

- SILVIA RUSCIANO, *Notifica congiunta dell'ordinanza di assegnazione e del precetto al debitor debitoris ignaro (non moroso)* 1199
GIOVANNA FICARELLA, *Il rito «Fornero» a due anni dall'entrata in vigore: dottrina e giurisprudenza a confronto* 1211

RECENSIONI E SEGNALAZIONI

- Opere di: Augusto Chizzini (G.M.); Claudio Consolo (G.B.); Francesco Paolo Luiso (G.B.); Carlo Nitsch (A.C.); Petra Pohlmann (A.M. Marzocco); Andrea Proto Pisani (A.C.) 1251
Opere a cura di: Achille Saletti, Jaques van Compernelle e Jean-François van Drooghenbroeck (A.C.) 1255

SPECULUM IUDICIALE

- Bando di concorso premio «Enrico Redenti»* 1257

MAURO BOVE

L'ISTRUZIONE PROBATORIA NEL GIUDIZIO ARBITRALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le previsioni esplicite di cui all'art. 816-ter c.p.c.: la delega. – 3. *Segue*: le disposizioni sulla prova testimoniale. – 4. *Segue*: le altre disposizioni contenute nell'art. 816-ter c.p.c. – 5. Il problema dell'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale oltre le disposizioni normative esplicite. – 6. Strumenti che escludono il bisogno della prova. – 7. Principio dispositivo e principio inquisitorio. – 8. Ammissibilità dei mezzi di prova. – 9. Assunzione dei mezzi di prova. – 10. Valutazione delle prove. – 11. La regola di giudizio. – 12. La consulenza tecnica: nozione e profili di ammissibilità. – 13. *Segue*: la figura del consulente. – 14. *Segue*: svolgimento della consulenza. – 15. *Segue*: poteri del giudice privato.

1. *Introduzione*. – L'arbitro, come il giudice statale, è chiamato a risolvere la controversia giuridica secondo un modo, che definisco "giurisdizionale", consistente nel mettere capo ad un atto di normazione concreta che, a differenza di quanto avviene nel negozio giuridico, non è liberamente posto, bensì è derivato da e, quindi, vincolato ad un'operazione di sussunzione giuridica. L'arbitro, si ripete come il giudice statale, non si limita a dettare ai litiganti, ripartendo torti e ragioni, un comando concreto: egli prima di comandare accerta un vissuto, ossia i fatti rilevanti concretamente accaduti in riferimento alla controversia, e quindi li riporta (sussunzione) ad una norma giuridica generale ed astratta (che si assume come) preesistente. Così il lodo dell'arbitro, come la sentenza del giudice pubblico, è la legge nel caso concreto, ossia rappresenta la concretizzazione dell'ordinamento, perseguendo il giudice, privato o statale che sia, non un proprio fine, bensì in concreto il fine già posto, in astratto ed a monte, dalla norma di diritto che trova applicazione ai fatti fissati.

* Saggio destinato agli Studi in onore di Giorgio De Nova.

Questo modo di risolvere la lite è quello che possiamo definire "giurisdizionale", perché caratterizzato, strutturalmente e funzionalmente, dalla funzione dichiarativa, che consiste appunto nell'essere la norma concreta posta derivata da un'operazione di sussunzione giuridica. Operazione che impone al giudicante di risolvere una doppia serie di questioni: quella attinente alla c.d. *quaestio facti* e quella attinente alla c.d. *quaestio iuris*. A questo fine il giudice, privato o statale, deve seguire un percorso proprio al fine di acquisire i presupposti, in fatto e in diritto, del suo comando.

Da questo punto di vista arbitrato e processo statale rappresentano una perfetta alternativa. Non che l'arbitro sia espressione della giurisdizione statale, quella, per intenderci, di cui essenzialmente si occupa la nostra Carta costituzionale. Piuttosto accade che l'arbitro, ancorché sia una qualsiasi persona privata, può, su investitura delle parti, fornire una soluzione di tipo giurisdizionale secondo le caratteristiche appena enunciate.

Da questi semplici concetti si ricava che all'arbitro è attribuito innanzitutto il compito di accertare il modo di essere dei fatti rilevanti nella lite, in altri termini di verificare da un punto di vista fattuale quell'ipotesi di sentenza che l'attore ha formulato nella domanda con la quale, al fine di chiedere una certa tutela, ha affermato un diritto e la sua violazione. La funzione dell'accertamento del fatto che si compie in un percorso di tipo giurisdizionale è sempre lo stesso: sia che il percorso venga gestito da un privato sia che esso si svolga di fronte al giudice statale, lo scopo è quello di fissare la base fattuale da cui partire per la sussunzione giuridica da cui verrà tratto il comando concreto¹.

Ma, se lo scopo è lo stesso, non è detto che la struttura ed i prin-

¹ Da questo punto di vista, se il comando concreto ripropone la condizionalità della norma giuridica dalla cui applicazione deriva, è ovvio che anche per l'arbitro non avrebbe senso occuparsi di fatti irrilevanti. I giudici, se spesso si trovano di fronte a narrazioni caotiche delle parti, devono selezionare i fatti che rientrano nella *quaestio facti* della controversia che sono chiamati a decidere, operazione che essi svolgono secondo un principio ordinatore tratto appunto dalla norma di legge che si ipotizza verrà applicata. Per mezzo di questo criterio si possono distinguere i fatti rilevanti da quelli irrilevanti, rientrando nella prima sfera sia i fatti c.d. principali sia i fatti c.d. secondari. I primi sono sia quelli che rientrano nella fattispecie positiva del diritto fatto valere (fatti costitutivi) sia quelli che rientrano nella sua fattispecie negativa (fatti impeditivi, modificativi ed estintivi). I secondi sono i c.d. indizi, ossia fatti da cui in ipotesi si può, per mezzo di un ragionamento presuntivo, inferire l'inesistenza o l'esistenza dei fatti principali.

cipi ispiratori che caratterizzano il percorso conoscitivo del giudice statale debbano essere integralmente trasferiti nell'ambito del giudizio privato. A questa verifica è dedicato il presente scritto.

Per essere più chiari, se è vero che l'attività conoscitiva del giudice statale si svolge per mezzo di regole e principi che sono previamente fissati nella legge, le domande che qui emergono sono la seguenti: si deve affermare che anche nel giudizio arbitrale il percorso conoscitivo attinente alla *quaestio facti* seguito dal giudice è predeterminato da regole di legge? In ipotesi da quelle stesse regole che presiedono alla fissazione del fatto di fronte al giudice statale? Oppure si deve ritenere che nel giudizio arbitrale valgano altre regole predeterminate? O ancora si deve ritenere che in esso, salvo alcuni principi irrinunciabili (di ordine pubblico), non vi siano regole predeterminate, aprendosi uno spazio di libertà che sfugge alle esigenze dettate dal principio di legalità, sul quale si fonda il concetto stesso di "processo" assunto a garanzia costituzionale nel primo comma dell'art. 111 Cost.?

Se a tutte queste domande si devono trovare risposte di diritto positivo, a prescindere dalle ideologie che a volte, anche con le migliori intenzioni, rischiano di fuorviare l'attività dell'interprete, a me sembra metodologicamente corretto partire dalle previsioni, ancorché assai scarse, che il codice di rito detta in materia di accertamento del fatto di fronte all'arbitro. In un secondo momento si allargherà il discorso, al fine di trovare le dovute soluzioni alle tante questioni di cui le norme positive non si occupano esplicitamente.

Tutto ciò con un'avvertenza preliminare. Le soluzioni a cui si perverrà varranno sia per l'arbitrato domestico sia per quello internazionale, ovviamente con sede in Italia, quindi esplicante in Italia la sua efficacia originaria e sempre in Italia impugnabile secondo le nostre leggi. Invero, nel sistema non c'è traccia di una diversificazione, se non per qualche rara questione², per cui, se si dovesse arrivare ad una certa conclusione per l'arbitrato domestico, la si dovrebbe trasferire anche al trattamento di quello internazionale. Insomma, per essere chiari, ove, in ipotesi, si dovessero adottare soluzioni rigoriste ancorate alla legge statale italiana, non si potrebbe limitarne l'utilizzabilità al solo arbitrato domestico ed affermare, al contrario, un principio di flessibilità per quello internazionale.

² Argomenta dall'art. 830 c.p.c.

2. *Le previsioni esplicite di cui all'art. 816-ter c.p.c.: la delega.* – La prima disposizione che troviamo nell'art. 816-ter c.p.c. così recita: «L'istruttoria o singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi».

A fronte di una simile norma, che, riformulata nel 2006, era tuttavia già prima dettata dal previgente art. 816 c.p.c., è stato detto che saremmo di fronte ad una ingiustificata vulnerazione del principio di immediatezza, scelta che, se può giustificarsi nell'ambito della giurisdizione statale per ragioni di economia processuale, poco senso avrebbe nell'ambito del giudizio privato³. Ma, a parte valutazioni di opportunità, sulle quali, a prescindere dalla loro maggiore⁴ o minore condivisibilità⁵, è qui poco utile indugiare, a me sembra che, dovendosi escludere rilievi di incostituzionalità della disposizione in parola, all'interprete resti solo il compito di chiarire gli aspetti tecnici che attengono alla sua applicazione.

Il primo problema attiene all'ampiezza con la quale si deve applicare la norma. Ci si chiede: è possibile la delega di tutta l'attività istruttoria

³ Vedi sotto il vigore della norma precedente E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 59, e SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, 276, il quale con molta decisione affermava: «Questa facoltà non sembra molto laudabile, e forse il legislatore non ha tenuto presente che due arbitri sono necessariamente di parte. Sotto questo profilo si potrebbe anche dubitare della costituzionalità della norma. La delega poi è anche in contraddizione col carattere e con lo spirito del giudizio arbitrale». A commento della norma attuale vedi MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 793 ss., spec. 797.

⁴ A me sembra molto utile la delega ad un membro del collegio quando si tratta di attività istruttoria da svolgere lontano dalla sede dell'arbitrato. Ciò potrebbe ridurre i tempi e le spese rimborsabili dell'arbitrato. Ma si badi: solo le spese, non anche i compensi degli arbitri! Su questo secondo aspetto vedi la nota successiva.

⁵ Si è ritenuto che la delega in parola potrebbe essere opportuna al fine di contenere i costi dell'arbitrato, dovendosi considerare in sede di liquidazione dei compensi agli arbitri il fatto che solo uno di loro ha svolto attività istruttoria: cfr. MARENGO, *Processo*, cit., 797, seguito da GHIRGA, *Art. 816-ter: Istruzione probatoria*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di MENCHINI, Padova, 2010, 215 ss., spec. 225. Ma forse questa spiegazione sarebbe logica se la delega fosse possibile solo sulla base della volontà delle parti. Invece, rappresentando essa una scelta del tribunale arbitrale, non mi sembra che da essa possano derivare decurtazioni di compensi a fronte delle parti. Altro è che gli arbitri, tra di loro, si accordino al fine di compensare maggiormente l'arbitro delegato agli atti istruttori. Diverso è invece il problema delle spese rimborsabili, perché se, ad esempio, si deve viaggiare al fine di compiere un'attività istruttoria, è ovvio che le spese di viaggio di un arbitro saranno minori delle spese di viaggio di tre arbitri.

oppure la disposizione ammette solo la possibilità di delegare l'assunzione dei mezzi di prova? Insomma, siamo qui in presenza di un percorso nel quale si può riprodurre in tutta la sua ampiezza la distinzione, che troviamo nel processo di fronte al tribunale statale, tra giudice istruttore e collegio oppure, più limitatamente, fermo restando il dominio del collegio sull'attività istruttoria, al più è concepibile che singole attività di assunzione probatoria siano delegate ad un membro del collegio?

Alcuni assumono la prospettiva più restrittiva, affermando che, come già si sosteneva sotto il vigore della disciplina previgente⁶, non si possa delegare l'ammissione della prova, restando delegabile solo la sua assunzione⁷. Altri scelgono l'interpretazione più ampia, affermando, al contrario, che sarebbe delegabile anche l'attività di ammissione della prova⁸. Altri ancora optano per una tesi intermedia, sostenendo che, se ai sensi della disposizione in parola è possibile delegare un membro qualsiasi all'assunzione delle prove, ai sensi dell'art. 816-bis, 2° comma, c.p.c., potendosi delegare il presidente del tribunale arbitrale «a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento», a questi evidentemente è delegabile anche il compito di pronunciare le ordinanze con le quali si ammettono i mezzi di prova⁹.

Francamente, a prescindere dai gusti dell'interprete, io non vedo come, ragionando in termini di stretto diritto positivo, si potrebbe accogliere una interpretazione rispetto alle altre. Il tenore della norma in commento è tale che potrebbe essere vera ciascuna delle prospettive proposte. Ma soprattutto, ed è questo, io credo, l'argomento decisivo, non vedo quale possa essere il presidio normativo in sede d'impugnazione del lodo che riesca a far scegliere tra le varie opzioni citate.

Se anche si volesse restrittivamente affermare che è delegabile solo l'attività di assunzione della prova e non anche quella attinente alla sua ammissione, quale potrebbe essere, alla luce dell'art. 829 c.p.c., la via per ottenere l'annullamento del lodo che si fondi su una prova ammessa da

⁶ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 60.

⁷ Vedi, ad esempio, BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*³, III, Bari, 2014, 349.

⁸ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, 240, il quale rileva che la disciplina attuale sarebbe più permissiva rispetto a quella precedente. Pur non sembrandomi condivisibile questa differenziazione, credo che sarebbe inutile indugiare su di essa.

⁹ G.F. RICCI, *Art. 816-ter: Istruzione probatoria*, in *Arbitrato. Commentario*, diretto da CARPI, Bologna, 2007, 407 ss., spec. 408, 421.

un arbitro delegato? A me sembra assolutamente nessuna! Ed, allora, sembra inevitabile concludere che l'uso più o meno ampio della delega stia alla scelta discrezionale degli arbitri.

Né, mi sembra, una diversa ottica si può assumere a fronte dei presupposti dell'esercizio delegato di cui si parla. A tal proposito c'è stato chi ha affermato che, se i poteri istruttori sono esercitabili da un membro del collegio solo quando questo deleghi appunto quei poteri, l'assunzione di una prova da parte di un solo arbitro senza che si abbia a monte la formale delega del collegio sarebbe viziata da un *error in procedendo*¹⁰. Invero, a parte il fatto che non si vede la ragione che dovrebbe imporre l'adozione di un formale provvedimento di delega, ben potendo questa essere considerata come attribuita, *in re ipsa*, nel momento in cui un arbitro si attiva, non si comprende neanche quale possa essere il motivo di impugnativa del lodo che, secondo il diritto positivo, dovrebbe sanzionare quell'errore¹¹, a meno che non sia ravvisabile nel caso concreto la violazione del principio del contraddittorio, aspetto che però in nulla contribuisce a chiarire il modo in cui opera la delega in questione.

Più concreti e tecnicamente percepibili si fanno i problemi quando ci si interroga sull'incidenza dei poteri delle parti e sugli spazi nei quali è ragionevole ipotizzare che i collegi arbitrali si avvalgano concretamente della facoltà di delega.

Da questo secondo punto di vista, se sono convinto del fatto che il collegio può in astratto delegare ad uno dei suoi membri l'intera fase istruttoria, sono altrettanto convinto che una simile eventualità rischierebbe di far incappare il tribunale arbitrale in qualche problema giuridico non irrilevante. Invero, se ad un arbitro istruttore o delegato si attribuisse l'ammissione delle prove, la loro assunzione e la valutazione in ordine alla maturità della causa al fine di passare alla fase decisoria per mezzo del ponte dato dalla precisazione delle conclusioni, come altri ha rilevato¹², si porrebbero problemi di coordinamento tra quell'arbitro ed il collegio.

