>. Questo perché la Francia, a livello di processo ordinario domestico, riconosce al suo “*juge*” la più ampia discrezionalità nel disporre d'ufficio i mezzi di prova<sup>190</sup> e questa attribuzione può essere richiamata anche in arbitrato. In verità, la portata di questo potere soffre un limite

---

<sup>188</sup> Del nesso tra disciplina del processo civile ordinario e prassi arbitrale sembra consapevole lo stesso COMOGLIO, *loc. cit.*, il quale parla di “*coerenti ricadute*” sull'arbitrato domestico inglese dell'evoluzione del relativo diritto processuale civile interno. Si afferma anche che “*la disciplina dell'arbitrato risente sensibilmente di tale mutamento di prospettiva*”, evidenziando i riflessi che una ristrutturazione del processo ordinario ha sulla giustizia privata.

<sup>189</sup> Cfr. MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Rivista di Diritto processuale*, 2007, pp. 871 e s.

<sup>190</sup> Art. 10 del codice di procedura civile francese. Il che sembrerebbe suscitare una riflessione, se associato alle considerazioni di LA CHINA di cui al paragrafo precedente: l'Autore ha sostenuto che il principio di disponibilità della prova è giustificato in Italia da un atavico e radicale timore per le ingerenze del giudice statale nella sfera privata della parte. Questa “*paura*” sembrerebbe non esistere minimamente nel tessuto della processualcivilistica francese, che intraprende invece una strada agli esatti antipodi. Differenza difficilmente spiegabile se si pensa al fatto che gran parte del diritto civile dei due Stati ha una matrice comune e che comunque, nonostante le divergenze non manchino, le due realtà giuridiche siano ideologicamente e filosoficamente molto vicine. Sulla “*vicinanza*” tra gli ordinamenti italiano e francese, anche e soprattutto dal punto di vista civilistico, vedi ad esempio BARBA-ZANCHI, *Autonomia privata ed affidamenti fiduciari*, Torino, 2012, p. 55: “*l'ordinamento francese e quello italiano rientrano tra gli ordinamenti di civil law e sono inoltre notoriamente assai simili (derivando il nostro codice civile dall'esperienza della codificazione napoleonica)*”.

intrinseco, derivante dal combinato disposto con altro principio dell'ordinamento civilistico francese: il criterio dell'onere della prova. Il principio di riparto dei carichi probatori, secondo l'antico brocardo *actori incumbit probatio*, potrebbe ridurre il ventaglio di mezzi di prova che il giudice può apprendere *sua sponte*. Ciascuna parte che deduca un diritto in giudizio deve provarne i fatti costitutivi, ciascuna parte che quel diritto contesti, deve controdedurne fatti estintivi o modificativi. Il giudice o l'arbitro non potrebbero sostituirsi completamente alla parte nell'adempimento dei relativi oneri probatori, dovrebbero limitarsi ad evocare prove d'ufficio per chiarire i punti dubbi o approfondire circostanze rimaste oscure<sup>191</sup>. Questo principio esiste ed opera anche nel nostro ordinamento, condizionando la struttura tanto del processo ordinario, quanto dell'arbitrato domestico. La sua operatività limita, come già si diceva, i casi in cui taluni mezzi istruttori sono concretamente evocabili d'ufficio.

Per quanto riguarda invece i sistemi di matrice anglosassone, la tradizione giuridica inglese propendeva in origine per il diverso modello della quasi totale passività del giudice. Nel c.d. *adversary system* tipico del processo civile britannico e statunitense, infatti, era in principio difficilmente ipotizzabile una iniziativa officiosa del giudice. Il principio era granitico in passato, ma è stato in parte consunto dalle evoluzioni normative: le Regole di procedura civile<sup>192</sup> del 1999, per come innovate nel 2013, hanno riconosciuto qualche margine di manovra al giudice. Anche nell'ordinamento domestico inglese<sup>193</sup>, quindi, il giudice ha abbandonato il classico ruolo di osservatore imparziale per diventare un manager della procedura. Nel settore dell'arbitrato, l'innovazione ha riguardato sia il ruolo del giudice che il sistema di assistenza giudiziaria per garantire la coercibilità dei provvedimenti adottati dalle Corti arbitrali. Ad esempio, negli Stati Uniti, il nuovo paragrafo settimo del capitolo primo del Titolo dedicato all'arbitrato nell' U.S. Code riconosce agli arbitri un potere di convocazione abbastanza pervasivo.

---

<sup>191</sup> Nel nostro ordinamento, questa impostazione dell'iniziativa officiosa è presentata tra gli altri da RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, Padova, 2010, p. 839.

<sup>192</sup> Le *Civil Procedure Rules* sono un insieme di regole assimilabile al nostro codice di procedura ma con una storia significativamente diversa, correlata alla particolare concezione del processo civile nei sistemi di common law.

<sup>193</sup> Sull'arbitrato nel diritto inglese vedi più diffusamente ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Torino, 2008.

Si pensi infine all'ordinamento tedesco, nel quale si è verificata un'evoluzione a seguito delle recenti riforme a cascata della processualcivilistica. Ad oggi, il sistema adottato è molto simile al nostro, salvo opportune interpretazioni: la ZPO ha peraltro recepito la Legge Modello Uncitral<sup>194</sup>. L'arbitrato tedesco presenta qualche differenza sostanziale rispetto alla maggior parte degli altri ordinamenti continentali, si pensi alla possibilità per la corte di disporre le misure cautelari e di chiedere una congrua garanzia a tal uopo<sup>195</sup>. Eppure, in tema di acquisizione di mezzi probatori, la nuova disciplina si limita a ribadire l'assoluta imprescindibile necessità di preservare il contraddittorio<sup>196</sup>. Per il resto, è fatta salva la struttura tradizionale di assistenza giudiziaria per la coercizione dei provvedimenti arbitrari ed è anche preservata la discrezionalità del giudice e dell'arbitro nella valutazione del patrimonio probatorio al momento della decisione. È scomparso dalla normativa il riferimento all'*Ermittlung*, ovvero all'istruttoria per come originariamente concepito. Come nell'ordinamento italiano, quindi il dato positivo si limita alla cristallizzazione del contraddittorio, ma manca di specifici riferimenti sull'estensione dei poteri officiosi.

Per fare un ultimo esempio, in Spagna la disciplina dell'arbitrato è stata innovata sotto alcuni profili dalla Ley 23 dicembre 2003, n. 60. La Ley stabilisce, in modo analogo all'ordinamento italiano, che la procedura possa essere plasmata dalla volontà delle parti e che, qualora queste si astengano dall'intervenire, saranno gli arbitri a condurre nel modo ritenuto più opportuno<sup>197</sup>. Gli articoli da 30 a 33 disciplinano alcuni aspetti delicati dell'istruzione probatoria: ad esempio stabiliscono che le prove documentali devono essere comunicate all'altra parte in modo da consentire l'esercizio del contraddittorio<sup>198</sup> e che l'acquisizione dei mezzi di prova può avvenire in udienza solo se le parti si accordano in tal senso od, in subordine, se sono gli arbitri a ritenerlo

---

<sup>194</sup> Per maggiore approfondimento e per diversi riferimenti a come la legge modello sia stata recepita da alcuni Stati vedi FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., *passim*.

<sup>195</sup> Art. 1041 c. 1 ZPO, il testo in lingua originale è disponibile su [dejure.org](http://dejure.org).

<sup>196</sup> Art. 1047 c. 3 ZPO.

<sup>197</sup> Ley 23 dicembre 2003, art. 25.

<sup>198</sup> Art. 30, c. 3 “*De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte*” (di tutte le allegazioni scritte, documenti e altri strumenti che una parte presenta agli altri, si darà comunicazione all'altra). Le traduzioni, in questa e nelle successive note, sono nostre e non ufficiali.

opportuno<sup>199</sup>. Peraltro l'art. 31, pur non concernendo direttamente i poteri officiosi, riconosce agli arbitri il diritto di proseguire nell'arbitrato anche nel caso di parti sostanzialmente inerti. La norma oppone una sola prescrizione: se il convenuto non presenta alcuna contestazione ad una determinata domanda, non per questo si considererà caduto in acquiescenza, ma per il resto se una delle parti non compare in udienza si procede semplicemente in sua assenza<sup>200</sup>. L'unica volta in cui emerge un effettivo potere officioso è, con riferimento alla Consulenza tecnica, nell'art. 32: “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que*” (salvo contrario accordo delle parti, gli arbitri possono nominare d'ufficio o su istanza delle parti, uno o più periti). L'articolo sembra analoga al nostro 816 ter, quinto comma<sup>201</sup>. Il legislatore spagnolo specifica espressamente che la consulenza tecnica può essere disposta anche “*de oficio*”, fugando quindi ogni possibile dubbio. Nell'ordinamento italiano, stante il silenzio normativo, questa conclusione non è scontata ed è stata oggetto di discussione in dottrina<sup>202</sup>. In generale, sulle differenze tecniche nei limiti dei poteri officiosi del giudice, si è scritto a più riprese, evidenziando un panorama europeo composito e policromo. Come si è sostenuto, il tema della prova incide su tre profili fondamentali del processo civile ed, ai fini della presente indagine, anche dell'arbitrato: natura delle posizioni giuridiche dedotte, garanzia del contraddittorio e della ragionevole durata, terzietà ed imparzialità del giudice<sup>203</sup>. L'ultimo dei tre rappresenta un importante elemento da considerare. Si è

---

<sup>199</sup> Art. 30, c. 1 “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones*” (salvo accordo contrario delle parti, gli arbitri decidono se si devono celebrare udienze per la presentazione delle prove”).

<sup>200</sup> Art. 31, lett. B “*El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.*” ([Se] il convenuto non presenta la sua contestazione nel termine, gli arbitri procedono alle attuaioni, senza che questa contestazione si consideri come acquiescenza o ammissione alle pretese allegate dall'attore”).

<sup>201</sup> “*Gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici.*”.

<sup>202</sup> Più diffusamente RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003.

<sup>203</sup> La ripartizione è proposta da MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)* in *Rivista di diritto processuale*, fasc. n. 4, 2007, pp. 864 e ss. Lo scritto contiene peraltro un'indagine comparativa sui poteri del giudicante nell'ammissione delle prove.

già detto che, secondo parte della dottrina<sup>204</sup>, proprio il principio di imparzialità fonderebbe ontologicamente la necessità di un'istruzione in contraddittorio e, di riflesso, condizionerebbe i poteri officiosi dell'arbitro.

Nell'ordinamento domestico, si può chiosare rilevando un sostanziale silenzio della normativa, seguito da una dottrina cauta nella determinazione delle facoltà dell'arbitro. Se qualche autore ha sostenuto l'esistenza di maggiori poteri in capo al giudice privato rispetto al magistrato pubblico<sup>205</sup>, le indicazioni della disciplina positiva sono abbastanza scarse. L'art. 816 ter sembra riconoscere un potere officioso nel disporre la consulenza tecnica, la richiesta di informazioni alla P.A. e, per certi aspetti, la testimonianza, ma sul punto si tornerà nei capitoli dedicati a questi specifici mezzi di prova. A differenza degli ordinamenti francese e tedesco, dunque, l'Italia sembra sposare la linea tedesca e spagnola sul punto, affidando alle parti il compito di determinare se e quali poteri concedere attivamente all'arbitro. A margine che la concreta volontà delle parti è solitamente surrogata dalla scelta di regolamenti arbitrali precostituiti; in questo caso si avrà riguardo alle relative norme.

## **2. La delegabilità dell'istruzione probatoria in arbitrato**

### **2.1 La situazione dopo la riforma del 2006**

Sulla delega di funzioni istruttorie in arbitrato i regolamenti arbitrali solitamente contengono clausole all'uopo, dato che questa particolare scelta strutturale consente un notevole contenimento dei tempi e dei costi.

Se l'istruttoria può essere condotta da un solo arbitro, sarà infatti molto più facile concordare il calendario degli incontri e delle udienze. Inoltre il compenso degli altri arbitri potrà essere ragionevolmente diminuito in considerazione dello sgravio di carico

---

<sup>204</sup> Il già citato FERRUA, *Nel segno del giusto processo: una seconda ondata "attuativa" dell'art. 111 Cost.?* in DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003.

<sup>205</sup> LA CHINA, vedansi le note precedenti.

di lavoro conseguente alla delega, anche se una tale riduzione sembrerebbe trovare raramente riscontro nella pratica.

La riforma del 2006 ha introdotto nel titolo dedicato all'arbitrato il nuovo art. 816 ter, in parte riciclando la precedente normativa. Il quinto comma del 816 ed il primo comma dell'819 ter previgenti<sup>206</sup> sono infatti stati trasfusi nella nuova norma: in particolare, nel traslare il precedente 816 è stato riprodotto il riferimento alla delegabilità degli atti istruttori contenuto nell'allora comma quarto.

Una prima considerazione preliminare riguarda la possibilità per le parti di escludere la delega: ad oggi il codice civile prevede espressamente la delegabilità come opzione ipotetica rimessa alla volontà degli arbitri, senza nulla dire sui poteri delle parti. L'interrogativo riguarda la possibilità per le parti, con apposita esplicita determinazione pattizia, di limitare tale facoltà di delega<sup>207</sup>.

La dottrina maggioritaria<sup>208</sup> ha ritenuto che la delega sia un elemento strutturale del processo arbitrale e che gli arbitri possano sempre servirsene, senza soffrire alcuna limitazione convenzionale. Delegare sarebbe quindi una sorta di diritto degli arbitri, del quale sono provvisti per espressa concessione legislativa e che consente loro di minimizzare il disagio dovuto alla difficoltà di riunirsi frequentemente di persona.

Questa tesi sembra avvalorata dal fatto che, nel codice, non vi sia alcun riferimento esplicito alla possibilità, per le parti, di escludere convenzionalmente la delega: il legislatore prevede la delega, ma nulla dice sulla sua limitabilità in via pattizia<sup>209</sup>. Si

---

<sup>206</sup> Un'analisi completa della riforma è di RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, pp. 951 ss.

<sup>207</sup> La dottrina sul punto appariva divisa: si esprimono in senso affermativo ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, 1964, p. 830 ed anche LA CHINA, *op. cit.*, p. 170. Sono invece di altro avviso AULETTA in VERDE, *Diritto dell'Arbitrato Rituale*, 2000, passim e E.F. RICCI, *op. cit.*, pp. 74, 133.

<sup>208</sup> In questo ordine di idee VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 123 e LA CHINA, *op. cit.*, p. 190. Di diverso avviso sono PUNZI, *op. cit.*, p. 243 e AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2 ed., Torino, 2000, p.183.

<sup>209</sup> Si è ritenuto talora che, se la delega fosse stata precludibile il legislatore avrebbe usato una delle espressioni del tenore di "salvo diversa determinazione delle parti", "salvo diverso accordo" o "salvo diversa clausola del compromesso". TOTA, *op. cit.*, pp. 712 s. procede ad una ulteriore analisi del testo, postulando che, se il legislatore avesse voluto rendere limitabile la facoltà di delega non la avrebbe espressamente positivizzata. Esplicitandola, la legge ha voluto blindarla dalle deroghe convenzionali «l'espresso conferimento *expressis verbis* di una facoltà altrimenti pacificamente riconducibile nell'alveo

pensi che, prima ancora, nel codice processuale del 1865, era invece espressamente previsto che le parti potessero vietare la delega<sup>210</sup>, riferimento poi scomparso. La dottrina classica<sup>211</sup> aveva tendenzialmente sconfessato questa possibilità, votandosi al più caro principio di immediatezza. Questo assioma era interpretato nel senso per cui gli arbitri, per poter rendere una decisione consapevole e secondo giustizia, dovessero necessariamente partecipare congiuntamente e continuativamente nel corso di tutta la procedura. Tale principio era intimamente connesso a quello di “collegialità”: i soggetti chiamati a decidere non potevano essere diversi (nemmeno nel numero) da quelli coinvolti nell’istruttoria. Il che rendeva impossibile pensare, almeno nel 1974, una trasfusione in arbitrato della dicotomia *giudice istruttore-collegio* tipica del processo civile.

Per di più, non era solo il profilo dell’immediatezza a soffrirne: qualche autore aveva efficacemente sostenuto che, almeno nelle controversie con arbitri nominati dalle parti, anche il principio di imparzialità ne sarebbe uscito sconfitto<sup>212</sup>. In particolare, l’investitura del giudice “*di parte*” quale delegato avrebbe sinceramente compromesso la credibilità della fase istruttoria<sup>213</sup>, anche e soprattutto se si ipotizzava la delegabilità delle decisioni circa l’ammissibilità dei mezzi di prova.

Il problema della delega al giudice nominato dalla parte sembra naufragare contro il dato letterale dell’art. 816 ter che non prevede alcuna limitazione di sorta: la norma indica genericamente come destinatario della delega “*uno di essi* [degli arbitri]”. In ogni caso, anche se l’arbitro “*di parte*” deve sempre, sotto gli auspici della normativa, essere votato all’imparzialità a prescindere dalla fonte della sua nomina, è lecito nutrire

---

*dello svolgimento del giudizio non può avere altre finalità che quella di escludere in parte qua la possibilità di deroghe convenzionali».*

<sup>210</sup> Diversa impostazione era invece assunta, ad esempio, dal codice di procedura civile francese vigente nel 1974: la disciplina in oggetto prevedeva espressamente che la delega non fosse possibile senza una previa autorizzazione con determinazione pattizia. Ne parla RICCI E.F., *La prova nell’arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 59.

<sup>211</sup> RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 59 ma anche *passim*.

<sup>212</sup> SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, IV, Milano, 1971, p. 276 citato da FABBI, *op. cit.*, p. 10 nella sua nota 61, arrivava ad ipotizzare la necessità di un giudizio di costituzionalità per escludere in radice questa eventualità.

<sup>213</sup> SALVANESCHI, *sub art. 816 ter*, in *op. cit.*, p. 439: “*le esigenze di neutralità [...] dovrebbero però imporre che la scelta non ricada su uno degli arbitri nominati dalle parti*”.

qualche dubbio sulla sua assoluta obiettività in un momento delicato come la fase dell'istruzione probatoria.

Nonostante il modello della dicotomia istruttore-collegio fosse quindi sperimentato nella processualcivilistica tradizionale (principalmente al fine di garantire una significativa deflazione del lavoro giudiziario), la trasposizione in arbitrato ha presentato notevoli profili di difficoltà.

Si dubitava in passato<sup>214</sup> come si dubita oggi<sup>215</sup> se la delega possa comprendere la decisione sull'ammissibilità delle singole prove. Oltre a questi dubbi sull'estensione per così dire "qualitativa" della delega, storicamente si questionava anche sotto il profilo "quantitativo": i sostenitori del principio dell'immediatezza pretendevano che la delega riguardasse un numero contenuto di atti istruttori, ancor meglio se uno soltanto, specificamente enumerati. La nuova formulazione dell'art. 816 bis ha fugato ogni dubbio sull'estensione della delega, riferendosi a "l'istruttoria o singoli atti di istruzione". L'inserimento della parola generica "istruttoria" potrebbe essere interpretata nel senso che sia ora possibile appaltare ad un singolo arbitro l'intera fase, non necessariamente suoi segmenti sconnessi<sup>216</sup>. Certa dottrina ritiene invece che, anche dopo la riformulazione della norma, vi siano ancora giustificabili perplessità su una delega *in toto*<sup>217</sup>. In passato, una delega integrale era inconcepibile perché avrebbe appannato il principio di immediatezza: "solo una delega del collegio a compiere certi atti ben individuati può far venir meno il principio di collegialità"<sup>218</sup>.

Il sacrificio dell'immediatezza col sistema del giudice istruttore, nel processo civile ordinario, è giustificato dalla necessità di ottimizzare la macchina statale e perseguire la massima efficienza. Oscuratesi queste esigenze in arbitrato, il sacrificio della

---

<sup>214</sup> Già CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1937, p. 874.

<sup>215</sup> Di questi dubbi si legge, ad esempio, in MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale ed arbitrato*, Padova, 2008, pp. 89 e s.

<sup>216</sup> SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 437.

<sup>217</sup> MAGNONE CAVATORTA, *cit.*, p.91, ma anche MARENCO, *Processo arbitrale*, in FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* Milano, 2006, pp. 131 ss. Quest'ultimo in realtà sembra ritenerla giustificabile nel solo caso in cui le parti desiderino contenere i costi della procedura.

<sup>218</sup> E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 60, ma in questo ordine di idee variamente CARNACINI, *loc. ult. cit.*, p. 855, VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 525.

collegialità era sembrata a molti autori ingiustificato<sup>219</sup>. In particolare, si suole ritenere che la fiducia accordata agli arbitri sulla base della convenzione arbitrale richieda come condizione ontologica una partecipazione piena ed esaustiva alla procedura<sup>220</sup>. Un convincimento maturato sulla base di informazioni parziali o “*indirette*” nuocerebbe a questi propositi ed all’altro importante assioma dell’oralità. Eppure, se è vero nel processo civile che la figura del giudice istruttore ha ottimizzato costi e dispendio di risorse della macchina della giustizia, consimili esigenze possono manifestarsi anche in arbitrato. L’istruzione “*delegata*” comprime i tempi e, sulla base di opportuni accordi, potrebbe (ma è raro nella prassi) contribuire a tagliare i compensi degli arbitri<sup>221</sup>. La “*figura di una sorta di arbitro istruttore*”<sup>222</sup> ha quindi risvegliato l’interesse per la celerità anche in arbitrato, soprattutto alla luce della concessa possibilità di condurre autonomamente l’intera istruzione. Nonostante quindi le critiche sul punto si siano quasi interamente sopite, nella prassi si è documentato un uso assai scarso dell’istituto della delega da parte dei collegi arbitrali<sup>223</sup>. La disposizione è stata sostanzialmente scritta in questi termini dai decreti attuativi e rappresenta in verità l’esplicazione di principi in legge delega estremamente generici<sup>224</sup>.

## **2.2 (segue) delegabilità delle decisioni in materia di ammissibilità e valutazione delle prove**

Sull’estensione della delega dal punto di vista “*quantitativo*”, la lettera della legge ha fugato sostanzialmente qualsiasi dubbio: l’intera istruzione può essere rimessa innanzi

---

<sup>219</sup> SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale* in *Rivista dell’arbitrato*, 1993, p. 612.

<sup>220</sup> TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Rivista dell’Arbitrato*, 1991, p. 720.

<sup>221</sup> MARENGO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>222</sup> FABBI, sub art. 816 ter c.p.c., in COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2014, p. 10.

<sup>223</sup> Lo rileva esplicitamente SALVANESCHI, *Artt. 806-840 Dell’Arbitrato*, sub art. 816 ter, cit.

<sup>224</sup> ODIRISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell’arbitrato* in *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, p. 264 ne parla come di “*principi e criteri direttivi estremamente generici della legge delega relativi all’istruzione probatoria*”

ad un solo arbitro. Non così semplice è stata la soluzione del dubbio ermeneutico relativo alla caratura “*qualitativa*” di tale potere. In particolare, sembra irrisolto l’interrogativo sulla possibile estensione alle decisioni in ordine ad ammissibilità e valutazione delle prove. La riforma del 2006 ha reso peraltro necessario un confronto col testo dell’art. 816: l’attuale comma secondo conferisce alle parti od agli arbitri il potere di “*autorizzare il presidente del collegio arbitrale a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento*”. Questo potere, secondo la dottrina maggioritaria, non deve essere confuso con la delega di funzioni istruttorie: l’autorizzazione al presidente è infatti espressione della facoltà delle parti ed, in subordine, degli arbitri di disciplinare le forme processuali<sup>225</sup>. Essa riguarderebbe non tanto il momento dell’assunzione delle prove o della decisione circa l’ammissibilità delle medesime; concernerebbe l’assetto amministrativo dell’arbitrato ovvero fissazione di termini, determinazione del calendario *et similia*. Il presidente autorizzato può, quindi, alla luce della nuova normativa, emettere ordinanze, con la funzione di disciplinare forme e modi del processo arbitrale nel suo complesso. Peraltro, questo istituto indica come destinatario esclusivo il presidente, mentre si deve considerare che la delega di funzioni istruttorie *ex art. 816 ter* può avere come beneficiario qualsiasi arbitro, non necessariamente il presidente, e concerne invece il momento strettamente acquisitivo. L’esistenza di questa norma specifica per il conferimento di poteri ordinatori ha in qualche misura confortato chi riteneva che la delega *ex art. 816 ter* riguardasse il solo aspetto materiale di acquisizione.

L’arbitro “*istruttore*” (per calcare l’espressione su quella di giudice istruttore) non dovrebbe avere invece nessun potere in ordine alla determinazione di forme e modi della procedura<sup>226</sup>: sarebbe semplicemente l’unico presente al momento della formazione della prova in contraddittorio. Si è però talvolta dissentito in dottrina, affermando che, dando un’interpretazione molto lata del concetto di “*delega di funzioni istruttorie*” competerebbe pure all’arbitro delegato il potere di incidere sulla struttura di tempi e forme processuali. In particolare: “*al suo presidente se autorizzato come sopra*

---

<sup>225</sup> LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 284 e TOTA, *op. cit.*, pp. 609 e 704.

<sup>226</sup> Esemplica LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell’arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007, p. 251: “possono attenersi, ad esempio, alla fissazione di termini per presentare memorie o documenti”.

detto [cioè ai sensi dell'art. 816, c. 2], o finanche con disposizione ancora più lata ad un componente del collegio arbitrale se delegato dagli altri arbitri ai sensi dell'art. 816 ter, primo comma, spetterà fissare tempi e modalità per il compimento delle attività istruttorie”<sup>227</sup>.

Si è anche scritto che il conferimento dovrebbe avvenire con ordinanza<sup>228</sup> e quindi il collegio avrebbe sempre il potere di revocare il provvedimento in caso di necessità od utilità. Peraltro, se il conferimento riguarda singoli atti di istruzione, l'ordinanza dovrebbe presumibilmente ed auspicabilmente contenere espressa e circostanziata specificazione<sup>229</sup> dei relativi adempimenti.

Si è già detto che il collegio può delegare, per previsione espressa del codice, gli adempimenti istruttori ad un singolo arbitro: la dottrina si è però chiesta se anche *ammissione* e *valutazione* possano essere oggetto di delega. Occorre ora operare una distinzione: taluna cosa è l'*ammissione* delle prove, ovvero la selezione di quali mezzi probatori debbano essere raccolti ed inseriti nel fascicolo<sup>230</sup>, talaltra è la loro *valutazione*.

Consideriamo per prima proprio la *valutazione* della prova: ogni possibilità di delega a riguardo sembrerebbe esclusa in radice dal principio di collegialità<sup>231</sup>. La fase valutativa è intrecciata con il momento decisione e spetta solo ed esclusivamente al collegio. Si valuti che anche il codice, per il momento della deliberazione del lodo, richiede espressamente la partecipazione di tutti gli arbitri, rafforzando la convinzione che il momento della valutazione pretenda la collegialità.

---

<sup>227</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 189. In questo ordine di idee lo stesso PUNZI, *op. cit.*, p. 205. Dello stesso autore vedi anche PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 424

<sup>228</sup> Lo strumento è espressamente ipotizzato da RUFFINI, TRIPALDI, sub art. 816 ter in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, p. 201 che peraltro sembra nettamente sostenere la tesi della delegabilità anche delle decisioni in tema di istruttoria.

<sup>229</sup> RICCI G.F., *cit.*, p. 422.

<sup>230</sup> Che avviene sulla base dei principi di rilevanza e non superfluità.

<sup>231</sup> Per il quale vedi diffusamente PUNZI, *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1994, pp. 646 e ss.

Mai l'arbitro delegato potrebbe assumere decisioni dal contenuto sostanzialmente valutativo. La poca giurisprudenza sul tema ha sempre sostanzialmente affermato che sono delegabili i poteri strettamente istruttori e non le funzioni decisionali o, per citare testualmente, “*valutative*”<sup>232</sup>.

La dottrina attestata su questa posizione ha proposto soluzioni anche drastiche per limitare il fenomeno della delega “*di decisioni*”. Si è ad esempio sostenuto che, in questo caso, il potere di giudicare passerebbe in qualche misura nelle mani di un arbitro monocratico avvelenando di invalidità il lodo finale<sup>233</sup>. Altrove, ma nello stesso ordine di idee, si è ritenuto che l'investitura dell'arbitro di parte sia ai limiti dell'incostituzionalità<sup>234</sup>. Si è poi detto, più radicalmente, che tale delega sarebbe contraria all'ordine pubblico processuale e possa rendere il lodo fulminabile di nullità per violazione del contraddittorio.

Si consideri ora il caso della delega sull' *ammissibilità* delle prove.

Solitamente<sup>235</sup> il collegio decide quali prove debbano essere assunte e delega, ma non sempre accade, un singolo membro perché proceda in concreto alla loro assunzione. Se fosse delegata al singolo arbitro anche l'ammissione delle singole prove, il collegio si limiterebbe ad intervenire “*in uscita*”: esso deciderebbe il merito della controversia sulla base del patrimonio probatorio non solo materialmente assunto ma anche più radicalmente “*selezionato*” da uno solo dei suoi membri.

Il sacrificio del principio di immediatezza aveva portato la dottrina storica<sup>236</sup> ad escludere nettamente questa possibilità. Eppure, nonostante la dottrina risalente osteggiasse aspramente il fenomeno, sembra ad oggi essersi diffusa nella prassi l'idea che la delega di decisioni circa l'ammissibilità sia perfettamente conforme all'ordine

---

<sup>232</sup> Cass., I sez., 23 novembre 2001, n. 14857 in *Rep. Giur. It.*, 2001, voce *arbitrato* n. 191, cfr. anche MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, cit., p. 191.

<sup>233</sup> TOTA, *op. cit.*, 714: il vizio sarebbe quello del numero 2, art. 829 “*se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*”. L'Autrice considera quindi una forma di nomina contraria al codice processuale questo tipo di delega: sembrerebbe quasi che l'arbitro diventi un organo monocratico capace di sostituirsi nel suo ruolo decisionale al collegio nel suo complesso.

<sup>234</sup> Il già citato SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, IV, Milano, 1971, p. 276.

<sup>235</sup> L'evidenza statistica è testimoniata da SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 439.

<sup>236</sup> RICCI E.F., *op. cit.*, *passim*.

pubblico processuale<sup>237</sup>. Qualche commentatore ha ritenuto che questa estensione del potere di delega anche alla fase dell'ammissibilità abbia quasi una conferma positiva nel testo dell'attuale art. 816 *ter* laddove parla genericamente di “istruttoria o singoli atti” senza esplicitare alcun limite<sup>238</sup>.

L'atteggiamento di maggiore apertura mostrato dalla dottrina<sup>239</sup> non è però unanime. In verità, altra lettura dell'art. 816 *ter* esclude che all'istruttore possa essere attribuito un tale potere<sup>240</sup>. Questa facoltà spetterebbe, al più, al presidente autorizzato ai sensi dell'art. 816, mentre l'arbitro delegato potrebbe solo procedere materialmente all'assunzione per poi riferire al collegio. Si sono a volte nutrite perplessità in particolare per i collegi con nomina su clausola binaria: in questo caso soltanto il presidente potrebbe essere delegato all'*ammissione* delle prove<sup>241</sup> dato che gli arbitri “*di parte*” non potrebbero garantire sufficiente obbiettività.

Si deve poi rilevare che, in concreto, collegi in concreto hanno fatto – come si diceva – un uso molto scarso del potere di delega; questa evidenza statistica è stata apprezzata dalla dottrina<sup>242</sup>.

---

<sup>237</sup> In questo ordine di idee anche LA CHINA, *op. cit.*, p. 189 e MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, pp. 90 ss.

<sup>238</sup> La lettura è di RUFFINI-TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, cit., p. 201: “*il c. 1 del nuovo art. 816 ter attribuisce al collegio arbitrale la facoltà di delegare [...] non soltanto singoli atti, ma l'intera istruttoria, con formulazione che suscita non poche perplessità e che non appare limitata agli atti relativi all'assunzione delle prove, estendendosi invece anche al potere di ammettere le prove*”.

<sup>239</sup> Da ultimo anche FABBI, *sub art. 816 ter*, cit. p. 10 ed in particolare nota 63 in linea con PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 240.

<sup>240</sup> In particolare G.F. RICCI, *sub art. 816*, in CARPI (a cura di) *Arbitrato*, p. 408.

<sup>241</sup> SALVANESCHI, *loc. ult. cit.* parla del vaglio di ammissibilità come “*compito particolarmente delicato, che dovrebbe essere di preferenza affidato all'intero collegio*”.

<sup>242</sup> SALVANESCHI, *op. cit.*, *sub art. 816 ter*, p. 439 definisce “*auspicabile*” che lo scarso uso sia reiterato, riconoscendo che peraltro tale prassi si è ormai consolidata sotto il vigore della precedente norma.

### 2.3 La delega a favore di terzi e la rogatoria internazionale

Sul conferimento della delega, il dato testuale riconosce il potere direttamente al collegio che deve incanalarlo nello strumento dell'ordinanza revocabile. Se il soggetto delegante è certo, qualche discussione ha riguardato l'individuazione del soggetto delegato. Ora come nella precedente formulazione, la lettera della legge lascia poco spazio al fraintendimento, riferendosi ad uno dei membri del collegio come unico possibile destinatario della delega<sup>243</sup>. Il dubbio della delega “*al di fuori del collegio*” potrebbe porsi con riferimento a due casi particolare: il giudice<sup>244</sup> del luogo per escutere testi lontani dalla sede dell'arbitrato ed il consulente tecnico perché possa condurre indagini in proprio.

Il problema, peraltro, si fonde nel primo caso con il tema dell'assistenza giudiziaria per la coercizione dei provvedimenti<sup>245</sup>. Ad oggi, sembra radicalmente escluso dall'area della “*delega di atti istruttori*” che possa essere destinatario della delega il giudice del luogo ove la prova debba essere assunta. Se nella giustizia pubblica questa eventualità rientra nella sfera della cooperazione tra diversi uffici giudiziari, nel caso dell'arbitrato l'eventualità sarebbe infatti estranea alla delega in senso stretto e più agevolmente ricomprendibile nello schema dell'assistenza giudiziaria alle attività del collegio. L'eventualità ha suscitato grande interesse da parte dei commentatori, per gli indubbi risvolti pratici, dato che in molti ordinamenti esteri è consentito il ricorso al giudice del luogo in cui si trova una prova, se è “*al di là*” della portata solita del collegio arbitrale. In quei casi, si valorizza peraltro anche il concetto di “*sede*” dell'arbitrato, che diventerebbe a quei limitati fini una sorta di equivalente della circoscrizione del tribunale, ma nel nostro ordinamento siffatta strada è impercorribile. Prassi,

---

<sup>243</sup> GHIRGA, *sub* art. 816 *ter*, in MENCHINI, *op. cit.*, p. 1269, in particolare le relative note. Il testo della norma è insuscettibile di altra interpretazione, a pena di forzature: “*L'istruttoria o singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi.*”

<sup>244</sup> La delega al giudice istruttore del luogo è istituto tipico del processo civile ordinario. In tempi più risalenti, l'eventualità era nota col diverso nome di delega al pretore del luogo. La scomparsa delle preture dal nostro ordinamento ha travasato i poteri in capo al giudice istruttore.

