

Alessio Carosi

**L'ISTRUTTORIA ARBITRALE
ALLA LUCE DEL PRINCIPIO
DI FLESSIBILITÀ E I RIFLESSI
SULL'APPLICAZIONE
DELLA REGOLA DELLA
« NON CONTESTAZIONE »**

Estratto

L'istruttoria arbitrale alla luce del principio di
flessibilità e i riflessi sull'applicazione della
regola della « non contestazione »

SOMMARIO: 1. Premessa: ambito d'indagine. — 2. L'istruttoria nell'arbitrato. — 3. Il problema della natura delle norme probatorie: tra legge processuale e legge sostanziale, tra *lex arbitri* e *lex causae*. — 4. La flessibilità vincolata come valore dell'istruttoria arbitrale — 5. Riflessi sull'applicazione del principio della non contestazione in ottica pratico-operativa, impugnatoria e circolatoria all'estero del lodo arbitrale.

1. Questo lavoro era ancora in corso di scrittura quando, il 3 dicembre del 2021, si tenne, purtroppo ancora da remoto, il tradizionale convegno annuale dell'A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato, dedicato proprio alla « Prova nell'arbitrato ». Un tema che davvero non necessita di essere presentato, come per l'appunto dimostra l'efficace essenzialità del titolo che fu scelto per il prestigioso evento.

Ho, però, soprattutto avuta la fortuna che, nell'attesa della pubblicazione su questo fascicolo della Rivista, il n. 2/2022 aveva intanto ospitato gli atti di quel Convegno e, tra quelli, la raffinata relazione del Prof. Giovanni Verde, il cui titolo, « Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti »¹, mi ha dato subito la

* Avvocato in Roma.

¹ Cfr., per l'appunto, VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, in questa *Rivista*, 2, 2022, 287 ss.

percezione della strettissima attinenza con l'oggetto di questo mio modesto contributo.

Ho così letto con molta attenzione il saggio del Prof. Verde, la cui esposizione avevo già seguito con grande interesse durante il sopracitato convegno, e mi sono reso conto, oggi molto più di quanto fui in grado di cogliere all'epoca, di quanto essa interessi i temi che sono al centro della mia analisi. L'illustre Relatore, guidato da un esemplare approccio critico, si propone di mettere in discussione le stesse conclusioni delle sue passate analisi², che lo avevano condotto ad affermare che prova e istruzione probatoria fossero di norma regolate, nell'arbitrato come nel processo dinanzi al giudice statale, dalle disposizioni dei due codici e che, pertanto, al codice civile occorresse rivolgersi per stabilire l'efficacia probatoria e i criteri di valutazione delle singole prove e al codice di procedura civile per individuare il modello processuale a cui ricorrere per la corretta introduzione delle prove nel processo arbitrale³.

Il Prof. Verde, se non ho inteso male le sue parole, ricalibra la propria originaria posizione e, sulla scorta della essenziale considerazione di base del rapporto paritetico (o isonomico) tra parti ed arbitri, supera quella impostazione che tende ad omologare l'istruttoria arbitrale a quella dinanzi al giudice dello Stato, ponendosi l'interrogativo se la lacunosità della disciplina dell'istruttoria arbitrale, un tempo vista proprio come viatico alla trasfusione delle regole del processo civile nell'arbitrato, in realtà « non sia stata una fortuna per lo sviluppo dello stesso arbitrato e se l'art. 816-*bis* c.p.c. non sia la disposizione che più si adatta al carattere paritetico del processo arbitrale »⁴. Così, l'art. 816-*bis* c.p.c. diventa, per l'Autore, « una disposizione che consente di rendere flessibili le norme processuali che pongono sulle parti oneri e doveri e che, al contrario, rinforza il principio del contraddittorio »⁵.

La flessibilità arbitrale, insomma, viene vista come valore, fermo restando il principio del contraddittorio e quelli riconducibili all'ordine pubblico processuale, che gli arbitri devono in ogni caso osservare, pena la possibile impugnazione del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 829, comma

² V. VERDE, *Ibidem*, 294-296.

³ Così VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, con appendice di V. Verde, VI ed., Torino, 2021, 162.

⁴ Cfr. VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 294-295.

⁵ V. sempre VERDE, *Ibidem*, 295.