¹⁰ PUNZI, *Disegno*, cit., 245.

¹¹ Semplicemente il tribunale arbitrale potrà non utilizzare la prova così assunta o decidere di assumerla collegialmente. Il tutto resta nel campo della discrezionalità dell'organo privato.

¹² DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 21 ss., spec. 39.

Tecnicamente simili problemi si potrebbero risolvere seguendo schemi analoghi a quelli che si trovano nel processo di fronte al tribunale statale. Così, la parte soccombente a fronte di un'ordinanza attinente all'ammissione di una prova potrebbe coltivare la questione in sede di precisazione delle conclusioni, con la conseguenza che il collegio potrebbe non utilizzare una prova che ritenesse erroneamente ammessa dall'arbitro delegato oppure, al contrario, ritenere di dover ammettere l'assunzione di una prova che invece l'arbitro delegato si era rifiutato di ammettere. Ma in questo secondo caso la situazione potrebbe essere assai complicata per gli arbitri, i quali, dovendo pronunciare il lodo entro un dato termine, potrebbero non aver più tempo né magari la possibilità di utilizzare la proroga del termine per la necessità di assumere quella certa prova, avendone già usufruito per assumere in precedenza un'altra prova. Né sarebbe sempre possibile per il collegio svincolare la questione¹³, perché, a prescindere da un profilo etico che impone sempre di fare un lavoro secondo la propria coscienza e non la propria convenienza, a volte i profili di ammissibilità della prova possono portare a vie d'impugnazione del lodo¹⁴.

Ecco, allora, che ragioni giuridicamente concrete portano a ritenere che il potere di delega in commento, se pur in astratto possa essere utilizzato in termini ampi, è consigliabile che sia nella realtà utilizzato con grande cautela.

Quanto, infine, ai poteri di parte francamente non vedo in base a quale principio o norma giuridica si possano impedire accordi che escludano l'operatività della disposizione contenuta nell'art. 816-ter, 1° comma, c.p.c.¹⁵. Ed, anzi, mi pare che l'ampia formulazione dell'art. 816-bis, 1° comma, per cui «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», giustifichi ampiamente la facoltà dei compromittenti di stabilire le regole di svolgimento del giudizio arbitrale, con l'unico limite dell'ordine pubblico processuale, che qui non viene certo in gioco.

¹³ Insomma, trovandosi alle strette, il collegio potrebbe evitare il problema confermando l'opinione dell'arbitro delegato, non perché la ritenga corretta, ma solo perché in caso contrario si troverebbe pressato da un termine in scadenza.

¹⁴ Sul punto torneremo.

¹⁵ Così in precedenza E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 133 s., ed ora, a fronte della norma attuale, PUNZI, *Disegno*, cit., 243.

Piuttosto, è proprio questo potere normativo delle parti, che, se sfruttato, consente di costruire un processo, non scandito da norme di legge predeterminate, bensì da norme negoziali create *ad hoc*, è chiaramente, non solo attribuito dal legislatore alle parti, ma anche dotato di effettività nel momento in cui l'art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c. dispone che il lodo è annullato ove siano state violate le norme di attività negozialmente stabilite dai litiganti a pena di nullità.

Così, per fare un solo esempio, quando Regolamenti camerali prevedono che il tribunale arbitrale può delegare l'assunzione delle prove ammesse a un proprio membro¹⁶, è chiaro che con ciò si costruisce una norma negoziale che esclude il potere di delegare anche l'ammissione della prova. Ancorché resti poi il problema dei limiti entro i quali la violazione di una simile regola negoziale possa effettivamente condurre all'annullamento del lodo ai sensi del citato art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c., ove in essa non sia espressamente prevista la sanzione della nullità¹⁷.

3. Segue: *le disposizioni sulla prova testimoniale*. – L'art. 816-ter c.p.c. prosegue dettando alcune norme sulla prova testimoniale. Agli arbitri si apre innanzitutto l'alternativa tra l'assunzione diretta della prova testimoniale ovvero l'acquisizione di una dichiarazione scritta.

Partendo da questa seconda modalità, si dispone che gli arbitri possono «deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono».

In questo modo la prova rappresentativa costituenda perde alcune sue peculiari caratteristiche. Essa non si forma nel contraddittorio con le parti ed, inoltre, il giudice non entra in contatto col testimone, ma solo con una rappresentazione (lo scritto) di un'altra rappresentazione del fatto (la dichiarazione testimoniale). Ma, con ciò, non mi pare che si possa parlare di uno strumento probatorio a cui attribuire un valore diminuito o addirittura di un problema di costituzionalità¹⁸.

¹⁶ Art. 25, 3° comma, del Regolamento della Camera arbitrale di Milano.

¹⁷ Come accade nel caso del Regolamento camerale citato nella nota precedente.

¹⁸ Si tenga anche presente, ed è rilievo molto significativo, che negli arbitrati internazionali le diverse tradizioni di *common law* e di *civil law*, più favorevole quella all'introduzione in giudizio di dichiarazioni testimoniali scritte e più favorevole questa all'assunzione del testimone in udienza, evaporano, consentendosi l'assunzione di detta

Da questo secondo punto di vista¹⁹ mi pare difficile sollevare problemi di costituzionalità, perché non mi sembra che dalla Carta costituzionale emerga la necessità di costruire la prova in contraddittorio tra le parti. Del resto, a prescindere dall'osservazione di sistemi stranieri nei quali, pur ancorandosi all'imprescindibile principio del contraddittorio quale canone fondamentale dell'attività di *ius dicere*, non si hanno problemi nell'ammettere l'acquisizione in giudizio di dichiarazioni testimoniali scritte, lo strumento in questione è ormai ammesso anche nel processo statale²⁰.

Altro è rilevare come, privati del contatto diretto col testimone e anche della dialettica che con esso, dinamicamente, si può instaurare, anche al di là di una stretta capitolazione della prova, gli arbitri possano trarre meno elementi di convincimento da un'assunzione per iscritto rispetto ad un'assunzione orale. Insomma, altro è rilevare che una prova così assunta possa avere una forza di convincimento inferiore, rilievo, questo, che dovrebbe indurre gli arbitri ad utilizzare con prudenza lo strumento in parola²¹.

Ma su questo punto bisogna intendersi. Dire che la prova testimoniale assunta per iscritto può avere per gli arbitri una più scarsa forza di convincimento²² non significa attribuire ad essa, *a priori*, un valore giuridico inferiore, magari spendendo qui la nozione di argomento di prova²³. Una simile idea non è condivisibile²⁴ per due ragioni.

prova in tutti i modi possibili. Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in *Riv. arb.*, 2008, 311 ss., spec. 316-317, e FABBÌ, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi «non esperti») e arbitrato commerciale internazionale*, ivi, 2011, 401 ss., spec. 416 ss.

¹⁹ DANOVÌ, *op. cit.*, 33 afferma che la norma suscita seri dubbi di legittimità costituzionale.

²⁰ Vedi l'art. 257-bis c.p.c., ancorché solo sulla base di un accordo delle parti. Piuttosto, c'è da dire che nell'ambito del giudizio arbitrale l'accordo delle parti potrebbe escludere questa modalità di assunzione della prova testimoniale.

²¹ Richiama qui alla prudenza ad esempio CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss., spec. 17.

²² Ha ragione DANOVÌ, *op. cit.*, 32 quando rileva che la testimonianza scritta «non fornisce adeguate garanzie di veridicità e autenticità della deposizione e conseguentemente anche di attendibilità della stessa» e poi quando, immediatamente dopo, aggiunge che «soltanto l'immediatezza del confronto tra il teste e l'organo giudicante può assicurare la possibilità di scernere la genuinità della prova».

²³ Come, se non capisco male, sembra proporre G.F. RICCI, *Art. 816-ter, cit.*, 425.

²⁴ Critica questa proposta anche PUNZI, *Disegno*, cit., 266-267.

La prima: nulla che si possa trarre dalla legge fa pensare che la prova testimoniale assunta per iscritto scada da mezzo di prova ad elemento da cui trarre argomenti di prova, perché, anche se si volesse ritenere che il valore di argomento di prova è da attribuire a mezzi di prova c.d. atipici, non vedo come, di fronte al dettato dell'art. 816-ter c.p.c., si potrebbe qualificare la testimonianza assunta per iscritto quale prova atipica.

La seconda: anticipando quanto si dovrà dire in seguito, nell'ambito del giudizio arbitrale la distinzione tra prova ed argomento di prova evapora, rifluendo ogni valutazione in fatto nell'alveo del concetto di prudente apprezzamento. Se, come a me sembra, nel processo statale la differenza è importante perché una sentenza che fosse fondata, nella soluzione della *quaestio facti*, solo su argomenti di prova sarebbe cassabile in sede di legittimità²⁵, non vedo come nella giustizia privata quella differenza potrebbe avere un concreto riconoscimento giuridico, posto che non vi sarebbe a suo presidio alcuna norma in sede d'impugnazione del lodo. Infatti, come meglio vedremo tra breve, l'art. 829 c.p.c. non offre alcuna via di annullamento della sentenza privata per *error in iudicando in facto*, né direttamente né indirettamente, ossia attraverso un sindacato relativo alla violazione di norme sul metodo del giudizio di fatto, restando la possibile dichiarazione di nullità del lodo per vizio di motivazione legata unicamente alla violazione dell'obbligo di motivazione in senso formale²⁶.

Resta, allora, solo l'invito alla prudenza, fermo restando che nulla di giuridicamente concreto impedisce agli arbitri di risolvere la questione di fatto che rileva per la decisione della lite fondandosi solo su testimonianze scritte.

Inoltre, come si diceva sopra, gli arbitri ben possono scegliere anche di assumere direttamente il testimone. Ciò essi possono fare in due modi: chiamandolo a comparire di fronte a loro oppure assumendo la depo-

²⁵ Ma la cosa non è pacifica: diversamente, ad esempio, PUNZI, *op. loc. cit.*, ed ivi citazioni di giurisprudenza.

²⁶ Sulla differenza tra l'obbligo di motivazione in senso formale e l'obbligo di offrire una ragione giuridicamente sufficiente, assai rilevante nello studio del giudizio di cassazione, sia consentito il rinvio a BOVE, *Ancora sul controllo della motivazione in cassazione*, in questa *Rivista*, 2013, 431 ss. Sui limiti del sindacato in ordine alla motivazione del lodo la giurisprudenza è costante: anche qui sia consentito il rinvio, per sintesi e citazioni, a ID., *La giustizia privata*, Padova, 2013, 201.

sizione nell'abitazione o nell'ufficio del testimone, sempre che questi vi consenta.

Ma, e qui arriviamo ad uno snodo centrale, il problema è che il testimone potrebbe non cooperare. Le previsioni inerenti all'assunzione della testimonianza per iscritto o andando nella casa o nell'ufficio del testimone sono dettate, più che per ragioni di economia processuale, per ridurre al minimo i fastidi della persona chiamata a testimoniare, eliminando così possibili ragioni che la indurrebbero a non cooperare. Tuttavia, è sempre possibile che il testimone non cooperi, a prescindere dalle modalità scelte dagli arbitri per l'assunzione della sua deposizione, situazione a fronte della quale gli arbitri non hanno un potere di costrizione.

Ecco, allora, che qui il legislatore ha previsto un'assistenza giudiziaria, disponendo che gli arbitri «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», aggiungendo, quale norma cautelativa per gli arbitri, che in questo caso «il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza».

Queste previsioni, che a mio parere non possono essere messe fuori gioco dalle parti²⁷, le quali, in virtù del potere normativo attribuito dall'art. 816-bis c.p.c., che consente loro di incidere sullo svolgimento del giudizio arbitrale, potrebbero escludere la prova testimoniale, ma, rimanendo questa ammissibile, non mi pare che possano escluderne l'accessorio dell'assistenza giudiziaria, suscitano qualche problema applicativo.

Il punto di partenza sta in un'ordinanza con la quale gli arbitri, ritenendolo opportuno²⁸, chiedono al presidente del tribunale competente

²⁷ Così invece DANOVÌ, *op. cit.*, 34.

²⁸ MARENGO, *Processo*, cit., 797, ritiene che la valutazione di opportunità si risolva solo nella valutazione della rilevanza dei fatti sui quali è chiesta l'assunzione della prova testimoniale. GHIRGA, *Art. 816-ter*, cit., 227, si riferisce, invece, all'importanza che l'escussione del teste potrebbe avere con riferimento ai risultati già raggiunti in sede istruttoria. DANOVÌ, *op. cit.*, 34, ritiene, diversamente, che con la previsione in commento il legislatore abbia voluto inviare un messaggio di prudenza agli arbitri, inducendoli a considerare le «circostanze che nel caso concreto possono avere indotto il teste a non comparire avanti al giudice arbitrale». A mio parere, fermo restando che non si può identificare la valutazione di opportunità in parola con quella di rilevanza

di intimare al testimone riottoso di comparire davanti a loro²⁹. Così i primi interrogativi riguardano il contenuto di detta ordinanza e le modalità del suo deposito presso il presidente del tribunale.

Per quanto riguarda il contenuto, mi sembra che molto semplicemente si tratterà di un'istanza al presidente del tribunale giustificata da una precedente richiesta di comparizione al teste non comparso³⁰, non dovendosi necessariamente aggiungere anche la fissazione della data dell'udienza per la quale il testimone sarà intimato a comparire, potendo questa udienza ben essere fissata successivamente dagli arbitri³¹. Per quanto riguarda il deposito presso il presidente del tribunale mi sembra un po' rigida l'affermazione per cui esso venga fatto a cura di una delle parti³², perché, nulla prevedendo la legge, ben è possibile che il detto deposito sia curato dagli stessi arbitri, sulla cui sola iniziativa, peraltro, si fonda il meccanismo in parola, senza che, quindi, sia richiesta un'istanza di parte, magari di quella parte che aveva chiesto l'assunzione della prova testimoniale³³.

Ottenuto l'ordine del presidente del tribunale, vi sarà l'intimazione, che sarà compiuta secondo i modi e i termini di cui all'art. 250 c.p.c., quindi o a mezzo dall'ufficiale giudiziario o tramite il difensore³⁴.

Ma i problemi più spinosi sono due.

Il primo: cosa accade ove il testimone intimato continui a non coo-

della prova, perché quest'ultima sta a monte dell'ammissione stessa del mezzo di prova, non ha molta utilità porre il problema che qui si tratta, perché non si vede per mezzo di quale strumento giuridico si potrebbe dare effettività ad un'opinione piuttosto che ad un'altra.

²⁹ L'alternativa poteva stare nel prevedere un'assunzione della prova testimoniale di fronte all'AGO, alla presenza degli arbitri e delle parti.

³⁰ LUISO, *Diritto processuale civile*⁷, V, Milano, 2013, 177, e GHIRGA, *Art. 816-ter*, cit., 227, parlano propriamente di una precedente intimazione al teste rimasta ineseguita. Io non sono convinto del fatto che vi debba essere a monte una formale intimazione.

³¹ Sulla questione vedi la sintesi delle diverse opinioni in GHIRGA, *op. loc. cit.*, nt. 40. Ancora una volta direi che siamo di fronte ad un problema la cui valenza è scarsamente percepibile sul piano tecnico-giuridico.

³² LUISO, *Diritto*, cit., 177.