<sup>245</sup> Si rinvia sul punto al successivo paragrafo.

giurisprudenza e dottrina sono nettamente contrari<sup>246</sup>. È difficilmente credibile che il legislatore, volendo introdurre un tale meccanismo, non abbia preferito la strada di una esplicita previsione.

Tra le altre esclusioni, si ritiene che neppure sia praticabile la via della rogatoria internazionale ex artt. 203 e 204 c.p.c.: se gli arbitri desiderano assumere una prova in altro stato, devono recarsi personalmente *in loco*<sup>247</sup>. La rogatoria è uno strumento approntato per garantire il funzionamento della giustizia statale minimizzando il dispendio di risorse ed energie e ricorrendo ad un sistema interstatale di comunicazione e di interazione tra amministrazioni. L'applicazione in arbitrato è sembrata quindi “*impraticabile*”<sup>248</sup>, anche alla luce della maggiore libertà di movimento del collegio giudicante. A differenza del giudice statale che è stabilmente radicato nel suo ufficio giudiziario, l'arbitro ben potrebbe partire in missione per l'acquisizione di un mezzo di prova. L'eventualità comporterebbe però una incredibile dilatazione dei costi dell'arbitrato, dato che le relative spese e la comprensibile maggiorazione del compenso sarebbero a carico delle parti.

Si ritiene inoltre che, per l'arbitrato, non possano validamente operare nemmeno la Convenzione dell'Aja sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile o commerciale del 1970 ed il Regolamento del Consiglio europeo “*relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove nella materia civile o commerciale*” del 2001<sup>249</sup>. Questi strumenti resterebbero preclusi nella giustizia privata.

Occorre infine precisare una distinzione importanti: la delega degli adempimenti istruttori è cosa radicalmente diversa dalla consulenza tecnica. In questo secondo caso,

---

<sup>246</sup> In questo ordine di idee PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, p. 648 e BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *sub art. 816 ter*, cit., p. 201. Con riferimento alla normativa previgente ed alla relativa situazione giurisprudenziale E.F. RICCI, *op. cit.*, pp. 61,74. Sul punto anche MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, p. 91.

<sup>247</sup> Ma si evidenzerebbe subito un problema di costi: lo spostamento dell'intero collegio (o comunque del solo arbitro istruttore) in altro stato comporterebbe una incredibile lievitazione dei costi; sarebbe quindi giustificabile solo nel caso di una causa dal valore notevolmente elevato, ad esempio un appalto dal respiro internazionale. Suggestisce la dislocazione fisica degli arbitri TOTA, *op. cit.*, p. 714.

<sup>248</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 192

<sup>249</sup> Su tali esclusioni vedi espressamente FABBI, *op. cit.*, p. 11 che cita a sostegno PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 264.

il collegio si serve di un soggetto esterno per compensare un proprio difetto di conoscenze tecniche. Il C.T.U. compie, secondo le prescrizioni dell'ordinanza di nomina, tutta l'attività necessaria per poter rendere al meglio la propria opinione tecnica: potrà anche svolgere rilievi o entrare in contatto con altre prove, ma non sarà mai destinatario di una delega istruttoria.

I periti conduco in arbitrato i necessari accertamenti in modo non dissimile dall'ordinario processo civile. Non potrà essere possibile, così come non lo è davanti all'A.G.O., una “*delega*” al perito con funzioni di istruttore, perché snaturerebbe le sue funzioni di *ausiliario* del giudice (privato o pubblico che sia). Il perito esorbiterebbe dalla sua funzione e si potrebbe configurare un vizio del lodo sanzionabile con la nullità<sup>250</sup>. Ne soffrirebbe, inoltre, il principio di *immediatezza*<sup>251</sup> alla luce del quale deve esserci un'identità sostanziale tra chi determina la decisione finale e chi assume le prove.

### **3. Coercibilità delle decisioni della corte arbitrale in materia di prova**

#### **3.1 L'assistenza giudiziaria nell'ordinamento italiano**

La legge delega del 2005, che ha contribuito a ristrutturare la disciplina dell'arbitrato, concedeva ampio margine per l'introduzione di nuovi strumenti al fine di garantire la cooperazione della giustizia ordinaria per la coercizione dei provvedimenti degli arbitri. Il testo prevedeva infatti, in modo assai generico, che i decreti attuativi formulassero “*una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria*”. La genericità della previsione ed il riferimento all' adeguatezza

---

<sup>250</sup> Con ogni probabilità sotto il profilo della illecita costituzione del collegio arbitrale, dato che ad un soggetto terzo ed esterno, il perito, sarebbero inconcepibilmente conferite funzioni proprie solo e soltanto dell'organo giudicante.

<sup>251</sup> E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., *passim*.

aveva indotto la dottrina a sperare in un ampio ventaglio di strumenti di interazione tra giurisdizione statale e giudici privati<sup>252</sup>.

Il legislatore italiano non ha previsto un ricorso generalizzato all'autorità giudiziaria per rendere coercitivi i provvedimenti dell'arbitro in materia di prova, ma ha limitato la possibilità di un supporto esterno da parte dell'amministrazione pubblica ad un solo mezzo di prova: la testimonianza. Una scelta “*selettiva*” che, come si vedrà appresso, è però seguita in altri ordinamenti<sup>253</sup>. Per le prove diverse dalla testimonianza, l'assistenza giudiziaria non è concessa, ma, come si vedrà appresso, esistono comunque

Nonostante l'assenza di un meccanismo generalizzato di assistenza, sarebbe improprio concluderne che l'acquisizione delle prove in arbitrato sia notevolmente più limitata rispetto al processo ordinario. Nonostante veri e propri poteri di coercizione esistano per un solo mezzo di prova, altri espedienti consentono di raggiungere un livello probatorio il più delle volte pienamente soddisfacente.

Ad esempio, nel caso in cui il soggetto destinatario del provvedimento dell'arbitro sia una parte, ella potrà rifiutare il proprio contributo alla raccolta della prova, ma in questo caso sopporterà le “*conseguenze negative*” del proprio comportamento non collaborativo. Si consideri inoltre che vi sono poi prove per la formazione delle quali il contributo della parte è sempre imprescindibile: si pensi a giuramento<sup>254</sup>, confessione ed interrogatorio libero<sup>255</sup>.

Nel caso in cui l'ordine abbia come destinatario una parte, sembrerebbe quindi ipotizzabile – ma sul tema si rimanda ai successivi paragrafi - una sanzione processuale

---

<sup>252</sup> Scriveva RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, cit., p. 952, quando ancora la legge delega non aveva ricevuto attuazione “*si può dunque ipotizzare che il futuro legislatore delegato introduca anche nel diritto italiano delle soluzioni tecniche di questo tipo; e, se così fosse, dovremmo esserne (a mio parere) lieti.*”

<sup>253</sup> Ad esempio, nel diritto processuale civile brasiliano. FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014, p. 175 sostiene che gli ordinamenti nazionali contemplano meccanismi di assistenza giudiziaria “*perlopiù allo scopo di provocare la comparizione di testimoni recalcitranti*” e cita, nella nota 183, l'*Arbitration act* inglese, la *LDIP* svizzera, la *ley de arbitraje* spagnola.

<sup>254</sup> In realtà, l'ammissibilità del giuramento in arbitrato è tutt'altro che pacifica. Si veda sul punto, per maggiore chiarezza, l'apposito paragrafo nel capitolo terzo. Più in generale cfr. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010, nota 145.

<sup>255</sup> In realtà, qualcuno ha ritenuto la distinzione tra interrogatorio libero e testimonianza della parte superflua in arbitrato. Si parlerebbe sempre e solo di testimonianza e la disciplina sarebbe uniformabile. La divergenza tra i due mezzi di prova svaporerebbe, tra gli altri, per BOVE, *L'istruzione probatoria nel processo arbitrale*, in *Il giusto processo civile*, fasc. 4, 2014, p. 990

interna in caso di parte inerte, recalcitrante o inosservante. Non così quando l'ordine invece colpisce un terzo, il quale è completamente estraneo alla lite.

Stante l'assenza di una normativa positiva, l'attenzione va al processo ordinario per una applicazione analogica: il c.p.c. disciplina, tra gli altri, il caso dell'inosservanza dell'ordine di ispezione<sup>256</sup> e del diniego di interrogatorio formale<sup>257</sup>. La legge prevede delle sanzioni processuali interne: il magistrato tiene conto della mancata cooperazione della parte ai fini della decisione.

È ragionevole presumere che, anche davanti all'arbitro, la parte debba accettare le conseguenze negative del proprio comportamento omissivo od inerte<sup>258</sup>. A maggior ragione se si considera che, da un certo punto di vista, la convenzione arbitrale è pur sempre un contratto<sup>259</sup> e la condotta capricciosa del contraente costituisce pur sempre una violazione del principio di buona fede.

Le “*conseguenze negative*” incidono direttamente sul momento nevralgico del processo: la decisione. In particolare, l'arbitro può dedurre dalla mancata cooperazione della parte “*argomenti di prova*” ai sensi dell'art. 116 c.p.c. L'argomento di prova, secondo la tesi maggioritaria<sup>260</sup>, non può fondare la decisione di per sé, ma può consolidare l'efficacia di altre prove. Potrà quindi fondare la decisione del giudice, secondo questa prospettiva, solo se assistito da altri elementi del patrimonio probatorio.

---

<sup>256</sup> Nel qual caso la sanzione è costituita dal diritto del giudice di desumere “*argomenti di prova*” dalla condotta della parte a suo sfavore nella decisione finale. Cfr. l'art. 116 c.p.c. a norma del quale il giudice può desumere argomenti di prova, tra gli altri casi, anche “*dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni*”.

<sup>257</sup> Nel qual caso, l'art. 232 comporta una conseguenza nettamente più drastica: l'ammissione

<sup>258</sup> DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, pP. 1168 e ss. per una disamina completa dell'argomento.

<sup>259</sup> Per più approfondite riflessioni sulla convenzione di arbitrato MARULLO DI COLAJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008.

<sup>260</sup> Sugli argomenti di prova in generale TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura poi pubblicata nei Quaderni del CSM all'indirizzo [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_108/quad\\_108\\_25.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_108/quad_108_25.pdf). Ma anche RICCI G.F., *Prove e argomenti di prova*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988, pp. 1036 ss.

La dottrina consolidata<sup>261</sup> ritiene quindi che, in arbitrato, la condotta non collaborativa od omissiva della parte in relazione all'assunzione di un mezzo di prova, darebbe al giudicante *argomenti di prova* ai fini della decisione.

Certa dottrina<sup>262</sup> ha sostenuto che in arbitrato avrebbe poco senso parlare di “*argomenti di prova*”: tutte le prove avrebbero la stessa efficacia potenziale. Nella giustizia privata, in questa prospettazione, il principio di prudente apprezzamento si dilaterrebbe oltre i confini naturali perimetrati nel processo civile. Assorbirebbe la distinzione tra prova in senso stretto ed argomento di prova: tutti gli elementi sarebbero valutati con lo stesso metro di misura. Di conseguenza “*la distinzione tra prova ed argomento di prova evapora, rifluendo ogni valutazione in fatto nell'alveo del concetto di prudente apprezzamento*”<sup>263</sup>.

In ogni caso, qualunque sia il valore attribuibile in concreto a questa particolare forma di elemento probatorio, se la parte rifiuta il proprio consenso od il proprio contributo ai fini della raccolta della prova, l'arbitro, pur non potendo considerare automaticamente “*esistente*” esistente il fatto in discussione (dato che l'argomento non è una vera e propria prova “completa” a tutti gli effetti), potrà comunque legittimamente tenere conto del rifiuto o dell'inerzia in sinossi con le altre prove<sup>264</sup>. Peraltro così avviene per certi aspetti anche nel processo ordinario dato che, per alcuni mezzi di prova<sup>265</sup>, il codice processuale stabilisce espressamente che in caso di mancata cooperazione della parte anche il giudice ordinario resterà privo di poteri di coercizione diretta e dovrà limitarsi a trarne argomenti di prova.

Il problema si restringe quindi ad un numero ridotto di mezzi di prova ed ai soli casi in cui questi siano nella specifica disponibilità di soggetti terzi ed estranei all'arbitrato. Il riferimento va a: richiesta di informazioni alla P.A., ordine di esibizione ed ordine di

---

<sup>261</sup> Tra gli altri FAZZALARI, *L'arbitrato*, VI, Torino, 1997, p. 70, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 133 ma anche lo stesso PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 133.

<sup>262</sup> BOVE, *op.cit.*, p. 970.

<sup>263</sup> BOVE, *loc. ult. cit.*

<sup>264</sup> Se ad esempio una delle parti rifiuta di consegnare una prova di cui sia in possesso, ciò non basta automaticamente a giustificare una decisione a lei sfavorevole, ma potrebbe sollecitare un ragionamento dell'arbitro in tal senso se associata anche ad altre prove.

<sup>265</sup> Il riferimento va, letti gli articoli 116 e 117 del codice processuale, alle ispezioni ed alle risposte all'interrogatorio libero.

ispezione (ma solo nei casi in cui documenti o locali siano nella disponibilità di terzi)<sup>266</sup>. In questi casi si ritiene che l'ordine sia naturalmente incoercibile<sup>267</sup>. Peraltro, statisticamente, l'impiego di tali mezzi istruttori è molto parco in arbitrato tanto da indurre certa dottrina a ritenere corretta la scelta del legislatore di prevedere l'assistenza giudiziaria unicamente per la testimonianza<sup>268</sup>. Occorre guardarsi da una semplificazione fuorviante: queste prove sono sempre e comunque ammissibili in arbitrato e sono ontologicamente compatibili con la sua istruzione probatoria. Il problema non attiene alla compatibilità astratta, ma alla raccolta in concreta dei mezzi che può essere resa impossibile dalla mancata cooperazione del terzo.

Peraltro, occorre considerare che il terzo potrebbe prestare volontariamente la collaborazione alla raccolta della prova per consentire la soluzione della lite. Se ad esempio un terzo è in possesso di determinati documenti risolutivi per un arbitrato e voglia volontariamente consegnarli, nessun problema viene in rilievo. Parti ed arbitri devono però affidarsi allo spontaneo contributo del terzo, dato che l'arbitro non ha nessuna autorità ed è soltanto un privato.

Si è sagacemente sostenuto che il terzo potrebbe però essere vincolato a fornire la prova laddove basti la semplice richiesta di un *quisque de populo*<sup>269</sup>. Si pensi alla richiesta di informazioni alla P.A.; ben potrebbe l'arbitro aggirare l'incoercibilità ordinando ad una delle parti di espletare una procedura di "*accesso agli atti*" o procedendo lui stesso se i dati sono liberamente consultabili su richiesta.

---

<sup>266</sup> Nonostante l'affermarsi col tempo di nuovi mezzi di prova atipici, l'elenco siffatto corrisponde a quello che già traspariva nel 1974 in RICCI E F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 53. In verità, si pensi che una simile elencazione serve unicamente per finalità classificatorie: il problema della coercibilità attiene genericamente a tutti i mezzi di prova che coinvolgono terzi.

<sup>267</sup> "è vero che, per il soggetto richiesto, il provvedimento arbitrale non vale più di un invito proveniente da un privato qualsiasi" AULETTA, *L'istruzione probatoria* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 162. In effetti, a ben riflettere, mentre il magistrato ordinario è un organo della pubblica amministrazione selezionato mediante concorso pubblico ed appartenente alla macchina statale, l'arbitro nulla è più di un qualsiasi privato nominato dalle parti. Il suo potere di risolvere le controversie non ha una scaturigine pubblica (come nel caso del giudice), ma deriva dalla comune investitura dei litiganti con un mezzo che per molti versi è assimilabile al contratto. Per questo motivo, per il terzo estraneo al compromesso, l'arbitro è solo e soltanto un privato.

<sup>268</sup> LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile sub art. 816 ter*, Milano, 2006, pp. 286 e s.

<sup>269</sup> RICCI E.F., *op. loc. ult. cit.*

La tesi ha vissuto fortune alterne: parte della dottrina più risalente risolveva altrimenti il problema escludendo in radice l'introducibilità in arbitrato di questi mezzi di prova che richiedono il contributo di soggetti terzi<sup>270</sup>. Questa prospettazione ha conseguenze assai più drastiche di quanto possa sembrare: altra cosa è costatare che, concretamente, la mancata collaborazione ostacola il conseguimento della prova, altra cosa è vietare *ex se* il mezzo di prova<sup>271</sup>. Le conseguenze attengono all'eventualità, in realtà non troppo remota, che il terzo presti spontaneamente la propria collaborazione ai fini della risoluzione della lite o, più raramente, che parti od arbitri conseguano le risultanze probatorie "*per avventura*"<sup>272</sup>.

Se si abbraccia la tesi maggioritaria che li ritiene ammissibili, l'arbitro deve quindi "*sperare*" in un aiuto esterno per poter completare il proprio fascicolo nel modo più esaustivo possibile<sup>273</sup>, dato che lo "*jus imperii [...] appartiene naturalmente solo a coloro che amministrano la giustizia siccome espressione di sovranità*"<sup>274</sup> e non può quindi essere esercitato dai privati, benché investiti della risoluzione di una controversia.

Sul caso delle prove acquisite "*per avventura*" è necessario un approfondimento: si è detto che esistono modi aggirare il blocco dovuto alla mancata cooperazione del terzo.

---

<sup>270</sup> Per quanto riguarda la richiesta di informazioni alla P.A. si veda CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1937 p. 890, per quanto riguarda l'ordine di ispezione ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3 ed., IV, Napoli, 1964 e SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, II ed., Milano, 1982, *passim*, per quanto riguarda infine l'ordine di esibizione si vedano sempre ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 380 e VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 528 e s.

<sup>271</sup> Del problema si occupa AULETTA, *op. cit.*, p. 203 il quale conclude per la necessaria ammissibilità delle prove in sé.

<sup>272</sup> AULETTA, *loc. ult. cit.* cioè "per caso", che non è eventualità da escludere aprioristicamente: ad esempio nel caso in cui una delle parti sia entrata casualmente in possesso di un documento, perché inviatole per errore per posta elettronica. Se il mezzo di prova fosse radicalmente inammissibile, qualunque sia la fonte da cui provenga, non potrebbe essere autonomamente valutato.

<sup>273</sup> Parte della dottrina aveva descritto la circostanza come sintomatica di una precisa scelta sistematica: il legislatore riterrebbe che, con il compromesso, le parti si limitino a rinunciare alla giurisdizione ordinaria. "*il giudizio arbitrale rituale non [dovrebbe essere considerato] quale attribuzione agli arbitri di una limitata porzione del potere giurisdizionale proprio del giudice, bensì come fattispecie da collocare in una pozione antitetica rispetto al processo ordinario*" CASAMASSIMA, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo*, Milano, 2010, p. 188.

<sup>274</sup> AULETTA, *op. cit.*, p. 202.

Si deve però assumere che mai si potrebbe giustificare il ricorso al mezzo illecito per eludere tale ritrosia. Le prove illecite e, per estensione, quelle lecite ma acquisite in modo illecito<sup>275</sup> non dovrebbero trovare cittadinanza né in arbitrato, né nel processo ordinario, ma la questione richiede maggiore approfondimento e sul punto si rinvia al successivo capitolo. Il giudice privato dovrebbe escluderle fin dall'ordinanza di ammissione delle prove o, comunque, sconfessarne ogni valore probatorio nel lodo. Dovrebbe anche informare il Pubblico Ministero, se ritiene che chi ha offerto la prova abbia commesso un qualche reato per procurarsela<sup>276</sup>.

Esiste però una ovvia differenza a tal proposito tra giudizio arbitrale ed ordinario, notata dalla dottrina classica<sup>277</sup>, per cui nel secondo un apposito provvedimento del giudice può rendere lecito ed anzi obbligatorio un atto altrimenti illecito. Non disponendo l'arbitro dei medesimi poteri, ne conseguirebbe che in quello specifico caso, l'accesso alla prova sarebbe precluso in radice. Il ventaglio di prove concretamente acquisibili ne risulta quindi intrinsecamente ridotto; un esempio classico<sup>278</sup> di mezzo di prova in cui si verifica questo fenomeno è la richiesta di informazioni alla p.a.

In verità un'analisi comparatistica più esaustiva delle differenze tra processo arbitrale ed ordinario restituisce un altro indice di vicinanza: alcuni di questi mezzi di prova restano privi di una coercibilità diretta anche avanti all'A.G.O.: si pensi all'ordine di esibizione

---

<sup>275</sup> Si pensi ad una prova che l'arbitro sappia certamente essere stata acquisita da chi intende presentarla commettendo un furto.

<sup>276</sup> Si è certi del fatto che l'arbitro "possa" informarne la Procura, in virtù del principio per cui chiunque sia a conoscenza di un crimine può sempre segnalarlo per quanto di competenza al P.M. Si dubita se l'arbitro "debba" informarne le autorità. La conclusione sembra dipendere dalla considerazione che si vuol dare all'arbitro nell'ordinamento. Sono tenuti ex art. 361 alla denuncia soltanto i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico servizio. Se si vuol considerare l'arbitro un pubblico ufficiale, come pure si è sostenuto ma con non troppa condivisione in dottrina, egli avrà dunque un vero e proprio obbligo. Se si pensa all'arbitro come un semplice privato, egli potrà farlo, ma non sarà strettamente tenuto.

<sup>277</sup> "può infatti accadere che [...]in difetto di un ordine del giudice sia illecito quanto il provvedimento dell'autorità giudiziaria renderebbe obbligatorio" RICCI E.F., *op. cit.*, p. 55. Si pensi ad alcuni dati in possesso della pubblica amministrazione che questa è obbligata per legge a non rivelare. Se il giudice ordina la comunicazione di quei dati, la P.A. è tenuta ad obbedire al provvedimento. In assenza dello specifico ordine del giudice, la P.A. non potrebbe rivelarli nemmeno se volesse, perché violerebbe l'obbligo di non divulgazione sancito dalla legge. L'arbitro non potrebbe quindi acquisirli in nessun modo, nemmeno sperando nella massima collaborazione del terzo che, in questo caso, è l'organo pubblico.

<sup>278</sup> RICCI E.F., *loc. ult. cit.*, "l'istituto delle informazioni chieste alla p.a. è forse il più idoneo alla eventuale ricerca di esempi"

ed all'ispezione<sup>279</sup>. Anche in questo caso si ricorre all'espedito degli argomenti di prova. Una differenza riguarda il caso in cui l'ordine di esibizione o l'ispezione abbiano come destinatario un terzo: nel processo ordinario, l'eventuale rifiuto del terzo è sanzionato con la multa, come prevede espressamente l'ultimo comma dell'art. 118 c.p.c.<sup>280</sup> In arbitrato, il corrispondente provvedimento dell'arbitro non è invece assistito da alcuna forza coercitiva e la sua inosservanza non può essere pecuniariamente sanzionata. L'ordine si risolve quindi, più semplicemente, in un mero *invito*.

Divergenze sostanziali si riscontrano invece evidentemente a carico della richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione. Con riferimento a quest'ultima, ad esempio, la divergenza è evidente: mentre il magistrato ordinario ha una propria autorità originaria che rende il proprio ordine coercibile, l'arbitro nulla potrebbe pretendere dalla P.A. La sua ordinanza, quando è diretta agli organi di amministrazione pubblica, si risolve quindi in un invito che, nella maggior parte dei casi, potrebbe rimanere orfano di osservanza. A maggior ragione se si pensa al fatto che molti documenti in possesso della P.A. sono trattenuti in regime di riservatezza.

Si giunge quindi alla conclusione per cui, tra istruzione nel processo ordinario ed in arbitrato esista un "gap", una differenza in termini di completezza, per quanto molto meno estesa di quanto si possa pensare in prima battuta. Alcuni provvedimenti di assunzione delle prove non testimoniali potranno infatti rimanere privi di efficacia effettiva. Si può però sostenere che, con la sottoscrizione del compromesso e l'adesione all'arbitrato, le parti in teoria accetterebbero implicitamente questo limite intrinseco della procedura<sup>281</sup>. I litiganti non potrebbero quindi lamentarsi di una istruttoria insoddisfacente. Le parti sono però confortate dal fatto che, pur constatato che il collegio arbitrale non è provvisto *ex lege* di alcuno *jus imperii*, i casi in cui questa carenza si rende concretamente avvertibile sono notevolmente circoscritti.

---

<sup>279</sup> In questo caso, il legislatore appronta rimedi alternativi: gli "argomenti di prova" o, nello specifico e diverso caso dell'interrogatorio formale mancato, la "ficta confessione".

<sup>280</sup> "Se rifiuta il terzo, il giudice lo condanna a una pena pecuniaria da euro 250 ad euro 1500"

<sup>281</sup> DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale* in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1167 "aderendo alla convenzione arbitrale, abbiano implicitamente accettato tale "scarto" di efficacia dell'istruttoria arbitrale".

### 3.2 Cenni al diritto comparato: l'assistenza giudiziaria in alcune realtà estere

Si è detto che, in Italia, fatto salvo l'esplicito meccanismo di assunzione coattiva della testimonianza, gli altri provvedimenti del giudice relativi alle prove non acquisiscono alcuna automatica efficacia coattiva e si risolvono più in "inviti" che in veri e propri ordini.

Negli altri ordinamenti europei, invece, esistono meccanismi più incisivi che garantiscono l'assistenza giudiziaria alle disposizioni adottate dall'arbitro relative alle prove. Mentre il giudice statale è originariamente provvisto del diritto di ricorrere alla forza pubblica per forzare l'adempimento dei propri provvedimenti, l'arbitro manca di questa autorità e deve quindi chiedere l'assistenza del primo. Dovrà quindi necessariamente rivolgersi al circuito della giustizia pubblica (che spesso svolge anche un ruolo di "filtro") per ottenere una convalida estrinseca della propria decisione. A volte il giudice ordinario svolge un controllo più penetrante sul provvedimento, arrivando a verificarne i presupposti ed a sindacarne il merito, a volte si limita ad una verifica superficiale dei presupposti di forma.

Un esempio di assistenza giudiziaria ad ampio spettro è offerto dalla ZPO tedesca: il paragrafo 1050<sup>282</sup> prevede che *"il tribunale arbitrale, o una parte con l'accordo del tribunale arbitrale, può chiedere all'autorità giudiziaria una assistenza per l'assunzione di prove o per altre misure giudiziarie che il tribunale arbitrale non ha il potere di ordinare"*. In questo caso l'assistenza giudiziaria non è limitata a singoli mezzi di prova e non richiede particolari requisiti o condizioni: il tribunale arbitrale può servirsi di questa strada per ottenere ogni "misura giudiziaria" che gli sarebbe naturalmente preclusa dalla carenza di *jus imperii*.

Una formulazione sostanzialmente equivalente è adottata dal paragrafo 589 della ZPO austriaca *«Le attività giudiziali ritenute necessarie dal tribunale arbitrale, che quest'ultimo non ha il potere di compiere, sono compiute su istanza del tribunale arbitrale dall'autorità giudiziaria competente [...]»*.

---

<sup>282</sup> L'articolo è rubricato *"Gerichtliche Unterstützung bei der Beweisaufnahme und sonstige richterliche Handlungen"* e prevede in lingua originale che *"Das Schiedsgericht oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts kann bei Gericht Unterstützung bei der Beweisaufnahme oder die Vornahme sonstiger richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist, beantragen."*

In Svizzera invece, il tema è regolato dal Concordato intercantonale, al suo articolo 27 «*Se l'assunzione di una prova è riservata al potere pubblico, il tribunale arbitrale può richiedere il concorso dell'autorità giudiziaria*». Entrambe le scelte legislative non svolgono alcuna selezione sulla base del mezzo di prova e garantiscono una coercibilità pressoché universale dell'acquisizione dei mezzi di prova anche in arbitrato.

Un caso particolare è costituito dall'*Arbitration Act* svedese ed, in particolare, dall'art. 26<sup>283</sup>. La norma consente il ricorso all'assistenza giudiziaria per un ventaglio di prove amplissimo ed il tribunale statale può persino rendere coercitivo l'obbligo di presentare documenti<sup>284</sup>. La Corte Suprema svedese, con la sentenza del 2012 sul caso Ö1590-11, ha tra le altre cose precisato che la corte statale non deve operare alcuna indagine nel merito: può rendere coercitivo il provvedimento dell'arbitro semplicemente dopo averne verificato la regolarità formale ed aver esperito un controllo di ragionevolezza e pertinenza.

In alcune realtà anglofone, come gli Stati Uniti, è inoltre strutturato anche un efficiente sistema di assistenza giudiziaria. Grazie agli istituti del *contempt* e del *subpoena* l'utente medio della giustizia privata può ragionevolmente confidare nel fatto che le parti (ed, in alcune circostanze, i terzi) adempiranno alle disposizioni degli arbitri in materia di istruttoria<sup>285</sup>.

In questi sistemi, quindi, l'arbitro può raccogliere le prove anche presso i terzi con estrema facilità e dimestichezza; nessuna apparente limite è imposto alla collaborazione della giurisdizione statale. In ogni caso, è necessario evidenziare anche i profili negativi di un ricorso esagerato all'assistenza giudiziaria. L'intervento del giudice statale nella controversia deferita in arbitrato comporta una (a volte notevole) dilatazione dei tempi processuali. Se le parti hanno scelto la strada dell'arbitrato per perseguire esigenze di estrema celerità, l'acquisizione coattiva di prove mediante il

---

<sup>283</sup> Di cui parla FABBI, *loc. ult. cit.*

<sup>284</sup> Il testo della norma, nella traduzione in lingua inglese, recita “*Where a party wishes a witness or an expert to testify under oath, or a party to be examined under truth affirmation, the party may, after obtaining the consent of the arbitrators, submit an application to such effect to the District Court.*” L'intero Act in lingua inglese è disponibile al link <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf>.

<sup>285</sup> Sull'arbitrato nelle realtà anglofone e, in particolare, nel diritto inglese vedi ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese*, cit.

ricorso al giudice ordinario può determinare non poche sfasature temporali. Ad esempio, nell'ordinamento italiano il ricorso all'assistenza giudiziaria per forzare il testimone renitente può essere considerato causa di proroga del termine massimo per la pronuncia del loro di 180 giorni ex art. 820 c.p.c. Peraltro, spesso le parti scelgono la giustizia privata proprio per minimizzare l'ingerenza del giudice statale nella sfera privata della propria controversia e per trasmigrare la causa dall'aula di tribunale al più riservato studio di un professionista privato. L'assistenza giudiziaria riporterebbe il magistrato togato nella procedura, vanificando il tentativo di tenere all'oscuro della controversia la giustizia pubblica. In verità, nei sistemi come quello italiano, in cui il giudice non svolge un vero e proprio controllo di merito sul provvedimento dell'arbitro, l'intervento del presidente del tribunale si limita all'apposizione di un timbro e di una firma (per l'*exequatur*), senza alcun ingresso effettivo nella materia del contendere.

La ricerca di un sistema simile a quello italiano restituisce risultati statisticamente interessanti. In non pochi ordinamenti esteri, l'autorità statale può essere invocata ai soli fini di acquisire una testimonianza<sup>286</sup>. Un tipo di assistenza giudiziaria per così dire "selettiva" simile alla nostra è rinvenibile, in ottica comparatistica, ad esempio nella disciplina processualcivile brasiliana. Ai sensi dell'art. 21 della legge brasiliana sull'arbitrato<sup>287</sup> «*se vi è assenza di un testimone [...] l'arbitro o il presidente del tribunale arbitrale potrà chiedere all'autorità giudiziaria l'accompagnamento del teste renitente, provando l'esistenza della convenzione di arbitrato*». A differenza delle principali realtà europee, in cui il supporto dell'autorità pubblica è tendenzialmente universale, in Brasile come in Italia la restrizione è effettuata sulla base del mezzo di prova: anche in questo caso l'assistenza è ammessa solo per forzare l'audizione di un testimone.

---

<sup>286</sup> FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., "le legislazioni nazionali contemplano meccanismi di assistenza giudiziaria agli arbitri, perlopiù allo scopo di garantire la comparizione di testimoni recalcitranti".

<sup>287</sup> Legge n. 9.307 del 23 settembre 1996, aggiornata secondo le modifiche della Legge n.13.129 del 26 maggio 2015, disponibile all'indirizzo <http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Legge-Brasiliana-SullArbitrato.pdf>.

### 3.3 L'assistenza giudiziaria per la testimonianza

Prima della riforma del 2006, nessun precetto del codice processuale prevedeva forme di assistenza giudiziaria. Nonostante certa dottrina avesse tentato di eludere l'assenza di poteri coercitivi degli arbitri per altre vie, ad esempio attraverso l'istituto della dell'istruzione preventiva<sup>288</sup>, l'assenza di una qualsiasi forma di assistenza giudiziaria era stata a volte seriamente avvertita. La legge delega del 2005, nel rilevare quest'insofferenza, prevedeva finalmente in forma espressa l'introduzione di "*adeguate forme di assistenza giudiziaria*". I decreti attuativi hanno trasfuso questi intenti nell'attuale comma terzo dell'art. 816 ter: "*Se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione davanti a loro.*"

Si tratta di una innovazione importante, anche se "*timida*"<sup>289</sup>, che ha assecondato critiche e rimostranze della dottrina storica<sup>290</sup>, e che ha cambiato il funzionamento dell'arbitrato. Peraltro l'assistenza giudiziaria, secondo la dottrina, sarebbe attivabile tanto nell'arbitrato rituale quanto in quello libero<sup>291</sup>, nonostante la formulazione testuale nulla dica in proposito.

L'assistenza è limitata al solo caso della testimonianza, richiede la soddisfazione adeguati requisiti preliminari ed è un mezzo solo opzionale, rimesso alla discrezionalità degli arbitri. Pur con queste limitazioni, si tratta di uno strumento effettivo per forzare la raccolta della prova. Si è detto che, per prove come l'ordine di esibizione o l'ispezione, il terzo ben potrebbe rifiutare la propria collaborazione, proveniendo la richiesta da un

---

<sup>288</sup> Cfr. TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1991, p. 719 e ss. e dello stesso autore TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale* in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, p. 473.

<sup>289</sup> RUFFINI, TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, BENEDETTELLI., CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit., p. 204.

<sup>290</sup> G.F. RICCI in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 426, CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1994, fasc. 4, p. 672 ss. e CECHELLA, *Processo e il giudizio arbitrale* in CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005, p. 174.