1, n. 9 (principio del contraddittorio) e comma 3 (ordine pubblico, per l'appunto con particolare riferimento a quello processuale, su cui *infra*) c.p.c.

La relazione del Prof. Verde, in altri termini, mi ha inevitabilmente sollecitato nuove riflessioni e dubbi, che ho scelto, tuttavia, di far maturare, lasciando dunque invariate le conclusioni della presente mia analisi, le quali mi pare che trovino, comunque e almeno in parte, in quella relazione un qualche avallo.

Questo contributo trae spunto da un recente lavoro con cui, ad oltre un decennio dall'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69 — che, tra l'altro, aveva novellato l'art. 115, comma 1, c.p.c. e codificato nel nostro ordinamento giuridico il principio della non contestazione (fino ad allora di elaborazione esclusivamente giurisprudenziale e dogmatica) —, si è tentato di tracciare una linea sui profili di maggiore rilievo dell'argomento (tra cui, ad esempio, quale sia il fondamento sistematico del principio della non contestazione; cosa debba intendersi per contestazione specifica; quali siano i fatti da contestare; quali siano i limiti temporali della contestazione specifica e, dunque, se essa sia, o meno, tendenzialmente irrevocabile) ⁶.

Quel saggio fu integrato con un paragrafo — che non a caso si scelse di collocare a chiusura dello scritto, a mo' di sua *appendice* — dedicato, per l'appunto, al principio della non contestazione nell'arbitrato ⁷.

Apparve chiaro sin da subito, però, che sarebbe stato necessario riprendere e sviluppare quella appendice per estenderne l'analisi ad altri e decisivi aspetti, quali — ad esempio, ma non solo — i riflessi impugnatori (ridottissimi, come si vedrà *infra*) della violazione del principio della non contestazione in punto di nullità del lodo (a cui in quella sede fu possibile dedicare solo poche righe a chiosa ⁸), nonché, spostando il faro sul lodo estero, la potenziale rilevanza della disapplicazione o errata applicazione di tale regola come causa ostativa al riconoscimento del *decisum* arbitrale.

Il vero punto nodale della materia — poiché preliminare ad ogni

⁶ Il riferimento, se consentito, è a CAROSI, *Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.*, in *Il Processo*, 2020, 2, 555 ss.

⁷ Si veda in tema *funditus* BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, in questa *Rivista*, 3, 2013, 859 ss. Cfr., altresì, CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 1, 2009, 55 ss.

⁸ Cfr. CAROSI, *Il principio della non contestazione ad oltre un decennio dalla novella dell'art. 115, comma 1, c.p.c.*, cit., 653.

altra questione — resta, però, un altro e verte sul *quomodo* (l'an, infatti, non pare in discussione, salva un'espressa, ma assai poco plausibile, contraria manifestazione di volontà delle parti) con cui il principio della non contestazione si estrinsechi nel processo arbitrale⁹. L'interrogativo nevralgico, insomma, è se il giudice privato sia astretto dal principio della non contestazione — come appare esserlo il giudice statale¹⁰, pur con

⁹ BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giust. proc. civ.*, 4, 2014, 983-984, evidenzia questo aspetto rilevando che « (...) nessuno dubita del fatto che anche in arbitrato 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 prova. 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? ».