³³ Altro è che i Regolamenti camerali attribuiscono esplicitamente le incombenze in parole alle parti. Si veda, ad esempio, l'art. 24, 4° comma, del Regolamento della Camera arbitrale di Chieti nel quale si legge: «Ove il tribunale arbitrale richieda l'ordine di comparizione del testimone, la parte più diligente provvede al deposito dell'ordinanza nella cancelleria del tribunale della sede dell'arbitrato, e cura le successive incombenze».

³⁴ LUISO, *Diritto*, cit., 177; GHIRGA, *Art. 816-ter*, cit., 227.

perare? Secondo alcuni, nulla prevedendo la legge, non vi sarebbero strumenti ulteriori per giungere al risultato dell'acquisizione mancante, potendosi al più ipotizzare l'applicazione dell'art. 650 c.p. nei confronti del testimone riottoso³⁵. Ma francamente sembra più ragionevole, e direi priva di ostacoli, l'interpretazione secondo la quale debba qui trovare applicazione l'art. 255 c.p.c.³⁶. Se, quindi, il testimone, nonostante l'intimazione, non dovesse comparire di fronte agli arbitri, questi potranno di nuovo rivolgersi al presidente del tribunale perché applichi le disposizioni di cui all'art. 255 c.p.c.

Il secondo: qual è il senso della prevista sospensione del termine per la pronuncia del lodo e fino a quando si può dire che essa duri? Dal primo punto di vista a me sembra che la disposizione debba essere letta in base alla sua funzione. Ed allora non direi che qui si abbia propriamente una sospensione del giudizio arbitrale, tale da impedire attività processuali, ma piuttosto una sospensione appunto del solo decorrere del termine per la pronuncia del lodo³⁷. Dal secondo punto di vista, se la sospensione in parola ha il suo *dies a quo* chiaramente ancorato alla data dell'ordinanza degli arbitri, non è del tutto chiaro quale sia il suo *dies ad quem*, quando la legge parla della data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza. Sembrerebbe che il legislatore si sia voluto riferire all'udienza per la quale il testimone viene intimato a comparire³⁸. Ma, francamente, una simile interpretazione del tutto letterale non mi sembra ragionevole, perché, dovendo ancora rimanere ancorati allo scopo della norma, direi che la sospensione ben possa durare fino a quando effettivamente il testimone compare, quindi anche, in ipotesi, ad un'udienza successiva a quella sopra indicata, udienza che potrebbe essere necessaria per la perdurante cattiva volontà del testimone o anche per un suo precedente impedimento reale.

Per concludere su questa parte dell'art. 816-ter c.p.c., si rileva come, da quanto detto finora, risulti evidente l'assenza nella legge di

³⁵ PUNZI, *Disegno*, cit., 264. Il silenzio del legislatore porta anche G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, 426, a ritenere inapplicabile qui l'art. 255 c.p.c.

³⁶ Vedi LUISO, *Diritto*, cit., 177; BALENA, *Istituzioni*, cit., 349; GHIRGA, *Art. 816-ter*, cit., 227. Vedi anche VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, 137, anche se con adattamenti.

³⁷ Concordo, quindi, con la posizione di DANOVI, *op. cit.*, 35.

³⁸ Così PUNZI, *Disegno*, cit., 265.

un quadro completo sulla prova testimoniale. In particolare, nulla è dettato di specifico in ordine alla sua ammissibilità e, se si vuole, persino in ordine al concetto di prova testimoniale, non essendo per nulla scontato che nell'ambito del giudizio arbitrale si debba mutuare puramente e semplicemente ciò che vale di fronte al giudice statale. Così, per fare degli esempi, non è affatto escluso che di fronte all'arbitro la prova testimoniale sia il veicolo per acquisire, non solo conoscenze singolari ed infungibili riguardo a fatti passati, ma anche conoscenze tecniche fungibili riguardo a criteri di valutazione non giuridici o a situazioni presenti per la cui lettura siano appunto necessarie quelle peculiari conoscenze tecniche o scientifiche³⁹. Insomma, non è affatto detto che le conoscenze che nel processo statale sono acquisite solo per mezzo di una consulenza tecnica non possano essere acquisite dall'arbitro attraverso il veicolo della prova testimoniale. E, ancora, nulla è detto sulla possibilità di acquisire la testimonianza di un soggetto che non potrebbe fornirla nel processo statale (arg. dall'art. 246 c.p.c.), fino a giungere persino alla testimonianza della parte in causa. Né si richiamano gli altri limiti alla prova testimoniale dettati dal codice civile.

Né, infine, il legislatore si dilunga sulle specifiche modalità di assunzione della prova testimoniale di fronte agli arbitri, restando quindi dubbio che, ad esempio, qui si applichi l'art. 253 c.p.c., che si collega anche alla necessaria capitolazione dei fatti specifici che ai sensi dell'art. 244 c.p.c. deve essere contenuta nell'istanza istruttoria da presentare al giudice statale.

A tutte queste problematiche l'interprete dovrà trovare quindi delle soluzioni, cosa possibile solo dopo che, tra breve, avremo fornito un criterio guida per affrontarle, nel quadro del generale problema dell'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale.

4. Segue: le altre disposizioni contenute nell'art. 816-ter c.p.c. – L'articolo in commento si chiude prevedendo, per un verso, che gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici, siano essi persone fisiche o enti, e, per altro verso, che essi «possono chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e do-

cumenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio».

Tralasciando per il momento l'analisi della consulenza tecnica⁴⁰, la seconda previsione indicata, che richiama chiaramente la disposizione prevista nell'art. 213 c.p.c., offre lo spunto per affrontare un problema più generale, che riguarda il rapporto tra le parti e i terzi che, in ipotesi, possano fornire elementi di conoscenza utili per il giudizio. In altre parole, anche al di là dello strumento probatorio citato, guardando ad esempio ai mezzi previsti dagli articoli 118 (ordine di ispezione) e 210 (ordine di esibizione) c.p.c., emerge il problema della cooperazione del terzo a fronte di un giudice, qual è l'arbitro, che non è fornito di *imperium*.

Questi strumenti sono certamente utili quando con essi non si coinvolgono terzi, perché la mancata cooperazione di una parte può sempre essere valutata dagli arbitri come argomenti di prova. Ma, quando, invece, ci si rivolge ad un terzo, la mancata cooperazione del terzo stesso fa semplicemente fallire il tentativo di utilizzare il mezzo, perché gli arbitri non possono certo ricavarne alcunché in ordine al loro convincimento né possono usufruire in questo ambito di una sorta di assistenza giudiziaria che sopperisca alla loro mancanza di poteri coercitivi, assistenza che è prevista solo in riferimento alla prova testimoniale.

Questo quadro, a mio parere, certamente finisce per depotenziare gli strumenti in parola, ma non può far giungere a concludere per la loro inutilizzabilità nel giudizio arbitrale⁴¹, perché con ciò si dimentica che la cooperazione del terzo nel caso concreto potrebbe anche aversi. Certo, si potrà dire che, allora, più che di ordini si deve parlare di inviti⁴², ma, chiariti i limiti "naturali" dell'arbitrato, la sostanza non mi sembra che cambi.

5. Il problema dell'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale oltre le disposizioni normative esplicitate. – Lette le scarse disposizioni che il legislatore detta per l'istruzione nel giudizio arbitrale, posto che in esse non si trova risposta a molte questioni che si pongono, sorge a questo punto la domanda: qual è il significato giuridico di simili omissioni del

³⁹ Vedi *infra*.

⁴¹ Così sembra VERDE, *Lineamenti*, cit., 144.

⁴² In tal senso PUNZI, *Disegno*, cit., 273 s.

³⁹ Sulla differenza tra testimone e consulente sia consentito il rinvio a BOVE, *Il sapere tecnico nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1431 ss., spec. 1436 s.

legislatore? Se per l'arbitrato non sono previste norme esplicite sui casi in cui non c'è bisogno di prova, sull'equilibrio tra i poteri del giudice ed i poteri di parte, sui limiti di ammissibilità delle prove, sulle modalità della loro assunzione⁴³, sull'efficacia dei vari mezzi, dobbiamo ricavarne l'idea che ci si sia affidati alle scelte delle parti e, in subordine, degli arbitri? Oppure se ne deve ricavare l'idea che valgano, almeno come presupposto di partenza, le leggi statali in materia di prova?

Insomma, il silenzio del legislatore apre uno spazio di libertà oppure rappresenta il rinvio a percorsi predeterminati dalla legge statale?

Ancora una volta si deve cercare di dare a tale fondamentale domanda una risposta che sia ragionevole, considerando che la ragionevolezza dell'interprete deve essere tratta, nella misura maggiore possibile, dal sistema del diritto positivo e non da ideologie, che spesso tradiscono ragionamenti svolti più sul piano del *de iure condendo* che su quello del *de iure condito*. Ed, inoltre, si deve richiamare il fondamentale rilievo, già fatto in premessa, secondo il quale la risposta che sarà data non potrà che valere sia per l'arbitrato domestico sia per l'arbitrato internazionale, ovviamente con sede in Italia, non essendovi spazi per diversificare le soluzioni assunte.

L'idea che il silenzio del legislatore imponga di rinviare in materia istruttoria alla legge statale è assai diffusa nella nostra dottrina, la quale, partendo da essa, s'interroga in buona sostanza solo sui suoi limiti. Così, per un verso, ci si chiede se tutte le norme probatorie dettate dalla legge statale siano trasferibili al giudizio arbitrale, ravvisandosi il più delle volte l'incompatibilità di alcuni e limitati istituti, quali l'incidente di falso e la verifica della scrittura privata, nonché il giuramento, e, per altro verso, ci si interroga sulla possibilità che hanno le parti e gli arbitri di derogare alle leggi statali, in ipotesi da ritenersi altrimenti *naturaliter* applicabili, spesso attribuendo a quelle maggiori poteri di quanti se ne attribuiscono a questi.

I percorsi argomentativi che conducono a simili affermazioni, salvo particolarità di dettaglio, sono in buona sostanza due e si ancorano al diverso presupposto che si assume in ordine alla qualificabilità delle norme sulle prove, ritenendo alcuni che esse siano di carattere processuale ed altri che esse, o comunque una gran parte di esse, siano di carattere sostanziale⁴⁴.

⁴³ Salvo, ovviamente, quanto abbiamo detto in riferimento alla prova testimoniale.

⁴⁴ Ma c'è anche chi giunge alle medesime affermazioni a prescindere dalla polemica

Secondo un prima proposta interpretativa⁴⁵ le norme probatorie, in quanto norme processuali, si imporrebbero all'arbitro semplicemente perché questo risolve la lite come altrimenti la risolverebbe il giudice statale. Così, svolgendo l'arbitro un'attività sostanzialmente giurisdizionale, anche il giudizio arbitrale dovrebbe svolgersi secondo un percorso predeterminato dalla legge, insomma porre capo ad una sentenza privata solo dopo che sia stato celebrato un processo, la cui predeterminazione legale rappresenterebbe l'attuazione del principio di legalità nell'ambito di un'attività di *iuris dicere*. Per cui all'interprete resterebbe solo il duplice compito di, per un verso, verificare quali siano le norme relative al processo statale che proprio non possono essere applicate anche al giudizio arbitrale, che, se contiene un'attività giurisdizionale, non è tuttavia gestito da un organo dello Stato⁴⁶, e, per altro verso, tracciare i limiti entro i quali parti ed arbitri possono allontanarsi dalla trama ordita dalla legge, limiti che si pensano essere assai stretti, ritenendosi che l'art. 816-bis c.p.c. attribuisca poteri normativi solo in riferimento a spazi limitati meramente procedurali. Mentre nessun problema residuerebbe

in ordine alla natura delle norme probatorie: così G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, cit., 411, 440, il quale afferma che la cogenza per l'arbitro delle norme probatorie dipende dalla loro funzione di garanzia per le parti, assunto dal quale deriverebbe un ampio potere derogatorio in capo alle parti ed uno scarso potere discrezionale in capo agli arbitri.

⁴⁵ Formulata, tra gli autori più recenti, in maniera compiuta da E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 12 ss., seguito, ad esempio, da DANOVÌ, *op. cit.*, 22 ss. Vi sono poi diversi autori che partono dal presupporre l'applicabilità in arbitrato della legge statale in materia di prova, anche se non si attardano su una loro previa qualificazione giuridica: vedi VERDE, *Lineamenti*, cit., 132; BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»)*, in *Riv. arb.*, 2013, 859 ss., spec. 864 ss.; AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss., spec. 1124 (il quale poi amplia i poteri normativi di parti ed arbitri in materia di CTU, ritenendo che questa stia al di fuori del campo dei mezzi di prova). Anche FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 68 s., sembra presupporre l'applicabilità in arbitrato delle norme statali in materia di prove, pur partendo da un presupposto concettuale opposto a quello di E. Ricci sull'inquadramento della giustizia privata, ma condividendo l'idea che le norme sulle prove abbiano carattere processuale.

⁴⁶ Spesso, ad esempio, si afferma l'incompatibilità dell'incidente di falso col giudizio arbitrale. Ma su questa tematica, coinvolgente anche la verifica della scrittura privata e il giuramento, si tratterà in seguito, per cui, al momento, si rinviando le necessarie citazioni. Ciò vale anche per la questione attinente al rapporto tra principio dispositivo e principio inquisitorio, sulla quale le opinioni della dottrina sono diverse, a prescindere dalla distinzione concettuale che si sta tratteggiando nel testo.

nell'ambito di un arbitrato internazionale con sede in Italia, dovendosi certamente applicare, in quanto norme processuali, la *lex fori*.

In base ad una seconda proposta interpretativa⁴⁷, invece, essendo da attribuire a gran parte delle regole probatorie⁴⁸ la natura di norme sostanziali, la loro vigenza sarebbe trasferita nel giudizio arbitrale per mezzo dell'art. 822 c.c., con il quale si presuppone l'applicabilità della legge sostanziale statale, salvo che le parti abbiano optato per un arbitrato di equità. Così, riferendosi ad un arbitrato di diritto, l'interprete dovrebbe ancora una volta solo verificare quali disposizioni possano risultare incompatibili con la natura privatistica dell'arbitrato, nonché verificare nel caso concreto se vi siano deroghe negoziali, certamente imputabili alle parti e non agli arbitri, i quali, avendo scelto le parti un arbitrato di diritto, non potrebbero omettere l'applicazione delle leggi probatorie statali senza andare contro la volontà implicita dei compromittenti. Nell'ambito di un arbitrato internazionale, poi, si dovrebbe guardare, non alla *lex fori*, bensì alla *lex causae*, dovendo l'arbitro con sede in Italia applicare il diritto probatorio dello Stato la cui legge sostanziale le parti hanno scelto per disciplinare il rapporto.

A mio parere entrambe le dette interpretazioni sono da rigettare sia perché i loro punti di partenza non sono condivisibili sia perché comunque esse non troverebbero effettività nelle norme che disciplinano l'impugnazione del lodo.

In riferimento alla tesi da ultimo citata, francamente non vedo come si possa dire che le norme sulle prove dettate dal codice civile abbiano natura sostanziale. Ciò innanzitutto creerebbe delle distonie non ragionevoli, perché, ad esempio, non si comprende la ragione per cui, in materia di limiti di ammissibilità della prova testimoniale, quelli dettati dagli articoli 2721 ss. c.c. dovrebbero avere natura sostanziale, mentre avrebbe carattere processuale quello dettato dall'art. 246 c.p.c. Ed ancora, passando al piano della valutazione della prova, non si comprende la ragione per cui dovrebbero essere sostanziali le norme che nel codice civile disciplinano l'efficacia dell'atto pubblico o della confessione o ancora del giuramento prestato, mentre dovrebbero avere natura processuale le norme che nel codice di rito attribuiscono efficacia al mancato giuramento (art. 239) o attribuiscono al giudice il po-

tere di valutare secondo prudente apprezzamento le prove c.d. libere (art. 116)⁴⁹.