<sup>291</sup> In dottrina, tra i moltissimi, BOVE, *Arbitrato irrituale* in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 1191.

giudice privato, nulla più di un *quisque de populo*. Se si sottraesse all'invito formulato per la testimonianza, invece, il giudice arbitro potrebbe rivolgersi al tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'arbitrato, perché il presidente provveda all' *enforcement* dell'ordinanza.

Tuttavia, la norma prevede espressamente un requisito: è necessario che, prima di richiedere l'assistenza giudiziaria, l'arbitro abbia convocato il testimone con apposita ordinanza ed il suo invito sia rimasto inascoltato. Presumibilmente, il collegio arbitrale, nel momento della pronuncia dell'ordinanza di ammissione delle prove darà mandato alla parte più diligente di informarne il terzo e notificargliela. Solo in caso di rifiuto o di mancata comparizione, gli arbitri avranno la possibilità di formulare la richiesta al presidente di tribunale, nella quale dovranno indicare peraltro anche la data della nuova udienza<sup>292</sup>. Si deve dar conto di una seconda tesi però minoritaria, la quale ha decisamente sminuito l'importanza di questo requisito, ritenendo sempre e comunque ammissibile il ricorso all'assistenza legale giudiziaria anche in assenza di un precedente comportamento recalcitrante del testimone<sup>293</sup>. Se il testimone, regolarmente evocato in giudizio in questo modo dovesse nuovamente rifiutarsi di comparire in giudizio andrebbe ora incontro alle diverse sanzioni previste dal codice di procedura civile per il processo ordinario. A norma dell'art. 255, il testimone subirebbe una multa in danaro e ne potrebbe essere disposto l'accompagnamento coattivo<sup>294</sup>. Questa seconda eventualità trasfonde in arbitrato una forma di coercizione *diretta* efficace, diversa dalla assai più blanda contromisura della deducibilità di argomenti di prova prevista per altri mezzi. Il testimone sarebbe dedotto innanzi al giudicante direttamente dalla forza pubblica, attivata non dall'arbitro che è un *quisque de populo* ma dal giudice ordinario nell'interesse della pacifica e serena prosecuzione dell'arbitrato. Se, alla luce dell'art.

---

<sup>292</sup> RUFFINI, TRIPALDI, *sub* art. 816 *ter*, BENEDETTELLI., CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, cit.

<sup>293</sup> NELA in CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1733. La tesi sembrerebbe basarsi sull'assunto per cui il preventivo rifiuto è un requisito sostanzialmente opzionale. L'unico elemento di sicuro interesse sarebbe la rilevanza dei capitoli di prova sui quali il testimone è chiamato a deporre. Se la testimonianza è potenzialmente rilevante, la preventiva intimazione è semplicemente auspicabile, non necessaria.

<sup>294</sup> DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale* in *Rivista di diritto processuale*, 2008 p. 34, SALVANESCHI, *Artt. 806-840 Dell'arbitrato*, cit., p. 444, DITTRICHT, *op. cit.*, p. 1171.

252 del codice di rito rendere testimonianza innanzi all' A.G.O. è un obbligo per il terzo, con la riforma del 2006 lo è diventato anche innanzi all'arbitro. Non è una innovazione da poco, se si considera che per il terzo l'obbligo di testimoniare può comportare un detrimento di risorse non insignificante dal punto di vista del tempo e delle spese.

Occorre specificare che, per gli arbitri, il ricorso all'assistenza giudiziaria è potenziale, non obbligatorio. Il legislatore ha rimesso ogni decisione a tal proposito esclusivamente al collegio, escludendo ogni potere delle parti, ma non ha precisato alcun criterio nello specifico. Si legge semplicemente nel Codice che gli arbitri "*quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente [...]*" di attivare lo strumento. Quindi, non solo alle parti non è concesso intervenire direttamente nella decisione, ma gli stessi arbitri potrebbero volontariamente declinare questa possibilità. Non hanno alcun obbligo, se rilevano una ritrosia del testimone, di farsi assistere: devono valutare tutte le circostanze del caso e scegliere liberamente. In ogni caso, su quali siano le "*circostanze*" da porre alla base della decisione degli arbitri in ordine al ricorso all'assistenza giudiziaria, si sono avvicinate sostanzialmente due teorie.

Una prima tesi è più restrittiva e considera come unico requisito necessario la rilevanza della prova, secondo gli stessi criteri pensati per l'ordinanza di ammissione ad inizio del giudizio. Se la prova supera quindi il vaglio dell'ammissibilità sotto il profilo della rilevanza, sarebbe sempre consentito (e, quindi, forsanche dovuto) ricorrere al presidente del tribunale perché forzi la partecipazione del teste. Questa lettura discende da una considerazione preliminare: se il teste ha da riferire su capitoli determinanti per la decisione e può essere convocato con l'ausilio dello strumento dell'assistenza, rinunciare a questa possibilità lascerebbe il compendio probatorio inspiegabilmente mutilo di una sua componente fondamentale. L'eventuale inerzia dell'arbitro nel rivolgersi al giudice ordinario potrebbe in quest'ottica pregiudicare la completezza del piano probatorio e, dunque, la giustizia della decisione. La possibilità sembrerebbe quindi diventare obbligo<sup>295</sup>.

Una seconda tesi, a maglie più ampie, ritiene invece che nel novero delle circostanze da considerare possa ricomprendersi un gran numero di fattori relativi alla personalità del

---

<sup>295</sup> MARENGO, *Processo arbitrale* in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, p. 797.

teste ed ai motivi della sua assenza. L'arbitro dovrebbe quindi tentare di comprendere il perché del rifiuto e valutare il ricorso al giudice con grande attenzione<sup>296</sup>. Tra gli elementi rilevanti vi sarebbero non solo i motivi di ritrosia, ma anche altri fattori esterni, quali lo svantaggio derivante dalla possibile dilatazione dei tempi processuali. Si deve infatti ricordare che la richiesta di intervento del giudice statale ha l'effetto immediato di sospendere il decorso del termine relativo alla pronuncia del lodo<sup>297</sup>.

Secondo alcuni autori, ad esempio, tra le circostanze andrebbe considerata la potenziale condotta del testimone in udienza: dato che, innanzi all'arbitro, a differenza del tribunale ordinario, non è presente la forza pubblica potrebbe infatti essere difficile contenere eventuali reazioni inopportune di un teste recalcitrante<sup>298</sup>.

#### **4. La valutazione delle prove in arbitrato**

##### **4.1 La valutazione della prova in arbitrato. L'insindacabilità delle motivazioni e della valutazione degli elementi probatori**

Nel momento della decisione, l'arbitro segue un iter argomentativo perfettamente assimilabile a quello previsto per il giudizio ordinario: opera una ricognizione sotto i profili di fatto e di diritto delle vicende emerse nel corso della controversia e procede infine alle determinazioni conclusive. Il lodo si compone quindi, come la sentenza, solitamente di tre parti: fatto, diritto e dispositivo. La scansione non è prescritta da alcuna norma positiva, ma obbedisce a criteri di economia espositiva e di semplicità. All'atto della decisione, il giudice e l'arbitro si trovano innanzi al medesimo problema: la valutazione delle prove. Perché un fatto possa considerarsi esistente ai fini dell'inserimento nel percorso decisionale dell'arbitro, non solo deve essere stata offerta

---

<sup>296</sup> DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 34. TOTA, sub art. 816 bis c.p.c. in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, III, pp. 689 ss.

<sup>297</sup> Sul punto BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO, *cit.*, p. 204.

<sup>298</sup> Tra gli altri, LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *cit.*, p. 207 “non è presente, come invece lo è in tribunale, la forza pubblica, che possa intervenire in caso – diciamo così – di intemperanze del testimone stesso”.

la prova, ma questa deve essere “*piena e convincente*”<sup>299</sup>. Anche in questo caso entra in gioco un fattore caratteristico del processo ordinario: il *libero e prudente apprezzamento*. Da un punto di vista sistematico, se si esclude la categoria circoscritta delle prove legali<sup>300</sup>, tutti gli altri mezzi probatori non pongono alcun vincolo sul giudice e possono essere considerati ai fini della decisione in modo abbastanza libero e svincolato. La discrezionalità del giudice muore quindi solo davanti alla *legalità della prova*: in quel caso, infatti, è direttamente il legislatore a rivestire taluni elementi probatori di una efficacia vincolante cui nemmeno il magistrato può sottrarsi. Per tutte le altre prove, regna una discrezionalità ragionata del giudicante. L’arbitro, come il giudice statale, può soppesare e valutare gli elementi dandone la lettura che ritiene complessivamente preferibile, apprezzando talune prove su talaltre o sconfessandone alcune. Ha però l’onere di giustificare la sua decisione e deve impostarla sulla base di ragionevoli criteri di valutazione: il prudente apprezzamento non è arbitrio, né discrezionalità. La sentenza nel processo ordinario ed il lodo in arbitrato non dovrebbero però “*ignorare*” la prova inattendibile, bensì farne esplicita menzione e deconstituirla di fondamento, spiegando per quali motivi essa non è utile né servibile ai fini della decisione. Gli indici di valutazione della prova a cui l’arbitro deve attenersi sono sostanzialmente equivalenti a quelli imposti al giudice: primo tra tutti il criterio della *rilevanza*<sup>301</sup>. Si consideri poi che un ruolo di razionalizzazione del fascicolo probatorio è svolto dal criterio dell’*onus probandi*, che governa il riparto dei carichi probatori. Nel momento della decisione ha una sua importanza anche il principio di *non contestazione*, con riferimento ai fatti pacifici, ma non provati.

Nel giudizio arbitrale, ha poi un ruolo di indubbia importanza anche il “*fatto notorio*”: secondo una tesi dottrinale<sup>302</sup>, molte circostanze che nel processo civile ordinario dovrebbero essere provate, in considerazione della totale estraneità del giudice alla

---

<sup>299</sup> VERDE, *L’onere della prova*, Napoli, 1974, p. 27.

<sup>300</sup> Ad esempio giuramento, atto pubblico e confessione. Queste prove sono rivestite di una particolare rigidità originaria e non possono essere trascurate né smentite dalla decisione.

<sup>301</sup> RICCI G.F., *sub art. art. 816 ter*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, Bologna, 2001, p. 414. Nella stessa opera si legge peraltro che l’arbitro non avrebbe nessun ragionevole motivo, nel silenzio delle parti, per riscrivere la disciplina delle prove e disconoscere loro gli effetti tipici codificati (p. 79).

<sup>302</sup> LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, cit., p. 204

materia del contendere, in arbitrato potrebbero essere lasciate ad un consapevole apprezzamento degli arbitri<sup>303</sup>. Questo accade, secondo la tesi, perché spesso gli arbitri appartengono allo stesso ambiente (sociale, economico, professionale) delle parti e conoscono in modo più immediato e consapevole le dinamiche della lite. Il nostro ordinamento si distingue inoltre perché non richiede alcun grado probabilistico perché un fatto possa considerarsi provato; è sufficiente che il giudice ne sia intimamente persuaso e giustifichi la sua decisione. Questa particolare libertà concessa al giudicante, ancor più nel settore dell'arbitrato, ha suscitato qualche perplessità: i principi di ordine pubblico processuale impongono che siano rispettati determinati standard di garanzia. La decisione può essere presa sulla base del convincimento personale dell'arbitro, ma deve rispondere a criteri di razionalità e ragionevolezza<sup>304</sup>.

In arbitrato, l'attenzione rivolta alla valutazione giudiziale della prova è particolarmente elevata: l'azione di nullità infatti può essere esperita unicamente nei casi specificamente enunciati dall'art. 829. Considerate le serratissime maglie della norma, rimettere in discussione le risultanze fattuali date per acquisite nel lodo sembrerebbe difficile, se non impossibile. Seppur non sia stato codificato alcun divieto sostanziale di contestare i fatti per come accertati dall'arbitro, gli angusti spazi dati all'impugnazione di fatto escludono ogni possibile opposizione. Si è infatti sostenuto che nessun motivo di impugnazione potrebbe riguardare *gli errores in iudicando de facto*: in tal senso l'accertamento degli eventi, per come descritto e configurato nel lodo, non potrebbe essere sindacato in alcuna sede. “*La parte soccombente*” scrive LUISO “*non ha mai la possibilità di impugnare il lodo, lamentando che l'arbitro ha errato nell'accertamento dei fatti storici*”<sup>305</sup>. La chiave di volta del sistema delle impugnazioni resta il contraddittorio, ma la sua portata a questi specifici fini è assai limitata: la parte può chiedere il fulmine della nullità se i litiganti non hanno avuto pari ed eguali occasione di argomentare e difendersi. Potrebbe anche capitare che il lodo contenga disposizioni tra loro contraddittorie, in tal caso l'impugnazione per nullità sarebbe giustificata ai sensi

---

<sup>303</sup> Si veda, a tal proposito, il paragrafo dedicato a fatto notorio e divieto di scienza privata.

<sup>304</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Torino, 1992, *passim* ma anche DE SANTIS F., *nota a Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041*, in *Il Foro Italiano*, 1993, p. 2340. Altrimenti, la discrezionalità “*tendenzialmente assoluta dell'accertamento giudiziale*” sfocerebbe in arbitrio puro e semplice.

<sup>305</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p 235.

dell'art. 829, numero 11. Se invece la prova è stata acquisita nel contraddittorio, qualunque sia la lettura che il giudice ne voglia dare, le parti dovranno accettarla senza poter questionare. Questo profilo denota una indubbia differenza rispetto al processo ordinario: in quel caso, per mezzo dello strumento “*onnicomprensivo*” dell'appello, ogni singola statuizione in diritto ed ogni singolo accertamento in fatto potrà essere opposto in secondo grado. Le parti, nel momento in cui sottoscrivono il compromesso, devono invece essere consapevoli di una conseguenza drastica: il giudizio, almeno “*sul fatto*”, sarà praticamente in unico grado. Infatti “*non esiste alcun mezzo con il quale controllare l'operato del collegio relativo all'accertamento dei fatti storici*”<sup>306</sup>. I criteri e gli indici seguiti dall'arbitro nel ragionamento decisorio dovranno auspicabilmente confarsi a ragionevolezza, ma la loro eventuale irrazionalità sembrerebbe non portare ad alcuna diretta conseguenza impugnatoria, salvo che il vizio non possa farsi valere sotto altro motivo<sup>307</sup>. Il che differenzia radicalmente lo strumento di risoluzione alternativa dal normale giudizio di cognizione.

#### **4.2 Vincolatività delle prove legali per la decisione dell'arbitro: un approfondimento critico**

La prova legale costituisce la più vistosa eccezione al principio del libero convincimento del giudice ed alla meccanica del “*prudente apprezzamento*”. In tutti gli altri casi, il Legislatore ha voluto riservare al giudice o all'arbitro il potere di determinarsi liberamente secondo coscienza e di soppesare i singoli elementi di prova con una certa libertà nel momento in cui procede alla decisione. Non così per le prove legali: in questo caso la valutazione è realizzata *ex ante* a livello direttamente legislativo. La legge riveste un determinato elemento di prova di una particolare efficacia decisiva ai fini della sentenza o del lodo, la quale potrebbe anche prescindere

---

<sup>306</sup> LUISO, *loc. ult. cit.*

<sup>307</sup> Ad esempio, se una delle prove non è stata esposta al necessario contraddittorio (n. 9, art. 829).

dalla reale efficacia dimostrativa del medesimo<sup>308</sup>. Si pensi al giuramento decisorio: la parte che giuri, anche laddove giuri il falso, comunque prevale. Prevale non per volontà del giudice, che ben potrebbe dubitare della reale credibilità del giuramento, ma perché il legislatore ha prestabilito che quel determinato mezzo di prova non possa essere messo in discussione.

Il tema della prova legale trova, in arbitrato, difficile sistemazione. Una prima considerazione preliminare riguarda confessione e giuramento<sup>309</sup>. Per quanto riguarda questi specifici mezzi di prova, sul giuramento si è dubitato a più riprese prima ancora che della efficacia vincolante per l'arbitro, più in radice sulla sua stessa ammissibilità<sup>310</sup>. La confessione invece è ritenuta da gran parte degli autori pacificamente ammissibile<sup>311</sup>. Per quanto riguarda invece le prove documentali e l'atto pubblico, la questione principale ha riguardato la compatibilità tra processo arbitrale e querela di falso o giudizio di verificaione<sup>312</sup>. Queste considerazioni sono però rinviate agli appositi paragrafi del capitolo terzo.

La manualistica sembra dare per implicito che il sistema delle prove legali operi pacificamente in arbitrato con le stesse dinamiche del processo civile<sup>313</sup>, spesso argomentando a partire dall'art. 116 ed estendendolo analogicamente alla giustizia

---

<sup>308</sup>TARUFFO, *Liberò convincimento del giudice*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990 il quale evidenzia che potrebbe non esservi (e non è necessario che vi sia) alcun nesso sostanziale con la “specifica potenzialità conosciuta e dimostrativa” della prova.

<sup>309</sup> Sul giuramento vedi SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano, 1971, p. 278, ma anche REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957 e AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in VERDE, cit., 200 e s.

<sup>310</sup> Ad esempio nutrono dubbi sull'ammissibilità del giuramento in arbitrato per motivi diversi PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 634 e ss. e BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2014, p. 349.

<sup>311</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 139, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 659, RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., pp. 79 e s.

<sup>312</sup> Per quanto riguarda la querela di falso vedi più diffusamente ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale* in *Rivista di Diritto Processuale*, 2014. Sulla compatibilità del giudizio di verificaione vedi tra gli altri AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 200 e s. In generale sulla prova documentale in arbitrato MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale ed arbitrato*, cit.

<sup>313</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit. p. 153 affronta distintamente i temi delle singole prove, ma non sembra mai dubitare che la prova legale svolga una coercizione ineludibile sull'arbitro.

arbitrale<sup>314</sup>. Si deve poi rilevare che la nozione di prova legale, vincolante per il giudice, sembrerebbe sconosciuta negli arbitrati internazionali<sup>315</sup>.

Quanto all'efficacia delle prove legali negli arbitrati amministrati, un caso interessante è rappresentato dalla Camera arbitrale di Milano. L'istituzione riconosce, nel proprio regolamento, il diritto degli arbitri di valutare le singole prove con prudente apprezzamento ma "*salvo quelle che hanno efficacia di prova legale secondo norme inderogabili applicabili al procedimento o al merito della controversia*"<sup>316</sup>. L'eventuale efficacia probatoria *legale* della prova dipenderà quindi dall'inderogabilità delle relative norme. La clausola del regolamento non risolve definitivamente il problema, ma rinvia ad una valutazione del collegio arbitrale *case by case* sulla natura delle norme relative alla prova e sulla loro derogabilità.

##### **5. Il principio di “non contestazione” e l’onere della prova: tra accertamento della verità reale e composizione degli interessi**

Il principio di “non contestazione” si era storicamente insinuato nel tessuto del processo civile già prima che la riforma del 2009 lo codificasse espressamente. Il tema ha implicazioni anche sul funzionamento dell'*onus probandi* e la sua trattazione si rivela necessaria per comprendere l'andamento della fase istruttoria. In premessa, è necessaria una ricognizione del funzionamento del principio nel processo ordinario: la dottrina ritiene infatti, come si vedrà, che esso operi in modo simile in arbitrato, seppur con qualche opportuno adattamento<sup>317</sup>.

Prima della riforma del codice di procedura civile operata con la legge 69 del 2009, l'esistenza del principio di non contestazione era stata sostenuta in via interpretativa da

---

<sup>314</sup> Opera esplicitamente l'estensione, citando l'art. 116 c.p.c. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 205.

<sup>315</sup> Nell'arbitrato internazionale non esiste un sistema di prova legale, cfr. FABBI, *la prova nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 64 e ss.

<sup>316</sup> Cfr. art. 25, Regolamento della Camera Arbitrale di Milano.

<sup>317</sup> DITTRICH, *op. cit.*, pag. 1169 e s. ed in particolare nota 7.

autorevole dottrina<sup>318</sup>, nonostante qualche autore abbia sottolineato che non vi fosse generale uniformità di prospettive<sup>319</sup>. Si era anche sostenuto, per un verso, che il meccanismo dell'*onus probandi* postulasse la necessità di provare ogni circostanza dedotta a sostegno della propria posizione ed escludesse quindi in radice il principio. In realtà vi era già qualche caso puntiforme espressamente previsto prima della riforma: la non contestazione operava ad esempio per il riconoscimento tacito della scrittura privata (sulla base della esplicita previsione dell'art. 215 c.p.c.) e per la *ficta confessio* in caso di mancata risposta alle domande dell'interrogatorio (art. 232). La riforma del 2009 ha fugato ogni dubbio, universalizzando il funzionamento della "*non contestazione*"<sup>320</sup>: *il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*<sup>321</sup>. Sotto l'egida di questa nuova formulazione, la non contestazione sembrerebbe diventare vera e propria "*prova*" a tutti gli effetti, suscettibile di sostenere il procedimento motivazionale della sentenza. In realtà, parlare di "*prova*" con riferimento al fatto non contestato potrebbe apparire improprio: come ha sostenuto più precisamente certa giurisprudenza<sup>322</sup>, esso pur non essendo provato, non abbisogna di

---

<sup>318</sup> Al principio di non contestazione erano dedicati, già nel secolo scorso, gli scritti di CARRATA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995 e CIACCA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992.

<sup>319</sup> VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile* in Altalex.it, 2009 che, riferendosi al periodo antecedente alla legge, riferisce "*dottrina e giurisprudenza si interrogavano sull'esistenza, o meno, nell'ordinamento processuale civile, del principio di non contestazione; più chiaramente: ci si chiedeva se la mancata contestazione di fatti, giuridicamente rilevanti, costituisse prova o meno, ai fini della decisione del giudice.*"

<sup>320</sup> Per una disamina completa vedi SASSANI-TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2009.

<sup>321</sup> È parte del testo dell'art. 115 c.p.c. nuova formulazione. Si rileva, a soli fini di completezza, che nel far riferimento alla parte "costituita" il Legislatore ha operato una scelta di campo ben precisa. Ha infatti escluso dall'area di operatività del principio il caso della parte contumace.

<sup>322</sup> Vedi, ad esempio, Cassazione sentenza n. 22837 del 2010.

prova<sup>323</sup>. Si legge, ad esempio, in una pronuncia della Cassazione: “*il fatto non contestato non ha bisogno di prova perchè le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza*”<sup>324</sup>.

Peraltro, non tutti i fatti possono essere esonerati dalla prova in tal modo: taluni sono esclusi espressamente<sup>325</sup> e per talaltri vi sono dubbi (la dottrina si interroga sul tema della distinzione tra fatti “*primari*” e “*secondari*”<sup>326</sup>, affermando che solo i secondi sarebbero bypassabili con la non contestazione). La controparte ha quindi un onere di “*contestare*”.

Se il dato testuale non lascia spazio a forzature, la giurisprudenza si è interrogata su quanto debba essere specifica e circostanziata la contestazione per impedire l’operatività del principio. La dottrina reputa infatti che una contestazione non sufficientemente specifica vada considerata *tamquam non esset*<sup>327</sup>. Ad esempio, non si ritiene idonea allo scopo una mera contraddizione o una semplice dichiarazione di disconoscimento della controparte<sup>328</sup>. Si legge in giurisprudenza che “*una contestazione per essere specifica deve contrastare il fatto avverso con un altro fatto diverso o logicamente incompatibile*

---

<sup>323</sup> Così PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principi di non contestazione nel processo civile*, in *Foro Italiano* 2003, I, p. 608 citato anche da PANUCCIO, *I fatti non contestati*, intervento al seminario tenuto a Locri 10 e 11 giugno 2011, disponibile al link [http://www.vincenzopanuccio.it/publicazioni/fatti\\_non\\_contestati.pdf](http://www.vincenzopanuccio.it/publicazioni/fatti_non_contestati.pdf). C’è una differenza ontologica di non poco momento: altro è far assurgere la non contestazione al rango di vera e propria fonte di prova nel processo civile, altro è ritenere, con un espediente logico, che la mancata contestazione faccia cessare la necessità della prova.

<sup>324</sup> Cassazione civile, sez. III, sentenza 21 maggio 2008, n. 13078.

<sup>325</sup> A volte è la legge ad imporre una verifica sul piano probatorio: ad esempio nel caso dell’azione di rivendica.

<sup>326</sup> AGOZZINO, *La velocizzazione del rito: il principio di non contestazione in La nuova procedura civile*, fasc. 5, 2014, par. 3.2. In generale ed in estrema sintesi i primi sarebbero quelli che attengono in modo diretto ed immediato alla pretesa dedotta in giudizio e, sulla base del principio dell’*onus probandi*, dovrebbero sempre e comunque essere provati. Solo per i secondi che si pongono su una cerchia “*più esterna*” ed attengono alla pretesa solo in modo mediato ed indiretto, opererebbe il principio di non contestazione.

<sup>327</sup> FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna forense*, 2011, ma anche BUFFONE, *Il principio di non contestazione*, relazione tenuta al seminario di formazione professionale, presso il Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Catanzaro, il 14.7.2009. citato da VIOLA, *loc. ult. cit.*

<sup>328</sup> Almeno secondo AGOZZINO, *op. cit.*, par. 4.11 *sub v*).

*oppure con una difesa che appare seria per la puntualità dei riferimenti richiamati*”<sup>329</sup>. Più che una semplice contestazione, è quindi necessaria una vera e propria seria controargomentazione. Si deve rilevare che la contestazione può però anche essere implicita: è sufficiente dare la prova di fatti ontologicamente incompatibili<sup>330</sup>.

Il giudice potrebbe poi legittimamente discostarsi dal considerare ai fini della decisione un fatto non contestato se, dall’insieme delle altre prove, emerge chiaramente la sua insussistenza<sup>331</sup>.

Si è detto che, in questa prospettazione, si abbraccia l’idea della non contestazione come mero esonero dall’obbligo di prova: la parte su cui pesa l’*onus probandi* viene sgravata dall’obbligo di dimostrare il fatto. Secondo questa tesi, il fatto non viene rivestito di alcuna forza probatoria, bensì viene semplicemente presunto esistente fino ad evidenza contraria.

Questa visione non è però universale: altri ritengono che, invece, la non contestazione formi una vera e propria prova ed anzi “*questi fatti [quelli non contestati] non possano essere smentiti da altre risultanze probatorie*”<sup>332</sup>. La non contestazione in questo caso avrebbe un’efficacia probatoria particolarmente accentuata<sup>333</sup> ed amputerebbe qualsiasi margine di valutazione del giudice. La soluzione è storicamente apparsa troppo drastica: se è indiscusso che la ratio della norma sia stimolare “*una presa di posizione*” della controparte<sup>334</sup>, elevare il non contestato al grado di prova legale è sembrata una

---

<sup>329</sup> Così Trib. Catanzaro, ordinanza del 29.09.2009.

<sup>330</sup> Trib. Monza, Sent. 29.09.2010: «*Non vi è dubbio che la contestazione può essere effettuata anche implicitamente*».

<sup>331</sup> Se una certa parte ha sostenuto che una ferita è stata inferta con un bastone e l’altra non ha contestato tale evidenza, il fatto potrebbe sembrare blindato dal principio di non contestazione. Se però la C.T.U. dichiara la ferita “*da taglio*” e quindi incompatibile con un’arma contundente come un bastone, il giudice non sarà vincolato nella decisione ad un fatto evidentemente falso, per quanto non contestato. L’esempio è tratto da BUFFONE, *La Cassazione ribadisce: non contestazione come relevatio ab onere probandi* in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), nota alla sentenza Cassazione Civile, sez. III, sentenza 10/11/2010 n° 22837, 2010.

<sup>332</sup> RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 40.

<sup>333</sup> Contrario COMOGLIO, *Le prove civili*, 2010, p. 107 e ss. che ritiene che “[*la non contestazione*] non possa mai determinare la genesi di una sottospecie di «*prova legale*»”.

<sup>334</sup> BATTAGLIA, *Sull’onere del convenuto di «prendere posizione in ordine ai fatti posti a fondamento della domanda» (riflessioni sull’onere della prova) in Rivista di diritto processuale*, 2009 p. 1512 e ss.

strumentalizzazione del precetto con gravi rischi per la stabilità complessiva del sistema probatorio nel suo complesso<sup>335</sup>.

In arbitrato il funzionamento appare pressoché analogo, ma con qualche necessario adattamento. Il principio, secondo autorevole dottrina<sup>336</sup>, si estenderebbe infatti automaticamente all'arbitrato domestico e comporterebbe, anche in questo caso, una sorta di esonero della parte dell'onere della prova. Questa applicazione analogica non è scontata: se è vero che le disposizioni del c.p.c. non trasmigrano sic et simpliciter in arbitrato in difetto di esplicito richiamo, si potrebbe dubitare dell'applicabilità dell'art. 115 nel settore della giustizia privata. Il dubbio investe entrambi i principi in discussione, l'*onus probandi* e la *non contestazione*, ed è risolto quanto al secondo considerando che esso trova spazio tra le disposizioni generali del Libro primo del Codice<sup>337</sup> e potrebbe quindi essere considerato incluso nell'universo dell'*ordine pubblico processuale*. La norma si applicherebbe nel procedimento arbitrale in modo pressoché identico, ma con il temperamento del principio del contraddittorio: gli arbitri dovrebbero sempre assicurare i più alti standard di garanzia del diritto di contraddire e controargomentare. Ad esempio, nella calendarizzazione delle udienze e nella fissazione dei termini, gli arbitri dovrebbero preferibilmente stabilire apposite finestre temporali per le contestazioni<sup>338</sup>. Alcuno ha però ritenuto che, non valendo in arbitrato le normali scansioni temporali, le contestazioni possano essere opposte in qualunque momento, senza timore di preclusioni. Non verrebbe quindi in rilievo il tema della "*tardività*"

---

<sup>335</sup> Il principio di non contestazione, pur avendo l'indubbio pregio di semplificare e velocizzare l'istruttoria, rischia però di incrementare il *gap* potenziale tra realtà processuale e verità dei fatti. Il giudice basa infatti la decisione su circostanze semplicemente affermate e di cui non ha nessuna prova estrinseca: la sentenza potrebbe quindi creare una verità processuale potenzialmente molto difforme da quella fattuale.

<sup>336</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, cit. p. 235 "*tale principio [la non contestazione] [...] deve a mio avviso ritenersi applicabile, mutato ciò che si deve anche al giudizio arbitrale*" BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato*, cit., p. 873 estende l'efficacia dell'art. 115 non solo agli arbitrati interni di diritto italiano ma potenzialmente a qualsiasi risoluzione alternativa in cui "il diritto sostanziale italiano fosse quello che governa il merito della controversia" quindi ipoteticamente anche arbitrati esteri ed internazionali.

<sup>337</sup> Lo dice esplicitamente PUNZI, *loc. ult. cit.*

<sup>338</sup> Così CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato in Rivista dell'arbitrato*, 2009, p. 58 "*credo che la nuova formulazione dell'art. 115 c.p.c. [...] debba suggerire agli arbitri, se credono, i «tempi» possibili delle contestazioni tardive, proprio per attendere all'esigenza di salvaguardare l'eguaglianza delle parti*".

nella contestazione che ha invece interessato il procedimento innanzi all'A.G.O.<sup>339</sup> Se il dogma della parità delle armi e dell'eguaglianza sostanziale è rispettato, nessun veto può opporsi, anche perché il principio contribuisce a velocizzare la procedura arbitrale e soprattutto a sgravarla da gran parte dei costi necessari all'acquisizione delle prove. Si deve inoltre considerare che, spesso, le parti scelgono la procedura arbitrale proprio perché vogliono minimizzare l'intrusione nella propria sfera privata<sup>340</sup> dell'autorità del terzo giudicante. Le parti hanno sempre e comunque una piena padronanza della procedura in arbitrato e le situazioni giuridiche dedotte sono sempre pienamente disponibili<sup>341</sup>. Se ne deve concludere che, in questo caso più che nel processo civile, laddove le parti volontariamente concordino su un determinato fatto ancorché non provato, nessun interesse avrebbe l'arbitro a sconfessarlo o a ricercare d'ufficio controprove. Non sono mancati lodi arbitrali<sup>342</sup>, in cui i fatti non contestati siano stati considerati rilevanti ai fini della decisione.

Al tema della non contestazione è intimamente connesso il principio dell'onere della prova, che svolge una funzione di chiusura della disciplina sostanziale dell'istruzione nel processo. L'istituto, trova il suo addentellato normativo nell'art. 1697 c.c., svolge infatti un ruolo fondamentale nel momento della decisione del giudice, costituendo la chiave di volta per risolvere eventuali situazioni di dubbio od incertezza. Dopo aver regolarmente acquisito tutte le prove ed averle opportunamente valutate, può infatti accadere che sussistano ancora dei dubbi sull'esistenza di determinati fatti giuridici. In questo caso, supplisce il criterio dell'*onus probandi*: laddove alcuno deduca in giudizio una situazione giuridica è tenuto ex lege ad allegare le prove a sostegno della propria domanda. Chi è convenuto innanzi al giudice e contesta l'essenza della pretesa, dovrà invece allegare la controprova o la prova del fatto modificativo od estintivo.

---

<sup>339</sup> Tra gli altri BUFFONE, *Il fatto non specificamente contestato è provato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2009, pp. 2948 e ss. e CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giusto processo civile*, 2006, fasc. 2, pp. 173 ss.

<sup>340</sup> È la tesi di LA CHINA già citata, vedi retro.

<sup>341</sup> Devono esserlo, perché l'unico requisito strutturale esplicitamente stabilito dal legislatore per l'arbitrato è proprio che il diritto dedotto sia disponibile.

<sup>342</sup> Ad es. Coll. Arb., lodo del 17 novembre 2011, in [www.appaltieriserve.it](http://www.appaltieriserve.it)

La prova per le parti è non solo “*un diritto*”, sulla base del citato principio di *disponibilità*, ma anche un “*dovere*”, la cui inosservanza può determinare conseguenze sfavorevoli in sentenza. L’attore dovrà provare i fatti costitutivi della domanda, il convenuto le relative eccezioni e, se la soglia probatoria non è raggiunta, il giudice potrà determinarsi a sfavore della parte che era tenuta alla prova. Il criterio dunque, non solo assolve al ruolo di riparto dei carichi probatori, ma interviene anche in sede decisionale: laddove il giudice (o l’arbitro) versi nell’incertezza, dovrà sempre appellarsi a questo parametro determinante per risolvere la controversia in un senso o nell’altro. In questo senso, laddove il giudice non fosse soddisfatto del livello probatorio, accollerà le conseguenze sfavorevoli alla parte sul quale incombeva l’onere.

Una prima considerazione attiene all’automatica estensione del principio in arbitrato: l’*onere della prova* è disciplinato nel codice civile<sup>343</sup> e si ritiene appartenente al diritto sostanziale. L’arbitro, che è tenuto a decidere secondo diritto e ad applicare il diritto sostanziale<sup>344</sup>, dovrà quindi necessariamente conformarsi a questo principio<sup>345</sup>. Il meccanismo, per come conosciuto nel giudizio ordinario, opera quindi di *default* anche in arbitrato, nel silenzio del compromesso ed in assenza di specifici accordi difformi.