¹⁰ Non è possibile in questa sede ripercorrere il dibattito sul fondamento sistematico del principio della non contestazione nel processo civile né su quali effetti la sua applicazione rifletta sull'attività del giudice, per cui si rimanda agli autorevolissimi e numerosi contributi, tra cui CARRATA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995. IDEM, *A proposito dell'onere di « prendere posizione »*, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 151 ss. Ma si veda anche CEA, *Il principio di non contestazione al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2002, I, 2, 2017 ss.; IDEM, *Art. 115*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, II, 792 ss.; IDEM, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, in *Foro it.*, 2011, II-V, 99 ss.; IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2010, I, 3-II, 309 ss.; FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. giur.*, 2003, II, 1342 ss.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 111 ss.; PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, I, 2, 3143 ss.; DE SANTIS, *Sul concetto di « non inequivocabilità » della non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, I, 560 ss.; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, II, 259 ss.; PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 299 ss.; MOCCI, *Principio di non contestazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 316 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 76 ss.; FRUS, *Un interessante (ma non condivisibile) principio in tema di onere di contestazione specifica, diretto a spezzare in taluni casi la necessaria circolarità tra onere di contestazione e di contestazione*, in *Giur. it.*, 2012, I, 131 ss.; COMOGLIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 4-5, 1043 ss. Basti qui dire che la dottrina si è divisa sulla ricerca del fondamento sistematico del principio di non contestazione. Secondo alcuni Autori, il principio della non contestazione sarebbe collegato al modo di essere della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e il suo fondamento starebbe nel principio dispositivo in senso sostanziale o, meglio, nel principio della disponibilità della tutela giurisdizionale, per cui chi esercita in giudizio un diritto disponibile è libero non solo di domandarne (come di non domandarne) la protezione, ma è anche libero di stabilire i confini di siffatta domanda di tutela giurisdizionale e, eventualmente, di rinunciare. È evidente che in una simile impostazione dogmatica, per cui alle parti sarebbe riservato il monopolio assoluto sull'oggetto del processo e sull'estensione dell'accertamento affidato al giudice, la non contestazione sarebbe vincolante per il giudice: il fatto allegato da una parte e non contestato dall'altra sarebbe definitivamente espunto dal *thema decidendum* per volontà delle parti, le quali, proprio per effetto di tale loro manifestazione di volontà, avrebbero autorizzato e obbligato il giudice a tenere conto di quel fatto senza necessità che egli si convinca della sua effettiva esistenza. In tal senso, si veda VERDE, (voce) *Dispositivo* (principio), in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, § 1; IDEM, *Norme inderogabili, tecniche processuali*

tutti i limiti di cui non possiamo dare qui conto ¹¹ —, o se sia, piuttosto, libero di ricorrervi (o di non ricorrervi), attraverso l'uso sapiente o ponderato di quella flessibilità arbitrale, orientata dalla buona fede (o dalla *fairness*, come espressione peculiare della buona fede), che autorevolissima dottrina, con posizione in qualche modo eterodossa, ha individuato come vero segno distintivo del *fair trial* arbitrale ¹².

L'argomento si inserisce evidentemente nel quadro del ben più antico ed ampio dibattito sulla prova nell'arbitrato ¹³ poiché è nella

e controversie del lavoro, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 220; IDEM, (voce) *Prova, Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 616 ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milano, 1951, 741 ss.). Secondo altri Autori tale tesi poggierebbe su di una interpretazione errata del principio dispositivo in senso sostanziale. Tale principio, infatti, viene in rilievo nella fase introduttiva del processo, quando avviene l'allegazione dei fatti (esso investe, dunque, l'*an* del giudizio su tali fatti e la sua ampiezza). Secondo la prima interpretazione, invece, il principio dispositivo in senso sostanziale finirebbe per interessare pure il *quomodo* di quel giudizio, ossia la direzione del processo e la determinazione dei mezzi tecnici (cioè, le prove) di cui il giudice può servirsi ai fini della formazione del suo convincimento. Si è così osservato che l'art. 115, comma 1, c.p.c. sarebbe la manifestazione di una scelta tecnica, operata dal legislatore sulla scorta di valutazioni di opportunità, relativa al *quomodo* dell'attività di accertamento della verità dei fatti, ispirata da esigenze di semplificazione e di economia processuale e fondata sul principio di autoresponsabilità delle parti nella fissazione del *quid disputatum* e del *thema probandum*. Si veda in questo senso CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, cit., 167 e 274 ss.; MANDRIOLI e CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 39; DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 138 ss.; PROTO PISANI, *Ancora sulla allegazione dei fatti e sul principio di non contestazione nei processi a cognizione piena*, cit., 3143 ss.; CEA, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione*, cit., 99 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83 ss.; FABIANI, *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, cit., 1347; PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 299 ss.

¹¹ È opportuno ricordare che, secondo la tesi prevalente, il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c., deve porre a fondamento della propria decisione i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita, ma non è vincolato a ritenere quei fatti come veri, ove essi siano smentiti da evidenze processuali ritualmente acquisite. Insomma, il convincimento per cui il fondamento sistematico del principio della non contestazione sia una scelta di politica legislativa (una sorta di espediente o tecnica processuale con finalità acceleratoria del processo) e il principio di acquisizione mitigano notevolmente la tassatività della regola di giudizio basata sulla non contestazione.