Ma, al di là di queste distonie, la verità è che le norme probatorie non hanno mai carattere sostanziale, perché da esse non è mai ricavabile il comando concreto contenuto nell'atto con cui si decide la controversia. La norma sostanziale è quella del rapporto in contestazione, quindi quella che fa da parametro dell'operazione di sussunzione giuridica. Insomma la norma sostanziale è quella che trova la sua concretizzazione nella sentenza, quella dalla cui applicazione alla fattispecie concreta, fissata a seguito dell'attività istruttoria, si trae la norma concreta che poi presiederà ai comportamenti futuri delle parti.

Al contrario, le norme probatorie contengono o disposizioni puramente procedurali, ossia regole che scandiscono l'attività processuale del giudice, oppure disposizioni che danno al giudice, a fronte degli elementi acquisiti, un metodo per la loro valutazione, la quale si porrà alla base della fissazione del fatto da riportare poi alla norma del caso⁵⁰. Le prime sono quelle che attengono all'introduzione o costruzione della prova in giudizio, mentre le seconde sono quelle che attengono alla valutazione dei mezzi di prova e dei mezzi di presunzione, nonché alla fissazione del fatto nei casi in cui non vi sia bisogno di prova.

Se così è, non si può ritenere che le norme probatorie statali valgano nel giudizio arbitrale per il tramite dell'art. 822 c.c. Né si può distinguere tra giudizio di diritto e giudizio di equità, perché una simile distinzione attiene appunto alla diversa regola di giudizio da applicare al caso e non ha ripercussioni sul percorso da seguire per giungere alla decisione.

Non miglior sorte credo che si possa riservare all'altra proposta ricostruttiva, la quale, anzi, a differenza di quella appena criticata, non trova neanche un appiglio normativo per trascinare in arbitrato l'apparato delle norme probatorie vigenti di fronte al giudice dello Stato, fondandosi piuttosto su una vera e propria ideologia.

Dire che le leggi statali sull'istruzione probatoria si applicano all'arbitro solo perché questi offre lo stesso prodotto che altrimenti le parti avrebbero avuto dal giudice statale significa, a me sembra, non com-

⁴⁷ Formulata, ad esempio, da PUNZI, *Disegno*, 237 ss.

⁴⁸ Precisamente quelle dettate dal codice civile.

⁴⁹ Anche l'art. 116 c.p.c., pur contenendo un concetto giuridico indeterminato, è una norma di legge sulla valutazione della prova, la cui effettività è presidiata dal ricorso per cassazione: sul punto vedi BOVE, *Ancora sul controllo*, cit., 448 s.

⁵⁰ Sul punto torna ancora a BOVE, *op. ult. cit.*, 440 ss.

prendere che, se quella che si svolge in arbitrato è un'attività giurisdizionale, tuttavia siamo qui di fronte ad una giurisdizione che, lungi dal fondarsi sull'*imperium*, si fonda sul ed è delimitata dal consenso delle parti. L'arbitrato non è espressione di un potere pubblico a cui si è soggetti, ma è uno strumento che le parti scelgono liberamente. E, allora, se è vero che esso è giurisdizione, è anche vero che ad esso non serve il concetto di processo, se questo va inteso quale procedimento al cui interno vigono i principi essenziali del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice e della domanda.

Cerchiamo di intenderci, anche guardando alle disposizioni dei primi due commi dell'art. 111 Cost.

Ovviamente, la giustizia privata, se vuole essere riconosciuta quale giurisdizione dei privati a livello di ordinamento statale, deve prestare ossequio ai valori fondamentali sottesi ai detti principi essenziali, valori che rappresentano il c.d. ordine pubblico processuale, al cui presidio, oltre all'art. 111, 2° comma, Cost., sono dettate regole esplicite anche nelle norme di legge sull'arbitrato⁵¹. Ma quella arbitrale non è una forma di giurisdizione da convogliare pur sempre nell'alveo della giurisdizione statale⁵², bensì essa rappresenta un'autonoma giurisdizione che opera all'esterno della giustizia pubblica. Non si può ritenere che il lodo sia una sorta di sostitutivo della sentenza di primo grado che altrimenti sarebbe stata pronunciata dal giudice statale, espressione di una vicenda che comunque può essere riassorbita nell'ambito della giurisdizione pubblica per mezzo della via dell'impugnazione del lodo. In realtà l'ordinamento statale ha nei confronti della giustizia dei privati un punto di vista analogo a quello che assume a fronte della giustizia di altri Stati. Così, per fare un esempio significativo, in sede di impugnazione per nullità del lodo la legge statale non punta a sindacarne l'ingiustizia: certamente non in riferimento alla soluzione data alla questione di fatto⁵³ ed assai limi-

⁵¹ Vedi gli articoli 815, 816-bis e 829, 1° comma, n. 9), nonché 3° comma, c.p.c.

⁵² Così si poteva pensare quando il lodo era un nulla giuridico senza una sua ricezione ad opera del decreto pretorile.

⁵³ L'idea (sostenuta da CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55 ss., spec. 64 s.) secondo la quale la giurisdizionalità dell'arbitrato dovrebbe condurre ad un allargamento del sindacato della motivazione in sede d'impugnazione del lodo a mio parere non è ragionevole proprio per il motivo che si enuncia nel testo. La giustizia privata è sì giurisdizione, ma è "altro" rispetto alla giurisdizione statale. Ciò però non potrebbe condurre (come pensa BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 879 s.) ad escludere legittimamente ogni forma d'impugnazione del lodo: dagli articoli 24, 1° comma, e

tatamente in riferimento alla questione di diritto, essendo un'impugnazione per violazione di norme di diritto attinenti al merito della lite prospettabile solo con riguardo alle norme di ordine pubblico, residuando per il resto uno spazio unicamente nelle rare ipotesi in cui le parti lo aprono per concorde disposizione.

Ed, allora, ciò che non serve alla giustizia privata è il concetto di procedimento, quale percorso predeterminato dalla legge, ossia quella garanzia che, esplicitata dal primo comma dell'art. 111 Cost., rappresenta l'attuazione del principio di legalità nell'ambito della giurisdizione pubblica, ossia quella che si fonda sull'*imperium* e non sulla libera scelta delle parti. Insomma, se certamente in arbitrato va garantito il fondamentale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che trova la sua concretizzazione in ogni attività giurisdizionale per mezzo della vigenza dei principi del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice nonché della domanda, non è necessario però che il modo in cui questi principi devono essere attuati sia predeterminato dalla legge dello Stato.

Al più l'arbitrato può svolgersi secondo un processo convenzionale, ossia seguendo un percorso negozialmente determinato. Ecco, allora, che l'art. 816-bis c.p.c. diventa, se così si può dire, norma che riconosce ai privati e agli arbitri un potere originario e non una disposizione di cui l'interprete deve cercare i limiti, da intendersi come fonte di un potere negoziale di deroga ad una legge statale che si assume come "naturalmente" applicabile. Ciò senza togliere, ovviamente, forza al rilievo che quel potere normativo privato ha certamente dei limiti. Ma questi non sono dati dalle leggi statali sulla prova, delle quali in ipotesi si dovrebbe distinguere tra quelle derogabili e quelle inderogabili, bensì essi sono dati unicamente dai già citati limiti di carattere costituzionale, da quei principi che nessuna norma dettata dalle parti o dagli arbitri può obliterare.

Infine, entrambe le teorie sopra prospettate finiscono per rappresentare un'evidente forzatura a fronte del dato positivo nel momento in cui, per avere un riscontro di effettività nelle norme di diritto positivo, cercano il loro presidio in sede impugnatoria nel terzo comma dell'art. 829 c.p.c., che, come già si è accennato, prevede l'impugnazione del lodo in

111, 2° comma, Cost. deriva l'obbligo dello Stato di prevedere a livello di legge ordinaria la possibilità di sindacare, per un verso, la sussistenza a monte dell'arbitrato di una scelta delle parti validamente formatasi e, per altro verso, il rispetto dei principi fondamentali del contraddittorio e della terzietà ed imparzialità del giudice.

caso di violazione delle norme di diritto relative al merito se le parti lo abbiano previsto ovvero, comunque, quando si tratti di norme di ordine pubblico.

Quanto sia fragile un simile presidio è facile da far emergere⁵⁴. Esso al più potrebbe in parte reggere ove si qualificassero le norme probatorie quali regole sostanziali⁵⁵. Ma pure in questo caso si tratterebbe di un presidio assai pericolante, visto che, non venendo qui normalmente in gioco regole di ordine pubblico, l'assicurazione del loro rispetto dovrebbe venire da una disposizione di parte che abbia previsto l'impugnazione del lodo anche per questo motivo, disposizione che quasi mai si rinviene nelle clausole compromissorie⁵⁶. Ma, a prescindere da un simile rilievo, un tale presidio non può proprio proporsi, posto che, come abbiamo già detto sopra, le norme in parola, anche se si ergono al di sopra dei meri aspetti procedimentali, al più assurgono a regole che presiedono al metodo della valutazione in fatto, senza mai poter giungere ad essere ritenute le regole da cui, con operazione sussuntiva, si trae la norma di condotta che rappresenta la pronuncia in merito contenuta nella sentenza privata.

In conclusione a me non pare dubbia la risposta da dare alla do-

⁵⁴ BRIGUGLIO, *op. cit.*, 871-872, partendo dalla qualificazione delle norme di prova legale come norme sostanziali, riconosce che la loro violazione non può comportare l'annullamento del lodo. Ciò perché esse non sono norme di ordine pubblico né sono le regole da cui si trae la decisione nel merito.

⁵⁵ Partendo dal presupposto di avere qui norme di carattere processuale, non si vede, infatti, come si potrebbe ipotizzare, in caso di loro violazione, un annullamento del lodo per violazione delle norme di diritto attinenti al merito della controversia (art. 829, 3° comma, c.p.c.). Né mi pare che il previgente secondo comma dell'art. 829 c.p.c., che più genericamente prevedeva l'annullamento del lodo nel caso che gli arbitri non avessero nel giudicare osservato le regole di diritto, potesse essere inteso diversamente, ossia come riferito alla violazione di qualsiasi tipo di norma (E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 12, riteneva, invece, che l'art. 829, 2° comma, c.p.c. allora vigente stesse a presidio in sede impugnatoria della violazione delle norme probatorie). Né, ancora, mi pare possibile veicolare la violazione delle norme sul metodo del giudizio di fatto attraverso la denuncia di un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 5), c.p.c., perché è opinione pacifica in giurisprudenza che questo motivo d'impugnazione sanziona solo la violazione dell'obbligo formale di motivazione. Ma abbiamo già visto come qualche voce in dottrina si levi per allargare la detta via impugnatoria: così VERDE, *Lineamenti*, cit., 142, e CAVALLINI, *La non contestazione*, cit., 64 s.

⁵⁶ Anche PUNZI, *Disegno*, cit., 238, nt. 686, riconosce che il presidio posto a tutela delle norme probatorie in sede d'impugnazione del lodo è fragile per i motivi detti nel testo.

manda posta sopra: il silenzio del legislatore apre uno spazio di libertà per le parti e gli arbitri, non dovendosi per l'istruzione probatoria applicare *naturaliter* le norme probatorie che la legge statale detta per il processo statale⁵⁷. Parti e arbitri hanno qui un ampio spazio di manovra, purché vengano rispettati in concreto quei principi fondamentali già sopra citati che rappresentano il nostro ordine pubblico processuale⁵⁸. E se ci si trova di fronte ad un arbitrato internazionale con sede in Italia, non emerge alcun problema, perché, quand'anche valga il principio secondo il quale le questioni processuali sono da trattare secondo la *lex fori*, qui non emergono norme processuali statali che valgano per l'arbitrato, essendo questo lasciato alla normazione originaria delle parti e degli arbitri.

Individuato il principio ordinatore utile ad inquadrare il problema dell'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale, se ne deve ora fare applicazione in riferimento alle diverse questioni che concretamente si pongono.

6. *Strumenti che escludono il bisogno della prova.* – Di fronte al giudice statale non è sempre necessaria la prova dei fatti rilevanti per la decisione, perché egli, per un verso, deve porre a fondamento della sua decisione i fatti che non siano stati specificamente contestati dalla parte costituita (art. 115, 1° comma, c.p.c.) e, per altro verso, può porre a fondamento della decisione anche nozioni di fatto che rientrino nella comune esperienza (art. 115, 2° comma, c.p.c.).

Dal primo punto di vista nessuno dubita del fatto che anche in ar-

⁵⁷ Si ricordi l'affermazione di SATTA, *Commentario*, cit., 277: «Le disposizioni sulla prova stabilite nel codice civile non valgono per gli arbitri, anche se essi devono decidere secondo diritto: e non valgono neppure le incompatibilità sancite dal codice di procedura, qualunque sia la natura giuridica che a tutte queste norme si voglia attribuire». Anche se poi l'illustre autore fa un'importante eccezione nel proseguire: «non potrebbero gli arbitri disconoscere il valore di un atto pubblico, nella parte in cui fa fede, fino a querela di falso». Eccezione per la quale Satta non fornisce alcuna motivazione.

⁵⁸ Questa è anche sostanzialmente la posizione che traspare nella nostra giurisprudenza, la quale sostiene che, in mancanza di regole imposte dalle parti, «gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengono più opportuno e, quindi, anche di discostarsi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, purché rispettino, sia pure con gli opportuni adattamenti, il principio inderogabile del contraddittorio»: così Cass. 26 settembre 2007, n. 19949, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2853. Nello stesso senso Cass. 28 febbraio 2014, n. 2808; 17 febbraio 2011, n. 3917; 7 marzo 2007, n. 5274; 6 novembre 2006, n. 23670, in *Impresa*, 2007, 492.

bitrato possa valere il principio di non contestazione, per cui ben l'arbitro potrà fissare un fatto sul quale non vi sia lite tra le parti, a prescindere dalla sua prova⁵⁹. Ma, un simile meccanismo rappresenta una possibilità offerta al giudice privato oppure il principio di non contestazione ha forza cogente nel giudizio arbitrale così come accade nell'ambito del processo statale? Ed, inoltre, quanto può pesare l'eventuale potere normativo delle parti e degli arbitri in riferimento alla sua operatività?

Nell'ambito del processo statale, a mio parere⁶⁰, il principio di non contestazione va collegato al principio dispositivo e all'idea che il processo civile, quando ha a che fare con diritti disponibili, non ha come scopo la ricerca della verità, ma solo la soluzione della controversia tra i litiganti. Di conseguenza le parti ben possono, allegando concordemente un fatto, vincolare il giudice alla loro allegazione, ossia porre in campo un meccanismo che, lungi dal rappresentare una fonte di convincimento del giudice, si presenta invece come un mezzo di fissazione formale del fatto, con il quale si assolve una parte dall'onere di provare il fatto stesso. Insomma, la non contestazione non è un modo per il giudice di acquisire la conoscenza di un fatto, bensì un modo per escludere la necessità di indagare intorno ad esso, un meccanismo, in buona sostanza, di fissazione legale a cui il giudice è vincolato.