Quanto alla possibile derogabilità convenzionale del sistema dell’*onus probandi* è necessaria una precisazione. Sebbene si sia a volte ritenuto che le parti non avrebbero il potere di modificare siffatto equilibrio<sup>346</sup>, bisogna osservare che il codice civile consente i patti di inversione dell’onere della prova<sup>347</sup>. Sarebbe quindi ragionevole concludere che, laddove le parti siano concordi, possano redistribuire i carichi probatori, incontrando i limiti previsti dall’art. 2698 c.c. In particolare, l’articolo ne impone due: il

---

<sup>343</sup> Art. 2697 c.c.

<sup>344</sup> La distinzione tra norme processuali e sostanziali ha interessato storicamente la dottrina classica. Le seconde, infatti, avrebbero automatica applicazione in arbitrato, dato che attengono alla *sostanza* del diritto e non riguardano (se non mediamente) il rito. Vedi diffusamente RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, cit., *passim*.

<sup>345</sup> RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, Padova, 2010 I, pp. 812 s. “*vi è unanimità circa la soggezione dell’arbitro alle regole circa l’onere della prova, che di regola anche le parti non potrebbero concordemente modificare*”.

<sup>346</sup> RUBINO SAMMARTANO, *loc. ult. cit.*

<sup>347</sup> Il legislatore lo ammette espressamente. Cfr. MONTESANO, *Offerta della prova e inversione convenzionale dell’onere di prova*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, pp. 38 ss. Sull’istituto più in generale vedi TARUFFO, voce “*onere della prova*”, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995.

diritto deve essere disponibile e l'inversione dell'onere della prova non deve essere tale da rendere eccessivamente difficile (o impossibile) l'esercizio del proprio diritto. Le parti, in virtù del loro potere di disciplinare forme e modi dell'arbitrato ex art. 816 bis, possono quindi modellare i carichi probatori per ciascun litigante, arrivando fino al punto di invertirli. L'ordine pubblico processuale ne risulterebbe compromesso solo se l'alternazione rendesse per una delle parti eccessivamente difficile soddisfare il carico probatorio.

Il problema principale nel giudizio privato attiene però alla convivenza tra *onus probandi* ed iniziativa officiosa. Se si abbraccia la tesi per cui agli arbitri sarebbe riconosciuto un ampio potere officioso di ricerca ed acquisizione dei mezzi di prova<sup>348</sup>, la convivenza in arbitrato col principio dell'onere della prova potrebbe diventare difficile. Se gli arbitri hanno un dubbio circa l'esistenza di un fatto potrebbero infatti attivarsi *ex officio* per provvedere alla risoluzione. In questo caso il principio, pur afferendo all'ordine pubblico processuale, sfumerebbe in favore di un maggiore protagonismo dell'arbitro. Altrove si è ritenuto invece che l'*onus probandi* costituirebbe un limite invalicabile per l'iniziativa officiosa: l'arbitro non potrebbe interferire con il proprio contributo sugli oneri probatori. Dovrebbe limitare il proprio intervento d'ufficio a fatti secondari o comunque non direttamente connessi con la domanda, altrimenti si sostituirebbe alle parti nel lodo *diritto/dovere* alla prova. Interverrebbe infatti in questo caso il principio del contraddittorio e dalla necessaria proporzione tra possibilità di difesa: l'eguaglianza delle parti deve sempre essere preservata. L'arbitro non potrebbe mai abusare dei propri poteri officiosi a vantaggio di una delle parti, sbilanciando eccessivamente il sistema dei carichi probatori, altrimenti il lodo sarebbe censurabile sotto il profilo della violazione del contraddittorio<sup>349</sup>.

---

<sup>348</sup> LA CHINA, op. cit., *passim* ma anche RUBINO SAMMARTANO, op. cit., pp. 838 e s.

<sup>349</sup> Per un esempio concreto, v. *Sales c. Provincia di Grosseto*, Appello Firenze, 7 febbraio 1964 in *Repertorio del Foro Italiano*, 1964, voce *arbitrato rituale*.

## 6. Il divieto di scienza privata ed il tema del fatto notorio

La dottrina ha più volte sostenuto che vi sia inoltre un nesso indissolubile tra il divieto di scienza privata e la disciplina del fatto notorio (che ne sarebbe una sorta di “*corollario*” o “*temperamento*”)<sup>350</sup>. Secondo una autorevole prospettazione<sup>351</sup>, le ragioni che giustificano il divieto di scienza privata nel processo ordinario si attenuerebbero in arbitrato.

Si deve premettere che più di uno studio è stato dedicato alla comparazione tra il fatto notorio nel processo ordinario ed in arbitrato, al fine di individuarne le coincidenze e le differenze<sup>352</sup>. L’art. 115 c.p.c. prevede che il giudice possa porre a fondamento della propria decisione le “*nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*”.

Si deve preventivamente escludere che possano essere impiegate dal giudicante eventuali conoscenze acquisite in virtù del suo ufficio. Parlando di comune esperienza, il codice sembrerebbe ritenere che il giudice possa ricorrere al solo notorio “*comune*”, di matrice extraprocessuale, non anche a quello “*giudiziale*”, ovvero all’insieme di conoscenza che il giudicante potrebbe acquisire nello svolgimento delle sue funzioni<sup>353</sup>. Se al giudice ordinario non è quindi consentito usare il notorio “*giudiziale*”<sup>354</sup>, bisogna evidenziare una differenza sostanziale rispetto all’arbitrato: mentre il magistrato svolge istituzionalmente l’esercizio della funzione giudiziale, l’arbitro potrebbe essere coinvolto anche solo episodicamente nella risoluzione delle liti. L’arbitro potrebbe quindi non maturare conoscenze particolari in ragione del fatto che svolge il suo ufficio solo occasionalmente.

---

<sup>350</sup> CAVALLONE, *Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 2009, p. 862.

<sup>351</sup> VERDE, *op. cit.*, p. 125.

<sup>352</sup> Sul tema PANZAROLA, *Arbitrato e «fatto notorio»* in *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, pp. 603-618.

<sup>353</sup> Questa distinzione è enucleata anche da PANZAROLA, *op. cit.*, p. 613.

<sup>354</sup> In realtà vi è stato qualche precedente contrario, ad es. Cassazione, sentenza 18 luglio 1989, n. 3374, in *Giustizia Civile*, 1989, I, pp. 2550 e ss. con nota contraria di VACCARELLA, *Quaedam sunt notoria iudici et non aliis...*

In arbitrato, secondo autorevole dottrina<sup>355</sup>, la “*comune esperienza*” dovrebbe essere considerata con particolare attenzione e si intreccerebbe con il concetto di ambiente: essa deriverebbe anche dal “*patrimonio di conoscenze dell’ambiente in cui [l’arbitro] opera*”. Anche altro autore evoca il concetto di “*ambiente*”<sup>356</sup>, ritenendo che esso assuma una importanza determinante in arbitrato in considerazione del fatto che le parti hanno la possibilità di scegliere i propri giudicanti. In questo caso, si sostiene, molte circostanze che al giudice ordinario (selezionato con un sistema pressoché automatizzato sotto gli auspici del principio costituzionale del giudice naturale) sono in parte sconosciute o che comunque richiederebbero spiegazioni, avanti ad arbitri di questo tipo cadrebbero sotto l’etichetta del “*fatto notorio*”. Ha scritto LA CHINA “*accanto al notorio locale [...] v’è un notorio per così dire ambientale – di ambiente umano, di categoria, di attività – che nell’arbitrato trova l’occasione più propizia per manifestarsi, perché quivi il giudicante non è dato ma è scelto, ed è scelto anche per la sua familiarità con l’ambiente ove è nato il rapporto sfociato in controversia*”.<sup>357</sup>

Queste conclusioni dipenderebbero dal fatto che, in arbitrato, sono le parti a selezionare<sup>358</sup> gli arbitri. Nominando il collegio giudicante, è possibile che essi individuino persone non troppo distanti, per formazione ed esperienza, dallo specifico tema della controversia<sup>359</sup>. Nell’esempio citato addietro, potrebbero nominare sì esperti di diritto, ma magari specializzati nell’informatica giuridica o nel diritto delle nuove tecnologie.

---

<sup>355</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino, 2006, p. 125.

<sup>356</sup> Arbitri e parti hanno in sostanza, qualcosa in comune, una identità di prospettive, che consente loro di “capirsi” con maggiore immediatezza.

<sup>357</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 204.

<sup>358</sup> La selezione può anche essere indiretta. Negli arbitrati amministrati spesso accade che la clausola compromissoria si limiti ad investire la Camera Arbitrale, sarà poi un organo della stessa all’uopo specificamente deputato a procedere alla nomina dell’arbitro o del collegio arbitrale. In molti casi, ad esempio per la Camera Arbitrale dell’Immobiliare e del Condominio, le parti possono decidere se scegliere personalmente i propri giudici arbitri tra quelli regolarmente iscritti alla Camera o se lasciare la scelta all’istituzione.

<sup>359</sup> Nel settore dell’arbitrato amministrato esistono, per esempio, alcuni tribunali arbitrali altamente specializzati: si pensi all’esempio obbligato della Camera Arbitrale dell’Autorità Nazionale Anticorruzione per il settore degli appalti pubblici o alla Camera arbitrale CESCND in campo immobiliare e condominiale. Gli arbitri che compongono queste camere, trattando sistematicamente cause appartenenti allo stesso settore, maturano una profonda esperienza pratica in quel determinato campo che consente loro di comprendere più agevolmente anche eventuali profili tecnici.

In ogni caso, le parti scelgono solitamente arbitri esperti di diritto, confidando che nominino consulenti tecnici per risolvere le questioni tecnicamente più complesse.

In arbitrato può accadere che il peso assunto dal fatto notorio sia quindi significativamente diverso rispetto al processo ordinario. Avanti all’A.G.O., il magistrato è selezionato sulla base di un sistema automatizzato per garantire che “nessuno po[ssa] essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”<sup>360</sup>: si tratta di un soggetto che potrebbe essere estraneo per molte ragioni allo specifico campo del sapere interessato dalla materia del contendere. Una serie di parametri influenzano infatti la vicinanza del giudicante all’argomento della causa: età, ceto, ambiente, conoscenze pregresse sull’argomento, branca del diritto prediletta. Nel giudizio ordinario, predeterminarli è impossibile: ben potrebbe capitare come giudice di una causa su una complessa questione tecnologica un magistrato di età assai avanzata, con conoscenze di elettronica superficiali se non inesistenti, specializzato in tutt’altro settore del diritto. La legge gli impone, comunque ed in ogni caso, di conoscere sempre le norme giuridiche applicabili alla fattispecie. È il principio di *iura novit curia*, assioma fondamentale su cui si regge l’intera struttura della giustizia: il giudice si presume a conoscenza della legge. Per tutti gli altri settori dello scibile umano, dovrà ricorrere al supporto di uno o più individui esterni con apposite specializzazioni: si tratta dei periti o consulenti tecnici. Nel ruolo di assistenti del giudice, costoro contribuiscono ad esplicitare i passaggi tecnici e complessi della materia del contendere, se questa è di un settore specialistico. Nell’esempio, il giudice nominerà un esperto informatico che gli traduca in gergo comprensibile i profili più tecnici.

È vero che il “*divieto di scienza privata*” è un principio molto importante nel processo civile ordinario e garantisce la giustizia della decisione, ma in arbitrato potrebbe quindi subire dei necessari temperamenti.

Un ultimo profilo attiene alla possibilità di elevare il principio fino alla sfera dell’ordine pubblico processuale. Alcuni autori lo hanno escluso dalla rete di garanzie fondamentali<sup>361</sup>, mentre in altri casi si è mostrata maggiore apertura. Il divieto di scienza privata troverebbe, secondo alcuni, cittadinanza tra i pilastri dell’ordine

---

<sup>360</sup> Art. 25, c. 1 della Costituzione, è il principio del “*giudice naturale*”.

<sup>361</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., pp. 150 ss.

pubblico se non a proprio titolo quantomeno con funzioni ancillari del principio di terzietà ed imparzialità dell'arbitro<sup>362</sup>: il giudicante, per potersi pronunciare in modo obiettivo, non deve affidarsi alla propria conoscenza personale delle vicende o a competenze tecniche imprecise ed occasionali. Deve colmare le lacune specialistiche servendosi della consulenza tecnica e lasciare che siano le parti a “*narrare*” le vicende attraverso le prove. L'ordine pubblico processuale imporrebbe quindi all'arbitro di non ricorrere a proprie conoscenze personali acquisite per avventura, al fine di garantire una decisione pienamente consapevole. Se le parti hanno però selezionato un determinato professionista proprio perché confidano nelle sue conoscenze, sarebbe controproducente obbligarlo a disporre perizie su argomenti che conosce. Ancor di più, se si considera che le consulenze tecniche, in arbitrato, causano una notevole lievitazione dei costi e dilatazione dei tempi.

Le parti potrebbero invece voler selezionare arbitri del proprio ambiente, proprio per tagliare il dispendio di risorse in termini di tempo e denaro ed il ricorso alla scienza privata diventerebbe se non obbligato quantomeno auspicabile.

Più di una voce in dottrina ha rimarcato proprio il profilo della “*fiducia*” tra arbitro e parti per giungere ad ulteriori conclusioni: si è scritto che “*qui [nel processo arbitrale] non è che l'arbitro non possa utilizzare le sue conoscenze private, è che non può utilizzarle violando il principio del contraddittorio*”<sup>363</sup>. La tesi citata sembrerebbe rimodellare il divieto di scienza privata, adattandolo all'arbitrato. Parte della dottrina ha poi suggerito che, in ogni caso, si dovrebbe esperire il ricorso a conoscenze personali con prudenza e sempre nel rispetto dei principi di ordine pubblico processuale.<sup>364</sup>

Vi è quindi una significativa linea dottrinale secondo la quale il divieto di scienza privata incontrerebbe necessari temperamenti in arbitrato e l'impiego di conoscenze

---

<sup>362</sup> Sul quale vedi ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, pp. 603 ss.

<sup>363</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 151

<sup>364</sup> MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in FICHERA, MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare*, Torino, 2008, pp. 436 e ss. propende per una posizione di maggiore prudenza. MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, p. 65 cita le parole di AULETTA, *L'istruzione probatoria*, *op. cit.*, p. 209 per ricordare che il contraddittorio dovrebbe tendenzialmente accompagnare le parti attraverso l'intero arbitrato, dalla domanda giudiziale al lodo. Il momento di massima attenzione è proprio l'istruzione probatoria.

personali vada considerato con minor rigore<sup>365</sup>, ma non mancano autori con posizioni diverse<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> VERDE, *loc. ult. cit.*

<sup>366</sup> CAVATORTA, *loc. ult. cit.*; MAFFINUCCI, *loc. ult. cit.*; S. LA CHINA, *op. cit.*, 181.

## CAPITOLO 3

### I SINGOLI MEZZI DI PROVA

**SOMMARIO:** 1. Prove illecite e prove atipiche: ammissibilità e valutazione in arbitrato 2. La testimonianza 2.1 Coordinate generali dell'istituto 2.2 L'*affidavit*: uno sguardo al diritto comparato 2.3 La testimonianza della parte: principio del *nemo testis in re sua* e giudizio privato 3. La consulenza tecnica 3.1 Ammissibilità e principi generali 3.2 Altre questioni legate all'impiego di consulenti tecnici in arbitrato 3.3 La consulenza in materia giuridica 4. Il giuramento 4.1 Compatibilità tra giuramento ed arbitrato: la sanzione penale per falso giuramento 4.2. Le diverse forme di giuramento 5. La prova documentale 5.1 Le prove documentali alla luce della recente evoluzione tecnologica 5.2 L'atto pubblico e la querela di falso 5.3 *Disclosure* e documenti in possesso della parte 6. Cenni agli altri mezzi di prova

#### 1. Prove illecite e prove atipiche: ammissibilità e valutazione in arbitrato

L'arbitrato è strumento di giustizia alternativa che mira alla soluzione della controversia. L'arbitro, al termine della procedura, deve esprimere una decisione vincolante per le parti e potrà pronunciarsi consapevolmente solo dopo aver raccolto ed accuratamente valutato le prove. Esiste però, nel processo ordinario come in arbitrato, la possibilità che la prova si sia formata in modo illecito. È il caso, ad esempio, di un documento rubato da un archivio o di una confessione estorta con la violenza. Secondo una prospettazione, nel processo ordinario i mezzi di prova illeciti non possono essere validamente utilizzati per pervenire alla decisione: sarebbero dunque *inammissibili*<sup>367</sup>.

---

<sup>367</sup> Nel processo ordinario, il tema dei mezzi di prova illeciti ha suscitato contrasti in dottrina. Secondo una ricognizione, esisterebbero in generale sostanzialmente due correnti di pensiero: un primo fronte dottrinale che predica l'ammissibilità della prova illecita, limitandosi a degradarne il valore probatorio, ed un secondo filone che propende più drasticamente per l'inammissibilità. Di queste "due solite posizioni" parla, con abbondanza di riferimenti, VERDE, *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale* in [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_108/quad\\_108\\_1b.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_108/quad_108_1b.pdf).

Se si segue questa linea di pensiero<sup>368</sup>, il giudice, con l'ordinanza<sup>369</sup> con cui ammette o rigetta le richieste istruttorie, dovrebbe escludere le prove illecite.

È necessaria peraltro una considerazione preliminare sul significato di “*prova illecita*”. Una prima lettura più generica definisce illecita “*una prova che pur essendo concretamente prevista, è affetta da vizi che ne inficiano qualche particolare aspetto*”<sup>370</sup>. Altra tesi ritiene, più specificamente, che sia illecita la prova che “*entra in possesso della parte in modo illegale, o per qualsiasi ragione si forma illegittimamente fuori dal processo*”<sup>371</sup>. In questo senso, l'illiceità può attenersi al momento di apprensione della prova: ad esempio una prova documentale rubata. Nel secondo, la contrarietà all'ordinamento si manifesta nel momento formativo della prova: ad esempio le risultanze di un'indagine condotta illecitamente da un investigatore privato. In molti casi, una prova sarebbe di per sé lecita, ma l'illiceità discende dal modo in cui il soggetto se la è procurata. La prova è dunque inammissibile e va esclusa, nonostante qualche volta in dottrina si sia mostrata particolare transigenza per taluni elementi ottenuti “*irregolarmente*”<sup>372</sup>. Se si condivide la tesi per cui le norme dei codici non si applicano automaticamente in arbitrato<sup>373</sup>, i divieti e limiti di ammissibilità codicistici restano inefficaci nella giustizia privata. Sarebbe quindi ammissibile, in linea di massima, la testimonianza anche nei casi dell'art. 2722 c.c. o 246 c.p.c.: spetterà poi al giudice trarre le dovute conclusioni in sede di motivazione. Il perimetro dell'illiceità è

---

<sup>368</sup> BARBAZZA, *Vecchie e nuove prove tipiche, atipiche ed illecite (e la loro valutazione da parte del Giudice) nei procedimenti di famiglia*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 4, n. 1, 2015 ritiene le prove illecite “*assolutamente inutilizzabile da parte del giudice ai fini della decisione*”

<sup>369</sup> È la ordinanza di ammissione delle prove regolamentata dall'art. 245 c.p.c. È ragionevole che l'arbitro, all'inizio della procedura, proceda in modo simile, valutando *ammissibilità* e naturalmente *rilevanza* dei singoli mezzi di prova.

<sup>370</sup> RICCI G.F., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 34.

<sup>371</sup> GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, fasc. 3, 2011, pp. 700 e ss. Più diffusamente vedi ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con la legge?*, in *Giurisprudenza italiana*, 1960, I.

<sup>372</sup> “*è consentita una maggiore elasticità nell'ammettere e nell'utilizzare prove assunte irregolarmente posto che parti ed arbitri hanno la possibilità di modellare il procedimento in relazione alla concreta controversia da definire*”, VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 158.

<sup>373</sup> In merito alla quale vedi PUNZI, *Disegno sistematico, passim*.

quindi più ristretto, dato che tendenzialmente molte preclusioni operanti nel processo ordinario non si applica in arbitrato.

La dimensione dell'illiceità è data dalla contrarietà all'ordinamento, che si sostanzia storicamente in tre possibili eventualità: a) contrarietà a norme imperative b) all'ordine pubblico c) al buon costume. Fin da principio, si è ritenuto che il sistema del codice andasse integrato con la disciplina del settore penale<sup>374</sup>: ad es. se, per procurarsi una prova, la parte o il terzo ha commesso un reato<sup>375</sup>, la prova sarà inammissibile.

Occorre precisare che, con riferimento alla prova, esiste una differenza sostanziale tra il concetto di illiceità e quello di *irritualità*. Una lettura dottrinale ha affermato che, mentre le prove illecite andrebbero escluse, all'arbitro è consentita “*maggiore elasticità*” nell'ammettere prove che siano state assunte irregolarmente od irritualmente<sup>376</sup>. Si è altrove ritenuto che “*l'arbitro possa fruirne [di qualsiasi prova] – a differenza del giudice – ancorché essa sia stata introdotta, formata, acquisita in un modo diverso da quella delle norme comuni*”<sup>377</sup>.

Diverso è invece se la prova si formi in modo contrario all'ordinamento: in questo caso “*una prova perfettamente ammissibile può trasformarsi in una prova inutilizzabile, per effetto di un'acquisizione irregolare*”<sup>378</sup>. La prova formata in modo contrario alla legge sarà (secondo l'ordine di idee che si sta seguendo<sup>379</sup>) inutilizzabile per il giudice ai fini della decisione: il giudice o l'arbitro non potrebbero in quest'ottica valersi, ad esempio, di scritture che siano state illecitamente sottratte a chi le detiene commettendo il reato di furto.

Discorso diverso vale per quelle prove che, pur non essendo esplicitamente previste e disciplinate dalla normativa, non contrastano con l'ordinamento: si tratta delle prove “*atipiche*”. Il legislatore ha enunciato esplicitamente alcuni mezzi di prova ed ha

---

<sup>374</sup> RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 54.

<sup>375</sup> Più diffusamente CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illecitamente ammesse e comportamento della parte*, ora in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969 e VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione in Rivista di diritto processuale*, 1968.

<sup>376</sup> VERDE, *op. cit.*, p. 158.

<sup>377</sup> RICCI E.F., *op. cit.*, p. 89.

<sup>378</sup> RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2012, pp. 699 s.

<sup>379</sup> Ma altri ritengono che possa essere utilizzata, seppur con efficacia probatoria ridotta. Sul punto, vedi retro.

approntato una specifica disciplina - ad esempio la testimonianza, il giuramento, l'ispezione - ma nessuna norma esclude che possano essere ammessi anche mezzi di prova innominati. Nel codice di rito, infatti, nessuna norma circoscrive le prove utilizzabili ad una elencazione chiusa.

Per prova *atipica* si intende proprio un mezzo di prova privo di un espresso addentellato normativo. Una molteplicità di elementi, tra le quali l'assenza di un esplicito divieto e la possibilità di valutare gli "indizi" tra i mezzi di prova (come prescritto dal codice nell'ambito delle norme relative alle presunzioni), hanno indotto la dottrina<sup>380</sup> ad una certa apertura verso le prove atipiche. Ad oggi, la dottrina<sup>381</sup> e la giurisprudenza<sup>382</sup> sembrerebbero ritenere che nel processo ordinario anche le prove atipiche siano tendenzialmente ammissibili, purché superino la soglia della rilevanza. L'assenza di un *numerus clausus* conferisce fluidità alla normativa e consente peraltro di evitare l'obsolescenza di una elencazione statica: alcune prove "moderne" sono nate atipiche e sono state tipizzate in seguito da leggi di settore<sup>383</sup>.

Quanto all'efficacia delle prove atipiche, coesistono molteplici teorie sia in dottrina sia in giurisprudenza: tra gli altri, un filone giurisprudenziale<sup>384</sup> sembra ritenere stabilmente che esse siano equivalenti agli indizi e seguano lo stesso metro di valutazione. Sembrerebbe quindi che "tutte le prove atipiche concretamente ammissibili nel processo civile" abbiano "l'efficacia probatoria comunemente indicata come relativa a

---

<sup>380</sup> RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 223 ss., deduce l'ammissibilità delle prove atipiche «a) dalla circostanza che il principio di accertamento della verità effettiva si conferma come un sicuro scopo del processo civile; b) dall'ammissibilità del (nel) nostro ordinamento dell'indizio come fonte di prova; c) dal riconoscimento del diritto alla prova garantito dall'art. 24 Cost., che deve consentire alle parti di poter utilizzare ogni mezzo di indagine che in concreto appaia rilevante per l'accertamento dei fatti di causa, purché non sia escluso da specifiche disposizioni di legge» (enfasi nostra).

<sup>381</sup> Cfr. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice* in *Rivista di diritto processuale*, 1973, pp. 390 e ss.

<sup>382</sup> Cass., Sez. II, sentenza resa in data 05.03.2010, n. 5440 in *Diritto e giustizia*, 2010: "nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione".

<sup>383</sup> Si pensi alle risultanze degli archivi informatici e ad alcuni tipi di dispositivi tecnologici.

<sup>384</sup> Cass., Sez. II, sentenza resa in data 19 novembre 2000, n. 12422, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 1960; Cass., Sez. II, sentenza resa in data 11.08.1999, n. 8585, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, p. 1799; Cass., Sez. III, sentenza resa in data 20.12.2001, n. 16069 ed altre, citate da LUDOVICI, *Prove atipiche: ammissibilità e valore probatorio nel processo civile. Annotazione alla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 23.5.2013*, in *La nuova procedura civile*, 2013, nota 21.

*presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. od argomenti di prova*<sup>385</sup>. Sono considerati atipici anche elementi di prova statisticamente molto utilizzati nei processi civili e negli arbitrati: certificazioni e verbali amministrativi, comportamenti dei terzi “fuori dall’aula”, dichiarazioni scritte mai confermate da relative testimonianze<sup>386</sup>.

Traslando il problema in arbitrato, è necessario rilevare fin da principio che la volontà delle parti può giocare un ruolo fondamentale. Se l’accordo delle parti può modellare anche il regime probatorio in modo difforme rispetto al processo civile ordinario e se le parti possono “fare ciò che vogliono”, dovrebbe risultare possibile concordare anche “l’assunzione di prove non contenute nel catalogo legale”, nonché “di prove codificate al di là dei limiti di ammissibilità” e persino “la possibilità di utilizzare solo alcuni mezzi di prova in ipotesi immaginabili”<sup>387</sup>. Le determinazioni delle parti, in quest’ottica, sembrerebbero poter dare liberamente cittadinanza a qualsiasi mezzo di prova in arbitrato. L’accordo delle parti, pur potendo consentire libero accesso nel fascicolo probatorio a qualsiasi elemento, dovrebbe però sempre rispettare rigorosamente i principi di ordine pubblico processuale e tra questi il contraddittorio<sup>388</sup>. Se le parti non raggiungono alcun accordo, invece, alcuni ritengono che le prove atipiche sarebbero comunque ammissibili, ma con gli stessi limiti del processo ordinario<sup>389</sup>. In questo caso, se si segue la linea interpretativa richiamata sopra per il processo<sup>390</sup>, anche in arbitrato le prove atipiche avrebbero il valore sostanziale di indizi,

---

<sup>385</sup> LUDOVICI, *Prove atipiche: ammissibilità e valore probatorio nel processo civile. Annotazione alla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 23.5.2013*, in *La nuova procedura civile*, 2013, nota 21. La sentenza commentata si riferisce ad una consulenza tecnica resa in un diverso giudizio come prova atipica.

<sup>386</sup> RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, I, Padova, 2010, p. 862.

<sup>387</sup> BOVE, *L’istruzione probatoria nel giudizio arbitrale* in *Il giusto processo civile*, fasc. 4, 2014, pp. 988 e s.

<sup>388</sup> Altrimenti il lodo sarebbe fulminabile di nullità ex art. 829, numero 9. Le parti non potrebbero quindi acconsentire all’ammissione di una prova precludendosi volontariamente il contraddittorio.

<sup>389</sup> “l’utilizzo di prove atipiche è consentito anche all’arbitro, con le stesse eccezioni applicabili al giudice ordinario”, RUBINO SAMMARTANO, *loc. ult. cit.*

<sup>390</sup> Il già citato LUDOVICI, *Prove atipiche: ammissibilità e valore probatorio nel processo civile. Annotazione alla sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 23.5.2013*, in *La nuova procedura civile*, 2013, nota 21 e la giurisprudenza ivi citata.

i quali possono fondare la decisione unicamente se “*gravi, precisi e concordanti*”<sup>391</sup>. Spetterà al giudice argomentare adeguatamente in motivazione circa l’utilizzo di siffatti mezzi di prova.

Con riguardo all’arbitrato, la dottrina classica sembrava considerare l’ “*ammissibilità della prova innominata come principio di fondo*”<sup>392</sup>: anche nella giustizia privata si dovrebbe quindi propendere per l’utilizzabilità dei mezzi di prova atipici.

Si deve considerare che, nel silenzio delle parti, potrebbe intervenire il potere degli arbitri di disciplinare la procedura nel modo ritenuto più opportuno: l’ammissibilità di prove atipiche potrebbe essere oggetto delle loro determinazioni<sup>393</sup>.

Si deve considerare che l’art. 816 ter menziona esplicitamente solo testimonianza, consulenza tecnica e richiesta di informazioni alla P.A., ma nel titolo quarto dedicato alla specifica disciplina dell’arbitrato nessuna norma prevede un catalogo di prove ermetico.

In ottica comparatistica, anche altri paesi sembrerebbero aver aperto l’arbitrato alle prove innominate: in Germania<sup>394</sup>, la ZPO già nel 1962 assumeva un atteggiamento molto permissivo verso l’ammissibilità della testimonianza.

Si deve poi considerare che, a volte, le parti potrebbero scegliere la giustizia alternativa proprio perché vogliono poter liberamente presentare mezzi di prova “*al limite*” della credibilità. In ogni caso, l’arbitro dovrà dare conto delle proprie valutazioni nel lodo che chiude il procedimento e dovrà adeguatamente argomentare sull’uso singoli elementi, pur consapevole della assenza di veri e propri mezzi di impugnazione con specifico riguardo agli accertamenti di fatto<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> L’indizio, infatti, si ricollega al tema della *presunzione*. La relativa disciplina è contenuta nell’art. 2729 c.c. “*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.*”

<sup>392</sup> RICCI E.F., *La prova nell’arbitrato rituale*, cit., p. 84 che rinvia, per una disamina approfondita anche a TARUFFO, *Prove tipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 338

<sup>393</sup> Secondo BOVE, *op. cit.*, p. 989, il collegio avrebbe il potere di ammettere tendenzialmente qualsiasi ulteriore mezzo di prova per garantire la completezza dell’istruzione. Non avrebbe invece la facoltà di escludere taluni mezzi di prova arbitraria

mente, riservata alle sole parti. Se il collegio dovesse operare in tal senso, il relativo lodo sarebbe fulminabile di nullità per violazione del contraddittorio (art. 829, sub numero 9).

<sup>394</sup> Cfr. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, Napoli, 1962, pp. 213-214.

<sup>395</sup> “*La parte soccombente non ha mai la possibilità di impugnare il lodo, lamentando che l’arbitro ha errato nell’accertamento dei fatti storici*” LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., p. 235. Se il

Si deve infine dare considerazione ad una tesi dottrinale secondo la quale, dato che in arbitrato non necessariamente trovano applicazione automatica le norme del codice processuale, potrebbero essere considerati ammissibili anche mezzi di prova inediti. Ad esempio, il divieto di scienza privata nel processo civile opera in ottica unidirezionale: l'art. 62 introduce la figura del C.T.U. per supplire al difetto di conoscenze tecniche del giudice. Il magistrato dovrebbe rivolgersi al consulente quasi "*per forza*", non potrebbe reperire le conoscenze altrove, né potrebbe, ad esempio, ripiegare sulla parte rivolgendo a lei i quesiti tecnici. In arbitrato, secondo la tesi, regnerebbe invece maggiore elasticità: si è ritenuta talora ammissibile l'escussione della parte o di un testimone su particolari tecnici o scientifici, evitando la nomina del consulente <sup>396</sup>.

## **2. La testimonianza**

### **2.1 Coordinate generali dell'istituto**

La testimonianza, nel giudizio arbitrale come in quello ordinario, può rappresentare uno strumento determinante per il raggiungimento di un pieno convincimento del giudice. Il legislatore la ha menzionata specificamente anche con riferimento all'arbitrato e le ha dedicato alcuni commi dell'art. 816 ter.

Una prima considerazione attiene alla possibilità di escutere il teste direttamente presso la sua residenza od il suo ufficio. Il legislatore ha ritenuto opportuno consentire espressamente che l'audizione del teste possa svolgersi in luoghi di sua diretta disponibilità: una tale modalità di escussione potrebbe infatti suscitare maggiore collaborazione in un teste potenzialmente recalcitrante. Questa comodità dovrebbe infatti minimizzare il disagio per il testimone<sup>397</sup>: egli non dovrebbe infatti spostarsi per

---

contraddittorio nel momento acquisitivo delle prove è rispettato, le valutazioni degli arbitri in ordine all'efficacia persuasiva dei singoli elementi non potranno quindi essere rimesse in discussione.

<sup>396</sup> BOVE, *L'istruzione probatoria nel processo arbitrale, il giusto processo civile*, fasc. 4, 2014, p. 990 la ritiene pacificamente ammissibile.

<sup>397</sup> Con espressione gergale, potrebbe sostenersi che si tratti di un classico caso di "*Se la montagna non va a Maometto, Maometto va alla montagna*". L'ordinamento prevede una possibile ritrosia e consente agli arbitri di vanificarla con la propria diligenza.

prendere parte all'udienza, con proprio dispendio di tempo e denaro, bensì sarebbe l'udienza a tenersi direttamente presso di lui. La speranza sembrerebbe essere che, alla luce di questa comodità, il testimone possa mettere da parte l'eventuale reticenza e voglia collaborare volentieri per l'assunzione della prova.

In verità, si è notato in dottrina che la norma rappresenta più un suggerimento operativo che una vera e propria disposizione vincolante<sup>398</sup>: infatti, anche prima di questa esplicita specificazione, gli arbitri potevano autonomamente decidere di recarsi in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato per assumere la prova. Il potere di regolare il procedimento nel modo più opportuno comprende invero la possibilità di disporre l'acquisizione della prova in tal modo, senza che sia necessaria una precisa autorizzazione da parte del legislatore. Nel processo ordinario simili deroghe sono molto ridotte: la sede naturale dell'escussione è l'aula di tribunale mentre i casi di assunzione fuori dall'aula sono piuttosto rari: solo se *“il testimone si trova nell'impossibilità di presentarsi o ne è esentato dalla legge o dalle convenzioni internazionali”* (art. 255 c.p.c.).