¹² Sulla flessibilità arbitrale si veda RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in questa *Rivista*, 3, 2008, 311 ss. Si segnala anche l'assai approfondita opera monografica di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, *Quaderni de « Il giusto processo civile »*, Napoli, 2018. Cfr. altresì BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 859 ss.

¹³ La produzione scientifica in materia è vastissima. Si rimanda, tra i molti, a RICCI G.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974; RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di*

materia della prova che si colloca sistematicamente il principio della non contestazione, sia che lo si voglia inquadrare — secondo l'impostazione che riterrei preferibile — come una regola di inversione processuale dell'onere della prova (l'accadimento processuale della non contestazione del fatto esonera colui che l'ha allegato dall'onere di provarne l'esistenza)¹⁴, sia che lo si voglia considerare come la prima regola di giudizio in materia di prova (per cui quella sull'onere probatorio contenuta nell'art. 2697 c.c. degraderebbe a regola di giudizio sussidiaria, chiamata a ripartire il rischio della mancata prova dei fatti rimasti controversi tra le parti e a scongiurare, attraverso la sua applicazione, il *non liquet* del giudice)¹⁵, sia che lo si voglia classificare in termini di una presunzione legale relativa (per cui dall'accadimento processuale della non contestazione di un fatto storico ignoto dedotto in giudizio si

tradizioni diverse, cit., 311 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Seconda edizione, Padova, 2012, 234 ss.; DANOVÌ, *L'istruttoria*, in *L'arbitrato*, Salvaneschi-Graziosi (a cura di), Milano, 2020, 309 ss.; IDEM, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2008, 21 ss.; DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 367 ss.; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Quarta edizione, Milano 2011, 183 ss.; COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2013, 807 ss.; MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in questa *Rivista*, 179 ss.; FABBÌ, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi « non esperti ») e arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 3, 2011, 401 ss.

¹⁴ In questa prospettiva, attraverso la non contestazione si darebbe rilievo ad un accadimento intrinsecamente processuale (contegno processuale non contestativo della parte), che può potenzialmente investire tutti i diritti sostanziali disponibili deducibili nel processo, rilevante sul piano probatorio poiché determinativo di una *relevatio ab onere probandi*. Si veda in questo senso BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 776 ss.; SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 406 ss.; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1170; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, 2010, §§ 2 e 3; BRIGUGLIO, *Ibidem*, 874.

¹⁵ In argomento si veda PATTI, *Le prove*, Seconda edizione, Milano, 2021, 79 ss., per il quale l'art. 2697 c.c. assolverebbe ad una duplice funzione: la prima è quella di affermare il principio generale dell'onere della prova, secondo cui ciascuna parte deve provare i fatti che sono il fondamento delle proprie pretese; la seconda, per l'appunto, quella di mettere il giudice nelle condizioni di pronunciare in ogni caso sulla domanda, per cui, ove egli sia rimasto in dubbio circa la verità dei fatti, potrà comunque definire la controversia in base alla regola di giudizio *ex art. 2697 c.c.*, evitando così il *non liquet*. Si trovano riferimenti sul rapporto tra non contestazione ed art. 2697 c.c. in SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Milano, 2015, 248 ss. e in TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 87. Cfr. anche DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 320-321. Per rilievi critici sulla collocazione sistematica del principio della non contestazione nell'art. 115, comma 1, c.p.c., piuttosto che nell'art. 2697 c.c., si veda PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 312 ss. e, in particolare, 315, per il quale la non contestazione, non essendo un mezzo per provare un fatto, bensì per rendere inutile la prova di un fatto, si porrebbe in più stretta correlazione con la norma che regola l'onere probatorio.

inferisce la verità di quel fatto, se non sconfessato da rituali acquisizioni istruttorie di segno contrario)¹⁶.

È impossibile, dunque, trattare del principio della non contestazione nell'arbitrato senza tener conto di quella disputa e delle varie espressioni che l'hanno animata.