Rimanendo coerenti al principio ordinatore individuato nel precedente paragrafo, è evidente come questi rilievi non possano essere trasferiti al giudizio arbitrale. Invero, gli arbitri, se ben possono fondare la loro decisione su un fatto che non sia stato provato perché esso non è risultato contestato, ben, però, potrebbero negare quel fatto, ancorché non contestato, perché ad esempio lo ritengano inverosimile. Essi hanno un ampio spazio di valutazione, senza che un presunto malgoverno del principio di cui all'art. 115, 1° comma, c.p.c. possa trovare una qualche sanzione in sede d'impugnazione del lodo⁶¹. Ciò che, invece, certamente gli arbitri non possono fare è violare il principio del contraddittorio *sub*

specie di diritto alla prova: così, ad esempio, gli arbitri non potrebbero rigettare la domanda dell'attore affermando come non provato un fatto costitutivo, magari non contestato dal convenuto, dopo aver rigettato l'istanza istruttoria dell'attore rivolta proprio a provare quel fatto.

Ma resta da vagliare la possibile incidenza del potere normativo delle parti e degli arbitri, sia in ordine all'operatività del principio in sé sia in ordine ad alcuni aspetti procedurali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, se l'idea che gli arbitri escludano l'operatività del principio in sé non mi parrebbe molto concreta, bastando loro semplicemente lo spazio di discrezionalità che il sistema gli attribuisce⁶², diverso è il discorso con riguardo al potere normativo delle parti esplicitamente manifestato, che non vedo come si potrebbe escludere⁶³. Combinando l'art. 816-*bis*, 1° comma, c.p.c. col successivo art. 829, 1° comma, n. 7), è evidente come le parti ben possano escludere, a pena di nullità del lodo, l'utilizzabilità di alcuni mezzi di fissazione del fatto.

Per quanto riguarda il secondo aspetto il problema si pone essenzialmente per la disciplina di una possibile contestazione successiva alla prima difesa. Nel processo statale la parte costituita che non contesti nella sua prima difesa alcuni dei fatti allegati dalla controparte può sempre sollevare le sue contestazioni in un momento successivo. Ma, almeno a mio parere⁶⁴, ciò fa riemergere l'onere della prova in capo a colui che aveva fatto l'allegazione solo se la detta successiva contestazione è fatta quando sono ancora possibili attività istruttorie, dovendo in caso contrario la parte ritardataria subire le conseguenze di un'inversione dell'onere della prova.

Se ciò accade di fronte al giudice statale, qual è la situazione ipotizzabile di fronte al giudice privato? Se le parti si fanno carico di disciplinare l'onere della contestazione, non dovrebbero esserci particolari problemi⁶⁵: imposto il principio agli arbitri, esse possono anche preve-

⁵⁹ PUNZI, *Disegno*, cit., 235-236; CAVALLINI, *La non contestazione*, cit., 56; VERDE, *Lineamenti*, cit., 134; BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 876 ss.

⁶⁰ Per il quale si rinvia a BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010, 87 ss., ove ci si occupa anche del problema, posto in giurisprudenza, in ordine alla presunta differenza tra la non contestazione dei fatti principali e quella dei fatti secondari, differenza che a me pare insussistente.

⁶¹ Una volta rigettata l'idea di Cavallini sul sindacato della motivazione in sede d'impugnazione del lodo.

⁶² Insomma, gli arbitri non hanno alcun bisogno di esprimersi sul punto. Resta, ovviamente, la necessità che essi rispettino il principio del contraddittorio. Così, tornando ad un caso già citato nel testo, gli arbitri non potrebbero rigettare un'istanza istruttoria perché il fatto che si vorrebbe provare non è stato contestato e poi decidere in senso negativo per quello stesso istante in quanto si afferma che egli non avrebbe provato proprio quel fatto.

⁶³ Così, invece, CAVALLINI, *La non contestazione*, cit., 62.

⁶⁴ Torna ancora al mio *Il principio della ragionevole durata*, cit., 89.

⁶⁵ Cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 880 s., il quale giustamente rileva come la spen-

dere i tempi della contestazione, disponendo che l'assoluzione dall'onere della prova in capo alla parte che abbia operato l'allegazione non possa risolversi a causa di una contestazione di controparte che sia giunta tardivamente. Se, invece, le parti nulla dispongono, per gli arbitri si apre un ampio spazio di discrezionalità, salvo sempre il rispetto del principio del contraddittorio. Per cui, si ripete ancora, se interviene una contestazione tardiva, gli arbitri devono dare all'onerato la possibilità di provare ora ciò che prima era non bisognoso di prova.

Ma qui potrebbero emergere problemi, considerando che gli arbitri hanno un termine per la pronuncia del lodo. Cosa accade se la contestazione arriva in un momento nel quale non c'è più il tempo di assumere mezzi di prova, perché ormai il termine per la pronuncia del lodo è prossimo a scadere e non vi è più la possibilità di godere di una proroga per la necessità di assumere un mezzo di prova?

Qui si aprono due possibilità. Gli arbitri potrebbero decidere a favore della parte onerata affermando che la contestazione tardiva della controparte non poteva più cambiare le cose. Oppure essi potrebbero decidere a sfavore della parte onerata a causa della tardiva contestazione. La prima soluzione mi parrebbe l'unica ragionevole, in quanto la seconda mi parrebbe chiaramente inficiata dalla violazione del principio del contraddittorio, non essendosi data alla parte onerata un'effettiva possibilità di prova.

Per ovviare a simili inconvenienti si potrebbe attribuire agli arbitri il potere di fissare un termine preclusivo per le contestazioni. Ma appare assai discutibile, in linea di principio, che gli arbitri possano d'ufficio costruire preclusioni nel giudizio arbitrale.

Venendo, poi, al secondo comma dell'art. 115 c.p.c., a me pare evidente come anche nel giudizio arbitrale valga il divieto di scienza privata, quale conseguenza del principio di terzietà ed imparzialità del giudice⁶⁶, principio che, se impedisce l'uso da parte del giudice di conoscenze singolari che egli abbia al di fuori del giudizio, non gli impedisce però l'uso di conoscenze generali, e quindi fungibili, appartenenti

dita di questo potere normativo delle parti sul punto specifico sia abbastanza inverosimile.

⁶⁶ Non condivido, quindi, la diversa opinione di VERDE, *Lineamenti*, cit., 134 s., il quale ritiene che il divieto di scienza privata valga solo per il giudice statale, in quanto giudice istituzionale. Né credo che valga a salvare una simile idea il richiamo anche qui al principio del contraddittorio.

alla generalità degli uomini a comunque ad una data cerchia di persone. Ciò implica la possibilità anche per l'arbitro di porre a fondamento della sua decisione il fatto notorio⁶⁷, quale accadimento singolare noto agli *omnes*, come ovviamente anche l'utilizzo delle c.d. massime di esperienza nella valutazione del materiale istruttorio.

Sempre fermo restando il rilievo che il malgoverno che gli arbitri facciano del fatto notorio e delle massime di esperienza resta senza alcun presidio in sede d'impugnazione del lodo.

7. Principio dispositivo e principio inquisitorio. – Nel processo statale l'art. 115, 1° comma, c.p.c. detta un preciso equilibrio tra il potere delle parti di proporre prove (principio dispositivo) ed il potere del giudice di disporre d'ufficio (principio inquisitorio), affermando il linea generale la vigenza di quello e limitando questo solo nell'ambito delle esplicite previsioni di legge.

Secondo un'idea molto diffusa la detta norma dovrebbe valere anche nel giudizio arbitrale, salvo diverse determinazioni di parte. Insomma, se nel silenzio dei compromittenti gli arbitri non potrebbero disporre d'ufficio mezzi di prova che non sarebbero anche nella disponibilità del giudice statale, il potere normativo attribuito alle parti dall'art. 816-*bis* c.p.c. potrebbe alterare l'equilibrio dettato dal citato art. 115 c.p.c., accrescendo i poteri istruttori d'ufficio del giudice⁶⁸.

Ancora una volta ci si imbatte in un eccesso quando si paragona l'opera dell'arbitro a quella del giudice, ritenendosi che l'arbitro, facendo ciò che altrimenti farebbe il giudice statale, deve rispettare anche quell'equilibrio tra principio dispositivo e principio inquisitorio che la legge impone a quest'ultimo, con l'unica scappatoia offerta dal potere normativo delle parti.

Ed ancora una volta a me non resta che discostarmi da quel presupposto concettuale e ribadire quanto la giurisdizione privata abbia, per così dire, una sua originarietà, che non le impone le leggi statali in materia di prova. Senza considerare l'ulteriore rilievo per cui, se quel presupposto fosse corretto, difficilmente si potrebbe far rientrare nell'am-

⁶⁷ Così PUNZI, *Disegno*, cit., 236; G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, 417.

⁶⁸ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 93 s.; DANOVÌ, *op. cit.*, 26 s.; BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 864, nt. 9; G.F. RICCI, *op. cit.*, 415, 440. In diversi Regolamenti camerali vengono attribuiti agli arbitri ampi poteri di assunzione probatoria: vedi, ad esempio, l'art. 25 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano.

bito del potere normativo delle parti la possibilità di derogare ad una regola tanto importante nel processo statale quel è quella che detta l'equilibrio tra principio dispositivo e principio inquisitorio.

Invero, a quest'ultimo proposito non pare appagante il ragionamento che viene svolto da uno dei pochi autori che almeno si è fatto carico del problema. A tal proposito Edoardo Ricci afferma che, se l'ampio margine attribuito al principio dispositivo affonda le sue radici nel sospetto che l'operatività dell'opposto principio può far emergere riguardo all'imparzialità del giudice, un simile problema non si porrebbe nel giudizio arbitrale, dato che qui sono le stesse parti a scegliere il giudice a cui affidare la decisione. Ma una simile prospettiva non appare condivisibile perché, se, per un verso, l'assunzione del principio dispositivo è dovuta innanzitutto alla convinzione che esso rappresenti il fondamento della tecnica migliore per trattare e decidere la lite, per altro verso, non si può certo affermare che i tribunali arbitrali siano costituiti da giudici di comune fiducia. Ciò non è vero quando non siano le parti a poter designare gli arbitri, come accade oggi nell'arbitrato societario. Ma ciò non è vero neanche negli altri ambiti, nei quali, operando di solito clausole c.d. binarie, ogni parte è protagonista solo della nomina del "suo" arbitro e non della designazione degli altri due membri del collegio.

In conclusione la scelta di fondo assunta in questa indagine, e solo essa, porta a concludere che nel giudizio arbitrale non si riproduce l'equilibrio che l'art. 115, 1° comma, c.p.c. detta tra principio dispositivo e principio inquisitorio, restando agli arbitri in linea di principio la possibilità di assumere ogni mezzo di prova. A meno che le parti non limitino una simile originaria possibilità, spendendo un potere di regolamentare il giudizio arbitrale che trova la sua sanzione in sede d'impugnazione del lodo nell'art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c.

8. *Ammissibilità dei mezzi di prova.* – Fermo restando che, ovviamente, deve valere anche per l'arbitro il limite della rilevanza, per cui non avrebbe alcun senso che egli assumesse mezzi di prova su fatti che, dato il diritto fatto valere nel giudizio, non abbiano alcuna rilevanza, né diretta né indiretta, assai liberali si deve essere anche in riferimento ai limiti di ammissibilità che la legge statale detta in materia di prova.

Certo, ve ne sono alcuni che non possono non valere anche nell'ambito della giustizia privata, avendo essi il loro fondamento in ragioni di diritto sostanziale. Così, per fare un esempio, combinando gli articoli 1325, 1418 e 2725, 2° comma, c.c., neanche di fronte all'arbitro potrebbe

essere provata per testimoni l'esistenza di un contratto per il quale la legge richiede la forma scritta quale elemento essenziale a pena di nullità. Ma per il resto, tenendo presente il principio ordinatore sopra enunciato, bisogna distinguere.

Se le parti si occupano del problema, esse possono fare ciò che vogliono⁶⁹. Ossia esse possono eliminare limiti di ammissibilità che varrebbero per il giudice statale, consentendo l'assunzione di prove non contenute nel catalogo legale⁷⁰ o l'assunzione di prove codificate al di là dei limiti di ammissibilità legalmente stabiliti ovvero anche immetterne di nuovi, fino ad imporre agli arbitri la possibilità di utilizzare solo alcuni dei mezzi di prova in ipotesi immaginabili. Tutte previsioni negoziali, queste, che manterrebbero il loro presidio in sede d'impugnazione del lodo nel più volte citato art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c.

Se, invece, le parti non si occupano del problema, agli arbitri è lasciato un ampio spazio di manovra, essendo a loro concesso di assumere tutti i mezzi di conoscenza che possano sembrare utili al fine della decisione della lite, ma non certo di limitare l'assunzione di alcuni di essi. Un arbitrario impedimento che da loro dovesse derivare alle parti si presenterebbe come un'indebita limitazione del diritto alla prova, come tale sanzionabile in sede d'impugnazione del lodo per mezzo dell'art. 829, 1° comma, n. 9), c.p.c. Mentre, al contrario, essi possono spaziare ben al di là dei limiti di ammissibilità delle prove legalmente catalogate e delimitate nella loro utilizzabilità. Ipotizzare che nel giudizio arbitrale valga un catalogo legalmente assunto dei mezzi di prova e delle regole delimitative per il loro utilizzo sarebbe idea che non avrebbe alcuna base normativa. Ciò perché, per un verso, avendo rifiutato la richiamabilità qui delle leggi sulle prove applicabili nel processo statale, si dovrebbe, in ipotesi, arrivare alla non ragionevole conclusione per cui le uniche prove ammissibili di fronte all'arbitro siano quelle elencate nell'art. 816-ter c.p.c., e, per altro verso, non si vede per quale via si potrebbe ipotizzare l'impugnabilità di un lodo che fosse fondato sull'acquisizione di

⁶⁹ Hanno un atteggiamento liberale a fronte del potere normativo delle parti in riferimento all'ammissibilità delle prove in arbitrato FAZZALARI, *L'arbitrato*, 69; PUNZI, *Disegno*, cit., 260 s.; G.F. RICCI, *op. cit.*, 440; DANOVÌ, *op. cit.*, 26. Assumono, invece, un atteggiamento opposto E. RICCI, *op. ult. cit.*, 81 ss.; VERDE, *Lineamenti*, cit., 139.

⁷⁰ Peraltro, questo aspetto rappresenta ormai ben poca cosa, visto che anche nell'ambito del processo pubblico è assai diffuso un atteggiamento permissivo rispetto alla c.d. prova atipica.

mezzi di prova non legalmente previsti o al di là di presunti limiti legali.

Insomma, sempre che le parti non abbiano imposto regole processuali di fonte negoziale, bisogna distinguere ciò che in astratto sembrerebbe ragionevole secondo comuni massime di esperienza e ciò che, invece, vale sul piano strettamente giuridico e, quindi, ciò che in un caso concreto un singolo tribunale arbitrale può permettersi di ritenere ragionevole. Su un piano di puro buon senso astratto si può immaginare che anche agli arbitri sembri sospetta una prova testimoniale su patti aggiunti e contrari al contenuto di un documento per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea (art. 2722 c.c.) o poco attendibile la testimonianza di un terzo che abbia un interesse che lo legittimerebbe all'intervento in causa (art. 246 c.p.c.). Ma, ed è questo il punto, le massime di esperienza sottese a queste norme di legge e che si impongono al giudice statale non si impongono anche all'arbitro, il quale, quindi, può pure non assumerle come ragionevoli nel caso concreto.