In arbitrato, al contrario, gli arbitri sono più liberi di muoversi e potrebbero persino recarsi all'estero<sup>399</sup> per l'acquisizione di determinati mezzi di prova, se all'uopo adeguatamente compensati.

Autorevole dottrina ha sostenuto che, anche in arbitrato, sarebbero pacificamente validi i limiti alla testimonianza previsti dal codice civile. In questo caso però, le parti avrebbero comunque il potere di derogarli con proprie determinazioni pattizie<sup>400</sup>. La larghezza delle maglie del sistema probatorio sarebbe calibrata sulla volontà dei contendenti: essi potrebbero consentire l'ingresso di testi originariamente inammissibili. Potrebbero, ma è più dibattuto, persino escludere alcuni dei testimoni che nel giudizio ordinario sarebbero pacificamente ammissibili: in questo caso occorre però valutare se e quanto siano rispettati i principi di ordine pubblico processuale.

Occorre dedicare al problema un breve approfondimento: nel processo civile ordinario la legge prevede espressamente alcuni casi di esclusione di questo mezzo di prova: si

---

<sup>398</sup> SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 441.

<sup>399</sup> SALVANESCHI, *loc. ult. cit.* Secondo l'Autrice, gli arbitri potrebbero recarsi anche all'estero per acquisire la prova. Questa eventualità sembrerebbe un rimedio per via indiretta all'inservibilità, nell'arbitrato domestico, della rogatoria internazionale. Gli arbitri avrebbero la possibilità di spostarsi liberamente per ricercare i mezzi di prova nei posti più remoti.

<sup>400</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, I, cit., pp. 662 e ss.

pensi all'incapacità di testimoniare ex art. 246<sup>401</sup>. La dottrina classica ritiene che queste limitazioni rispondano a *ratio* compatibili anche con l'arbitrato e dovrebbero trovarvi applicazione: “*un sistema che sia dominato da tali orientamenti deve restarvi fedele anche nell'arbitrato, se non vuole peccare di incoerenza*”<sup>402</sup>. Altra dottrina ritiene invece che “*le massime di esperienza sottese a queste norme di legge e che si impongono al giudice statale non si impongono anche all'arbitro*”<sup>403</sup>: le preclusioni ed i limiti previsti dal codice civile alla testimonianza ed agli altri mezzi di prova non si applicherebbero automaticamente in arbitrato. In generale, sembrerebbe però essere possibile, per le parti, di raggiungere accordi su questi profili, purché siano rispettati il principio del contraddittorio e le garanzie dell'ordine pubblico processuale<sup>404</sup>.

In qualche caso, la giurisprudenza ha ritenuto che il tema dell'ammissibilità della testimonianza assuma una diversa prospettiva nell'arbitrato di equità: in questo caso verrebbe meno qualsiasi limite strutturale in ordine all'ammissibilità della testimonianza<sup>405</sup>. In quella sede, chiunque potrebbe essere chiamato a deporre su qualsiasi capitolo, senza incontrare limitazioni di sorta. In verità, la dottrina quasi unanime ritiene invece che la scelta dell'equità non abbia alcuna conseguenza sulla fisiologia della testimonianza in arbitrato<sup>406</sup>.

Può però accadere che siano le parti a volersi pronunciare per la sua esclusione. Eventuali limiti pattizi all'ammissibilità dei testimoni, nel silenzio della normativa, dovrebbero considerarsi validi<sup>407</sup>. Il potere di disciplinare la procedura con appositi

---

<sup>401</sup> La norma vieta la testimonianza di chi vanta un interesse in relazione alla controversia che ne legittimerebbe la partecipazione in qualità di parte.

<sup>402</sup> RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 87.

<sup>403</sup> BOVE, *op. cit.*, pp. 989 e s.

<sup>404</sup> Un atteggiamento di apertura a fronte del potere normativo delle parti in riferimento all'ammissibilità delle prove è mostrato, secondo BOVE, *op. cit.*, p. 989, nt. 69 da FAZZALARI, *op. cit.*, 69; PUNZI, *op. cit.*, 260-261; RICCI G.F., *op. cit.*, 440; DANOVÌ, *op. cit.*, 26.

<sup>405</sup> Corte d'Appello di Roma, sentenza del 30 settembre 1985 in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1985, p. 86 s.

<sup>406</sup> RICCI, E.F. in ALPA (a cura di), *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999, pp. 360 ss. e RICCI, *sub art. 816 bis c.p.c. in CARPI (a cura di) Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 388.

<sup>407</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, I, cit., pp. 662 e ss. riconosce alle parti una ampia libertà nella disciplina della procedura. Esse non solo possono abbattere ogni divieto di testimonianza, ma possono anche istituirne di nuovi, purché il contraddittorio sia preservato.

accordi ex art. 816 bis dovrebbe infatti comprendere il diritto di limitare il ricorso a certi mezzi di prova. Gli arbitri non potrebbero obiettare, se, ad esempio, le parti in causa pretendessero che, per talune transazioni commerciali, la prova debba avvenire su basi documentali e non testimoniali. L'esercizio di questo potere è consentito a patto che *“non renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, pregiudicando l'indisponibile diritto di difesa”*<sup>408</sup>. Solo se ciò avviene, la limitazione contrasterebbe infatti con l'ordine pubblico e sarebbe inammissibile; in tutte le altre eventualità sembrerebbero non esserci motivi per escludere una limitazione convenzionale della testimonianza.

Occorre infine considerare il modo in cui debba essere esaminato il teste in concreto. Il codice processuale detta norme ben precise con riguardo alle modalità di escussione: gli artt. 244-257. Se anche si sposasse la tesi per cui le norme non trovano automatica applicazione in arbitrato, molte di queste regole sarebbero comunque applicate. I precetti citati contengono infatti molti accorgimenti empirici relativi alla testimonianza che si seguono implicitamente per ragioni di comodità<sup>409</sup>.

La loro applicazione è suggerita quindi dalla concreta utilità pratica; non è però necessaria e ben si potrebbe procedere in diverso modo senza alcuna remora. Le parti o gli arbitri, nell'ambito dei rispettivi poteri di regolazione della procedura, potrebbero quindi liberamente ridisegnare le modalità di escussione del teste, differenziandole dalla prassi canonica del processo civile.

Esistono però due profili inderogabili sui quali non può influire nemmeno il potere regolamentare delle parti: la verbalizzazione ed il contraddittorio<sup>410</sup>. Sul contraddittorio, non si è mai dubitato. Quanto alla verbalizzazione, essa è necessaria per documentare lo svolgimento della testimonianza. Il verbale costituisce infatti una prova fondamentale

---

<sup>408</sup>RUFFINI-TRIPALDI, *sub art 816 ter* in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (a cura di), *passim*.

<sup>409</sup> Si consideri, a titolo di esempio, l'art. 252. La norma prevede che, prima dell'escussione, il giudice chieda al testimone di dichiarare la propria identità e di specificare eventuali rapporti di parentela o simili con le parti. Prevede poi che le parti possano subito fare osservazioni sull'attendibilità presumibile del testimone. Anche se la norma non fosse direttamente applicabile in arbitrato, è comunque pensabile che sia seguita implicitamente anche dal collegio arbitrale. Più che un precetto vincolante, l'articolo rappresenta infatti un accorgimento empirico che facilita il funzionamento dell'istituto: le informazioni richieste consentono infatti di redigere il verbale e di dare subito al giudice (o all'arbitro) una prima idea sulla credibilità del teste.

<sup>410</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 197.

dell'avvenuta escussione del teste: laddove non fosse redatto la testimonianza non sarebbe provabile esternamente. Sarebbe quindi *tamquam non esset*. In questo caso “*si è addirittura al di là della nullità, si è di fronte ad una situazione di inesistenza*”<sup>411</sup>, la prova non potrà quindi essere considerata ai fini della decisione. Sulla verbalizzazione si dirà più approfonditamente nell'apposito paragrafo.

## **2.2 L'affidavit: uno sguardo al diritto comparato**

L'art. 816 *ter* prevede espressamente che, in arbitrato, la testimonianza possa essere assunta in forma scritta. La norma era presente già nella precedente formulazione al previgente art. 819 *ter*. In quel contesto, serviva a semplificare l'escussione del teste in un sistema che non prevedeva allora alcuna forma di assistenza giudiziaria in caso di rifiuto o ritrosia<sup>412</sup>. Nonostante sia stata inserita ora una forma di cooperazione giudiziaria, l'istituto introdotto nel 1994 si è preservato anche dopo la riforma del 2006.

La testimonianza, secondo una definizione della dottrina<sup>413</sup>, è la “*dichiarazione che un soggetto, estraneo al giudizio, rende circa l'esistenza o la narrazione di un determinato fatto*” ed è resa, nella sua forma tradizionale<sup>414</sup>, oralmente davanti al giudice. Il particolare mezzo di prova della testimonianza scritta sembrerebbe quindi quasi saldare due universi storicamente distinti, la prova documentale e quella testimoniale: il teste renderebbe le sue dichiarazioni dei fatti rispondendo per iscritto alle domande.

In arbitrato, l'eventualità di interpellare soggetti esterni per iscritto svolge un'indubbia funzione di semplificazione e velocizzazione dell'istruttoria.

---

<sup>411</sup> LA CHINA, *op. cit.*

<sup>412</sup> Dato che il testimone recalcitrante non poteva essere “*forzato*” a rendere testimonianza, il legislatore aveva approntato questo strumento per render più appetibile la sua collaborazione. MARENCO, *Processo arbitrale*, cit., p. 797.

<sup>413</sup> CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 279.

<sup>414</sup> Si vedano gli artt. 253 e ss. c.p.c.

Anche nel processo civile ordinario si è avvertita la necessità di un simile strumento. La possibilità è stata prevista<sup>415</sup> con la riforma del 2009 nell'articolo 257 bis del codice<sup>416</sup>, ma tale modalità non sembra aver avuto grande successo nel processo statale.

Nel settore della giustizia privata, diversamente, una tale semplificazione serve anche a rendere la deposizione meno gravosa per il teste ed a prevenire il ricorso all'assistenza giudiziaria, notevolmente più dispersiva di tempo.

La testimonianza per iscritto, tra processo civile ed arbitrato, non si svolge però in modo necessariamente corrispondente.

Nel primo caso, la norma di riferimento (art. 257 bis) istituisce un doppio filtro per l'accesso al mezzo di prova: una richiesta congiunta delle parti ed un vaglio operato dal giudice in ordine alle circostanze del caso concreto. La disciplina richiede quindi una valutazione del giudice, finalizzata ad evitare un abuso di siffatto strumento laddove sia preferibile la testimonianza "*in presenza*"<sup>417</sup>.

In arbitrato, l'art. 816 ter usa una diversa formula "*[Gli arbitri] Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono*". In questo caso, la decisione in ordine all'ammissibilità della testimonianza per iscritto è rimessa solo agli arbitri<sup>418</sup>. Il collegio giudicante avrà facoltà di stabilire i singoli capitoli di prova e di formulare le domande, inviandole poi al teste. Diverse sono anche le conseguenze nel caso in cui il testimone non rispetti i termini o le modalità fissate. Nel caso del processo ordinario, egli andrebbe incontro alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 255 comma 1. In arbitrato

---

<sup>415</sup> Vedi più diffusamente RIZZO, *La testimonianza scritta*, ebook, 2010. Peraltro secondo la dottrina ormai la testimonianza scritta sarebbe diventata un mezzo di prova potenzialmente universale, utilizzabile non solo nei processi a cognizione piena, ma in qualsiasi giudizio civile. Cfr. PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010.

<sup>416</sup> "*Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato*".

<sup>417</sup> Cfr. più ampiamente RASCIO, *La testimonianza scritta nel processo civile*, in *Ex Parte Creditoris* - [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it), 2013.

<sup>418</sup> *Contra* PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., pp. 266 e ss. Secondo l'Autore le norme del processo civile sarebbero in molti casi direttamente applicabili anche in arbitrato.

“il rifiuto [...] è sfornito di sanzione”<sup>419</sup>. L’arbitro potrebbe però, in questo caso, disporre la convocazione del testimone, prima come semplice *invito a comparire* poi richiedendo l’assistenza giudiziaria per forzarne la partecipazione all’udienza. Rendere la testimonianza per iscritto, in arbitrato, è quindi nell’interesse del testimone, per evitare una successiva convocazione fisica in udienza – peraltro suscettibile di diventare vincolante nel caso di ricorso all’assistenza giudiziaria.

Una delle tematiche in assoluto più dibattute, in relazione alla testimonianza scritta, attiene al suo valore probatorio. Una cosa è infatti rispondere verbalmente innanzi al giudice, altro è formulare per iscritto le risposte. In questa seconda eventualità il teste ha più tempo per riflettere sulle dichiarazioni da rendere e le sue reazioni istintive non sono immediatamente visibili da parte del giudice. Inoltre, l’esame del testimone in forma orale si svolge sempre in modo più incalzante ed approfondito rispetto allo schematico del documento scritto. La credibilità dovrebbe quindi, agli occhi degli arbitri, essere valutata con più attenzione<sup>420</sup>.

Qualche autore ha nutrito serie perplessità sulla testimonianza scritta: è infatti innegabile che questa prova si formi al di fuori delle logiche canoniche del contraddittorio. Il testimone rilascia le risposte per iscritto, senza essere sottoposto ad alcun esame orale<sup>421</sup>. In linea teorica, il testimone potrebbe non incontrare mai le parti e “l’assunzione della deposizione senza possibilità per le parti di essere presenti integra una palese violazione del diritto di difesa”<sup>422</sup>. In questo caso, i litiganti non parteciperebbero alla formazione della prova in contraddittorio, potendo solo confrontarsi su risultati già “preconfezionati”, senza la possibilità di porre al testimone domande ulteriori e di chiedere chiarimenti su profili dubbi nelle risposte. In verità, questa possibilità potrebbe concretizzarsi anche nel processo ordinario: l’art. 257 *bis* prevede infatti che la convocazione personale possa essere disposta solo dal giudice,

---

<sup>419</sup> RUFFINI-TRIPALDI, *sub art 816 ter* in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale* (a cura di), p. 206.

<sup>420</sup> RICCI G.F., *sub art. 816 ter c.p.c., cit.*, pp. 425 s. suggerisce particolare prudenza nella valutazione della prova e si appella al prudente apprezzamento dell’arbitro.

<sup>421</sup> Il problema si era posto già a proposito della disciplina previgente, cfr. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 673.

<sup>422</sup> DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, *cit.*, p. 32.

insoddisfatto delle risposte rese per iscritto. Le parti sarebbero prive del diritto di suscitare questa convocazione: non sono mancate voci in dottrina che ne hanno dedotto potenziale conseguente lesione del diritto al contraddittorio<sup>423</sup>. Per questi motivi, si era persino suggerito che l'istituto potesse essere incompatibile con il diritto di difesa e quindi contrario all'art. 24, comma secondo<sup>424</sup>, della Costituzione (sia in arbitrato, sia pure in riferimento al processo civile ordinario<sup>425</sup>).

Proprio per minimizzare queste reticenze, peraltro ampiamente condivise<sup>426</sup>, si è proposto di ridurre l'efficacia probatoria rispetto al mezzo di prova originario.

Per segnare una differenza rispetto alla testimonianza in senso tradizionale, si potrebbe quindi pensare che le dichiarazioni rese per iscritto siano da considerarsi al pari di una prova atipica<sup>427</sup>, ma questa conclusione sembrerebbe essere esclusa dal fatto che la testimonianza per iscritto è espressamente menzionata sia per il processo ordinario (art. 257 *bis*), sia per l'arbitrato (art. 816 *ter*) ed è quindi *tipica*. Anzi, in arbitrato l'art. 816 *ter* sembra trattare questa eventualità come una "*forma*" di testimonianza, non come un diverso mezzo di prova. Né sembrerebbe possibile degradare arbitrariamente l'apporto probatorio in mero "*argomento di prova*"<sup>428</sup>, dato che una tale *deminutio* non avrebbe alcun tipo di appiglio normativo. Per il legislatore, la testimonianza, scritta od orale, ha la stessa efficacia. Spetterà sempre e solo all'arbitro valutarne credibilità e peso nell'ambito del suo prudente apprezzamento; in quella sede potrà infatti svolgere tutte le considerazioni ragionevoli sull'attendibilità nel caso concreto ai fini della decisione.

---

<sup>423</sup> Con riferimento al processo ordinario vedi RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, p. 52. Sul tema, con riguardo tanto alla giustizia ordinaria quanto all'arbitrato, vedi RUFFINI TRIPALDI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>424</sup> "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*" Se il contraddittorio non si realizza e la parte non ha la possibilità di chiedere chiarimenti e porre domande ulteriori, il suo diritto di difendersi potrebbe risulterne implicitamente menomato. Così LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, cit., 1999 p. 121

<sup>425</sup> GIORDANO, LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009, pp. 280 e ss.

<sup>426</sup> GIACOBBE, *La prova*, in RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Torino, 2009, p. 765 e E.F. RICCI, *op. cit.*, p. 117.

<sup>427</sup> CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, cit., p. 225 e G.F. RICCI, *sub art. 816*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 425.

<sup>428</sup> RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Bologna, 1999, p. 450.

Molte realtà giuridiche estere ammettono forme di testimonianza scritta<sup>429</sup>, seppur con diverse discipline, quali l'*affidavit*, la *deposition by written question*, la *respuesta escrita*, la *attestaion*. Diversi ordinamenti di *common law* ammettono ad esempio l'*affidavit*<sup>430</sup> e il *witness statement* in arbitrato, nei processi civili ed a volte persino nei processi penali. Questi sistemi hanno mostrato una maggiore apertura a tale mezzo di prova fin da principio mentre l'ordinamento italiano era stato più recalcitrante, almeno fino all'avvento delle riforme. La nostra realtà giuridica ha storicamente mostrato maggiore perplessità verso questo strumento di prova ed, in ottica comparatistica, un simile atteggiamento di reticenza è condiviso da altri sistemi di *civil law*, ad esempio quello francese<sup>431</sup>.

In Francia è ammesso il ricorso alle *attestations*, dichiarazioni rese per iscritto da chi può rivestire l'ufficio di testimone<sup>432</sup>. Il Nouveau Code de Procedure Civile prevede però espressamente che il giudice possa provocare in un secondo momento l'escussione orale del testimone. In questo caso, solo se la corte è pienamente soddisfatta dell'*attestation* si procede; se sono necessari chiarimenti o domande, si ritorna al sistema della testimonianza tradizionale<sup>433</sup>.

Si deve precisare che, nel processo civile ordinario italiano, la convocazione personale del testimone che abbia reso testimonianza scritta è possibile, come attesta l'ultimo capoverso dell'art. 257 bis "Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato". Il meccanismo opererebbe così: l'arbitro può disporre la convocazione se nutre qualche dubbio in ordine alla credibilità delle risposte rese per

---

<sup>429</sup> TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., pp. 277 s.

<sup>430</sup> Sull'*affidavit* in generale vedi più diffusamente BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale – l'esperienza nordamericana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 1267 ss.

<sup>431</sup> Cfr. DANOVI, *op. cit.*, p. 32 in particolare nota 30.

<sup>432</sup> L'art. 202 NCPC stabilisce infatti che "Les attestations doivent être établies par des personnes qui remplissent les conditions requises pour être entendues comme témoins."

<sup>433</sup> Art. 203 NCPC: "Le juge peut toujours procéder par voie d'enquête à l'audition de l'auteur d'une attestation".

iscritto o necessita di chiarimenti per comprenderle meglio<sup>434</sup>. Qualche autore ha proposto però soluzioni più restrittive: il potere del giudice di convocare personalmente il testimone dovrebbe essere sensibilmente ridotto e l'invito a comparire potrebbe essere rivolto solo se “*la dichiarazione del terzo non sia attinente ai quesiti ammessi ovvero appaia lacunosa, incompleta, generica*”<sup>435</sup>. In questo caso, una perplessità superficiale non basterebbe a giustificare la convocazione. Quanto all'arbitrato, la normativa nulla dice su una possibile nuova convocazione in presenza del testimone, ma non esclude espressamente siffatta eventualità. La dottrina non ha mancato di interrogarsi sul tema<sup>436</sup>.

Si deve peraltro rilevare che la materia potrebbe subire evoluzioni: recentemente vi sono stati alcuni tentativi di introdurre un art. 257 *ter* che potesse innovare ulteriormente l'attuale disciplina in ottica semplificatoria. Ad esempio, l'art. 15 del D.L. 12.09.2014, n. 132 poi soppresso dall'allegato alla legge di conversione, L. 10.11.2014, n. 162 prevedeva un art. 257 *ter* di questo tenore: “*La parte può produrre, sui fatti rilevanti ai fini del giudizio, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate al difensore*”. La norma ammetteva sostanzialmente la possibilità, per il difensore della parte, di acquisire nel processo civile dichiarazioni scritte dai testimoni, di autenticarle e di presentarle in giudizio, probabilmente con lo scopo di scoraggiare una successiva convocazione in presenza. L'immediata soppressione ha però impedito la sperimentazione di questo sistema.

---

<sup>434</sup> GIORDANO in GIORDANO, LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, cit., p. 277. L'Autore ritiene che basti la semplice perplessità per giustificare la convocazione del testimone, ma l'opinione non è pacifica in dottrina.

<sup>435</sup> RUFFINI, TRIPALDI, *loc. ult. cit.* L'opinione è sostenuta anche da PALMIERI-ANGELONE, *La testimonianza scritta nel processo civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010, n. 4.

<sup>436</sup> Per una disamina del problema e di alcune possibili soluzioni vedi RUFFINI TRIPALDI, *op. cit.*, pp. 204 e ss.

### 2.3 L'istituto inedito della testimonianza della parte: principio del *nemo testis in re sua* e giudizio privato

Nel processo ordinario, le parti possono essere sottoposte all'*interrogatorio libero*<sup>437</sup>: questo particolare istituto processuale<sup>438</sup>, disciplinato dall'art. 117<sup>439</sup>, prevede la possibilità per il giudice di disporre la comparizione delle parti in contraddittorio, di porre loro le domande ritenute necessarie ed opportune e di considerare le risposte ai fini della decisione. Dall'*interrogatorio libero* non potranno mai derivare vere e proprie prove, ma le dichiarazioni potranno costituire "*argomenti di prova*"<sup>440</sup>. Peraltro si ritiene che tali argomenti di prova non vadano desunti dalle sole dichiarazioni, quanto piuttosto dal contegno complessivo tenuto dalle parti in risposta alle domande rivolte dal giudice<sup>441</sup> e, più in generale, da tutto il comportamento complessivo della parte. In questo senso, l'*interrogatorio* non è un mezzo di prova in senso stretto ma semplicemente un "*mezzo istruttorio in senso lato*"<sup>442</sup>: consente di ricercare ed individuare ulteriori elementi ai fini della decisione attraverso un esame della parte.

La normativa relativa all'arbitrato non disciplina alcuna forma di *interrogatorio* delle parti. Se si sposasse la tesi per cui le norme del codice non si applicano meccanicamente in arbitrato, sull'argomento cadrebbe l'ombra. Spetterebbe ai litiganti accordarsi sul punto od agli arbitri provvedere nel modo più opportuno.

---

<sup>437</sup> L'*interrogatorio libero* si distingue dal cosiddetto *interrogatorio formale*, da cui può scaturire la confessione. Nel corso dell'*interrogatorio formale*, le dichiarazioni rese dalla parte hanno un'efficacia superiore a quella della prova in senso tradizionale, potendo determinare in concreto l'esito della controversia (c.d. prova legale).

<sup>438</sup> Sul quale vedi VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti* in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, pp. 353 ss., spec. 383 ss.

<sup>439</sup> "Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa (2). Le parti possono farsi assistere dai difensori."

<sup>440</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2000, p. 90.

<sup>441</sup> CIVININI, *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori* (art. 183, 1°, 2° e 3° comma c.p.c.) in [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_92/qua\\_92\\_13.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_13.pdf), p. 1.

<sup>442</sup> LUISO, *loc. ult. cit.*

Nel silenzio della normativa, si potrebbe ipotizzare che la parte possa rendere in arbitrato una vera e propria testimonianza a tutti gli effetti, non un semplice interrogatorio libero. In questo caso, le dichiarazioni potrebbero assurgere alla funzione di vere e proprie prove senza restare confinate nella categoria degli “*argomenti di prova*”.

Nel processo civile ordinario, il testimone deve essere “*terzo*” rispetto alla causa e l’art. 246 c.p.c. esclude categoricamente la testimonianza di un soggetto se questo potrebbe essere, anche solo *potenzialmente*, parte nella controversia (“*non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio*”). Una testimonianza di parte sarebbe non solo vietata, ma proprio strutturalmente inconcepibile.

Questa norma non si riferisce però direttamente all’arbitrato e si potrebbe concludere che, nella giustizia privata, nulla osti all’ammissione di siffatta prova<sup>443</sup>. L’adagio *nullum testum in re sua audiendum esse* sembrerebbe escludere fin dalla tradizione romanistica questa eventualità, ma in arbitrato il rigore di questa affermazione si stempera notevolmente. Il brocardo trova sicuramente applicazione nel processo ordinario, ma potrebbe avere cittadinanza in arbitrato unicamente se appartenesse alla sfera dell’ordine pubblico processuale. Nessun elemento depone a favore di siffatta inclusione: l’assioma non potrebbe quindi essere trapiantato nella giustizia privata.

Si è detto che nel processo ordinario le dichiarazioni rese dalla parte non possono mai assurgere al rango di vera e propria prova, rimanendo confinate nella diversa categoria degli “*argomenti di prova*”. La più importante differenza in termini probatori tra testimonianza ed interrogatorio libero è proprio questa: solo la prima produce vera prova. In realtà, come ha ritenuto un certo filone dottrinale, in arbitrato la differenza tra prove ed argomenti di prova è più sfumata e meno definita rispetto al processo ordinario<sup>444</sup>. Se si applica questo principio, ben si potrebbe, in arbitrato, rilevare che abbia poco senso distinguere tra testimonianza ed interrogatorio libero. Entrambi

---

<sup>443</sup> Per uno spunto comparatistico, vedi il paragrafo precedente. In Germania, ad esempio, l’ammissibilità della testimonianza senza alcun limite sembrerebbe includere questo specifico caso, ma per una disamina approfondita di consonanze e dissonanze tra procedimento arbitrale nel diritto italiano e tedesco vedi anche GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, 1999, p. 393 ss.

<sup>444</sup> BOVE, *op. cit.*, 970.

producono prove liberamente valutabili dal giudice con il suo prudente apprezzamento. Non è mancato chi ha sembrato mostrare serena apertura alla testimonianza di parte<sup>445</sup>. Se così si opina, tanto la testimonianza del terzo, quanto quella della parte saranno allora soggette unicamente al filtro del c.d. *prudente apprezzamento*: sarà il giudice a valutarne peso e credibilità, senza incontrare limiti legislativi di sorta.

### 3. La consulenza tecnica

#### 3.1 Ammissibilità e principi generali

All'arbitro, come al giudice statale, è demandata la risoluzione di una controversia e per potersi pronunciare secondo giustizia egli dovrà applicare le norme di diritto al caso concreto. Nell'ordinamento statale, la conoscenza giuridica del giudicante si presume: è il principio cristallizzato nel brocardo *iura novit curia*, cioè *la corte conosce la legge*. Questo criterio sembrerebbe poter operare anche in arbitrato, ma sul punto si rinvia per maggiore approfondimento<sup>446</sup>.

In ogni caso, il giudice, pubblico o privato che sia, non può conoscere però tutti i settori dello scibile umano e deve servirsi di esperti per integrare le proprie conoscenze extragiuridiche<sup>447</sup>. In particolare, il perito o consulente tecnico è un ausiliario del giudice che lo assiste e “*traduce*” in gergo comprensibile gli aspetti tecnici della

---

<sup>445</sup> BOVE, *loc ult. cit.*

<sup>446</sup> Il tema è spesso trattato in connessione con l'altra questione relativa alla possibilità di disporre in arbitrato una consulenza in materia giuridica. Se il principio operasse pienamente come nel processo civile, infatti, siffatta consulenza sembrerebbe ontologicamente esclusa. Per maggiore approfondimento si rinvia al paragrafo 6 del capitolo 2, relativo al divieto di scienza privata ed al fatto notorio, ed al successivo paragrafo 3.3 del capitolo 3, dedicato proprio alla consulenza tecnica in materia giuridica. In molti casi, l'applicabilità del principio è data per assunta, come ad esempio in ARRIGONI, *Gli arbitrati delineati dal «collegato lavoro» e prime attuazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, pp. 885 e ss. in cui si legge che “[si applica] anche all'arbitrato il principio dello *iura novit curia*”

<sup>447</sup> In realtà, se anche il giudice avesse, per avventura, conoscenze occasionali relative a determinate materie scientifiche o alla specifica situazione dedotta in giudizio non potrebbe servirsene. È il c.d. “*divieto di scienza privata*”: il ricorso a conoscenze personali inquinerebbe infatti il suo metro di valutazione. Più diffusamente, vedi retro il paragrafo dedicato al divieto di scienza privata.

controversia. Egli ha il compito di “*percepire*” (perizia c.d. “*deducente*”<sup>448</sup>) e di “*valutare*” (perizia c.d. “*percipiente*”) taluni aspetti che al giudice risulterebbero difficilmente comprensibili. Più che di una prova in senso stretto, si tratterebbe quindi di un mezzo di ricerca di ulteriori elementi probatori, con annessa funzione di “*decodifica*” per renderli comprensibili: è la c.d. funzione istruttoria della consulenza. Il giudice o l’arbitro possono infatti “*affidare al consulente tecnico l’acquisizione di fatti rilevanti, quando tale acquisizione si presenta difficoltosa per la complessità delle operazioni*”<sup>449</sup>. Il consulente non si sostituisce al giudice, ma procede con autonomia alla ricerca di mezzi di prova ulteriori, la cui rintracciabilità sarebbe impossibile per un soggetto non esperto del settore<sup>450</sup>.

Una tesi dottrinale<sup>451</sup> tende a riconoscere un ampio margine di manovra del consulente tecnico nel compimento della propria attività: il C.T.U. avrebbe uno spazio di indipendenza abbastanza consistente e compirebbe accertamenti sostanzialmente istruttori con una certa libertà. In quest’ottica, il consulente “*è un vero e proprio istruttore delegato*”: non solo formula un parere scientificamente attendibile a beneficio della corte, ma si occupa attivamente della ricerca e della valutazione preliminare dei mezzi di prova.

La giurisprudenza, nel processo civile ordinario, ha ritenuto però che il consulente tecnico debba rispondere unicamente ai quesiti di carattere scientifico rivolti dagli arbitri e possa interessarsi solo delle circostanze accessorie strettamente necessarie alla formulazione delle risposte, senza interferire con gli oneri probatori delle parti<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> In realtà sarebbe errato affermare che possano esserci perizie di sola “*rilevazione*” senza valutazione. L’attività di comprensione del dato tecnico include sempre automaticamente la sua valutazione. In questo senso BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile* in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 6, p. 1433.

<sup>449</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 2000, p. 92.

<sup>450</sup> Ad esempio, il consulente tecnico in materia informatica può rintracciare dati su una eventuale violazione di un server protetto. In questo caso la “*prova*” è il dato contenuto nel registro elettronico, non la consulenza in sé. Il consulente ricerca la prova, setacciando il dispositivo con la dimestichezza dovuta alle sue elevate conoscenze tecniche.

<sup>451</sup> LA CHINA, *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*, cit., p. 202.

<sup>452</sup> Ad esempio, secondo Cassazione civile, sezione III, sentenza 6 giugno 2003, n. 9060, il consulente può interessarsi solo ai fatti strettamente accessori allo svolgimento della consulenza e necessari per rispondere ai quesiti, ma non potrebbe accertare fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni della cui prova sono onerate le parti in virtù del principio dell’*onus probandi*.

Peraltro, talvolta è possibile che lo stesso consulente collabori<sup>453</sup> alla formulazione dei quesiti, traducendo in termini scientifici le richieste degli arbitri e contribuendo a delimitare e specificare l'oggetto dei propri accertamenti.

È necessaria una constatazione di ordine pratico: disporre una consulenza ha dei costi. Il consulente pretenderà infatti un compenso per l'opera prestata, il quale potrebbe anche essere consistente se il grado di professionalità richiesta è particolarmente elevato. I costi delle consulenze sono sopportati dalle parti<sup>454</sup>, dato che il ricorso all'esperto è effettuato nel loro interesse per garantire la soluzione della lite. Si è già detto, discutendo del divieto di scienza privata, che si discute sulla possibilità per le parti di precludere la consulenza, qualora il collegio sia stato selezionato tenendo conto delle conoscenze tecniche necessarie per risolvere in autonomia la lite.

Si deve ora valutare se, per quanto riguarda i profili scientifici della controversia, gli arbitri abbiano un obbligo di disporre la consulenza tecnica: come si vedrà, una buona parte della dottrina ritiene che, quando il collegio reputi di poter serenamente decidere senza integrare il proprio patrimonio di conoscenze con un contributo esterno, possa non disporre la consulenza. Una linea di pensiero ritiene infatti che il ricorso al consulente non sia un obbligo per l'arbitro, bensì costituisca oggetto di una scelta discrezionale: *“è agevole osservare che il giudice o l'arbitro non hanno mai l'obbligo di avvalersi dell'opera di consulenti tecnici”*<sup>455</sup>. Disporre la consulenza sarebbe una *facoltà*, peraltro discrezionale, per gli arbitri. Secondo la tesi, questa conclusione sarebbe supportata dal dato normativo: per il processo civile, l'art. 61 c.p.c. usa infatti la formula molto permissiva *“quando è necessario, il giudice può farsi assistere”*. Si rileva che, anche per l'arbitrato, l'art. 816 *ter* usa una terminologia corrispondente *“l'arbitro può farsi assistere”*. Può accadere che non serva la consulenza tecnica, ad esempio perché le parti hanno volontariamente selezionato un arbitro esperto nel settore scientifico di riferimento della lite. In ogni caso, nel silenzio delle parti, tutte le volte in

---

<sup>453</sup> Con riferimento all'arbitrato, LA CHINA, L'arbitrato. *Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 202.

<sup>454</sup> In verità, la parte passiva del rapporto creditorio del consulente è il collegio arbitrale. Il perito è infatti “ingaggiato” dagli arbitri come ausiliario e dovrebbero teoricamente essere loro a compensarlo. Questi compensi, però, sono alla fine riversati nell'elencazione delle spese che gli arbitri pretendono dalle parti. Il collegio può persino chiedere al presidente del tribunale la liquidazione dei compensi dei periti da addossare alle parti.

<sup>455</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, II, cit., pp. 270 s.

cui il collegio reputa necessario il contributo di un consulente, potrebbe comunque disporre il relativo mezzo di prova<sup>456</sup>.