Accanto ad esso, e, per certi versi a monte dello stesso, si colloca un altro tradizionale tema d'indagine: quello sulla natura (sostanziale, processuale o ibrida) della disciplina della prova¹⁷. La centralità di tale tema di discussione in materia arbitrale sfuma un poco se esso sia posto in relazione all'arbitrato puramente e semplicemente domestico (cioè, radicato in Italia, in virtù della sede¹⁸ o di un altro criterio di collegamento territoriale¹⁹, e con diritto sostanziale italiano applicabile al merito della controversia) poiché si realizza, in questo caso, la piena coincidenza tra *lex fori* e *lex causae*. L'argomento riacquista, almeno in apparenza, tutta la sua pienezza se lo si analizza dal punto di vista dell'arbitrato internazionale in ragione della possibile scissione tra *lex fori* e *lex causae* (ovverosia, arbitrato con sede nel paese X e diritto sostanziale del paese

¹⁶ Di «presunzione di verità» parla esplicitamente CEA, Art. 115, cit., 804. Si veda in senso conforme IANNIRUBERTO, *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, cit., 92. *Contra* COMOGGIO, *Fatti non contestati e poteri del giudice*, cit., 1058, il quale richiama l'attenzione sul rischio di trasformare la non contestazione in una sorta di presunzione di verità del fatto non contestato e, conseguentemente, di assimilarne gli effetti ad una presunzione legale assoluta.

¹⁷ Si veda al riguardo l'approfondita ricostruzione di MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 695 ss.; cfr. anche DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 4 ss.

¹⁸ Altro è la sede dell'arbitrato, altro è il luogo fisico in cui si svolgono materialmente le attività del procedimento arbitrale, quali, ad esempio, le udienze. Sulla nozione di sede dell'arbitrato si richiama la definizione offertane dalla *Section 3* dello *UK Arbitration Act 1996*, ai sensi del quale « In this Part 2 the seat of the arbitration means the juridical seat of the arbitration (...) ». Altrettanto interessante è la definizione di BLACKABY, PARTSIDED, REDFERN e HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, VI ed., Oxford University Press, 2015, 155 ss., secondo cui « The seat of an arbitration is thus often intended to be its legal centre of gravity (...) ».

¹⁹ Il principale elemento di radicamento territoriale dell'arbitrato è senz'altro la sede (sulla cui possibile definizione si veda *supra* la nota 18). Altri criteri possono ipotizzarsi ed in concreto anche esservi, ma rimangono confinati nell'area della residualità. Tra questi criteri di collegamento territoriale, che si potrebbero definire "residuali", si può citare il luogo di pronuncia del lodo, come evidenziato da BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 860. Altri possibili criteri di collegamento territoriale rimangono ancor più defilati, quali, ad esempio, il luogo in cui il lodo sarà impugnabile (di regola coincidente con quello della sede) o eseguito. Si veda a tal proposito ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 75-76.

Y applicabile al merito)²⁰. Si vedrà, tuttavia, che il rilievo del divario tra *lex fori* e *lex causae* scema di nuovo, pur conservando una certa consistenza, se ci si pone dinanzi ad esso nella prospettiva di quel processo arbitrale flessibile, a cui si è poc'anzi accennato.

Le considerazioni che precedono fanno sì che la trattazione muova da qualche breve riflessione sull'istruttoria nell'arbitrato. Sarà, quindi, esaminato il tema della natura delle norme sulle prove e se ne vedranno le ricadute sull'arbitrato, a seconda che esso sia interamente domestico oppure internazionale. Si apprezzerà, poi, come il principio della flessibilità contribuisca a ridimensionare il reale impatto di tali complessissime questioni sull'attività degli arbitri e sul prodotto di tale attività. Si darà anche brevemente conto del rapporto tra flessibilità arbitrale e buona fede, di cui sono espressione tutte quelle regole di correttezza che, salvaguardando la volontà compromissoria delle parti, orientano la discrezionalità (affinché essa non trasmodi in puro arbitrio) e garantiscono il *due process of law* arbitrale²¹. Si concluderà, infine, sulle modalità di estrinsecazione del principio della non contestazione nell'arbitrato, con un *focus* sui possibili (ma ridottissimi) riflessi della violazione di tale regola in punto di nullità del lodo e come motivo impediente il riconoscimento del lodo estero.

2. Il fondamento sistematico e la natura dell'arbitrato sono stati indagati ai piani più alti della dottrina processualistica²², lungamente

²⁰ Si veda in tema MORVIDUCCI, (voce) *Prova*, cit., 695-704. Si occupano del tema anche RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 311-314 nonché BRIGUGLIO, *Ibidem*, 859-865.