Così nel giudizio arbitrale si potrebbe assistere all'assunzione di mezzi di prova impensabili di fronte al giudice statale, quale la testimonianza della stessa parte o anche l'assunzione della testimonianza al fine di acquisire conoscenze tecniche che nell'ambito del processo pubblico potrebbero essere introdotte solo per mezzo della consulenza tecnica. Né, parlando della testimonianza della parte, avrebbe nel giudizio arbitrale un qualche senso la distinzione tra testimonianza di un terzo e interrogatorio libero delle parti, perché in questo ambito evapora la diversa efficacia che questi mezzi di conoscenza del giudice hanno nel processo statale, non avendo la distinzione tra prova ed argomento di prova un presidio in sede d'impugnazione del lodo.

9. *Assunzione dei mezzi di prova.* – Problemi ancora minori si pongono per quanto riguarda l'assunzione del mezzo di prova, ossia le modalità della sua costruzione in giudizio. A tal proposito anche la dottrina, a prescindere dalle diversità nelle impostazioni di fondo, generalmente assume una posizione più liberare⁷¹, consentendo alle parti ed agli

⁷¹ Significativamente a questo proposito vedi la posizione di E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 89 ss., il quale è certamente un autore che propone in linea di principio una delle letture più restrittive in materia di prove in arbitrato. Vedi anche DANOVÌ, *op. cit.*, 26, e BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 870.

arbitri di muoversi liberamente, col solo limite, ovviamente, dato dalla necessità di rispettare il principio del contraddittorio.

Così, ancora una volta bisogna distinguere. Se le parti hanno fissato delle forme da rispettare a pena di nullità, simili regole negoziali vanno rispettate, se non si vuole che il lodo rischi di essere dichiarato nullo per la via dell'art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c. Se, invece, nulla hanno imposto le parti, gli arbitri si potranno muovere nel modo che ritengono opportuno.

Per fare un solo e direi significativo esempio, l'assunzione della prova testimoniale, sia del terzo o anche della parte, ben potrà avvenire, certamente su vicende che rilevano per il giudizio e che la parte interessata deve aver narrato previamente all'arbitro e alla controparte, ma altrettanto certamente a prescindere da una stretta capitolazione e senza il protagonismo, almeno in prima battuta, dell'arbitro, il quale potrà lasciare ai difensori delle parti il ruolo più attivo di svolgere interrogatori incrociati dei testimoni.

10. *Valutazione delle prove.* – In ordine alla valutazione della prova le opinioni più diffuse, partendo dal presupposto che la legge statale vigente per il processo pubblico sia applicabile in linea di principio anche nel giudizio arbitrale, si distinguono sostanzialmente in due filoni.

Secondo alcuni le norme sulla valutazione probatoria, quindi in particolare la distinzione tra prova libera e prova legale, sarebbero imposte anche agli arbitri in ogni caso⁷². Secondo altri, invece, esse, pur essendo imposte a questi in linea di principio, potrebbero essere modificate dalle disposizioni di parte⁷³.

Ma, ancora una volta, a me non sembra che queste siano impostazioni corrette, perché, non dovendosi ritenere applicabile in linea di principio la legge statale vigente per il processo pubblico, non credo che anche nel giudizio arbitrale valga quell'equilibrio che tra prova libera e prova legale il legislatore ha prospettato nell'art. 116, 1° comma, c.p.c.

Così pure in questo ambito bisogna distinguere. Se le parti si sono

⁷² E. RICCI, *op. ult. cit.*, 79 s.

⁷³ DANOVÌ, *op. cit.*, 26; G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, cit., 440; BRIGUGLIO, *Riflessioni*, cit., 870. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 1124, nega che alle parti sia data la possibilità di alterare l'efficacia dell'atto pubblico.

fatte carico del problema, gli arbitri dovranno ovviamente rispettare le regole negoziali da esse imposte, sempre a causa dell'eventualità che il lodo sia dichiarato nullo in virtù dell'art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c. Se, al contrario, come di solito accade, nulla le parti hanno previsto, allora di fronte agli arbitri si apre uno spazio in cui opera un puro principio di libero convincimento. Del resto, ancora una volta non si vede per mezzo di quale via impugnatoria potrebbe ottenersi l'annullamento di un lodo che in ipotesi sia pronunciato sulla base di una ricostruzione fattuale in contrasto con una confessione o un atto pubblico, nella parte che di fronte al giudice statale sarebbe coperta dalla pubblica fede⁷⁴.

Se tutto questo è vero, una serie di dispute che hanno agitato la dottrina possono perdere ogni sostanza. Mi riferisco al problema dell'ammissibilità nel giudizio arbitrale del giuramento, dell'incidente di falso e della verifica della scrittura privata.

Se si parte dal presupposto che il giuramento, se fosse ammesso di fronte all'arbitro, avrebbe la stessa efficacia che esso esplica di fronte al giudice statale, si apre la disputa sulla sua compatibilità col patto compromissorio⁷⁵, per un verso, e con il contesto delle sanzioni penali che lo assistono, per altro verso⁷⁶. Ma, se, al contrario, si parte dall'idea che di fronte all'arbitro venga meno la distinzione tra prova libera e prova legale, non c'è bisogno di entrare nella disputa⁷⁷ e resta solo il rilievo

⁷⁴ BRIGUGLIO, *op. cit.*, 871, pur ritenendo che gli arbitri sino vincolati alle prove legali, riconosce, però, come in tutta onestà un simile vincolo non abbia alcun presidio in sede di impugnazione del lodo. Per l'affermazione del principio dell'insindacabilità di fronte al giudice statale della valutazione probatoria svolta dall'arbitro vedi in giurisprudenza Cass. 10 luglio 2013, n. 17097, in *Foro pad.*, 2013, 371; Cass. 24 giugno 2011, n. 13968.

⁷⁵ Secondo alcuni il giuramento non sarebbe ammissibile in arbitrato perché in tal modo si farebbe dipendere la decisione della lite da questo strumento e non più dagli arbitri, come invece le parti scelgono di fare con la stipula del patto compromissorio. Si veda a tal proposito PUNZI, *Disegno*, cit., 253 ss.

⁷⁶ FAZZALARI, *L'arbitrato*, 70, nega l'ammissibilità del giuramento in arbitrato perché qui non vi sarebbe l'assistenza della sanzione penale per il caso di spergiuo. Così anche G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, cit., 432, e BALENA, *Istituzioni*, cit., 349. Ma vi sono anche coloro che comunque ammettono il giuramento in arbitrato: E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 52; DANOVÌ, *op. cit.*, 36 (il quale afferma che anche in arbitrato si ha l'assistenza della sanzione penale); AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di VERDE, Torino, 2000, 197 ss., spec. 200 ss., e, mi sembra, VERDE, *Lineamenti*, cit., 140.

⁷⁷ Rispetto alla quale c'è peraltro da rilevare come non sembri ragionevole ritenere

per cui l'arbitro può ben raccogliere, a prescindere da ogni formalità, la dichiarazione che una parte fa di un fatto a sé favorevole e valutarla per ciò che riterrà opportuno.

Né, mantenendo ferma quella idea di partenza, ha una qualche rilevanza la questione attinente al rapporto tra arbitrato ed incidente di falso. Certo, se si ritenesse che l'atto pubblico debba mantenere anche di fronte all'arbitro il valore di prova legale, è ovvio, o così a me sembra, che, ove sorgesse una contestazione attinente alla parte del documento coperta da pubblica fede, l'arbitro dovrebbe arrestarsi ai sensi dell'art. 819-bis, 1° comma, n. 2), c.p.c. in attesa della definizione della questione di falso ad opera del giudice statale⁷⁸, posto che la detta questione appare al contempo non arbitrabile né meramente conoscibile. Invero, se la legge esclude la possibilità di risolvere la questione del falso in via meramente incidentale, imponendo sempre una decisione con forza di giudicato, non mi sembrerebbe ragionevole attribuire all'arbitro una cognizione incidentale che non spetterebbe al giudice statale.

Ma, se, al contrario, si ritiene, come a me sembra, che la distinzione tra prova libera e prova legale evapori nel giudizio arbitrale, allora ogni questione inerente, non alla pubblica fede, ma all'attendibilità del documento prodotto rifluisce nel trattamento che di essa faranno gli arbitri secondo quanto riterranno opportuno e, poi, nella loro valutazione secondo prudente apprezzamento.

Né, infine, mi pare che problemi possano sorgere a seguito della produzione in giudizio di una scrittura privata la cui sottoscrizione non sia stata previamente autenticata. In tal caso, se il problema sta nel valutare

che il giuramento sarebbe incompatibile con il patto compromissorio, posto che il vincolo che deriva al giudice da esso è analogo al vincolo che gli deriva da qualsiasi mezzo di prova legale (stessa critica in E. RICCI, *op. ult. cit.*, 51 e in DANOVÌ, *op. cit.*, 36). Per cui: o si elimina la prova legale dall'arbitrato oppure non si vede perché il vincolo sia compatibile con il patto compromissorio in alcuni casi e non in altri. Invece più ragionevole è l'idea che poco senso abbia assumere il giuramento in un ambiente nel quale non opererebbe la sanzione per falso giuramento. Partendo dalle opinioni più tradizionali, a me sembra che il giuramento sarebbe da espungere dal giudizio arbitrale essenzialmente per la mancanza della sanzione penale, che mi pare difficilmente ipotizzabile.

⁷⁸ Questa è l'opinione più diffusa, per la quale vedi E. RICCI, *op. ult. cit.*, 55 ss.; PUNZI, *Disegno*, cit., 250 s.; VERDE, *Lineamenti*, cit., 141; G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, cit., 433 s.; DANOVÌ, *op. cit.*, 37 s. In senso contrario DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arb.*, 2009, 170 ss.

l'attribuibilità della scrittura a colui che appare essere il sottoscrittore, come non mi pare che gli arbitri siano vincolati ad un riconoscimento tacito, così non credo che essi, in caso di disconoscimento della scrittura da parte di colui nei cui confronti essa è stata prodotta, debbano porsi il problema di un vero e proprio giudizio di verifica, ossia di quell'incidente cognitivo di cui trattano gli articoli 216 ss. c.p.c. Invero, è inutile chiedersi se un simile giudizio sia o meno sostituibile ad opera degli arbitri⁷⁹ e poi, nell'eventualità che si dia risposta negativa sul piano dell'arbitrabilità, interrogarsi sul se ci si trovi o meno di fronte ad una pregiudiziale c.d. *ex lege*, con la conseguenza di dover scontare una necessaria sospensione del giudizio arbitrale ai sensi dell'art. 819-bis, 1° comma, n. 2), c.p.c.⁸⁰, o non piuttosto di fronte ad una questione meramente conoscibile in via incidentale⁸¹. Invero, mantenendo i presupposti qui scelti, quella della attribuibilità della scrittura a colui che appare esserne il sottoscrittore resta solo un problema istruttorio che gli arbitri affronteranno nel modo che riterranno opportuno, valutando poi i materiali istruttori secondo il loro prudente apprezzamento, senza essere chiamati a decidere, né con efficacia di giudicato né in via incidentale, propriamente una questione attinente alla pubblica fede.

11. *La regola di giudizio.* – Il giudice pubblico deve sempre dare una risposta all'ipotesi di sentenza che l'attore ha formulato nella sua domanda. Una risposta che, se è in merito, sussistendo tutti i necessari presupposti processuali, non può consistere nel dire che dalle carte non ci si può fare un'opinione sul riparto del torto e della ragione.

A questo fine l'art. 2697 c.c. rappresenta il criterio guida per il giudice, la c.d. regola di giudizio, applicando la quale il giudice può sempre arrivare a decidere la controversia in quanto in essa si stabilisce a carico di quale dei litiganti debba andare il dubbio. Così, immaginando, come di solito accade, che il diritto oggetto del giudizio sia fatto valere dall'attore, questi subirà il rigetto della sua domanda quando manca la

prova anche di un solo fatto costitutivo del diritto stesso, mentre egli vedrà accolta la sua domanda ove, provati i relativi fatti costitutivi, manchi la prova di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo.

Anche per gli arbitri vale il divieto del *non liquet*, assumendo essi un obbligo contrattuale di pronunciare il lodo entro un certo termine. Ma, affermare la sussistenza di un simile obbligo, non significa anche dire che esso debba trovare attuazione per mezzo dell'applicazione di quella stessa regola di giudizio che la legge detta per il giudice statale⁸². Per giungere ad una simile conclusione si dovrebbe affermare o che essa rientri nella categoria dell'ordine pubblico o che non siano prospettabili alternative logiche.

Se la prima ipotesi non mi pare che abbia appigli normativi nella nostra Costituzione, la seconda ipotetica affermazione è smentita dal rilievo per cui il giudice, nel dubbio emergente dagli atti di causa, ben potrebbe ancorarsi, non al principio dettato nell'art. 2697 c.c., bensì alla verosimiglianza delle allegazioni effettuate. Così, facendo il caso dell'insufficienza della prova dei fatti costitutivi del diritto azionato, ben potrebbe l'arbitro accogliere la domanda ritenendo verosimili le allegazioni a suo supporto ed inverosimili quelle della controparte. Né mi pare che vi sia una via impugnatoria che potrebbe condurre all'annullamento del lodo che sia stato pronunciato senza l'applicazione dell'art. 2697 c.c., dato che questa è, non propriamente una norma attinente al merito del giudizio, bensì una norma che ne indirizza il metodo.

Le parti, ovviamente, potrebbero cambiare le cose. Ma, si badi, ciò non avviene semplicemente quando esse impongono, esplicitamente o implicitamente⁸³, agli arbitri di decidere secondo la legge statale, in ipotesi quella italiana, perché l'art. 2697 c.c. non è una norma sostanziale, o almeno così a me pare⁸⁴. Ciò piuttosto avviene quando esse impongono propriamente l'utilizzo della detta regola di giudizio, previsione che trova il suo presidio in sede d'impugnazione del lodo ancora una volta nell'art. 829, 1° comma, n. 7), c.p.c.

⁷⁹ Lo negano, ad esempio, ancorché con motivazioni diverse, E. RICCI, *op. ult. cit.*, 57 s.; VERDE, *op. loc. cit.*, e GIUSSANI, *La verifica in via incidentale della scrittura privata nel procedimento arbitrale rituale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, 2010, 419 ss, spec. 423. Lo sostiene al contrario G.F. RICCI, *op. cit.*, 434. Lo lascia in dubbio DANOVÌ, *op. cit.*, 38.

⁸⁰ In tal senso VERDE, *op. loc. cit.* Così pure E. RICCI, *op. ult. cit.*, 58 s., sotto il vigore del previgente art. 819 c.p.c.

⁸¹ In tal senso DANOVÌ, *op. cit.*, 38 e GIUSSANI, *La verifica*, cit., 424.

⁸² Questa è l'idea più diffusa in dottrina. Vedi ad esempio G.F. RICCI, *Art. 816-ter*, cit., 416; BALENA, *Istituzioni*, cit., 348.

⁸³ Argomenta dall'art. 822 c.p.c.

⁸⁴ So bene che la questione è oggetto di disputa. Ma, non potendo certo qui dilungarci su di essa, si enuncia solo l'adesione all'idea per cui la regola di giudizio appartenga al diritto processuale.