La particolare eventualità in cui l'arbitro, disponendo di conoscenze tecniche sufficienti per procedere alla decisione, non invochi consulenza tecnica pone un problema sul profilo del contraddittorio. Si dirà che nel processo ordinario a seguito della nomina del C.T.U., le parti potrebbero, nominare consulenti di parte<sup>457</sup>. Se l'arbitro rinuncia alla consulenza, la possibilità di nominare i C.T.P. sembrerebbe sfumare e le parti si troverebbero nella difficile situazione di dover argomentare in contraddittorio su una materia tecnicamente complessa senza ausilio. Per ovviare a questo problema, parte della dottrina ritiene che in questo caso la parte possa nominare il consulente di parte<sup>458</sup> anche se non è stata disposta alcuna C.T.U., dato che il ruolo di quest'ultimo soggetto è sostanzialmente assorbito dall'arbitro.

Un importante dubbio attiene infine all'effetto di eventuali determinazioni pattizie delle parti in ordine sul funzionamento della consulenza tecnica<sup>459</sup>. Una dottrina risalente, in linea con la giurisprudenza del tempo, riteneva già in principio che le parti potessero “*dispensare preventivamente gli arbitri dal valersi dell'opera di periti, autorizzandoli a risolvere la controversia valendosi delle proprie cognizioni tecnici*”<sup>460</sup>. Anche più recente dottrina<sup>461</sup>, estendendo al massimo i poteri delle parti di disciplinare forme e modi del processo, conferma che esse possano convenzionalmente escludere il ricorso a questo mezzo istruttorio. Tra questi, qualcuno ritiene però che questo tipo di accordo congiunto debba necessariamente precedere l'inizio del procedimento<sup>462</sup>, in modo che

---

<sup>456</sup> “un arbitro può, tutte le volte in cui senta di aver bisogno per decidere la lite del supporto di un esperto [...] disporre una consulenza tecnica, senza mai dover temere un futuro annullamento del lodo” BOVE, *op. cit.*, p. 998 e s.

<sup>457</sup> Il tema richiede ulteriore approfondimento e sarà trattato con più attenzione nel paragrafo successivo, al quale si rimanda.

<sup>458</sup> SALVANESCHI, *Dell'arbitrato*, cit., p. 445 e GHIRGA, *sub art. 816 ter* in MENCHINI, *op. cit.*, p. 225.

<sup>459</sup> Sul tema vedi RICCI G.F., *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2013, pp. 647 ss

<sup>460</sup> CARNACINI, VASETTI, in *Nuovo Digesto Italiano*, voce *Arbitri*, Torino, 1937, I., pp. 459 ss.

<sup>461</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, I, p. 270.

<sup>462</sup> NELA in CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007, p. 1737 ma *contra* SALVANESCHI, *loc. ult. cit.* L'Autrice ritiene che l'esclusione sia giustificata solo ed esclusivamente nel caso in cui gli arbitri siano esperti del settore della controversia.

gli arbitri, fin da principio, siano già pienamente consapevoli di dover giungere ad un lodo attingendo in via esclusiva alle proprie conoscenze. Gli arbitri, sotto questo profilo, sarebbero preventivamente informati dell'impossibilità di ricorrere alla perizia ed, accettando l'incarico, confermerebbero implicitamente di non averne bisogno<sup>463</sup>.

Altra dottrina ritiene invece che il ricorso al consulente sia un potere dell'arbitro sul quale le parti non possano legittimamente influire<sup>464</sup>. Se così non fosse, l'arbitro potrebbe trovarsi obbligato a decidere su una controversia della quale non capisce i profili tecnici senza alcun supporto esterno. Le parti vincolerebbero, in sostanza, la Corte ad una decisione inconsapevole con indubbio nocimento per il sistema delle garanzie imposto dall'ordine pubblico processuale.

Un caso particolare, in cui può ammettersi un'eccezione, è dato dall'arbitrato in cui le parti abbiano appositamente scelto arbitri esperti nel settore scientifico della controversia: in questo caso accollare loro anche i costi di una consulenza sullo stesso argomento sarebbe eccessivo. Si è sostenuto, quindi, che se gli arbitri sono stati nominati in virtù delle loro specifiche conoscenze settoriali, non possano ricorrere in quell'ambito alla consulenza<sup>465</sup>.

A differenza di quanto avviene nel processo ordinario, gli arbitri non dispongono di un albo di consulenti tecnici dal quale estrarre i nomi dei professionisti da designare: dovranno individuarli di propria iniziativa, incaricandoli appositamente. Il perito non avrà alcun obbligo di prestare la sua consulenza e potrà legittimamente rifiutare l'incarico, a differenza dei periti iscritti nell'apposito albo presso le cancellerie dei tribunali<sup>466</sup>. Non così nel processo ordinario, dove il rifiuto integra persino gli estremi di un reato<sup>467</sup>. L'ordinanza che nomina il consulente tecnico non è quindi munita dello

---

<sup>463</sup> Ma *contra* RICCI G.F., *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., p. 22 che, più permissivamente, ritiene validamente operanti anche eventuali accordi raggiunti dalle parti in corso di causa.

<sup>464</sup> In ordine di idee simile RICCI, *art. 816-ter: Istruzione probatoria* in CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commentario*, Bologna, 2007, pp. 407 e s.

<sup>465</sup> TIZI, *op. cit.*, p. 741.

<sup>466</sup> I consulenti iscritti hanno infatti l'obbligo di accettare, come confermato da CARNACINI, voce *arbitrato rituale* in *Novissimo digesto italiano*, I, 2, Torino, 1974, p. 891. In arbitrato, quest'obbligo non può configurarsi, come sostengono VERDE, *Lineamenti*, cit. p. 159 e LA CHINA, *op. cit.*, p. 202.

<sup>467</sup> Art. 366 c.p. "*rifiuto di uffici legalmente dovuti*". La norma non sembrerebbe estendersi all'arbitrato, dato che fa espresso riferimento all'Autorità Giudiziaria. L'arbitro, quantunque si discuta sulla sua qualificabilità come pubblico ufficiale, non potrebbe ad oggi essere considerato appartenente all'A.G.

speciale potere di vincolare il destinatario all'accettazione dell'incarico. Peraltro, molte camere arbitrali, soprattutto al di sopra di certe dimensioni strutturali, istituiscono registri dei consulenti tecnici per facilitare le operazioni di individuazione e conferimento degli incarichi. I consulenti, all'atto di iscriversi nel registro, solitamente sottoscrivono un contratto che dà loro la possibilità di essere incaricati, ma li obbliga in tal caso a rendere la consulenza senza poter rifiutare. Il meccanismo ricostruisce in via contrattuale quanto nel settore pubblico è previsto a livello legislativo. Ad esempio, la Camera Arbitrale CESCND, ora Camera Arbitrale dell'Immobiliare e del Condominio, dava la possibilità di presentare un'apposita domanda per essere inserito tra C.T.U. di riferimento dell'istituzione. In caso di necessità, i giudici arbitri avrebbero selezionato il consulente direttamente da quell'elenco.

Questa indagine sull'accettazione si rivela altresì utile per comprendere il ruolo svolto dal consulente tecnico nella giustizia alternativa. Si è infatti ritenuto che, nel caso dell'arbitrato, non possa ricostruirsi la figura del consulente arbitrale come "*ausiliario del giudice*", come invece avviene pacificamente del processo civile. Esso sarebbe un professionista cui viene affidato un incarico ex art. 2229, non un ausiliario dell'arbitro<sup>468</sup>. Questa conclusione si raggiunge più agevolmente proprio laddove si constati che i consulenti non siano generalmente iscritti a nessun albo e siano di volta in volta individuati *ad hoc* dalla corte.

Una ulteriore divergenza rispetto al processo ordinario attiene al piano delle conseguenze nel caso in cui le conclusioni dichiarate dal perito siano intenzionalmente difformi rispetto a quelle che sarebbe legittimo attendersi nel caso di un'analisi coscienziosa e scientificamente consapevole<sup>469</sup>. In questo caso, per volontà del perito, le dichiarazioni non corrispondono alla realtà scientifica dei fatti: nel processo ordinario questa condotta è sanzionata sotto l'etichetta del reato di "*falsa perizia*" previsto dall'art. 373 c.p. Alcuno ha ritenuto, invece, che in arbitrato il consulente non potrebbe

---

<sup>468</sup> VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 159.

<sup>469</sup> Un semplice errore nelle dichiarazioni conclusive del perito, frutto di una negligente analisi tecnica non integra il reato, almeno secondo la recente giurisprudenza. Ad esempio, Cassazione Penale, sez. IV., sentenza n. 30307 del 2015 in *Altalex Massimario*, [www.altalex.it](http://www.altalex.it), il reato ricorre solo allorquando "*si tratta pertanto di una divergenza intenzionale, voluta e cosciente tra il convincimento reale e quello manifestato*".

mai incorrervi<sup>470</sup>, essendo la fattispecie criminosa riferita ai soli casi in cui la consulenza tecnica è resa innanzi all’Autorità Giudiziaria. Il perito, in tal caso, potrebbe incorrere nella sola responsabilità civile per colpa grave nei confronti delle parti ingiustamente pregiudicate dalla perizia infedele<sup>471</sup>.

Un ultimo tema merita fugace considerazione: si è detto che, secondo alcuni autori, la disciplina del processo civile relativa alla consulenza non si applicherebbe in arbitrato<sup>472</sup> e che, per molti il consulente sarebbe un semplice professionista intellettuale contrattualmente ingaggiato dall’arbitro<sup>473</sup>. Occorre domandarsi quali prospettive concrete vi siano per la sua riconsulenza, qualora non si volesse considerare operante la normativa del processo civile. Se il consulente è un professionista esterno, sostiene certa dottrina<sup>474</sup>, non potrebbe essere riconsulato, ma sul punto sembrerebbe non esserci uniformità di vedute.

### **3.2 Altre questioni legate all’impiego dei consulenti negli arbitrati**

Nel giudizio ordinario, la corte sceglie un consulente dall’apposito registro e lo nomina con ordinanza. Il perito, prima di iniziare la propria attività, presta giuramento. Sull’ammissibilità del giuramento in arbitrato e sulla sua compatibilità con una procedura diretta da un “*privato*” si dirà nel paragrafo successivo. La tesi<sup>475</sup> prevalente in dottrina esclude che il consulente sia tenuto al giuramento.

Sul *quomodo* della consulenza, si suole ritenere che essa si svolga senza la necessaria osservanza delle relative norme procedurali dettate dal codice civile<sup>476</sup>: essa seguirebbe forme “*assai liberali e comunque trovate nel caso concreto*”<sup>477</sup>. Questa

---

<sup>470</sup> LA CHINA, *loc. ult. cit.*

<sup>471</sup> A titolo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale *ex art.* 2043.

<sup>472</sup> Vedi retro. Uno su tutti, sempre PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., *passim*.

<sup>473</sup> L’idea è di VERDE, *loc. ult. cit.*

<sup>474</sup> LA CHINA, *loc. ult. cit.*

<sup>475</sup> Tra i tanti, VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 159 e LA CHINA, *loc. ult. cit.*

<sup>476</sup> AULETTA, *L’istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., p. 1126 e VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 160 ss.

<sup>477</sup> BOVE, *L’istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., pp. 1000 s.

teoria punta sul fatto che, pur utilizzando il lemma “*consulenza tecnica*” nell’art. 816 *ter*, il legislatore non abbia voluto imporre in arbitrato il rispetto delle forme prescritte per il processo civile agli artt. 194 e ss. L’arbitrato presenta infatti peculiarità strutturali che possono minare l’automatica estensione: primo tra tutti, il potere delle parti di regolare lo svolgimento della procedura.

Uno tra i profili di potenziale difformità rispetto all’arbitrato riguarda i *consulenti tecnici di parte*. L’art. 201<sup>478</sup> del c.p.c. prevede espressamente che ciascuna parte possa, entro il termine stabilito dal giudice, nominare un proprio esperto di fiducia. La sua esistenza nel processo tutela al massimo il principio del contraddittorio: esso non può realizzarsi tra le parti, che non sono in grado di argomentare e controargomentare consapevolmente nella materia tecnica: “*Nella consulenza tecnica si ricrea la struttura dialettica del processo perché vi è un consulente tecnico d’ufficio che integra la cognizione del giudice ed i consulenti tecnici delle parti che integrano le cognizioni delle parti. Essendo essi tutti in possesso delle medesime cognizioni tecniche, fra loro possono discutere e si rende possibile la realizzazione del principio del contraddittorio*”<sup>479</sup>.

In arbitrato, la dottrina sembrava in passato abbracciare questa linea di pensiero<sup>480</sup>, mentre altri ha ritenuto che in arbitrato non fossero ammesse consulenze tecniche di parte<sup>481</sup>, sulla scorta di qualche precedente giurisprudenziale. Si è anche affermato che le parti non abbiano un vero e proprio diritto di assistere allo svolgimento delle operazioni di ricerca della prova da parte del consulente nominato dall’arbitro<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> “*Il giudice istruttore, con l’ordinanza di nomina del consulente assegna alle parti un termine entro il quale possono nominare, con dichiarazione ricevuta dal cancelliere, un loro consulente tecnico.*” Sullo svolgimento della consulenza tecnica, consulta più diffusamente LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 2000, pp. 92 e ss.

<sup>479</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, tomo II, pp. 91 s., 1999.

<sup>480</sup> RICCI E.F., *op. cit.*, *passim*.

<sup>481</sup> VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1993, 185.

<sup>482</sup> RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell’arbitrato*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2003, pp. 4 s. rileva che “*l’opinione corrente è comunemente orientata nel ritenere che lo svolgimento delle operazioni in materia arbitrale non debba ricalcare i moduli propri del processo ordinario [...] il che legittima la conclusione, non solo che non sussisterebbe alcuna nullità nel caso in cui alle parti non fosse stato consentito di partecipare alle operazioni, ma pure nel caso in cui non fosse stata permessa la nomina dei consulenti di parte*”. Egli attribuisce questa linea di pensiero a VIGORITI, *loc. ult. cit.* e cita come precedente giurisprudenziale Cass., 29 gennaio 1992, n. 923, in *Foro italico*, 1992, p. 1385.

Al contrario, può ben ritenersi che nessun motivo osti all'impiego di periti di parte anche nel giudizio arbitrale.

L'ammissibilità di questo istituto è sostanzialmente condizionata alla dimensione che vuol darsi al contraddittorio. In una prima prospettazione, il contraddittorio si realizzerebbe solo all'esito delle operazioni peritali su una prova formata fuori dall'udienza<sup>483</sup>. Si deve considerare che, nella prassi, la semplice presentazione di relazioni di parte a consulenza d'ufficio ormai esaurita avrebbe ben poca efficacia persuasiva sulla corte: come si è scritto, *“le deduzioni dei contendenti e dei loro consulenti”* restano *“lettera morta”*<sup>484</sup>.

In una concezione di contraddittorio quale sistema di partecipazione dialettica alla formazione della prova escludere la C.T.P. sembrerebbe però anacronistico e privo di fondamento positivo, sicché si ammette senza dubbio<sup>485</sup>, in questo ordine di idee, il ricorso ai consulenti tecnici di parte, richiedendo che ogni accertamento compiuto dal C.T.U. sia preceduto da un'apposita comunicazione con preavviso. In questo caso, infatti, le parti avrebbero l'occasione di partecipare direttamente agli accertamenti, ai rilievi ecc., con o senza l'assistenza dei propri consulenti di parte. In mancanza, la sanzione sarebbe l'inutilizzabilità delle conclusioni del C.T.U. ai fini della decisione.

Nonostante in arbitrato non sia configurata dal legislatore una disciplina di dettaglio della consulenza tecnica di parte si ritiene quindi che i C.T.P. non solo avranno diritto d'ingresso nella procedura arbitrale, ma potranno svolgere *“un'indagine fattiva, in grado, per un verso, di poter influire sul consulente tecnico d'ufficio e per un altro verso di concorrere alla formazione del convincimento del giudicante”*<sup>486</sup>.

---

<sup>483</sup> Sono le stesse remore che parte della dottrina aveva ragionevolmente mosso alla testimonianza resa per iscritto, laddove non si volesse ammettere la possibile convocazione riparatoria in presenza del testimone.

<sup>484</sup> RICCI G.F., *op. cit.*, p. 9 che cita a supporto la sentenza Cassazione, 12 aprile 2001, n. 5498 in *Repertorio generale della giurisprudenza italiana*, 2001, sub voce *arbitrato*. La Suprema Corte ha ritenuto che perché potesse considerarsi adempiuto il principio del contraddittorio in arbitrato le parti dovessero avere la possibilità di *“partecipare”* alla consulenza e non potessero essere relegate al ruolo passivo di osservatrici esterne. *Contra* VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993, pp. 190 e s. secondo il quale il contraddittorio potrebbe considerarsi comunque pienamente rispettato purché alle parti sia consentito di discutere attivamente i risultati della perizia in contraddittorio.

<sup>485</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., pp. 200 e ss.

<sup>486</sup> RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, cit., p. 8.

Nel settore degli arbitrati amministrati, molte istituzioni ammettono espressamente la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica di parte. Diversi regolamenti di Camere Arbitrali attive in Italia prevedono infatti che, laddove sia disposta una consulenza tecnica d'ufficio, l'arbitro assegni alle parti un termine per la nomina dei C.T.P. Si citano a solo titolo di esempio il regolamento della Camera arbitrale di Milano<sup>487</sup>, il Manuale di procedura per i segretari dei collegi arbitrali anno 2008<sup>488</sup> della Camera arbitrale per i contratti pubblici<sup>489</sup>, il regolamento della Camera arbitrale Immobiliare della C.C.I.A.A. di Bologna<sup>490</sup>. Qualche regolamento arbitrale si spinge persino oltre, affermando anche che le parti hanno sempre il diritto di assistere ad ogni accertamento tecnico condotto dal perito, con o senza propri consulenti al seguito: è il caso del Tribunale Arbitrale dell'Immobiliare e del Condominio, già Tribunale privato CESCOND<sup>491</sup>.

Quanto allo svolgimento in concreto della consulenza, molto dipende dalla applicabilità delle norme relative al processo ordinario in arbitrato. Se, con autorevole dottrina<sup>492</sup>, si ritiene che lo schematismo tipico del processo civile non necessariamente debba essere trasposto in arbitrato, lo svolgimento della consulenza assumerà una forma più fluida<sup>493</sup><sup>494</sup>: ad esempio con il consulente chiamato a rendere direttamente spiegazioni in

---

<sup>487</sup> Art. 26, c. 3 “*Se sono nominati consulenti d'ufficio, le parti possono nominare dei propri consulenti tecnici.*”

<sup>488</sup> Si tratta della *Camera Arbitrale per i contratti pubblici presso l' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* che ora è stata assorbita, *mutatis mutandis*, dall'attuale Autorità Anticorruzione, infatti il relativo regolamento è disponibile sul sito *dell'autorità* al link <http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Manuale.pdf>.

<sup>489</sup> Nella sezione 5.3 si legge “*Il collegio con l'ordinanza di nomina del consulente, assegna alle parti un termine entro il quale possono nominare un loro consulente tecnico di parte (C.T.P.)*”. Peraltro è prevista dell'apposita modulistica per comunicare la nomina di un consulente tecnico di parte e per la redazione delle sue considerazioni.

<sup>490</sup> Art. 12 bis, comma 5 “*Se sono nominati consulenti tecnici d'ufficio, le parti possono designare dei consulenti tecnici di parte.*”

<sup>491</sup> Il cui regolamento prevede, all'art. 30, rubricato *consulenza tecnica*, che “*Il consulente tecnico d'ufficio è tenuto a consentire alle Parti di assistere direttamente, o tramite i loro difensori, alle operazioni di consulenza tecnica. Le Parti possono designare dei consulenti tecnici di parte.*”

<sup>492</sup> Genericamente PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., *passim*. Con specifico riferimento alla consulenza tecnica VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 160.

<sup>493</sup> AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico in arbitrato*, *Rivista di diritto processuale*, fasc. 4, 2004.

udienza senza depositare alcuna relazione, purché sia rispettato il contraddittorio. A livello di arbitrato domestico, per superare dubbi di questo genere, i litiganti possono comunque accordarsi nella convenzione arbitrale o in apposito accordo separato. In mancanza, come da regola generale, spetterà agli arbitri determinare l'andamento pratico della consulenza nell'ambito del proprio potere suppletorio di organizzare la procedura<sup>495</sup>.

### 3.3 La consulenza in materia giuridica

Il principio *iura novit curia*, si è detto, sembrerebbe trovare applicazione anche in arbitrato. Per potersi pronunciare secondo giustizia il giudice *deve* conoscere la legge e, nel processo civile, questa cultura giuridica è il più delle volte virtualmente presunta. Così, una tra le tesi più autorevoli<sup>496</sup> riteneva che quello dello *iura novit curia* fosse un principio di ordine pubblico processuale e, come tale, da rispettarsi anche in arbitrato. Le uniche consulenze ammesse in materia giuridica potevano riguardare il diritto antico (ad esempio in materia romanistica) o la legislazione straniera.<sup>497</sup> In tutti gli altri casi, la strada della c.t.u. resta preclusa. Questa tesi era in origine confermata da qualche precedente giurisprudenziale che aveva considerato l'impiego di una consulenza in materia giuridica sufficiente per una dichiarazione di nullità del lodo, “*non essendo concepibile una ripartizione di compiti tra consulente ed arbitro in una materia riservata a quest'ultimo*”<sup>498</sup>. La giurisprudenza ammetteva la impugnazione per

---

<sup>494</sup> Non troverebbe necessariamente applicazione la scansione tipica “formulazione dei quesiti - esecuzione degli accertamenti - deposito della relazione - analisi in contraddittorio dei risultati - eventuale riconvocazione del perito per chiarimenti - eventuali ulteriori indagini”: sullo svolgimento della consulenza vedi più diffusamente LUISO, *op. cit.*, p. 92 e s. e PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., p. 341 e ss.

<sup>495</sup> A conferma: *Yatching Service Srl c. Autoindex Srl*, Corte d'Appello di Firenze, 26 aprile 2006 in *Rivista dell'arbitrato*, 2007, p. 59.

<sup>496</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., *passim*.

<sup>497</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, II, cit. p. 269 ss.. In realtà, con riguardo al diritto straniero, esiste un riferimento normativo rilevante. La legge 31 maggio 1995, n. 218, integrata dal D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, prevede che il giudice, per procedere all'accertamento della legge straniera applicabile, “*può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate*”.

<sup>498</sup> Corte d'Appello di Genova, sez. II civile, 15 marzo 1994, n. 248 la quale rileva l'annosità del problema e la soluzione raggiunta dalla Cassazione sul tema: “*il problema, secondo la Suprema Corte, si*

nullità<sup>499</sup> per censurare il ricorso ad una tale forma di consulenza, ritenendo spogliasse gli arbitri di uno dei loro compiti fondamentali. In tal senso, la nullità potrebbe persino inquadarsi sotto l'etichetta di illecita costituzione del collegio arbitrale<sup>500</sup>, dato che il C.T.U. inquinerebbe irrimediabilmente il circuito decisionale degli arbitri con le proprie indicazioni e le proprie dichiarazioni.

In questo ordine di idee, si rileva che la posizione della giurisprudenza sul punto si è mantenuta pressoché conforme: ancora nel 1989. la Cassazione per affermava che cui *“nell’ordinamento processuale vigente, gli arbitri rituali [...] non hanno il potere di affidare ad un consulente tecnico d’ufficio l’incarico di fornire al collegio giudicante la soluzione di quesiti giuridici”*<sup>501</sup>.

Suggerimenti internazionali puntano invece in tutt'altra direzione: nell'arbitrato internazionale la consulenza in materia giuridica sembrerebbe essere pacificamente ammissibile<sup>502</sup> e ciò trova ulteriore giustificazione nel fatto che gli arbitri devono qui spesso confrontarsi con normative diverse da quelle del proprio paese di appartenenza. Anche in questo caso però, estremizzare sarebbe fuorviante: il consulente si limita a

---

*riassumeva nell’interrogativo se fosse riconoscibile nel sistema processuale vigente [...] il potere degli arbitri rituali [...] di affidare ad un terzo, quale consulente tecnico, l’incarico di fornire la soluzione di quesiti giuridici al fine di decidere la controversia”*

<sup>499</sup> Cfr. più diffusamente ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio*, in *Giurisprudenza di merito*, 1995.

<sup>500</sup> Si riteneva, infatti, che il consulente si fosse elevato con il suo intervento fin nella sfera di competenza esclusiva dell'arbitro. Questa commistione di ruoli contaminava irrimediabilmente il lodo.

<sup>501</sup> Cassazione, sentenza 7 giugno 1989, n. 2765 in *Giustizia civile*, 1989, vol. I, p. 2345 e ss. La causa era stata affidata al collegio arbitrale costituito da tre ingegneri e riguardava alcuni vizi di conformità relativi ad un contratto d'appalto. Il collegio aveva dovuto richiedere una consulenza in materia giuridica. L'assenza, nella corte giudicante, di almeno un membro con conoscenze in materia giuridica aveva infatti reso tendenzialmente difficile individuare le norme applicabili alla specie. Nei casi di arbitrati su contratti di appalto, può capitare anche che vi siano collegi misti: professionisti giuridici ed esperti del settore dell'edilizia. Ad esempio in Coll. Arb. Roma, 7 gennaio 2014, *Comune di F. contro V.M.&A. s.r.l.*, inedito, il membro del collegio esperto del settore (un architetto, trattandosi di controversia relativa ad un appalto) è uno soltanto, gli altri due sono professionisti giuridici.

<sup>502</sup> FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 140 *“nei precedenti arbitrali il ricorso a consulenze di parte in materie giuridiche appaia di gran lunga prevalente rispetto alla nomina di periti sulle stesse questioni ad ausilio dei tribunali”*.

precisare contenuto e perimetro della normativa, senza mai sostituirsi all'arbitro nel momento della decisione<sup>503</sup>.

Con riferimento all'arbitrato domestico, certa dottrina ha percorso altra strada, distinguendo il caso in cui il consulente sia chiamato ad una mera ricerca e rilevazione dei dati (anche giuridici), dalla diversa circostanza in cui gli sia appaltata la decisione<sup>504</sup>. La funzione valutativa e decisionale è esclusivo appannaggio del collegio arbitrale e non può mai essere delegata, pena la nullità del lodo. La consulenza giuridica sarebbe quindi virtualmente possibile solo della tipologia “*deducente*” non “*percipiente*”<sup>505</sup>. Il consulente in materia giuridica potrebbe, ad esempio, ricercare, raccogliere e consegnare all'arbitro tutta la normativa di settore della controversia, ma senza dare alcun consiglio od indicazione sul *quomodo* della sua specifica applicazione. Questa lettura potrebbe suscitare qualche perplessità e sembrerebbe non aver avuto successo statistico<sup>506</sup>.

#### **4. Il giuramento**

##### **4.1 Compatibilità tra giuramento ed arbitrato: il tema della sanzione penale per falso giuramento**

Il giuramento decisorio è un mezzo di prova attualmente disciplinato dagli artt. 233 e ss. del c.p.c. ed istituito dal legislatore fin da tempi risalenti<sup>507</sup>, che nel processo ordinario sembrerebbe non aver avuto troppa fortuna da un punto di vista statistico<sup>508</sup>.

---

<sup>503</sup> Il compito del consulente è infatti “*to advise, not decide*” cfr. TACKABERRY-MARRIOTT, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, London, p. 272 citato in FABBI, *loc. ult. cit.*

<sup>504</sup> RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, I, p. 857.

<sup>505</sup> BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 6, p. 1433 e dello stesso autore si veda sul punto anche BOVE, *L'istruzione probatoria nel processo arbitrale*, cit., *passim*.

<sup>506</sup> Dato che gli arbitri sono spesso professionisti legali, è pensabile che incarichino – fuori dal contesto dell'arbitrato - i propri collaboratori del lavoro di ricerca di precedenti o di individuazione della normativa di settore, piuttosto che ricorrere ad una consulenza in materia giuridica.

<sup>507</sup> Vedi ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano 1937.

La nozione di giuramento non è presente in alcuna norma: i codici<sup>509</sup> si limitano infatti a spiegarne modalità ed effetti senza profondersi in approfondimenti definitivi. Se una parte deferisce il giuramento all'altra, questa sarà chiamata a rendere una dichiarazione in forma sacramentale su aspetti controversi della lite determinanti per la decisione. Il giuramento può vertere unicamente su fatti decisivi, il giuramento della parte sarà infatti sostanzialmente risolutivo<sup>510</sup>, come reso dalla espressione per cui “*La parte ha giurato: vince la causa; non ha giurato: perde la causa*”<sup>511</sup>. Il giuramento è quindi un precursore diretto della sentenza e, sostanzialmente, spoglia il giudice della sua funzione decisoria, rimettendo il destino della controversia nelle mani della parte chiamata a giurare, ciò che può essere accaduto, pure di recente, anche in arbitrato<sup>512</sup>.

Una sentenza della Cassazione molto risalente, con l'avvallo di nutrita dottrina dell'epoca<sup>513</sup>, sembrerebbe ammettere il giuramento anche nel giudizio arbitrale<sup>514</sup>: “*è deferibile [...] tanto nel giudizio ordinario quanto in quello arbitrale*”<sup>515</sup>. Pure in questo caso si applicherebbe il suo limite temporale naturale: il giuramento, come nel processo ordinario, dovrebbe precedere la precisazione delle conclusioni. Il mezzo di prova avrebbe poi, secondo la citata pronuncia, il medesimo funzionamento previsto per la giustizia ordinaria. Una autorevole tesi dottrinale<sup>516</sup> postula invece l'incompatibilità strutturale tra arbitrato e giuramento sulla base di una considerazione di ordine logico:

---

<sup>508</sup> Per un'analisi dettagliata, per quanto abbastanza risalente NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile*, in *Quaderni dell'Associazione degli Studiosi del processo civile*, Rimini, 1982.

<sup>509</sup> Vedi anche la disciplina del giuramento contenuta nel codice civile agli artt. 2736 e ss.

<sup>510</sup> Più diffusamente FURNO, *Natura giuridica del giuramento e libertà di valutazione giudiziale*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1947.

<sup>511</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., II, pp. 144 ss. e vedi anche PICARDI, *op. cit.*, pp. 335 e ss.

<sup>512</sup> *Quagliarella c. Pagliari*, Coll. Arbitrale Roma nominato dalla Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport, 9 gennaio 2009, pres. Auletta.

<sup>513</sup> SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 500, CARNACINI, voce *arbitrato rituale*, cit., p. 896 e VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, p. 526.

<sup>514</sup> Per un approfondimento sul tema dell'ammissibilità del giuramento vedi anche GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale (nota a lodo arbitrale 7 ottobre 1995)* in *Giustizia civile*, 1996, fasc. 4, p. 1182. La stessa autrice, in <sup>514</sup> MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997, p. 63 si esprime in questi termini: “*essi [gli arbitri] non hanno i poteri del giudice. Quindi, se assumono prove, non possono richiedere il giuramento*”.

<sup>515</sup> Cassazione, sentenza 21 marzo 1953, n. 729.

<sup>516</sup> PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 634 e ss.

se le parti hanno deferito la controversia agli arbitri con un accordo congiunto, esse hanno inteso volontariamente investire della decisione un terzo. Il giuramento sarebbe strutturalmente incompatibile con questa previa decisione, perché spoglierebbe nella sostanza il terzo del suo ruolo di giudicante. Ci sarebbe quindi un conflitto tra la volontà compromissoria e l'effettiva soluzione della lite<sup>517</sup>. Il mezzo di prova non sarebbe ammissibile perché, dato che il giuramento può essere deferito su richiesta di una sola parte, questa avrebbe singolarmente il potere di spezzare la dichiarazione congiunta cristallizzata nella convenzione arbitrale<sup>518</sup>.

Andando alla *ratio* dell'istituto, occorre rilevare che le dichiarazioni giurate hanno una particolare efficacia probatoria classificabile tra le c.d. *prove legali*: vincolano il giudice e non possono essere contraddette in motivazione e questa particolare portata probatoria è dovuta principalmente alla particolare sanzione penale, che consegue all'eventuale falsità delle dichiarazioni, con la punibilità del giurante a titolo di spergiuro. Ben poca forza coercitiva esercita invece la mera riprovazione dal punto di vista sociale od etico: se non si teme il reato di spergiuro, giurare il falso diventa una facile strada per prevalere nella lite senza alcuna fatica. La sanzione è quindi una componente fondamentale dell'istituto, necessaria per garantirne coerenza e credibilità.

Se questo reato non fosse riscontrabile in arbitrato, immaginarvi il giuramento sarebbe quindi impossibile<sup>519</sup>, in quanto se anche si volesse considerare il giuramento ammissibile indipendentemente dall'applicabilità del reato di spergiuro, l'assenza della sanzione renderebbe il deferimento un'ipotesi virtualmente possibile ma statisticamente inesistente.

Il reato, previsto dall'art. 371 c.p. e rubricato "*falso giuramento della parte*", prevede che sia punito "*chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso*". Si ritiene in certa dottrina che il reato di spergiuro non possa configurarsi al di fuori del processo civile ordinario<sup>520</sup>, dato che la norma fa espresso riferimento al giudizio civile. Questa opinione potrebbe essere confortata dalla giurisprudenza della Suprema Corte che ha

---

<sup>517</sup> PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 634 e ss.

<sup>518</sup> Questa ricostruzione non ha convinto RICCI G.F. in CARPI (a cura di), *L'arbitrato* cit., *passim* e. Nutre perplessità lo stesso RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 860 che a proposito di questa tesi, parla di "*argomentazione interessante, ma [...] non condivisibile*".

<sup>519</sup> Così BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2014, p. 349.

<sup>520</sup> FAZZALARI, *L'arbitrato*, vol. 6, Torino, 1997, pp. 70 e ss.

qualificato lo spergiuro come “*delitto contro l'amministrazione della giustizia, trattandosi di fattispecie incriminatrice lesiva dell'interesse della collettività al corretto funzionamento della giustizia*”<sup>521</sup>, ma si potrebbe legittimamente obiettare che anche l'arbitro è, *latu senso*, una forma di amministrazione della giustizia meritevole di equivalente tutela.

Vero è inoltre che nella norma si parla esplicitamente di “*giudizio civile*” e di “*sentenza*”, sicché taluno ritiene che lemmi di questo tenore rendano impossibile ogni fraintendimento: la sede naturale del giuramento sarebbe il processo civile<sup>522</sup>. Altri<sup>523</sup>, con maggiore apertura, puntano su una ricostruzione del procedimento arbitrale che lo assimili molto a quello ordinario: l'arbitrato potrebbe essere inteso come una forma di “*giudizio civile*”<sup>524</sup> ed il lodo potrebbe essere ricompreso nella nozione di sentenza. In quest'ottica si dovrebbe concludere per l'estensibilità dall'art. 371 c.p. alla giustizia privata per la punibilità anche in arbitrato del falso giuramento<sup>525</sup>.