²¹ Sul punto si è assai soffermato RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza*, cit., 322-324, il quale evidenzia che « (...) Il principio di flessibilità considerato nei precedenti paragrafi può condurre anche ad abusi e all'applicazione di una disciplina iniqua, almeno dal punto di vista teorico (...) » di guisa che « (...) Trovano giustificazione in questa premessa le regole di correttezza, dalle quali il principio di flessibilità è limitato (...) ». Riferimenti espliciti all'argomento anche in COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, cit., 819. Ne parla BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 862 e poi 866. Richiami costanti e ripetuti al tema da parte di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., in particolare 41 ss., 75 ss. e 77 ss., con segnalazione di pagina 79, dove è affermato che « (...) in arbitrato il principio di proporzionalità diviene la chiave per assicurare la pacifica convivenza tra due termini che sembrerebbero a prima vista non andare d'accordo: efficienza e *due process* (...) ».

²² Per un'analisi storica delle vicende legislative dell'arbitrato in Italia e dell'alternarsi delle stagioni dell'antico dilemma contrattualità-giurisdizionalità si veda PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 104 ss.

divisa tra concezione privatistica (o contrattuale)²³ e concezione pubblicistica (o processuale) dell'istituto²⁴, sebbene sia stato messo in evidenza come una simile contrapposizione appaia in realtà affetta da un eccessivo schematismo²⁵. Oggi, comunque, pare raggiunto l'approdo dell'arbitrato quale modello di esercizio della funzione giurisdizionale, alternativo a quello a cui attende il giudice dello Stato²⁶, approdo che ha ricevuto, nel

²³ Tra i massimi esponenti di questa impostazione ROCCO, *Sentenza civile*, Torino, 1906, n. 17; SAIITA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, 152 ss.; IDEM, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 162 ss. Sull'esclusività giurisdizionale e sul monopolio statale del diritto e della giurisdizione si veda SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963, 19, su cui si esprime in senso critico PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 3, « (...) perché se appare essenziale al nascere dello Stato il monopolio della forza nell'attuazione coattiva dei diritti e se può apparire essenziale il monopolio legislativo, non altrettanto essenziale è l'affermazione del monopolio della composizione delle controversie ed in particolare del potere di risolverle e deciderle mediante lo ius dicere (...) ».

²⁴ Si veda CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 154 ss. e, in particolare, 179, al quale si deve la creazione della categoria degli « equivalenti giurisdizionali », cioè dei mezzi di composizione o prevenzione delle controversie, distinti in mezzi di autocomposizione e di eterocomposizione, da cui l'A. aveva escluso in un primo momento l'arbitrato perché « (...) con l'arbitrato siamo ormai sul terreno del processo (...) ». L'A., nello sviluppo successivo del suo pensiero, rivede in parte la sua iniziale posizione e ritiene che la mancanza di potestà giudiziaria nell'arbitro impedisca di individuare nell'arbitrato un vero e proprio processo, del quale sarebbe piuttosto un surrogato o un equivalente processuale: così in CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 60 ss. Cfr. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, n. 23, 36, il quale qualifica come « giudizio » il procedimento arbitrale, pur definendo *ivi*, n. 70, 109, la giurisdizione arbitrale incompleta, poiché la pronuncia degli arbitri non acquista efficacia senza il previo intervento del giudice statale. Si veda altresì MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Torino, 1923, 37 ss. Cfr. anche VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 23 ss. e, specificamente, 75, dove afferma che « (...) l'arbitrato (...) è istituto di diritto processuale che ha fondamento nella legge processuale civile e nella volontà delle parti e che esplica i suoi effetti sul terreno della giurisdizione (...) ». Cfr. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato*, Milano, 1958, 1 ss. e, specificamente, 12-13, dove l'A. definisce « (...) L'arbitrato (...) come il giudizio nel quale le controversie, che non siano riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, vengono decise, per volontà delle parti, dal giudice « arbitri-pretore » come organo, sia pure del tutto particolare, attraverso cui lo Stato esercita la sua potestà giurisdizionale e nel quale la volontà delle parti concorre alla costituzione del giudice (...) ».

²⁵ Il rilievo è di PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 88 e *ivi* nota 24, sebbene lo stesso A., *ivi*, 104, pone, tuttavia, in evidenza come nel dilemma della giurisdizionalità o contrattualità dell'arbitrato « (...) si riassume tutta la storia dell'arbitrato e, quindi, anche il suo cammino legislativo (...) ».