12. *La consulenza tecnica: nozione e profili di ammissibilità.* – Anche il giudice privato, come quello statale, potrebbe trovarsi di fronte a questioni di fatto decisive per la causa, per la soluzione delle quali, però, egli non ha le necessarie conoscenze tecniche. In tal caso l'arbitro, come il suo collega pubblico, può avvalersi dell'ausilio di un perito, un soggetto che, esperto in riferimento a quelle necessarie conoscenze tecniche, con il suo consiglio lo aiuti a "leggere" i fatti che risultino dagli atti di causa⁸⁵.

Oggi l'art. 816-ter c.p.c. prevede esplicitamente la possibilità per l'arbitro di avvalersi della consulenza tecnica, previsione che, a me sembra, dato il principio di flessibilità che vige nell'ambito del giudizio arbitrale, non esclude certo la possibilità di acquisire al giudizio le dovute conoscenze tecniche anche per mezzo dell'assunzione di una prova testimoniale. Ma certamente non è questa la via più usuale nel nostro Paese per acquisire le conoscenze pregiudiziali necessarie alla soluzione della questione di fatto, rimanendo, così, a questo fine anche nel giudizio arbitrale più comune la scelta di disporre una consulenza tecnica, strumento la cui ammissibilità di fronte al giudice privato non era per la verità dubbia neanche prima che la legge la prevedesse esplicitamente⁸⁶.

Nostro compito è essenzialmente quello di stabilire quanto nozioni e principi che valgono per la consulenza tecnica di fronte al giudice statale siano trasferibili anche nell'arbitrato.

Guardando ai possibili bisogni a cui può servire l'acquisizione del sapere tecnico di un esperto, non è dubbio che anche nel giudizio arbitrale si possano avere le due forme di consulenza tecnica note al giudizio statale, ossia, riprendendo il linguaggio della giurisprudenza, quella c.d. deducibile e quella c.d. percipiente⁸⁷, distinzione che, anche se criticabile per i termini utilizzati⁸⁸, coglie tuttavia le due diverse situazioni nelle quali può essere necessario disporre una consulenza, servendo quella

⁸⁵ Per approfondimenti sul tema in generale sia consentito il rinvio a BOVE, *Il sapere tecnico*, cit., 1431 ss.

⁸⁶ Vedi, per tutti, G.F. RICCI, *Arbitrato e consulenza tecnica: questioni vecchie e nuove*, in *Riv. Arb.*, 2013, 621 ss., spec. 622, e TIZI, *Il ruolo del consulente tecnico nel processo arbitrale*, ivi, 2012, 723 ss., spec. 723.

⁸⁷ Su queste forme torna, anche per citazioni, a BOVE, *Il sapere tecnico*, cit., 1433 ss.

⁸⁸ I termini sono sbagliati perché sembrano porre la distinzione tra attività di conoscenza che esigono una valutazione ("deducibile") e attività di conoscenza che, invece, non esigono una valutazione ("percipiente"), dimenticandosi che, al contrario, ogni accertamento dei fatti esige sempre una valutazione.

a "leggere" fatti che risultano da mezzi di prova o di presunzione e questa a percepire fatti che solo il possesso delle necessarie conoscenze tecniche consente di ispezionare.

È inevitabile riconoscere, allora, anche nel giudizio arbitrale che, se a volte emerge con più evidenza di trovarsi qui di fronte al ricorso ad un ausiliario del giudice, altre volte la necessità di avvalersi della perizia tecnica di un terzo finisce per mettere in campo l'assunzione di un mezzo di prova⁸⁹. Né questa duplice possibilità potrebbe essere ridotta col solo osservare la disciplina della proroga del termine per la pronuncia del lodo, rilevando che, se l'art. 820 c.p.c. ha voluto distinguere il caso della proroga per disposizione della consulenza tecnica da quello della proroga per la necessità di assumere mezzi di prova, evidentemente il legislatore sarebbe partito da una nozione di consulenza tecnica che dovrebbe distanziarla appunto dal catalogo dei mezzi di prova⁹⁰. Invero, a me sembra che appartenga ormai al diritto vivente l'idea dell'ammissibilità della consulenza c.d. percipiente, che inevitabilmente è (anche) un mezzo di prova. Ed, allora, non vedo come si possa evitare di vedere nel citato art. 820 c.p.c. solo una norma diciamo così prudenziale, con la quale, per un verso, si è proprio voluto evitare di risolvere una disputa teorica sulla "natura" della consulenza tecnica e, per altro verso, si è inteso separare le conseguenze derivanti dalla disposizione di una consulenza perché questa, in ogni sua forma, è uno strumento di indagine che richiede certamente più tempo di quanto sia necessario spendere al fine di assumere qualsiasi prova costituenda.

Quanto, poi, alla possibilità e alla necessità di assumere una consulenza tecnica nel giudizio arbitrale nonché all'eventuale sua esclusione bisogna fare delle puntualizzazioni.

L'arbitro può disporre una consulenza tecnica tutte le volte in cui egli non abbia le cognizioni necessarie al fine di risolvere una questione

⁸⁹ Peraltro, si ricorda come la consulenza percipiente non possa essere la via per assolvere le parti dai loro oneri di allegazione, in particolare quando si tratti di fatti individuati dal diritto fatto valere. Se si ammettesse una simile consulenza al fine esplorativo di ricercare fatti del genere, non previamente allegati dalla parte interessata, si violerebbe il principio della domanda, che anche in arbitrato è posto a presidio della terzietà del giudice. Altro è che il perito possa "trovare" fatti accessori, che, in quanto fatti avventizi risultanti dall'attività istruttoria, possono anche essere posti a fondamento della decisione senza con ciò violare il divieto di scienza privata. Sulla questione vedi una sintesi in BOVE, *Il sapere tecnico*, cit., 1434 ss.

⁹⁰ TIZI, *Il ruolo*, cit., 728-729.

da cui non si può prescindere per decidere la lite. Questo, a mio parere, vale in ogni situazione immaginabile, senza che mai si possa ipotizzare un qualche motivo d'impugnazione del lodo in ipotesi fondata su una presunta sua inammissibilità derivante dalla legge.

Ciò a mio parere significa, ad esempio, che gli arbitri ben potrebbero avvalersi di una consulenza giuridica⁹¹. Non si può negare la prospettabilità di una simile ipotesi affermando che anche per l'arbitro varrebbe il principio, vigente per il giudice statale, sintetizzato nel brocardo *Iura novit curia*. Innanzitutto potrebbe pure leggersi quel principio diversamente anche per il giudice statale⁹², ossia non nel senso di condurre ad una presunzione di conoscenza della legge per ragioni attinenti alla posizione istituzionale del giudice pubblico⁹³, bensì quale principio che esclude la necessità per il giudice dell'attività di parte nel processo al fine di acquisire le conoscenze giuridiche necessarie per decidere la lite. Inoltre, venendo più specificamente alla giustizia privata, per un verso, l'arbitro potrebbe anche non essere un giurista e, per altro verso, non si può certo affermare che la disposizione di una simile consulenza sarebbe in contrasto con il patto compromissorio, perché con essa l'arbitro, lungi dal delegare la decisione della lite ad un terzo, chiede solo un consiglio, sulla cui base sarà poi sempre e solo lui ad assumere la decisione.

Del resto, come è noto, negli arbitrati internazionali è prassi comune assumere pareri giuridici, posto che frequentemente gli arbitri si trovano ad applicare alla causa una legge statale lontana dalle loro esperienze domestiche.

Il punto è, semmai, un altro: le parti, che abbiano designato come arbitri dei giuristi potrebbero rifiutarsi di pagare le spese della consulenza⁹⁴ che, in sé, rientrerebbero nelle spese del procedimento che gli arbitri possono richiedere alle parti stesse (art. 814, 1° comma, c.p.c.). E allo stesso modo potrebbero comportarsi le parti che si vedano disporre una consulenza tecnica dopo che, avendo ritenuto la soluzione della lite

⁹¹ Per la negativa vedi PUNZI, *Disegno*, cit., 271 (che l'ammette solo in riferimento al diritto antico o straniero); DANOVÌ, *op. cit.*, 29. Più possibilista G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 631. Per la positiva TIZI, *op. cit.*, 740.

⁹² Ma per un generalizzato atteggiamento di chiusura in dottrina e giurisprudenza vedi la rassegna in TIZI, *op. cit.*, 738.

⁹³ Professionista che svolge funzioni istituzionali dopo aver passato una selezione e che è soggetto solo alla legge, come recita l'art. 101, 2° comma, Cost. Così si ammetterebbe solo l'eccezione codificata dall'art. 14 della legge n. 218 del 1995.

⁹⁴ Questo spunto in G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 631.

dipendente essenzialmente da una questione non giuridica, abbiano nominato quali arbitri soggetti esperti in quel settore tecnico o scientifico le cui conoscenze erano appunto necessarie alla decisione del caso⁹⁵.

Insomma, un arbitro può, tutte le volte in cui senta di avere bisogno per decidere la lite del supporto di un esperto, a prescindere dalle caratteristiche in virtù delle quali le parti lo abbiano scelto ed anche dal tipo di conoscenze di cui si sente carente, sempre disporre una consulenza tecnica, senza dover mai temere un futuro annullamento del lodo. Ma, poi, vi sono delle ipotesi nelle quali la sua scelta è inopportuna al punto tale da non consentirgli di scaricare sulle parti il peso economico di essa.

Questa possibilità non è mai una necessità, potendo l'arbitro sempre evitare di ricorrere ad un consulente tecnico quando egli ritenga di avere le dovute conoscenze. Ciò anche se trattasi di conoscenze scientifiche non rientranti nel patrimonio comune dell'uomo medio, perché in ogni caso egli utilizzerebbe un sapere, non singolare, ma fungibile, come tale, quindi, al di fuori del campo d'incidenza del divieto di scienza privata. Qui il problema che si pone di fronte all'arbitro è analogo al problema che si pone di fronte al giudice statale.

Secondo alcuni⁹⁶ il giudice, quando è necessario ricorrere a conoscenze pregiudiziali non comuni, deve sempre disporre la consulenza tecnica, anche se possiede per ragioni personali le necessarie conoscenze, perché, si dice, si violerebbe altrimenti il principio del contraddittorio. Una simile opinione non è condivisibile innanzitutto perché essa si fonda su un vizio concettuale, considerando che, se ogni "lettura" della realtà fattuale, da compiere prima della sussunzione giuridica, richiede il possesso di cognizioni pregiudiziali, non essendovi accertamenti di fatto che si risolvano in una mera percezione senza una razionalizzazione del dato percepito, potrebbe essere difficile distinguere le cognizioni rientranti nel patrimonio di conoscenze dell'uomo medio in un dato tempo da quelle in esso non rientranti, per imporre al giudice la nomina di un

⁹⁵ Situazione nella quale le parti potrebbero anche scegliere di servirsi di una perizia arbitrale piuttosto che di un arbitrato. Sulla distinzione sia consentito il rinvio a BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, *passim*. Ritiene invece inammissibile la consulenza tecnica in presenza di arbitri tecnici FAZZALARI, *L'arbitrato*, 70.

⁹⁶ LUISSO, *Diritto*, cit., 97; LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 1083 ss., spec. 1094, 1113; G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 629 s.

consulente nel secondo caso. In secondo luogo, essa è da rigettare perché dimentica che il contraddittorio con e fra le parti può essere instaurato al fine della valutazione della prova anche senza la nomina di un consulente d'ufficio, quando si conceda comunque alle parti di avvalersi di propri periti⁹⁷.

Resta, infine, una domanda: possono le parti d'accordo tra loro escludere la possibilità per gli arbitri di avvalersi di un consulente tecnico?

Alcuni danno risposta affermativa a tale quesito⁹⁸, mentre altri danno risposta negativa, affermando che un simile accordo, impedendo agli arbitri di formarsi un convincimento su basi razionali sarebbe contrario all'ordine pubblico⁹⁹.

Fermo restando che stiamo parlando di casi che non si danno nell'esperienza degli arbitrati, considerato il principio generale assunto per cui ben le parti possono regolare come vogliono il processo convenzionale qui in oggetto e considerato il fatto che la consulenza tecnica ha un costo che, se è immediatamente imputabile agli arbitri nei rapporti col consulente, finisce per essere scaricato sui litiganti come spese della procedura, si deve ritenere che in astratto non vi siano impedimenti a che le parti impediscano agli arbitri l'uso dello strumento in parola.

Però è anche vero che un simile divieto negozialmente imposto potrebbe impedire agli arbitri di formarsi un convincimento prudente ed onesto sulla causa. Ed allora, se il problema sta tutto nella coscienza del giudice privato, ben a me sembra che una situazione del genere dovrebbe consigliargli di non accettare l'incarico, se ne conosce l'esistenza prima, ovvero di rinunciare in modo giustificato¹⁰⁰ se, al contrario, quell'accordo tra le parti, pur intervenendo prima dell'inizio del giudizio arbitrale, ossia della prima riunione del tribunale arbitrale, tuttavia sopraggiunga ad una già compiuta loro

⁹⁷ Sulla possibilità per le parti di nominare consulenti di parte, senza che prima sia stato nominato un consulente d'ufficio, vedi da ultimo FORNACIARI, *Consulenza tecnica, capacità/conoscenze dell'uomo medio e capacità/conoscenze del giudice*, in questa *Rivista*, 2014, 177 ss., spec. 192 s.

⁹⁸ PUNZI, *Disegno*, cit., 270; AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 1130, il quale, però, a p. 1139, dà risposta negativa nel caso in cui la soluzione della questione di fatto serva da base per l'applicazione di norme inderogabili.

⁹⁹ G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 649 s.; TIZI, *Il ruolo*, cit., 741, la quale, però, ammette un simile patto limitativo ove gli arbitri siano stati scelti per le loro conoscenze tecniche.

¹⁰⁰ Ma l'arbitro che sia stato designato in quanto perito non può rinunciare legittimamente ove le parti gli impediscano l'assunzione di una consulenza tecnica.

accettazione¹⁰¹, a meno che una simile previsione di parte sia messa in gioco dopo quella prima riunione e sia accettata pure dagli arbitri¹⁰².

13. Segue: *la figura del consulente*. – L'art. 816-ter c.p.c. oltre ad ammettere la possibilità per gli arbitri di farsi assistere da un consulente, specifica solo che a questo compito possono essere chiamate sia persone fisiche sia enti¹⁰³. Non aggiungendosi altro, è inevitabile che l'interprete si ponga delle domande ulteriori, sia in riferimento alla figura del consulente sia in riferimento allo svolgimento delle operazioni peritali. Come è inevitabile che a questo fine, avendo un modello ampiamente disciplinato nella consulenza tecnica d'ufficio utilizzata di fronte al giudice statale, si finisca per interrogarsi su quanto di quel modello sia trasferibile di fronte al giudice privato.

Ma anche qui si deve mantenere con coerenza lo svolgimento dell'idea per cui le leggi statali vigenti per la giurisdizione pubblica non valgono per l'arbitrato, salvo la salvezza di alcuni principi fondamentali, quali quello del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice e quello, a quest'ultimo correlato, della domanda.

Così la nomina da parte dell'arbitro avverrà senza guardare ad alcun albo, né il nominato avrà mai l'obbligo di accettare l'incarico, anche se iscritto in un albo (arg. dagli artt. 61 e 63 c.p.c.)¹⁰⁴. Il perito nominato non giura¹⁰⁵ né incappa in responsabilità penali¹⁰⁶. In riferimento al suo

¹⁰¹ Si tenga presente che il concetto di "inizio" del giudizio arbitrale, di cui all'art. 816-bis, 1° comma, c.p.c., si riferisce appunto alla prima riunione del collegio, momento in cui di solito gli arbitri accettano l'incarico, accettazione che però potrebbe anche intervenire anteriormente.