Non condivide questa conclusione l'altro fronte dottrinale, secondo il quale basterebbe prestare attenzione alle scelte lessicali del legislatore: in tutto il titolo dedicato all'arbitrato, la pronuncia degli arbitri è definita sempre “*lodo*” e mai “*sentenza*”<sup>526</sup>.

---

<sup>521</sup> Cassazione penale, sez. VII, sentenza 19 dicembre 2013 n. 8160.

<sup>522</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 194.

<sup>523</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit. p. 156.

<sup>524</sup> AULETTA in VERDE, *op. cit.*, p. 201 parla di “*giudizio civile*” come “*espressione dotata di un più alto coefficiente di genericità e potenzialmente riferibile alla disputa in arbitrato*”.

<sup>525</sup> DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008, p. 36 propone una possibile soluzione in questi termini: “*Meglio quindi sotto questo profilo, anche valendosi del nuovo dato offerto dall'art. 824-bis c.p.c., applicare ugualmente in via analogica l'art. 271 c.p. Del resto, se ai sensi della nuova norma il lodo rituale deve essere assistito dalla medesima efficacia propria della sentenza giurisdizionale civile, diviene legittimo ritenere che la prestazione del giuramento, siccome elemento vincolante per il giudice e così direttamente determinante per la decisione, debba essere assistita dalla sanzione tipica prevista dalla legge in proposito.*”

<sup>526</sup> “*contro ogni superficiale tentazione di svalutare il dato letterale in omaggio a teoriche equiparazioni tra processo arbitrale e processo giurisdizionale sta oggi il dato, testuale e preciso, della... espulsione dei termini “sentenza” e “sentenza arbitrale”, regolarmente sostituiti da “lodo”, in tutto il Titolo del codice dedicato all'arbitrato*” LA CHINA, *loc. ult. cit.*

Le considerazioni sull'applicabilità del reato sarebbero determinanti perché, senza la sanzione dello spergiuro, sarebbe difficile<sup>527</sup> immaginare la configurabilità del giuramento in arbitrato<sup>528</sup>. Del resto, in molte realtà giuridiche estere il giuramento in arbitrato resta privo della sua conseguenza penale e questo non può che condizionarne la sua rilevanza in concreto: “*la diffusa mancanza nei singoli ordinamenti nazionali di una sanzione penale per lo spergiuro della parte rende quanto meno irrilevante il ricorso in arbitrato*”<sup>529</sup>.

Si dice, ancora, a sostegno della inammissibilità, che il giuramento è un “*segno di una particolare autorità*”<sup>530</sup> e potrebbe essere imposto solo dal magistrato. , mentre dall'altra parte vi è chi opina per un fondamento “contrattuale” dell'istituto: nel momento in cui la parte sottoscrive la convenzione arbitrale “*ha accettato il rischio del giuramento, così obbligandosi a prestarlo*”<sup>531</sup>.

Prima della riforma del 2006, per ovviare a questa carenza di autorità, si discuteva della possibile attribuzione all'arbitro della qualifica di *pubblico ufficiale*. Se ciò fosse stato possibile, l'arbitro non sarebbe più stato un semplice *quisque de populo* e ci sarebbe quel dislivello gerarchico capace di giustificare l'imposizione del giuramento. Questa strada è diventata impercorribile dopo la riforma, che ha introdotto il nuovo art. 813 comma 2: “*Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*”. La norma, che ha positivizzato l'opinione di un certo orientamento dottrinale<sup>532</sup> precedente, ha posto fine a parte delle dispute. Prima della sua introduzione, qualche precedente giurisprudenziale, nel ritenere che i verbali e le

---

<sup>527</sup> Ma altrove si ritiene che il giuramento sarebbe comunque ammissibile. Le parti sono infatti a conoscenza della mancanza di una sanzione penale e possono valutare secondo opportunità se deferire il mezzo di prova. Cfr. DANOVI, *loc. ult. cit.*, che cita AULETTA in VERDE, *op. cit.*, p. 202.

<sup>528</sup> FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 70.

<sup>529</sup> FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 115. Per una rapida disamina delle posizioni dottrinali sul giuramento vedi anche la relativa nota 80.

<sup>530</sup> Sempre LA CHINA, *loc. ult. cit.*, il quale ricorda che si giura nella Pubblica Amministrazione, avanti a magistrati o avanti ai funzionari e mai tra privati.

<sup>531</sup> VERDE, *loc. ult. cit.* ma anche AULETTA in VERDE, *op. cit.*, p. 200.

<sup>532</sup> FUSILLO, *op. cit.*, p. 323 che cita anche REDENTI, *Diritto processuale*, cit., p. 454. E VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit. 401 e ss. Questi autori leggono nell'arbitrato un contratto di mandato, ne risulterebbe quindi impossibile che siffatto vincolo generi una pubblica funzione nel destinatario. Sul tema vedi anche MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, *passim*.

attestazioni degli arbitri fossero atti pubblici<sup>533</sup>, apriva invece la strada alla possibilità di considerare l'arbitro un pubblico ufficiale.

Ad oggi, dopo l'introduzione dell'art. 813 comma 2, la dottrina ne ha concluso che “*gli arbitri non possono considerarsi pubblici ufficiali e, pertanto, il verbale [...] non costituisce atto pubblico, ma scrittura privata*”<sup>534</sup>. Secondo una prospettazione, i verbali e le attestazioni, venendo alla luce durante la procedura che è il momento esecutivo del contratto di arbitrato ed essendo prodotti dagli arbitri, la cui qualifica di pubblico ufficiale è espressamente esclusa dalla normativa, non potrebbero essere considerati atti pubblici<sup>535</sup>.

## 4.2 Le diverse forme di giuramento

Diversa storia ha invece il giuramento suppletorio, nel processo ordinario deferibile d'ufficio da parte del magistrato. Questo mezzo di prova porta alla risoluzione della controversia nel caso in cui, dopo aver assunto tutte le prove ed averle valutate, residuino ancora dubbi su talune domande od eccezioni, nel caso in cui una determinata circostanza sia stata in parte provata, ma non in modo sufficientemente convincente.

Trattasi di mezzo di prova opzionale<sup>536</sup> anche, perché, come regola generale, per risolvere eventuali situazioni di dubbio in ordine alla prova di una determinata domanda od eccezione si ricorre al meccanismo dell'*onus probandi*.

Una giurisprudenza risalente sembrerebbe ammettere questo mezzo di prova anche in arbitrato a<sup>537</sup>, sulla scorta di un orientamento manifestatosi in tal senso in alcuni lodi<sup>538</sup>.

---

<sup>533</sup> Corte d'Appello di Roma, sez. I civile, sentenza 6 novembre 1995, n. 3198 in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 2, 1996.

<sup>534</sup> SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Milano, 2011, p. 70.

<sup>535</sup> Ad una simile conclusione parte della dottrina, in verità, perveniva già prima della riforma. Cfr. ad esempio MIRABELLI-GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997, p. 62. Sulla valenza probatoria degli atti prodotti nei procedimenti arbitrali, vedi più diffusamente ROMANO, *L'efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011, pp. 49 ss.

<sup>536</sup> La sua attivazione è infatti rimessa esclusivamente ad una valutazione del giudice e consegua ad una circostanza di dubbio e di incertezza.

<sup>537</sup> Corte d'Appello di Roma, sentenza 6 novembre 1995, in *Rivista dell'arbitrato*, 1996, pp. 371 e ss. con nota di FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*. La sentenza in realtà si pone in una diversa ottica: non semplicemente riconosce cittadinanza allo strumento del giuramento suppletorio

Anche in tal caso la dottrina ha mostrato orientamenti contrastanti: se alcuno ha condiviso le conclusioni della giurisprudenza citata<sup>539</sup>, altri hanno ritenuto la inammissibilità di qualsiasi forma di giuramento<sup>540</sup>. In particolare, ritengono alcuni che l'arbitro appalterebbe in tal modo la decisione al soggetto chiamato al giuramento<sup>541</sup>, spogliandosi della funzione che è chiamato ad assolvere. Il che, in modo simile a quanto detto per il giuramento decisorio, nuocerebbe al comune intendimento dei litiganti manifestato nella convenzione d'arbitrato.

Le due diverse tipologie di giuramento hanno una struttura diversa e le considerazioni sulla loro ammissibilità in arbitrato potrebbero essere divergenti: non è mancato chi, escludendo il giuramento decisorio, ha invece mostrato atteggiamento dubitativo nei confronti del giuramento suppletorio<sup>542</sup>.

Potrebbe ritenersi che la prima forma sia più invasiva della volontà compromissoria, mentre il giuramento suppletorio presenta, rispetto a questo modello, due differenze importanti. È deferibile d'ufficio e riguarda solo il caso in cui su determinate questioni la prova sia insufficiente. Inoltre, come si è notato, esso ha “*natura integrativa*” e non sempre è “*preclusivo della successiva ricerca di dati contrastanti*”<sup>543</sup>; per questo motivo potrebbe lasciare comunque un certo spazio di manovra nell'acquisizione di ulteriori prove a confutazione. Il suo utilizzo è di mero supporto al compendio probatorio e questa sua funzione ancillare lo renderebbe più serenamente ammissibile nel contesto dell'arbitrato.

---

in sé e per sé, quanto piuttosto predica una possibile trasmigrabilità delle norme del processo ordinario in arbitrato. In quest'ottica, la disciplina del giuramento suppletorio è trascinata in arbitrato *tra le altre*, non peculiarmente.

<sup>538</sup> Per citarne uno, Collegio Arbitrale Roma 8 aprile 1991 riportato in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 757 e ss. Il lodo sembra propendere per l'ammissibilità del giuramento in arbitrato, senza subordinarla ad una diretta applicabilità norme processuali del codice civile nel suo complesso.

<sup>539</sup> RUBINO SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 860.

<sup>540</sup> LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza.*, cit., p. 194.

<sup>541</sup> In questo ordine di idee, ma con qualche differenza VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma in rivista dell'arbitrato*, 1997, *passim*.

<sup>542</sup> REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 469.

<sup>543</sup> AULETTA in VERDE, *op. cit.*, p. 200.

Non è mancato chi ha definito tendenzialmente prevalente l'orientamento favorevole all'ammissibilità indiscriminata del giuramento in ogni sua forma<sup>544</sup>. Questa conclusione è solitamente raggiunta sulla base di una considerazione relativa all'assimilabilità tra arbitrato e processo ordinario, rilevata anche da alcuni precedenti arbitrali<sup>545</sup>.

Il problema potrebbe essere risolto anche da altra prospettiva: ritenendo che siano le parti a poter decidere se ammettere il giuramento, con apposito accordo nella convenzione arbitrale o nell'ambito del proprio potere di determinare forme e modi della procedura<sup>546</sup>.

Da ultimo, altra teoria prospettabile<sup>547</sup> è quella per cui il giuramento potrebbe ammettersi anche in arbitrato, ma quale prova liberamente valutabile<sup>548</sup>. In questo caso, il giuramento avrebbe lo stesso valore non vincolante di qualsiasi altra dichiarazione resa in giudizio in forme non sacramentali e le principali cautele apprestate dal legislatore in considerazione della particolare efficacia probatoria nel giudizio ordinario non avrebbero quindi alcuna ragion d'essere in arbitrato.

---

<sup>544</sup> AULETTA in VERDE, *op. cit.*, p. 201 afferma, con abbondanza di riferimenti: “*sta di fatto che studiosi e pratici tendenzialmente riconoscono cittadinanza nell'arbitrato al giuramento decisorio, suppletorio ed estimatorio*”.

<sup>545</sup> Collegio arbitrale Roma, 7 ottobre 1995, in *Giustizia civile*, 1996, I, 1182.

<sup>546</sup> PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., *passim*, citato anche da FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, loc. ult. cit.

<sup>547</sup> Ne parla BOVE, *op. cit.*, p. 992.

<sup>548</sup> Tra i sostenitori di questa teoria sembrerebbe esserci BOVE, *op. cit.*, p. 970, secondo il quale in arbitrato sarebbe anche superfluo parlare di argomenti di prova. Sul processo ordinario vedi invece TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura poi pubblicata nei Quaderni del CSM all'indirizzo [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_108/quad\\_108\\_25.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_108/quad_108_25.pdf).

## 5. La prova documentale

### 5.1 Premessa: le prove documentali alla luce della recente evoluzione tecnologica

Le prove documentali rappresentano una importante fonte di prova nel giudizio civile. Nello specifico settore dell'arbitrato, tra le questioni complesse vi sono quella relativa alla efficacia dell'atto pubblico ed alle conseguenze dell'eventuale apertura di una "parentesi" per l'accertamento della sua falsità. Altro dubbio riguarda l'ampiezza dei poteri d'ufficio del giudice nel disporre l'esibizione di documenti: nel processo ordinario l'ordine di esibizione deve essere emesso su impulso della parte, in arbitrato si immaginava una iniziativa ufficiosa più significativa.

Prima di procedere all'analisi di siffatte questioni, è necessaria per chiarire che nella categoria di prova documentale si comprendono non solo i documenti in senso tradizionale, ovvero quelli su supporto materiale cartaceo redatti a mano o con mezzi di dattiloscrittura. L'evoluzione tecnologica e l'assenza di una definizione codicistica di "documento" hanno consentito di introdurre nella categoria anche forme di rappresentazione del pensiero umano e dei fatti connesse con i mezzi informatici. Secondo autorevole e risalente dottrina, infatti, un documento è semplicemente "*una cosa rappresentativa di un fatto giuridicamente rilevante*"<sup>549</sup>. Nessuna norma del codice circoscrive questa categoria di mezzi probatori e, ad oggi, le maglie interpretative della dottrina sembrerebbero abbastanza ampie<sup>550</sup>. Esiste invece una specifica definizione normativa di "documento informatico" contenuta nel Codice dell'amministrazione digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82) all'art. 1, c. 1, lett. p): esso è "*la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*". Un file informatico, a certe condizioni, viene tranquillamente considerato documento ai fini di un giudizio civile ed analogo percorso di assimilazione ha ad esempio riguardato l'uso del telex<sup>551</sup>, o dei messaggi su software di trasmissione istantanea<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992, p. 138.

<sup>550</sup> GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, cit., p. 484.

<sup>551</sup> MOSCOGIURI, *Sull'efficacia probatoria del messaggio telex*, in *Nuovo diritto*, 1981, p. 280 e ss.

I termini della questione sono simili tra processo ordinario ed arbitrato: anche in tal caso, nessuna norma del codice di rito nel titolo relativo all'arbitrato disciplina specificamente il profilo delle prove documentali<sup>553</sup>.

Laddove nel processo civile vi era stata qualche supplementare reticenza sull'ammissibilità di documenti informatici, in arbitrato sembrava esserci già maggior apertura<sup>554</sup>. Mentre per i documenti elettronici firmati (digitalmente od elettronicamente) si tendeva a riconoscere un certo valore probatorio<sup>555</sup>, la rilevanza di documenti informatici *non firmati* era stata a volte revocata in dubbio<sup>556</sup>. L'attendibilità e la paternità, in quest'ultimo caso, sono infatti notevolmente più difficili da accertare, essendo impossibile, a differenza delle scritture in cartaceo, qualsiasi forma di perizia che come quella calligrafica, fornisca la prova diretta dell'autore.

In arbitrato, comunque, si è manifestata fin da principio notevole apertura. Si consideri peraltro che alcune forme di arbitrato moderne (si pensi al sistema di *online dispute resolution* in relazione alle liti consumeristiche in ambito comunitario<sup>557</sup>) hanno previsto una parziale o integrale informatizzazione della procedura.

---

<sup>552</sup> Si pensi alla comunicazione che avviene su determinate app per smartphone: si può ben dire che queste forme di interazione hanno sostituito le lettere ed i plichi cartacei, ma l'accertamento della paternità effettiva in questi casi può essere notevolmente più difficile. Questioni di questo tipo erano emerse già in BORRUSO, *Il documento informatico nei suoi più recenti sviluppi*, in *Legalità e giustizia*, 1995 e DE SANTIS, *Valore probatorio del documento informatico nel processo civile*, in *Documenti giustizia*, 1990.

<sup>553</sup> L'art. 816 *ter*, che contiene la maggior parte dei riferimenti ai mezzi di prova, nulla dice circa i documenti e la loro efficacia probatoria. La norma si interessa esplicitamente solo di testimonianza, richiesta di informazioni alla P.A. e consulenza tecnica.

<sup>554</sup> Per un'analisi dell'interazione tra evoluzione tecnologica ed arbitrato, si veda RICCIARDI, *Informatica e telematica nella risoluzione delle controversie: ADR e processo telematico* in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2002.

<sup>555</sup> Per un approfondimento sulla firma digitale e sulla sottoscrizione con mezzi telematici del documento informatico, cfr. CIACCI, *la firma digitale*, Milano, 2002.

<sup>556</sup> Vedi ZUCCONI GALLI FONSECA, *Compromesso sub art. 807* in MENCHINI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 45 e SCARPA, *Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 2, 2007.

<sup>557</sup> Sulle online dispute resolution in generale vedi MINERVINI, *Le online dispute resolution (ODR)*, Napoli, 2016. Sulle ODR in ambito consumeristico DEL NINNO, *Le nuove regole UE per la risoluzione alternativa delle controversie: la Direttiva ADR e il Regolamento ODR sulle dispute E-commerce con i consumatori on line* in *Diritto e giustizia*, 2014.

Si aggiunga che, persino per la stipula del compromesso, il legislatore ammette il ricorso al “*messaggio informatico*”<sup>558</sup>: l’art. 807 c.p.c. infatti, nel richiedere la forma scritta, afferma espressamente che tale requisito si considera soddisfatto “*quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo o telescrivente telefacsimile o messaggio telematico*”, purché nel rispetto della normativa eventualmente applicabile. Questa possibilità consentirebbe, in alcune circostanze, di impiegare gli strumenti tecnologici per semplificare e velocizzare redazione ed approvazione della convenzione arbitrale.

Date tali premesse, è necessario ora rammentare che i documenti si dividono in due categorie: scritture private ed atti pubblici.

Le scritture private sono una forma di prova documentale che può essere redatta da chiunque e che non ha particolari requisiti in ordine alla paternità ed alla forma<sup>559</sup>, potendo provenire dal *quisque de populo*<sup>560</sup>.

Quanto alla scrittura privata, si ritiene genericamente che sia imprescindibile, in arbitrato come nel processo ordinario, dare al presunto autore del documento il diritto di disconoscerlo<sup>561</sup>. Nel processo ordinario, la parte nei cui confronti sia prodotta una scrittura privata, ha sempre la facoltà di disconoscerla ai sensi dell’articolo 214 c.p.c.<sup>562</sup>, esponendosi ad un giudizio di accertamento<sup>563</sup>. Dato che il disconoscimento non è un atto giudiziario a contenuto vincolato, bensì una semplice dichiarazione, un semplice

---

<sup>558</sup> TIZI, *La forma dell’accordo arbitrale rituale*, in *Rivista dell’arbitrato*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2004, p. 634 e ss.

<sup>559</sup> Per una disamina completa ed un approfondimento sistematico sulla definizione LASERRA, *La scrittura privata*, Napoli, 1959.

<sup>560</sup> A differenza dell’atto pubblico, la cui paternità è sempre riconoscibile ad un pubblico ufficiale, come ad esempio un notaio. Un caso particolare è costituito dalla scrittura privata autenticata, il quale salda i due universi: il documento è formato da un privato, ma la sua paternità è accertata da un pubblico ufficiale che attesta, con la propria sottoscrizione, la provenienza del documento da un soggetto fino a querela di falso.

<sup>561</sup> Nel processo civile ordinario il diritto spetta sulla base dell’art. 214 c.p.c., il quale testualmente prevede “*Colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione.*”.

<sup>562</sup> Vedi più diffusamente PANDOLFI, *Brevi note in tema di disconoscimento e verifica di scrittura privata*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, *passim*.

<sup>563</sup> DENTI, *Verifica della scrittura privata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997.

“fatto giuridicamente rilevante”<sup>564</sup>, qualche autore ha ritenuto che lo stesso tipo di diritto si estenderebbe senza problemi anche all’arbitrato, così anche per la verificaione<sup>565</sup>.

La dottrina sembrerebbe essersi cristallizzata lungo due filoni<sup>566</sup>. Un primo orientamento ritiene che l’incidente di verificaione, nel processo civile, sia un vero e proprio mezzo istruttorio, uno strumento di accertamento della prova<sup>567</sup>. Se lo si considerasse tale, sembrerebbe possibile ammetterlo in arbitrato. Vi sarebbe una differenza sostanziale rispetto alla querela di falso: diversamente da quest’ultima, la verificaione “non dà origine ad un autonomo giudizio, ma si inserisc[e] nell’attività diretta all’acquisizione e alla valutazione delle prove”<sup>568</sup>. Sicché la questione potrebbe sempre essere trattata incidentalmente da qualsiasi giudicante avanti al quale si manifesti, compresi gli arbitri<sup>569</sup>.

Un secondo ordine di idee<sup>570</sup> ritiene invece che la verificaione, al pari della querela di falso, sarebbe un giudizio sostanzialmente indipendente ed autosufficiente, non trapiantabile dunque all’interno della procedura arbitrale come *incidente*.

Seppure sia auspicabile che l’accertamento della paternità avvenga con pronuncia avente efficacia *erga omnes*<sup>571</sup>, si deve comunque rilevare che l’autenticità delle scritture private ed il suo accertamento sembrerebbero rientrare nella sfera dei diritti

---

<sup>564</sup> Confronta più ampiamente VERDE, voce *scrittura privata*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Volume XXV, Roma, 1991.

<sup>565</sup> Cfr. LA CHINA, *op. cit.*, p. 199.

<sup>566</sup> Almeno così ritiene MAGNONE CAVATORTA, *cit.*, p. 147.

<sup>567</sup> In questo ordine di idee CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, III, Padova, 1939, p. 209 e MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1999, pp. 175 e ss.

<sup>568</sup> MAGNONE CAVATORTA, *cit.*, p. 149 che, sulla scorta di queste considerazioni, propende per l’ammissibilità in arbitrato.

<sup>569</sup> Questa tesi è sostenuta da DENTI, *La verificaione delle prove documentali*, Torino, 1957 che menziona esemplificativamente tra i soggetti potenzialmente competenti a decidere l’incidente tanto gli arbitri, quanto i giudici speciali, quanto i giudici di pace.

<sup>570</sup> RICCI E.F., *La prova nell’arbitrato rituale*, *cit.*, Pp. 57-59 ma anche LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 133. In tempi più recenti lo stesso AULETTA, *L’istruzione probatoria*, in VERDE, *cit.*, *passim* sembrerebbe in questo ordine di idee, seppur con qualche temperamento.

<sup>571</sup> Per questi motivi, la giurisprudenza sembrerebbe aver ritenuto che non sia arbitrabile la sola verificaione del documento. Si tratterebbe di un caso di non compromettibilità, ma cfr. Cassazione, sentenza 28 marzo 1995, n. 3674.

disponibili<sup>572</sup>. In questo caso, far riconfluire in arbitrato il giudizio di verifica potrebbe essere astrattamente possibile. Secondo una tesi, osterebbe a questa conclusione una considerazione di ordine pratico: gli arbitri non sembrano provvisti dell'autorità per ordinare il deposito di scritture a fini comparativi<sup>573</sup>. Senza la possibilità concreta di estrarre altrove un campione di scrittura del presunto autore del documento, risulterebbe concretamente difficile condurre un incidente di verifica<sup>574</sup>.

Diversa disciplina è invece riservata all'atto pubblico, quel documento formato da un pubblico ufficiale cui il legislatore attribuisce una particolare efficacia probatoria<sup>575</sup>. Per smentire la verità di un documento di questo tipo, è infatti necessario che si svolga un apposito giudizio volto ad accertarne la falsità. Fino a che essa non sia stata dichiarata all'esito del relativo procedimento di querela avanti al collegio, il documento mantiene il valore di prova legale<sup>576</sup>.

## 5.2 L'atto pubblico e la proposizione della querela di falso

La dottrina ha da sempre nutrito molti dubbi sul possibile ingresso in arbitrato del giudizio di querela di falso. Si è a volte ritenuto che sia impossibile per gli arbitri decidere siffatta questione incidentalmente, per una incompatibilità strutturale tra arbitrato e giudizio di falso<sup>577</sup>. Le ragioni che hanno indotto gli studiosi a questa determinazione sono varie e si basano su diversi assunti.

Tra le altre, qualche tesi dottrinale<sup>578</sup> sottolinea che, nell'incidente di falso relativo all'atto pubblico nel processo ordinario, viene coinvolto il pubblico ministero<sup>579</sup>, il cui

---

<sup>572</sup> BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato.*, I, Torino, 1999, Pp. 76 ss.

<sup>573</sup> L'art. 218 c.c. parla delle scritture di comparazione. Si tratta di documenti manoscritti dal presunto autore della scrittura contestata che sono acquisiti in giudizio a fini di campionatura della scrittura e di confronto calligrafico.

<sup>574</sup> SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 499.

<sup>575</sup> Cfr. art. 2699 c.c.

<sup>576</sup> L'art. 2700 afferma esplicitamente che "*l'atto pubblico fa piena prova, fino a querela di falso*".

<sup>577</sup> AULETTA, *L'istruzione probatoria* in VERDE, cit., pp. 204 s.

<sup>578</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 201.

intervento è obbligatorio ai sensi dell'art. 221, ciò, si suole ritenere, per il potenziale interessamento di diritti indisponibili<sup>580</sup> e di situazioni penalmente rilevanti. In molti casi, infatti, il giudizio di querela può concludersi con l'accertamento della falsa dichiarazione di un pubblico ufficiale, fatto penalmente sanzionabile<sup>581</sup>.

In alcune di queste prospettazioni, la necessaria presenza del P.M. indurrebbe ad escludere la compatibilità dell'istituto con l'arbitrato. Uno storico orientamento ritiene infatti che l'intervento necessario del P.M. sia indice delle indisponibilità del diritto e, di conseguenza<sup>582</sup>, della incompromettibilità della controversia<sup>583</sup>. Si legge in dottrina: “*si può dar per certo che, ove sia previsto come obbligatorio l'intervento del P.M., la controversia ha ad oggetto un diritto indisponibile*”<sup>584</sup>. In quest'ottica, se la partecipazione del P.M. al giudizio di falso è necessaria, le relative situazioni giuridiche sarebbero indisponibili e, come tali, non potrebbero essere decise in arbitrato: ci sarebbe un'incompatibilità di fondo con la giustizia privata.

Si consideri inoltre che la querela di falso secondo il codice può essere decisa solo dal Tribunale, che ha competenza funzionale ed inderogabile sul tema<sup>585</sup>, il quale deve

---

<sup>579</sup> LA CHINA, *op. cit.*, p. 201 definisce la configurabilità della querela di falso in arbitrato “*inconcepibile*” per via della necessaria partecipazione del PM.

<sup>580</sup> Sulla querela di falso nel processo civile, cfr. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile* in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, Bologna, 1995, pag. 663 e ss.

<sup>581</sup> La conseguenza è solo eventuale. In ogni caso, fornire la prova della falsità del documento e del ruolo eventuale del pubblico ufficiale può non essere troppo agevole. Sul tema della prova della falsità, *adde* l'indagine di VANZ, *Querela di falso e prova della falsità: un'esatta distinzione tra rigore e formalismo* – Nota a Cassazione civile, 03 febbraio 2001, n. 1537, sez. Lavoro, in *Giurisprudenza italiana*. 2001, 11, 2030.

<sup>582</sup> L'art. 806 c.p.c. esclude espressamente che possano essere decise dagli arbitri le controversie su diritti indisponibili, come si diceva retro nel primo capitolo.

<sup>583</sup> Sulla indisponibilità delle liti in cui sia necessaria la presenza del P.M. vedi PUNZI, *Disegno*, cit., I, 225; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 43; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 74; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2008, pp. 43 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 264, citati da IRRERA, CATALANO, *I limiti soggettivi ed oggettivi della clausola compromissoria statutaria*, in ALPA, VIGORITI (a cura di), *Arbitrato*, Torino, 2013.

<sup>584</sup> GIORGETTI, BENIGNI, *La disciplina inderogabile del nuovo procedimento arbitrale societario. La decisione dell'arbitrato* in

<sup>585</sup> In tal senso la giurisprudenza consolidata, a titolo di esempio si veda Cassazione civile, sezione III, sentenza 11 dicembre 1991, n. 13384.

peraltro pronunciarsi in composizione sempre collegiale (come esplicitamente richiesto dall'art. 225).

Si deve poi considerare altro profilo relativo agli effetti della sentenza di verità o falsità. La pronuncia del tribunale sulla querela di falso proposta nei confronti di un atto pubblico ha una portata, secondo il suo schema naturale, che esorbita dal singolo giudizio e che si spiega *erga omnes*: “*la querela di falso [...] ha il fine di privare un atto pubblico della sua intrinseca idoneità a “far fede” [...] eliminandone, oltre all'efficacia sua propria, qualsiasi ulteriore effetto attribuitogli, sotto altro aspetto, dalla legge. Ne consegue che la relativa sentenza, eliminando ogni incertezza sulla veridicità o meno del documento, riveste efficacia “erga omnes”*<sup>586</sup>. Sarebbe quindi impossibile incaricare gli arbitri di una pronuncia di questo tipo, dato che potrebbero essere potenzialmente coinvolti gli interessi di terzi soggetti esterni<sup>587</sup> e “*gli arbitri, non essendo pubblici ufficiali, non possono conferire certezza al documento impugnato con sentenza che farebbe stato erga omnes*”<sup>588</sup>. Si potrebbe però obiettare che, come per ogni altro incidente rimesso alla loro decisione, gli arbitri possano pronunciarsi senza efficacia di giudicato e senza produrre effetti esterni<sup>589</sup> rispetto alla procedura arbitrale. Una tesi<sup>590</sup>, in questo ordine di idee, ha sostenuto che basterebbe la domanda di parte per consentire l'ingresso in arbitrato della questione; il collegio giudicherebbe sulla questione ai soli fini dell'arbitrato e senza pretese di giudicato.

---

<sup>586</sup> Cassazione, sezione prima, sentenza 20 giugno 2000, 8362, v. anche CHITO, *Querela di falso: la Cassazione conferma l'assoluta autonomia del procedimento*, nota a Cassazione Civile, sez. II, sentenza 28 maggio 2007, n° 12399, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2007.

<sup>587</sup> Il che giustifica a maggior ragione la presenza in giudizio del P.M., organo istituzionalmente deputato a rivestire un ruolo qualora possano entrare in gioco situazioni giuridiche indisponibili o interessi della comunità.

<sup>588</sup> BOSSI, *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, 2012, p. 261.

<sup>589</sup> L'art. 819 c.p.c. prevede che “*Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge*”.

<sup>590</sup> DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009, fasc. 1, pp. 170 ss. e BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, p. 241, ma *contra* ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1025 in particolare nota 49 che ritiene questa tesi questa tesi “*manifestamente errata*”.

Altri autori hanno invece sostenuto che la decisione della querela di falso in arbitrato sarebbe affetta da inesistenza giuridica<sup>591</sup>.

Si aggiunga che dalla normativa emerge con chiarezza l'insuscettibilità della querela di falso di essere risolta attraverso la via della transazione, se non a certe limitate condizioni<sup>592</sup>. Questa constatazione ha avvalorato secondo alcuni l'idea che sia impossibile risolvere siffatta querela in sede di processo arbitrale<sup>593</sup>.

Si consideri poi un ultimo profilo in cui i documenti e la loro falsità rilevano in modo determinante: il lodo arbitrale, oltre alla impugnazione per così dire “*naturale*” consistente nell'azione di nullità nel solco dell'art. 829, può essere anche sottoposto a revocazione. La falsità di un documento usato come prova, se accertata successivamente alla definitiva pronuncia del collegio in separato giudizio, può costituire motivo di revocazione e sarebbe quindi una importante via per annullare un lodo ingiusto<sup>594</sup>.

### **5.3 Disclosure e documenti in possesso della parte**

Nel giudizio ordinario, il giudice può ordinare l'esibizione di determinati documenti, ma solo se la richiesta proviene dalla parte e serve ad integrare il patrimonio in vista della decisione<sup>595</sup>. In talune realtà giuridiche continentali, alle parti è prescritto di presentare eventuali documenti utili ai fini della decisione di cui siano in possesso fin dalla fase introduttiva del giudizio.

Nel nostro ordinamento, le parti hanno la possibilità di valutare i documenti fin da principio, il che favorisce anche l'esprimersi del principio del contraddittorio. Le singole prove documentali possono però emergere anche in un momento successivo, nel

---

<sup>591</sup> Così ZULBERTI, *loc. ult. cit.*

<sup>592</sup> L'art. 1968 c.c. prevede la transigibilità nel giudizio di falso, ma condizionandola all'omologazione del tribunale, sentito il pubblico ministero. In verità, MARENCO, *op. cit.*, p. 312 ritiene che siffatta transazione riguardi le sole conseguenze patrimoniali e non possa validamente influire sulla pubblica fede del documento. Esiste poi la possibilità di concordare il “*ritiro*” del documento che è cosa ben diversa dalla transazione relativa alla sua verità o falsità. Il ritiro semplicemente esclude la prova documentale dal patrimonio probatorio, ma nulla dice circa la sua essenza.

<sup>593</sup> DENTI, *op. cit.*, p. 249.

<sup>594</sup> Si tratta del motivo di revocazione enucleato sotto il n. 2 dell'art. 395 c.p.c., richiamato per l'arbitrato nell'art. 831.

<sup>595</sup> Cfr. Cassazione civile, sezione I, sentenza 27 marzo 1996, n. 2760.

qual caso la parte può presentare la prova spontaneamente o richiedere al giudice che ordini l'esibizione a chi la detiene. Naturalmente, è presumibile che la parte produca all'inizio del giudizio unicamente documenti nel proprio interesse, tralasciando l'esibizione di prove che potrebbero esserle sfavorevoli. In questo caso, spetterebbe alla controparte richiedere l'esibizione. L'art. 94 disp. att. c.p.c.<sup>596</sup> richiede però certi requisiti perché il giudice possa pronunciare l'ordine: il richiedente deve provare l'esistenza e specificare identità e contenuto del documento<sup>597</sup>, il che rende impossibile una richiesta più ampia e generica, in controtendenza con qualche realtà estera.

Più di uno studioso ha conseguentemente escluso che possano riprodursi nell'ordinamento italiano procedimenti di *discovery o disclosure of evidence*<sup>598</sup>, caratteristici di realtà giuridiche estere. Il nostro sistema escluderebbe in radice un abuso dell'esibizione documentale: sarebbe concretamente impossibile formulare una richiesta a scopi meramente esplorativi, considerato il grado di dettaglio da cui deve essere caratterizzata<sup>599</sup>.