²⁶ Cfr. SALVANESCHI, *Lo scopo dell'arbitrato*, in *L'arbitrato*, Salvaneschi-Graziosi (a cura di), Milano, 2020, 3-4 e, segnatamente, 4, dove l'A. afferma « (...) Credo quindi che oggi il dato dell'efficacia giurisdizionale del lodo sia un dato acquisito, da cui occorre partire per riguardare l'intero sistema dell'arbitrato, facendone parametro orientativo di tutte le scelte in materia (...) ».

2013, il decisivo avallo della Corte costituzionale²⁷ e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁸.

Gli arbitri, insomma, seppur sprovvisti di *imperium*, svolgono anch'essi l'attività di *ius dicere* per il tramite di un procedimento che si conclude con un provvedimento equivalente a quello che sarebbe ottenibile con una decisione del giudice dello Stato²⁹.

L'arbitrato è, quindi ed a tutti gli effetti, un processo e lo è, addirittura, indipendentemente dalla soluzione che si voglia dare al problema della natura dell'istituto³⁰.

È da questo dato di fondo che trae ragione la centralità dell'istruttoria nell'arbitrato perché l'indagine fattuale — fatte salve le ipotesi di disputa vertente su questioni di mero diritto o di non contrapposizione

²⁷ Il riferimento è a Corte cost. sentenza 17 luglio 2013, n. 223, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter c.p.c. nella parte in cui escludeva l'applicabilità della *translatio iudicii* ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato.

²⁸ Si tratta di Cass. Sez. UU., ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153.

²⁹ In questo senso si esprime PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 148-149. L'A. tiene, tuttavia, a precisare che dall'art. 824-bis c.p.c. non è ricavabile l'assoluta coincidenza *quoad effectum*, sul piano sostanziale, tra lodo arbitrale e sentenza del giudice, innanzitutto perché identità di *effetti* non significa medesimo *valore* e, tantomeno, medesima *autorità o forza*: l'efficacia della sentenza, a cui fa riferimento l'art. 824-bis c.p.c., coincide con il carattere di *imperatività*, che rende vincolante il provvedimento di tutela; l'autorità della cosa giudicata *ex art. 2909 c.c.*, invece, non è un effetto della sentenza, ma una particolare qualità di tali effetti, consistente nell'immutabilità ed incontrovertibilità dell'accertamento in essa contenuto, che non sarebbe proprio del lodo arbitrale (diversamente opinando, infatti, il lodo arbitrale, non più impugnabile per nullità, sarebbe irretrattabile anche ove il patto di arbitrato avesse avuto ad oggetto diritti indisponibili o il lodo contenesse disposizioni contrarie all'ordine pubblico, stante anche la nota impossibilità di esperire avverso il lodo il rimedio straordinario *ex art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c.* ai sensi dell'art. 831, comma 1, c.p.c.). *Contra*, e quindi a favore della piena equiparazione tra sentenza civile e lodo arbitrale dotato di *exequatur*, a seguito della riforma di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2015, 164; BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2009, 165 ss.; RICCI E.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 699 ss. e, in particolare, 713; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in questa *Rivista*, 3, 2015, 529 ss. e, in particolare, 537 ss.

³⁰ Sulla definizione di processo si veda FAZZALARI, (voce) *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1966, 1068, secondo cui « (...) di esso si può dire, in prima approssimazione, che consiste in un'ordinata sequenza di atti, in vista e fino al compimento di un atto finale, nel quale si contempla la partecipazione degli interessati, individuati, di regola, in coloro nella cui sfera giuridica è per svolgersi l'efficacia di quell'atto (...) ». L'aspetto è messo essenzialmente in evidenza da DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 307 e 311, il quale, a pagina 307, dà atto di come « (...) Se alcuni dei profili fondanti della disciplina dell'arbitrato hanno dato vita nel tempo a significativi dubbi interpretativi e contrasti anche accesi (primo fra tutti la sua natura, con il correlato e grave problema di identificazione degli effetti del lodo), un punto che non è mai stato in discussione è quello di riconoscere nell'arbitrato un vero e proprio processo (...) ».