¹⁰² La necessità che le disposizioni di parte intervengano prima dell'inizio del giudizio è posta proprio a garanzia degli arbitri. Ma la giurisprudenza afferma giustamente che non vi sono problemi quando dette regole negoziali sono proposte in un momento successivo ove esse siano accettate dagli arbitri: Cass. 4 maggio 2011, n. 9761. Peraltro, questa giurisprudenza lascia scoperti dalla garanzia gli arbitri che abbiano accettato prima della prima riunione. Anche per questo è assolutamente inopportuna un'accettazione degli arbitri, per così dire, alla spicciolata, ossia prima della riunione che nella prassi è verbalizzata come "costituzione del tribunale arbitrale".

¹⁰³ Si può pensare ad Università, enti di ricerca o società di revisione.

¹⁰⁴ Vedi, per tutti, VERDE, *Lineamenti*, cit., 143; G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 623; GHIRGA, *Art. 816-ter*, cit., 232; TIZI, *Il ruolo*, cit., 735.

¹⁰⁵ Cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., 272; VERDE, *op. loc. cit.*; G.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*; TIZI, *op. loc. cit.*

¹⁰⁶ Così VERDE, *op. loc. cit.*; G.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*

compenso non si applica il d.p.r. 115/2002¹⁰⁷ né per la procedura di liquidazione né per la sua quantificazione¹⁰⁸. Questo secondo aspetto è legato ad accordi di parte o a parametri ministeriali, se sussistenti. Per quanto riguarda il primo aspetto il credito del perito è nei confronti degli arbitri¹⁰⁹, i quali possono rivolgersi al presidente del tribunale competente ai sensi dell'art. 814 c.p.c. per ottenere la liquidazione dei compensi del perito da addossare alle parti quali spese della procedura. Comunque è buona prassi quella degli arbitri che si fanno versare anticipi dalle parti prima delle operazioni peritali e che provvedano a trovare un accordo, da verbalizzare, tra essi, le parti e il perito.

Ma la domanda più spinosa è la seguente: vale anche per il perito nominato dall'arbitro l'istituto della riconsulenza?

L'opinione prevalente risponde affermativamente¹¹⁰, a prescindere da previsioni in Regolamenti camerali¹¹¹, e secondo me a ragione. Invero, non vedo come si possa non estendere al perito le stesse esigenze di terzietà del giudice, esigenze senza l'attuazione delle quali non è garantito il principio del contraddittorio e in ultima analisi il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) di cui quei valori sono l'attuazione nell'ambito di ogni attività giurisdizionale, statale o privata che sia. Se l'aspirazione che si ha nell'ambito di un'attività giurisdizionale è quella di avere un giudice imparziale, la legge a quel fine garantisce un valore che attiene alla figura del giudice (la terzietà) e poi la vigenza di alcuni principi che diventano tecniche nel processo: il principio della domanda (non sta al giudice individuare l'oggetto su cui decidere) ed il divieto di scienza privata. Quell'esigenza di terzietà, che fra l'altro è garantita preventivamente con la riconsulenza, non può non estendersi anche ad un ausiliario del giudice quale è il perito dalla cui consulenza molto può dipendere.

Piuttosto residua la questione in ordine all'individuazione di chi debba decidere sulla riconsulenza del perito. Detta questione, se finisce per perdere rilievo pratico nell'ambito degli arbitrati organizzati, i cui Regolamenti risolvono il problema, lascia dubbi nell'ambito degli arbitrati *ad hoc*. Qui si tratta di scegliere tra l'applicazione, mutando ciò che c'è da

¹⁰⁷ Per uno spunto in ordine all'applicazione di questa normativa di fronte al giudice statale vedi BOVE, *Il sapere tecnico*, cit., 1439, nt. 25.

¹⁰⁸ G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 646 s.

¹⁰⁹ Così Cass. 21 marzo 2014, n. 6736, in *Foro it.*, 2014, I, 1790.

¹¹⁰ PUNZI, *Disegno*, cit., 270; G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 624; TIZI, *Il ruolo*, cit., 736.

¹¹¹ Vedi, ad esempio, l'art. 26 della Camera milanese.

mutare, dell'art. 815 c.p.c., quindi immaginando che la questione debba devolversi all'assistenza giudiziaria dello Stato, oppure, l'applicazione del principio che si può trarre dall'ultimo comma dell'art. 63 c.p.c. così ipotizzando che della riconsulenza sia investito il giudice che ha nominato il perito, ossia qui l'arbitro¹¹². Non essendovi una prassi a cui ispirarsi né motivi tecnici che facciano necessariamente propendere per una delle prospettate soluzioni, direi che siamo di fronte alla classica questione la cui soluzione può essere lasciata al gusto arbitrario dell'interprete.

14. Segue: *svolgimento della consulenza*. – Ovviamente, mancando a questo proposito norme procedurali e dovendosi escludere l'applicazione di quelle dettate per la consulenza tecnica a fronte del giudice statale, la consulenza in arbitrato avverrà secondo forme assai liberali¹¹³ e comunque trovate nel caso concreto. Salvo in ogni caso il principio del contraddittorio e salvo ovviamente che le parti abbiano imposto forme sotto pena di nullità.

Il problema più spinoso sta qui nel modo in cui va declinato il principio del contraddittorio, sostenendosi prevalentemente in giurisprudenza¹¹⁴ che è sufficiente dare alle parti la possibilità di interloquire sulla relazione fatta dal consulente e sostenendosi prevalentemente in dottrina che, al contrario, un effettivo contraddittorio esige che le parti siano ammesse con i loro consulenti a partecipare a tutte le operazioni peritali¹¹⁵.

Ora, fermo restando che ovviamente l'attuazione del principio del

¹¹² In tal senso PUNZI, *Disegno*, cit., 270, e G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 624.

¹¹³ Vedi, per tutti, VERDE, *Lineamenti*, cit., 143, e AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 1126. In giurisprudenza vedi Cass. 28 febbraio 2014, n. 4808.

¹¹⁴ Vedi Cass. 26 settembre 2007, n. 19949, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2853, e comunque la rassegna in TIZI, *Il ruolo*, cit., 736 s.

¹¹⁵ G.F. RICCI, *Arbitrato*, cit., 634 s., il quale specifica che ciò significa tre cose: «a) La prima è che nell'arbitrato non può essere esclusa la nomina dei consulenti di parte (...). b) La seconda è che (...) il consulente tecnico d'ufficio non deve limitarsi ad avvertire le parti dell'inizio delle operazioni, ma anche del loro prosieguo, venendo altrimenti a profilarsi la nullità della consulenza. c) La terza è che la pregnante tutela del contraddittorio nell'arbitrato impone anche qui (...) l'obbligo per il consulente di comunicare alle parti le proprie conclusioni prima del deposito della relazione e la conseguente possibilità per queste ultime di fare pervenire al primo (...) nei tempi stabiliti dagli arbitri, le proprie osservazioni in proposito che dovranno essere allegare alle conclusioni finali del consulente d'ufficio». Conformemente PUNZI, *Disegno*, cit., 271, e TIZI, *op. cit.*, 737.

contraddittorio si ha solo se le parti possono farsi affiancare da un loro perito¹¹⁶, a me sembra ragionevole la proposta di mediazione da altri avanzata¹¹⁷ secondo la quale si può anche dare alle parti la facoltà di interloquire solo alla fine delle operazioni peritali, e quindi in buona sostanza sulla relazione presentata dal consulente d'ufficio, purché, però, si riconosca poi a queste una possibilità effettiva di dialogo, riconoscendo loro la possibilità poi di ottenere dagli arbitri integrazioni o supplementi di indagini peritali.

Se si accetta questa prospettiva, indirettamente si finisce per suggerire agli arbitri molta prudenza. Invero, non potendosi escludere che eventuali esigenze di operazioni successive si scontrino con l'obbligo di pronunciare il lodo nel termine stabilito, finisce per essere opportuna e ragionevole la scelta per gli arbitri di garantire un'interlocuzione delle parti (*rectius*: dei loro consulenti) già durante lo svolgimento delle operazioni peritali, se non si vuole rischiare di pronunciare un lodo che sia affetto dalla violazione del principio del contraddittorio ovvero dalla violazione del relativo termine.

Ma, al di là delle scelte degli arbitri, si è detto che certe forme potrebbero essere imposte dalle parti, magari per la via dell'adesione a Regolamenti camerati. Se ciò dovesse accadere, però, la vigenza del principio del contraddittorio durante le operazioni peritali avrebbe la sua fonte, non nella legge, ma nella norma negoziale, norma la cui violazione in sé rende il lodo annullabile per la via dell'art. 829, 1° comma, n. 7), e non anche per la via del n. 9), a meno che vi sia in sé una violazione del principio del contraddittorio a prescindere dalle previsioni di parte. In tal caso la fonte della vigenza del principio non è la legge, ma l'accordo negoziale.

A mio parere la distinzione è praticamente importante per due ragioni: perché la regola procedimentale negoziale in sé, se vuole avere effettività, deve anche contenere la previsione esplicita della sanzione della nullità e perché in tal caso trova applicazione il secondo comma dell'art. 829 c.p.c., per cui la parte interessata deve far valere la nullità nella prima

¹¹⁶ Peraltro in Cass. 28 febbraio 2014, n. 4808, si afferma che «l'omessa comunicazione al consulente tecnico di parte, già nominato, delle indagini predisposte dal consulente d'ufficio non è causa di nullità, ove il consulente della parte interessata avrebbe potuto essere informato di tali operazioni dal difensore della medesima, regolarmente avvisato».

¹¹⁷ AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 1128 s.

difesa successiva di fronte all'arbitro, altrimenti essa si sana, principio questo che a me sembra non si applichi per il caso di un lodo che sia impugnato battendo la strada tracciata dal n. 9) dell'art. 829 c.p.c., emergendo qui, non la vulnerazione di una norma negoziale, bensì la violazione di una norma di legge rientrante nell'ordine pubblico processuale.

15. Segue: *poteri del giudice privato*. – Se, ovviamente, sta sempre al giudice decidere la causa, egli deve autonomamente risolvere la *quaestio facti*, prima dell'operazione di sussunzione giuridica da cui trarre la norma concreta rivolta alle parti. Insomma, il giudice, quand'anche si avvalga dell'ausilio di un perito per utilizzare massime di esperienza che non rientrano nella sua conoscenza¹¹⁸, deve poi formulare un proprio giudizio, traendo dalla consulenza tecnica solo un consiglio¹¹⁹.

Nell'ambito del processo statale il punto di equilibrio tra la tendenza del giudice ad appoggiarsi all'opinione del consulente e la necessità che il giudizio di fatto sia comunque giuridicamente imputabile pur sempre al giudice stesso si trova calibrando il contenuto dell'obbligo motivazionale imposto al giudicante¹²⁰.

Ma a fronte dell'arbitro il problema deve essere diversamente impostato, per il semplice fatto che in giurisprudenza è pacifica l'idea secondo la quale il vizio di motivazione che può condurre all'annullamento del lodo si ha solo nel caso che il giudice violi il suo obbligo di motivazione in senso formale-processuale, ossia non espliciti le ragioni della sua decisione, a prescindere dalla sufficienza del ragionamento giustificativo. Ed, allora, a me sembra che, per evitare conseguenze in sede d'impugnazione del lodo, all'arbitro basti solo fare propria la consulenza tecnica, non certo semplicemente rinviando ad essa, ma riprendendone anche integralmente i passaggi salienti.

¹¹⁸ Se questo è il ruolo più comune della consulenza tecnica, si ripete che ben il giudice, in generale o almeno certamente l'arbitro, potrebbe avvalersi anche di un parere giuridico.

¹¹⁹ Peraltro, per il rilievo che questo concetto potrebbe essere più astratto che reale si rinvia a BOVE, *Il sapere tecnico*, cit., 1145 s., ed ivi altre citazioni.

¹²⁰ Per una rassegna di giurisprudenze su questa calibratura nelle varie situazioni ipotizzabili torna sempre a BOVE, *op. ult. cit.*, 1146 ss. Peraltro, non è detto che nella giurisprudenza certi principi saranno ribaditi anche a seguito della modifica dell'art. 360, n. 5), c.p.c., in cui si è soppresso il richiamo all'insufficienza della motivazione. Ma evidentemente questi problemi non interessano la giustizia privata per la ragione che immediatamente si dirà nel testo.

Abstract

L'autore si occupa di tutti i problemi attinenti all'accertamento del fatto nell'ambito del giudizio arbitrale. Dopo aver analizzato le poche disposizioni a tal proposito contenute nel codice di procedura civile, egli cerca un criterio ordinatore che permetta di affrontare i tanti problemi ai quali il codice di rito non dà una risposta esplicita. Al riguardo egli arriva a sostenere l'inapplicabilità in linea di principio al giudizio privato delle norme sulle prove che la legge statale detta per il giudice pubblico. Così, riconosciuta alla giustizia privata un'autonomia normativa originaria, egli trae una serie di applicazioni concrete in merito a: i presunti mezzi di fissazione formale del fatto, il rapporto tra principio dispositivo e principio inquisitorio, l'ammissibilità, l'assunzione e la valutazione dei mezzi di prova nonché, infine, l'ammissibilità e lo svolgimento della consulenza tecnica.

The Author exams any questions concerning the checking of facts in Arbitration. After analysing the few existing rules in the Civil Procedure Code, he looks for a criterion to solve any problems not yet regulated by law. To this purpose the Author believes that the legal rules regulating effective proofs before the trial judge can't be applied in Arbitration. So the Author attributes an original regulatory autonomy to Arbitration and obtains some practical consequences regarding: supposed systems that officially define facts; admissibility, assumption and evaluation of the proofs; admissibility and development of the legal expert survey.

FILIPPO DANOVI

MEDIAZIONE E ADR NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI: RITORNO A UNA GIUSTIZIA DI PROSSIMITÀ?*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Mediazione e giustizia: una relazione di esclusione? – 3. La giustizia di prossimità. – 4. Le spinte provenienti dall'ordinamento internazionale e dell'Unione europea. – 5. I vantaggi della mediazione e la sua capacità di adattamento alle esigenze della singola fattispecie controversa. – 6. La mediazione in Italia: gli ultimi interventi tra compromessi e spinte propositive. – 7. Le novità introdotte con la l. 10 novembre 2014, n. 162. – 8. Considerazioni *de iure condendo*: i soggetti della mediazione e il loro ruolo. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Il titolo di questo intervento vuole porre in risalto al contempo l'obiettivo (operare un confronto tra i due poli della *mediazione* e della *giustizia* e in tal modo reperire una forma di dialogo tra di essi), e il particolare taglio prescelto. Non a caso esso si chiude con un interrogativo e invita l'interlocutore a non rimanere spettatore inerte, ma a prendere posizione su un tema di grande attualità, coniugando il presente (con il richiamo a istituti operanti nel nostro ordinamento giuridico ed economico), il passato (insito nell'idea di un possibile ritorno), e il futuro (perché la finalità sottostante è quella di garantire un valore irrinunciabile e senza tempo come quello della giustizia).

In effetti, il rapporto tra mediazione e giustizia non si presenta di

* Testo della Relazione introduttiva tenuta a Verona il 3 aprile 2014 al Convegno dal titolo *Mediazione e ADR nelle controversie civili e commerciali: ritorno a una giustizia di prossimità?* Delle novità introdotte con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162 si è cercato di tenere conto, in termini generali nel par. 7, nella misura in cui le stesse presentano punti di contatto con il tema oggetto dell'indagine.