La dottrina si è comunque domandata se, a differenza del processo ordinario, in arbitrato si potesse lasciare maggiore spazio di manovra all'ordine di esibizione<sup>600</sup>. Se si abbraccia la teoria che riconosce in capo agli arbitri ampi poteri officiosi<sup>601</sup>, sembrerebbe potersi concludere che in arbitrato l'arbitro possa richiedere l'esibizione di documenti anche senza iniziativa di parte. Si deve però ricordare che l'ordine di esibizione pronunciato dall'arbitro non potrà sortire alcun effetto vincolante nei confronti del terzo esterno al giudizio cui sia rivolto. Se è rivolto alla parte, l'arbitro

---

<sup>596</sup> “L'istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede”.

<sup>597</sup> Su cosa debba intendersi per effettiva “presentazione” dei documenti si rimanda a COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 563 ss.

<sup>598</sup> Esplicitamente LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 199

<sup>599</sup> Questo tipo di richieste a fini esplorativi hanno la funzione di catturare il maggior numero di documenti possibile ed hanno acquistato la denominazione di *fishing expeditions*.

<sup>600</sup> MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, p. 106.

<sup>601</sup> Sostenuta da LA CHINA, *op. cit.*, *passim*, RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., pp. 92 ss. e altri. Per maggiore approfondimento vedi retro il relativo paragrafo.

potrà dedurre argomenti di prova<sup>602</sup> dall'eventuale mancata collaborazione, ma se la richiesta si proietta su un terzo l'eventuale rifiuto resterà privo di rimedio<sup>603</sup>. Da questa considerazione, la prassi aveva a volte dedotto una totale inammissibilità in arbitrato dell'ordine di esibizione nei confronti dei terzi<sup>604</sup>, ricevendo poi l'avvallo di certa dottrina<sup>605</sup>.

Altro orientamento nella giurisprudenza arbitrale aveva invece abbracciato l'idea che l'esibizione documentale fosse sempre consentita, seppure con gli stessi limiti del processo civile<sup>606</sup>. Starebbe a margine che, come in altri casi, l'ordine del giudice sarebbe disarmato di una forma di assistenza giudiziaria e, come tale, si risolverebbe più in un *invito* che in una vera forma di coercizione autoritaria.

Naturalmente, occorre dar conto del fatto che, se le parti si sono specificamente pronunciate sul punto con una determinazione pattizia, i problemi relativi al perimetro dell'ordine di esibizione verrebbero meno<sup>607</sup>. Ben potrebbe accadere che le parti richiamino le norme del c.p.c. o, persino, vogliano volontariamente conferire agli arbitri il potere di disporre qualsiasi esibizione documentale. In quest'ultimo caso; resterebbe unicamente il problema della potenziale ritrosia del terzo cui l'ordine sia rivolto.

## 6. Cenni ad altri mezzi di prova

Conclusivamente, occorre dedicare qualche considerazione ad altri mezzi di prova: l'ispezione, la confessione e la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione.

---

<sup>602</sup> Si rinvia per approfondimenti a FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 70, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 133 e PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 133.

<sup>603</sup> Si tratta infatti di ordini "disarmati", sul punto lo stesso BOVE, *op. cit.* Si veda a riguardo l'apposito paragrafo retro.

<sup>604</sup> "la mancanza dello *jur imperii*, che la legge riserva al giudice ordinario, preclude al collegio arbitrale di ordinare l'esibizione di documenti" così testualmente in Collegio arbitrale, lodo 5 luglio 1990, n. 66 in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1991, p. 1735.

<sup>605</sup> ANDRIOLI, *op. cit.*, IV, p. 830 e FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., p. 70.

<sup>606</sup> *Graci c. Anas*, Collegio arbitrale, 3 marzo 1968, in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1987., p. 63.

<sup>607</sup> Ne parla MAGNONE CAVATORTA, *op. cit.*, pp. 112 e s.

Per quanto riguarda l'ordine di ispezione, qualche voce in dottrina aveva mostrato perplessità sulla sua ammissibilità<sup>608</sup>. In particolare, si era affermato che il difetto di *jus imperii* precludesse agli arbitri l'uso di questo mezzo di prova<sup>609</sup>. In realtà, l'assenza di uno strumento di coercizione influisce solo sull'acquisizione in concreto della prova e non dovrebbe precluderne l'ammissibilità in astratto<sup>610</sup>. L'arbitro ben potrebbe disporre l'ispezione, pur consapevole che la sua concreta realizzazione richiede la cooperazione del destinatario.

Il provvedimento dell'arbitro, come si accennava retro, si tradurrebbe semplicemente in un invito e richiederebbe un contributo del soggetto nella cui disponibilità si trovano i locali da ispezionare<sup>611</sup>. Se questi desidera cooperare, l'assunzione della prova avviene fisiologicamente.

Peraltro, se il destinatario dell'ordine fosse una delle parti, l'arbitro potrebbe trarre argomenti di prova dalla sua mancata collaborazione<sup>612</sup>. Nel caso in cui il luogo da ispezionare sia invece nella disponibilità di un terzo, l'eventuale rifiuto non potrà invece avere alcuna conseguenza sulla procedura, dato che l'arbitro non ha alcun potere autoritativo per imporsi sui privati estranei alla controversia<sup>613</sup>.

Si consideri, in ogni caso, che anche nel processo ordinario il provvedimento disponente l'ispezione non è specificamente coercibile. Se il destinatario è una parte, anche in questo caso il giudicante può dedurre argomenti di prova. Se il destinatario è un terzo,

---

<sup>608</sup> In argomento, anche RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 120 e *passim*.

<sup>609</sup> CARNACINI, voce *arbitrato rituale*, cit., p. 890.

<sup>610</sup> In questo ordine di idee RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 862 e PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 668.

<sup>611</sup> La collaborazione spontanea del terzo consentirebbe all'*invito* dell'arbitro di realizzare pienamente il suo scopo: l'ammissione della prova diventerebbe pienamente possibile.

<sup>612</sup> In ottica generale, la dottrina consolidata ritiene infatti che la parte debba sopportare le “*conseguenze negative*” della propria mancata collaborazione nel corso dell'istruttoria. Cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato*, VI, Torino, 1997, p. 70, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 133 ma anche lo stesso PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 133.

<sup>613</sup> AULETTA, *op. cit.*, p. 202, secondo il quale lo *jus imperii* appartiene solo al giudice statale che, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, esprime una particolare autorità e non anche all'arbitro.

invece, questi subirà una multa in denaro<sup>614</sup> per sua mancata collaborazione: siffatta sanzione pecuniaria non è invece prevista in arbitrato<sup>615</sup>.

Quanto poi alla confessione, la dottrina è divisa, tra chi ne nega la ammissibilità in arbitrato e chi ritiene che essa sia pacificamente ammissibile anche in questa sede<sup>616</sup>.

Si deve considerare che, per il processo civile ordinario, il principale addentellato normativo di riferimento è l'art. 2733 del codice civile. La norma indica una particolare sede in cui deve darsi luogo alla confessione: "*in giudizio*". Se si volesse abbracciare la tesi che nutre maggiori perplessità sulla giurisdizionalità<sup>617</sup> dell'arbitrato, siffatto mezzo di prova non sarebbe compatibile con la giustizia privata. Eppure, la confessione c.d. "*giudiziale*" è solo una tra le due forme possibili per questa prova: esiste anche quella c.d. *stragiudiziale*, disciplinata dall'art. 2735 c.c. Secondo un autore, l'esistenza di questa duplicità testimonia che "*potendo essere la confessione sia giudiziale che stragiudiziale, non è legata al processo civile giudiziario, dunque è concepibile ed ammissibile il volerla provare anche nel procedimento arbitrale*"<sup>618</sup>. Sembrerebbe, per altro verso, rilevante anche la scelta linguistica del legislatore: la norma parla genericamente di "*giudizio*" senza specificare che debba trattarsi di "*giudizio civile*" o "*giudizio ordinario*"<sup>619</sup>.

A volerla ammettere in arbitrato, considerate le premesse positive sulla sua *giurisdizionalità*, la confessione resa avanti agli arbitri dovrebbe essere considerata

---

<sup>614</sup> Come disposto dall'art. 118 c.p.c.

<sup>615</sup> "è vero che, per il soggetto richiesto, il provvedimento arbitrale non vale più di un invito proveniente da un privato qualsiasi": DELLA PIETRA, *Il procedimento in VERDE, Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 162.

<sup>616</sup> Per un riepilogo delle varie posizioni: PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 258 e RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 768.

<sup>617</sup> Ma, come si è detto, la giurisprudenza di legittimità sembra orientata fin da tempi risalenti nel considerare l'arbitrato rituale una vera e propria forma di giurisdizione, alternativa rispetto a quella ordinaria. Si vedano Cassazione civile, sentenza 8 aprile 1981, n. 1995, Cassazione civile, sentenza 8 febbraio 1985, n. 1028, Cassazione civile, sentenza 29 novembre 1989, n. 5205.

<sup>618</sup> LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., p. 195.

<sup>619</sup> VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 155

*giudiziale*; se anche si volessero nutrire delle perplessità a tal proposito, potrebbe in ogni caso essere ricondotta alla confessione *stragiudiziale*<sup>620</sup>.

Nel processo ordinario, eventuali dichiarazioni confessorie fanno piena prova e quindi vincolano il giudice, orientandone la decisione in un senso o nell'altro. In arbitrato, l'efficacia probatoria rafforzata della confessione è stata a volte posta in dubbio dalla dottrina<sup>621</sup>: si è ritenuto, a volte, che essa sarebbe liberamente valutabile in base al principio di prudente apprezzamento. Peraltro, si è già detto che alcuni dubitano della stessa esistenza di un concetto di “*prova legale*” in arbitrato<sup>622</sup>. Autorevole dottrina<sup>623</sup>, invece, sostiene che questo mezzo di prova trasmigri in arbitrato con tutte le proprie caratteristiche, compresa la particolare forza probatoria. Si consideri, conclusivamente, che nessun ostacolo di ordine logico o sistematico sembrerebbe porsi all'ammissibilità della confessione: le situazioni giuridiche dedotte in arbitrato devono necessariamente essere disponibili<sup>624</sup> come anche per la ammissibilità del mezzo della confessione.

Venendo ora alla richiesta di informazioni alla P.A., l'art. 816 *ter* prevede espressamente che “*gli arbitri possono chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio*”. Sull'ammissibilità di siffatto mezzo di prova la dottrina sembrava orientata in senso pienamente favorevole anche prima della riforma del 2006 che la predetta precisazione ha introdotto<sup>625</sup>, nonostante qualche precedente contrario<sup>626</sup>. A tutt'oggi si osserva però come non sussista in capo all'Amministrazione alcun obbligo di collaborazione corredato di sanzione per l'inottemperanza: anche in

---

<sup>620</sup> Secondo VERDE, *loc. ult. cit.* “*possiamo anche dire che la confessione resa nel processo arbitrale non è una confessione giudiziale, mai potremmo mettere in dubbio che è almeno una confessione stragiudiziale*”.

<sup>621</sup> convenzione In arg. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, pp. 240 ss.

<sup>622</sup> Il problema è evidenziato da RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., p. 79.

<sup>623</sup> VERDE, *op. cit.*, p. 156.

<sup>624</sup> In argomento LA CHINA, *op. cit.*, p. 195.

<sup>625</sup> ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., IV, p. 831, RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., pp. 47 ss. Più in generale AULETTA, *L'istruzione probatoria* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., pp. 202 e s.

<sup>626</sup> Collegio arbitrale Roma, 14 novembre 1990, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 647 e ss. con nota di VITUCCI.

questo caso, gli ordini del giudice si traducono in semplici *inviti all'adempimento spontaneo*<sup>627</sup>. Manca in capo all'arbitro lo *jus imperii*<sup>628</sup>, come più volte accennato, sicché l'invito alla P.A. potrebbe quindi rimanere senza riscontro, se manca la volontaria collaborazione dell'organo pubblico<sup>629</sup>. Qualche autore<sup>630</sup> ha peraltro tentato di costruire la coercibilità della richiesta di informazioni per via indiretta: l'arbitro, invece di limitarsi a chiedere i documenti, potrebbe anche chiamare a deporre il funzionario della P.A. e servirsi dell'assistenza giudiziaria per vincere la sua eventuale ritrosia.

La formulazione dell'articolo, ed in particolare l'uso delle parole "*possono chiedere*", ha suscitato qualche dubbio sulla possibile iniziativa ufficiosa dell'arbitro in ordine a questo mezzo di prova<sup>631</sup>. Parte della dottrina si è orientata in senso negativo, ritenendo che il principio dispositivo non lasci spazio ad una iniziativa ufficiosa ampia e che il dato normativo non offra elementi per contrastare questa premessa<sup>632</sup>.

---

<sup>627</sup> Così SALVANESCHI, *Artt. 806-840 Arbitrato*, cit., p. 447.

<sup>628</sup> Più diffusamente VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 152.

<sup>629</sup> Anche in questo caso, la raccolta della prova è subordinata alla volontaria collaborazione del terzo, come si legge in LA CHINA, *op. cit.*, p. 200.

<sup>630</sup> NELA, *sub art 816 ter*, in CHIARLONI, *op. cit.*, p. 1740. *Contra* sembrerebbero TOTA, *op. cit.*, p. 727 e PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 274.

<sup>631</sup> Vedi PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., p. 237 ma anche GHIRGA, *sub art. 816 ter*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 232.

<sup>632</sup> È l'opinione di SALVANESCHI, *loc. ult. cit.*

## CONCLUSIONI

Al termine di questa analisi sui poteri degli arbitri in materia di prova e, più in generale, sull'istruzione probatoria nel processo arbitrale, occorre dare spazio a qualche considerazione conclusiva.

La possibilità per le parti di ridisegnare l'istruzione probatoria secondo i propri interessi e di semplificarne gli aspetti più macchinosi può costituire un importante fattore per incrementare l'appetibilità della giustizia privata.

Una parte dei commentatori cade nella tentazione di mutuare la struttura dell'arbitrato su quella del processo ordinario, replicando nel primo forme ed istituti tipici del secondo. Prassi e procedure tradizionalmente legate alla giustizia ordinaria attecchirebbero anche in quella privata e la figura dell'arbitro andrebbe ricalcata sul modello del magistrato. Questo approccio conferisce al processo arbitrale maggiore stabilità e prevedibilità, ma ha anche l'effetto collaterale di irrigidire una forma di risoluzione alternativa per sua natura estremamente fluida e duttile. Il legislatore, infatti, nel dettare una normativa essenziale per l'arbitrato e nell'escludere tacitamente l'automatica applicazione del codice di rito (anche se questa conclusione non è pacifica), ha voluto conferire il massimo margine di libertà alle parti nella determinazione delle forme procedurali.

Buona parte della dottrina ha preferito puntare proprio sul potere demiurgico delle parti: ogni decisione in ordine alla conformazione del procedimento spetterebbe alla loro suprema volontà. Il processo arbitrale non sarebbe un clone "*privato*" di quello ordinario, bensì uno strumento amorfo di giustizia, la cui fisionomia è determinata dalla comune intesa delle parti. Questa lettura svela gran parte delle potenzialità nascoste dell'arbitrato: l'estrema flessibilità delle forme consente infatti un'istruttoria agevole e deformalizzata, sfrondata da inutili sovrastrutture formali.

La fluidità e la leggerezza costituiscono pregi molto apprezzabili del processo privato e lo rendono particolarmente appetibile rispetto alla giustizia pubblica, formalmente più sovraccarica. Non a caso, le uniche prescrizioni che si impongono coattivamente anche in arbitrato sono i principi di ordine pubblico processuale ed il contraddittorio. Questi assiomi costituiscono le colonne portanti di ogni *giusto* processo, pubblico o privato che

sia, ed obliterarle comprometterebbe irrimediabilmente lo scopo ultimo dell'arbitrato: pervenire ad una soluzione della lite secondo giustizia.

Veniamo ora a qualche considerazione conclusiva su alcune delle questioni aperte più interessanti che si sono presentate nel corso della disamina.

La maggior parte dei dubbi rimasti insoluti nella nostra analisi trovano adeguata sistemazione se si parte dall'assunto di un assoluto dominio delle parti sulla procedura. Ad esempio, si dubita della reale estensione dell'iniziativa ufficiosa in arbitrato, ma le parti ben potrebbero risolvere in radice il problema con un apposito accordo che ne cristallizzi i limiti.

Quanto invece alla coercibilità dei provvedimenti in materia di prova emessi dalla corte arbitrale, il difetto di *jus imperii* è un problema astratto. Si deve infatti osservare che, anche se il nostro ordinamento ha scelto di garantire l'assistenza giudiziaria solo per la testimonianza, nella maggior parte dei casi in arbitrato si raggiunge un livello probatorio più che soddisfacente. Considerata la possibilità di trarre argomenti di prova dalla condotta poco collaborativa delle parti nella raccolta della prova, gli unici mezzi probatori con riferimento ai quali si pone un vero problema sono quelli che coinvolgono i terzi. Anche nel processo ordinario, in verità, molte delle richieste rivolte ai terzi non possono essere oggetto di coazione specifica: si pensi all'ordine di ispezione, il cui diniego rende al più passibili di una sanzione pecuniaria. Si consideri peraltro che i terzi possono prestare la propria spontanea cooperazione nella raccolta della prova e solitamente non hanno motivo per ostacolare il corso dell'arbitrato con la propria ritrosia. In concreto, quindi, sono poche le circostanze in cui si soffre la mancanza di uno strumento di assistenza giudiziaria a più ampio spettro: nella maggior parte dei casi il fascicolo probatorio in arbitrato si forma in modo non dissimile rispetto al processo ordinario e raramente all'arbitro mancano prove sufficienti per una decisione secondo giustizia.

Quanto poi al tema del divieto di scienza privata, sul quale pure ci siamo interrogati, la dottrina ha offerto un panorama variegato di soluzioni. Se nel processo civile ordinario, la proibizione è particolarmente importante per preservare l'imparzialità del giudice e l'affidabilità della procedura, nella giustizia privata queste ragioni giustificatrici sembrerebbero sfumare. A volte, gli arbitri sono selezionati dalle parti proprio in virtù

delle loro particolari conoscenze o dell'ambiente dal quale provengono. Impedire loro indiscriminatamente di attingere al proprio personale patrimonio di conoscenze sarebbe non solo sistematicamente ingiustificato, ma anche concretamente controproducente. Anche in questo caso, in verità, laddove il silenzio apre la strada al dubbio, l'espressa intesa delle parti può avere portata risolutiva: se ai litiganti giova che l'arbitro si serva delle sue conoscenze personali, si esprimano congiuntamente in merito ed ogni perplessità sarà fugata.

L'analisi di queste problematiche offre spazio ad una riflessione. Il legislatore ha inteso minimizzare la disciplina positiva in materia di arbitrato per lasciare il più ampio spazio di manovra alle parti. In tema di istruzione probatoria, alcuni profili restano abbandonati al dubbio. Eppure, fin da una prima lettura del codice di rito, è chiaro che l'assoluto dominio delle parti sulle forme consente loro di costruire la procedura secondo priorità ed interessi.

L'estrema "*personalizzabilità*" della procedura rende l'arbitrato un sistema di risoluzione delle controversie particolarmente efficiente. Nella giustizia ordinaria, la causa deve essere adattata nei rigidi schemi standard del codice di rito. In arbitrato, sarà la procedura a modellarsi sulla causa, assumendo la morfologia che vorranno darle le parti.

In un momento storico in cui la giustizia ordinaria sta vivendo un periodo di profonda inflazione e sta mostrando le proprie criticità, l'arbitrato può pregiarsi uno strumento di risoluzione delle controversie *all'assoluto servizio* delle parti.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2001
- AGOZZINO, *La velocizzazione del rito: il principio di non contestazione* in *La nuova procedura civile*, fasc. 5, 2014
- ALLORIO, *Il giuramento della parte*, Milano 1937
- ALPA (a cura di) *L'arbitrato: profili sostanziali*, Torino, 1999
- ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, Napoli, 1964
- ATTERITANO, *La tutela della volontà compromissoria delle parti e l'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e l'illegalità del contratto principale* in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006
- AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto Processo Civile*, 2011,
- AULETTA, *L'istruzione probatoria* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000
- AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'Arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010
- BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2014
- BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937
- BARBA-ZANCHI, *Autonomia privata ed affidamenti fiduciari*, Torino, 2012
- BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007
- BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010
- BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato.*, I, Torino, 1999

- BERLONI, *Affidavit come modalità alternativa di assunzione della prova testimoniale – l'esperienza nordamericana*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007,
- BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'Arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010
- BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2002
- BOVE, *Arbitrato irrituale* in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010
- BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile* in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 6
- BOVE, *L'istruzione probatoria nel processo arbitrale* in *Il giusto processo civile*, fasc. 4, 2014
- BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001
- BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007
- BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)* in *Rivista dell'arbitrato*, 2013
- BUFFONE, *La Cassazione ribadisce: non contestazione come relevatio ab onere probandi* in [www.altalex.it](http://www.altalex.it)
- BUFFONE, *Il principio di non contestazione*, relazione tenuta al seminario di formazione professionale, presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Catanzaro, il 14.7.2009
- CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000
- CALIFANO, *Sul principio del contraddittorio nella fase istruttoria dell'arbitrato rituale* in *Rivista dell'Arbitrato*, 2011
- CALVOSA, *Ancora sulle sentenze arbitrali parziali* in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, II

CANDIAN, voce *Documentazione e documento* in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1974

CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, 1937

CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992.

CARNELUTTI, *Limiti del principio del contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959

CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012

CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1994

CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 9 marzo 2006.

CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato.*, fasc. 4, 2002

CARRATA, *Il principio di non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995

CARRATO, *L'oggetto dell'appello ed il requisito della specificità dei motivi*, relazione n. 111 dell'Ufficio del massimario e del ruolo del 18 settembre 2006

CASAMASSIMA, *Il nuovo accertamento tecnico preventivo*, Milano, 2010

CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992

CAVALLINI, *La non contestazione in arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2009

CECCHHELLA, (a cura di) *L'arbitrato*, Torino, 1991

CECCHHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005

CECCHHELLA, *Il nuovo motivo di nullità del loro rituale per violazione del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 7) ed un atteso indirizzo della Corte di Cassazione* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1996

CECCHHELLA, *Processo e il giudizio arbitrale* in CECCHHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2005

CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973

- CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna, 2007
- CHITO', *Querela di falso: la Cassazione conferma l'assoluta autonomia del procedimento*, nota a Cassazione Civile, sez. II, sentenza 28 maggio 2007 n. 12399 in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2007
- CIVININI, *L'interrogatorio libero delle parti e dei loro difensori (art. 183, 1°, 2° e 3° comma c.p.c.)* in [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_92/qua\\_92\\_13.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_13.pdf)
- COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1974
- COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Assago, 2012
- COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, IV, Torino, 1989
- COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, *Rivista di diritto processuale*, 2013
- COMOGLIO, *sub art. 115 c.p.c.*, in COMOGLIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Assago, 2012
- CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016
- CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991
- CONSOLO, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)* in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, VII, Torino, 1991
- CORBI, nota a Cassazione, sentenza numero 11788 del 2007, in *Rivista dell'arbitrato*, 2008
- COSENTINO, *la prova nel processo civile: ammissibilità e rilevanza decadenze istruttorie non contestazione*, Milano, 2016
- DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008
- DE SANTIS, *nota a Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041 in Il Foro Italiano*, 1993

DELLA PIETRA, *Il procedimento* in VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale.*, 2 ed., Torino, 2000

DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959

DERAINS, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004

DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale* in *Rivista di diritto processuale*, 2012

DORIA, *Procedura, processo e procedimento: definizioni per la tabella dei procedimenti amministrativi ex l. 241/1990*, 2013 in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)

DOTTI, *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo?* Roma, 2003

FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014

FABBI, *sub art. 816 bis c.p.c.* in COMOGLIO-CONSOLO-SASSANI-VACCARELLA (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2014

FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* Milano, 2006

FAZZALARI, *Fondamenti dell'Arbitrato* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1995

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 53

FERRUA, *Nel segno del giusto processo: una seconda ondata "attuativa" dell'art. 111 Cost.?* in AA.VV. (a cura di DI CHIARA), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003

FICHERA-MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare*, Torino, 2008

FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rassegna forense*, 2011

FURNO, *Natura giuridica del giuramento e libertà di valutazione giudiziale*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1947

FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 2

GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2013

GENTILE, *Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, fasc. 2, 2009

GHIRGA, *sub art. 816 bis c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010

GIACOBBE, *La prova*, in RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Torino, 2009

GIORDANO, LOMBARDI, *Il nuovo processo civile. Commento organico alla legge di riforma del processo civile*, Roma, 2009

GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo* in *Rivista dell'Arbitrato*, 1993

JAROSSON, *L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue de l'arbitrage.*, 1989

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011

LAUDISA L., *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Il giusto processo*, 2007

LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981

LOMBARDINI, *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007

LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile* in *Rivista di diritto processuale civile*, 2002

LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Milano, 2015

LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006

MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in FICHERA-MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare*, Torino, 2008

MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale ed arbitrato*, Padova, 2008

MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile - 2: Il processo di cognizione*, Torino, 2010

MARENCO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato* in *Rivista dell'arbitrato*, 1997

MARENCO, *Processo arbitrale*, in FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* Milano, 2006

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma, motivi ed esito*, Milano, 2009

MARULLO DI COLAJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Milano, 2008

MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010

MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2005

MIRABELLI-GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1997

MONTELEONE, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)* in *Rivista di Diritto processuale*, 2007

NICOLETTI, *Il giuramento della parte nell'attualità del processo civile* in *Quaderni dell'Associazione degli Studiosi del processo civile*, Rimini, 1982

NOBILI, *L'arbitrato delle associazioni commerciali*, Padova, 1957

ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio*, in *Giurisprudenza di merito*, 1995

PANDOLFI, *Brevi note in tema di disconoscimento e verifica di scrittura privata*, in *Giurisprudenza di merito.*, 2008

PANUCCIO, *I fatti non contestati*, intervento al seminario tenuto a Locri 10 e 11 giugno 2011.

PANZAROLA, *Arbitrato e «fatto notorio»*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010

PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 4, 2010

PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013

PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010

PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principi di non contestazione nel processo civile*, in *Foro Italiano* 2003, I

PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000

PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*” in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007

RASCIO, *La testimonianza scritta nel processo civile*, in *Ex Parte Creditoris* - [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it) - ISSN: 2385-1376, 2013

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957

RICCI E.F., *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968

RICCI E.F., *La delega sull'arbitrato*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2005

RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974

RICCI G.F., *Diritto processuale civile*, V, Torino, 2015

RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003

RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Bologna, 1999

RICCI G.F., *Prove e argomenti di prova*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1988,

RICCI G.F., *sub art. 816 bis*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007

RICCI G.F., *sub art. 816*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007

RIZZO, *La testimonianza scritta*, ebook, 2010

ROMANO, *L'efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2011

ROTA, *sub art. 115 c.p.c.*, in CARPI – TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2012

RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Torino, 2009

- RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, I, Padova, 2010
- RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato: disciplina comune e regimi speciali*, Padova, 2010
- RUFFINI, *Produzione ed esibizione di documenti in Rivista di diritto processuale*, 2006
- RUFFINI-TRIPALDI, *sub art. 816 ter*, in BENEDETTELLI - CONSOLO - RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010
- SALVANESCHI, *Arbitrato e principio di ragionevole durata del procedimento in Giurisprudenza Italiana*, 2016
- SALVANESCHI, *artt. 806-840 Dell'Arbitrato*, Bologna, 2014
- SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale in Rivista dell'arbitrato*, 1993
- SALVANESCHI, *Sul termine per la pronuncia del lodo, sulla sua disponibilità e sulla validità della previsione di un termine "mobile" in Rivista dell'arbitrato.*, 2015, fasc. 3
- SASSANI-TISCINI, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *www.judicium.it*, 2009
- SATTA, *Commentario al Codice di Procedura Civile*, Milano, 1971
- SATTA, *Domanda (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982
- SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Milano, 2011
- SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009
- TACKABERRY-MARRIOTT, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, London
- TAMBURINI, *Storia generale dell'inquisizione*, Milano, 1862
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Torino, 1992

TARUFFO, *La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova*, relazione tenuta al Consiglio Superiore della Magistratura poi pubblicata nei Quaderni del CSM all'indirizzo [http://www.csm.it/quaderni/quad\\_108/quad\\_108\\_25.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_108/quad_108_25.pdf)

TARUFFO, *Liberio convincimento del giudice*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990

TARUFFO, *Lezioni sul processo civile* in COMOGLIO-FERRI-TARUFFO, Bologna, 1995

TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale* in *Rivista dell'arbitrato*, 1996

TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1991

TIZI, *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato.*, 2012

TOTA, *sub art. 816 bis c.p.c.* in BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di) *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007

TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2003

VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti* in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972

VANZ, *Querela di falso e prova della falsità: un'esatta distinzione tra rigore e formalismo* – Nota a Cassazione civile, 03 febbraio 2001, n. 1537, sez. Lavoro, in *Giurisprudenza italiana*, 2001

VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971

VECCHIONE, *L'arbitrato, studi vari coordinati in sistema*, Milano, 1959

VECCHIONE, *Principio del contraddittorio e assunzione delle prove nel giudizio arbitrale* (nota a Cass. 15 ottobre 1954 n. 3732), in VECCHIONE (a cura di), *L'arbitrato. Studi vari coordinati in sistema*, Milano 1959

VELLANI, *Il pubblico ministero nel processo civile*, Bologna, 1970

VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000

- VERDE, *Domanda (principio della)* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XII, 1989
- VERDE, *Le funzioni del p.m., in particolare delle Procure Generali* in VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015
- VERDE, voce *scrittura privata*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Volume XXV, Roma, 1991
- VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1993
- VIOLA, *Il nuovo principio di non contestazione nella riforma del processo civile* in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2009
- ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale* in RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009
- ZUFFI, *L'arbitrato nel diritto inglese*, Torino, 2008
- ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale* in *Rivista di Diritto Processuale*, 2014

## **GIURISPRUDENZA**

- Corte di Cassazione, sentenza n. 729 del 1953
- Corte di Cassazione, sentenza n. 3732 del 1954
- Corte di Cassazione, sentenza n. 1995 del 1981
- Corte di Cassazione, sentenza n. 2765 del 1989, in *Giustizia civile*, 1989 e in *Foro padano*, 1990
- Corte di Cassazione, sentenza n. 923 del 1992, in *Foro italico*, 1992
- Corte di Cassazione, sentenza n. 464 del 1995, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1996
- Corte di Cassazione, sentenza n. 2760 del 1996
- Corte di Cassazione, sentenza n. 8177 del 1997
- Corte di Cassazione, sentenza n. 8540 del 2000

Corte di Cassazione, sentenza n. 5498 del 2001 in *Repertorio generale della giurisprudenza italiana*, 2001, sub voce *arbitrato*

Corte di Cassazione, sentenza n. 13384 del 2001

Corte di Cassazione, sentenza n. 18918 del 2004

Corte di Cassazione, sentenza n. 24041 del 2006

Corte di Cassazione, sentenza n. 10705 del 2007

Corte di Cassazione, sentenza n. 11788 del 2007

Corte di Cassazione, sentenza n. 12399 del 2007

Corte di Cassazione, sentenza n. 22837 del 2010

Corte di Cassazione, sentenza n. 8160 del 2013

Corte di Cassazione, sentenza n. 25372 del 2013

Corte di Cassazione, sentenza n. 744 del 2015

Corte di Cassazione, sentenza n. 10809 del 2015

Corte di Cassazione, sentenza n. 23402 del 2015

Corte di Cassazione, sentenza n. 30307 del 2015

Corte di Cassazione, sentenza n. 2996 del 2016

Corte d'Appello di Genova, sentenza 15 marzo 1994

Corte d'Appello di Roma, sentenza 6 novembre 1995, n. 3198 in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. 2, 1996

Corte d'Appello di Firenze, causa *Yatching Service Srl c. Autoindex Srl*, sentenza 26 aprile 2006 in *Rivista dell'arbitrato*, 2007

Tribunale di Catanzaro, ordinanza del 29 settembre 2009

Tribunale di Monza, sentenza del 29 settembre 2010

Tribunale Piacenza, ordinanza 29 ottobre 2010

## PRASSI ARBITRALE

Collegio arbitrale, *Graci c. Anas*, lodo del 3 marzo 1968, in *Archivio giuridico delle opere pubbliche*, 1987

Collegio arbitrale, *Imprese Costr. Graci c. ANAS*, lodo del 3 marzo 1986 in *Repertorio del Foro Italico*, 1988, voce “Arbitrato rituale”

Collegio arbitrale, *Raggruppamento Imprese Matarrese c. Regione Puglia*, lodo del 30 novembre 1989, in *Arch. Giur. OO.PP.*, 1991, 302

Collegio Arbitrale Vicenza, lodo del 9 aprile 1990 in *Rivista dell'arbitrato*, 1993

Collegio Arbitrale, lodo del 17 novembre 2011, in [www.appaltieriserve.it](http://www.appaltieriserve.it)

Collegio arbitrale Roma, lodo del 14 novembre 1990, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 647 e ss. con nota di VITUCCI

Collegio Arbitrale Roma, *Quagliarella c. Pagliari*, lodo del 9 gennaio 2009

Collegio Arbitrale Roma, *Comune di F. contro V.M.&A. s.r.l.*, lodo del 7 gennaio 2014

Collegio Arbitrale Roma *Soc. Comp. Gen. Sarda c. Presidente della regione autonoma della Sardegna*, lodo del 30 maggio 1967, in *Arbitrati e Appalti*, 1969

Collegio arbitrale Roma, ordinanza del 29 marzo 2015

Collegio arbitrale ICSID, ARB/03/25, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide*, lodo del 21 dicembre 2010 in *Rivista dell'Arbitrato*, 2011

## SITOGRAFIA

<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/Manuale.pdf>

[http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione111\\_06.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents/Relazione111_06.pdf)

<http://people.unica.it/carlopilia/files/2013/12/Galletto.pdf>

---

[www.tribunaleimmobiliare.it/docs/Regolamento.pdf](http://www.tribunaleimmobiliare.it/docs/Regolamento.pdf)

[www.cameraarbitraleitaliana.it/arbitrato\\_regolamento.html](http://www.cameraarbitraleitaliana.it/arbitrato_regolamento.html)

[arbitratoaia.com](http://arbitratoaia.com)

[www.concilialex.it/archive/documents/regolamento-camera-arbitrale.Pdf](http://www.concilialex.it/archive/documents/regolamento-camera-arbitrale.Pdf)

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/data.pdf>

[http://www.csm.it/quaderni/quad\\_92/qua\\_92\\_13.pdf](http://www.csm.it/quaderni/quad_92/qua_92_13.pdf)

---