sulle rispettive allegazioni fattuali — richiede in genere lo svolgimento di un'attività di selezione, acquisizione, ingresso e, infine, di valutazione del materiale probatorio in funzione della pronuncia del *dictum* arbitrale³¹. C'è anche chi ha posto in evidenza un'ulteriore ragione di importanza del tema in questione, più strettamente correlata alla fase di amministrazione della prova nell'arbitrato commerciale internazionale (la cui rilevanza, tuttavia, trascende tale peculiare ambito), ed ha annotato che dalle modalità con cui è organizzata l'istruttoria arbitrale « (...) dipende in ultima analisi il carattere equo ed equilibrato del processo (...) »³²: riemergono, insomma, i principi senz'altro fondanti il *due process of law*, ossia contraddittorio, difesa, imparzialità del decidente.

La disciplina di diritto positivo interno dell'istruttoria nell'arbitrato è attualmente il risultato del combinato disposto degli artt. 816-ter e 816-bis c.p.c.

La prima menzione è giocoforza rivolta all'art. 816-ter c.p.c. perché questa norma, introdotta dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, è significativamente rubricata "Istruzione probatoria". Essa reca la previsione di alcuni poteri discrezionali degli arbitri (i soli poteri discrezionali loro espressamente assegnati dal codice di rito)³³. È chiaro, però, che l'art. 816-ter c.p.c., più che dettare una disciplina generale dell'istruttoria nell'arbitrato, ne regola appena taluni singoli aspetti (la delega dell'intera istruttoria o di singoli atti ad un arbitro³⁴; le modalità di assunzione della prova testimoniale, anche rispetto alla richiesta di intervento, con funzione collaborativa-coercitiva, dell'autorità giurisdizionale verso il testimone renitente; il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio; la richiesta di informazioni scritte alla pubblica amministrazione).

Una disciplina generale dell'istruttoria nell'arbitrato manca; ed è questa lacuna voluta dal legislatore, frutto di una scelta precisa e condivisibile, alla luce di quanto si dirà *infra* sulla flessibilità arbitrale³⁵.

³¹ Lo sottolinea DANOVÌ, *ivi*, 309 e nota 1.

³² Così MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, cit., 179.

³³ Cfr. COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, cit., 816.

³⁴ Delega che, come rilevato da PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 242, può riguardare « (...) sia il provvedimento di ammissione della prova, sia l'attività di assunzione della stessa (...) ».

³⁵ BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit.,

Siffatto vuoto normativo ha fatto sì che l'art. 816-*bis* c.p.c. sullo "Svolgimento del procedimento" sia stato utilizzato come norma di integrazione dell'art. 816-*ter* c.p.c.³⁶, essendo l'istruttoria una fase (fondamentale) del *due process of law* arbitrale, le cui regole e principi di svolgimento interessano inevitabilmente anche la materia della prova. Tuttavia, l'art. 816-*bis*, comma 1, c.p.c., a sua volta, disegna la cornice, ma non il contenuto, perché demanda la disciplina del procedimento arbitrale *in limine litis* all'autonomia delle parti (in perfetta coerenza con il fondamento volontaristico dell'arbitrato) e in via sussidiaria (ove le parti abbiano, cioè, taciuto) agli arbitri « (...) i quali hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno ». La norma in questione è, come vedremo più avanti, già essa un indice normativo del principio di flessibilità³⁷, soggetto all'unico limite a cui né le parti né gli arbitri possono derogare, ovverosia l'osservanza del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, intesi come garanzie minime imprescindibili (insieme alla terzietà del giudicante) affinché il processo possa dirsi "giusto"³⁸.

544

Ci si trova, quindi, al cospetto di una disciplina legislativa quasi in nulla dettagliata, priva di specifiche disposizioni sia sugli aspetti più schiettamente processuali dell'istruttoria, quali le modalità di assunzione della prova e di sua acquisizione al processo, sia sul suo versante più sostanziale della valutazione — ammissibilità, rilevanza ed efficacia — del materiale probatorio.

L'assenza di una disciplina specifica dell'istruttoria arbitrale ha sollecitato il dibattito dottrinale, il quale si è appuntato per lo più sul problema dell'applicazione all'arbitrato della disciplina della prova det-

865, evidenza come la mancanza di una disciplina di dettaglio dell'istruttoria arbitrale sia approccio comune sul versante delle legislazioni nazionali, le quali « (...) ben raramente contengono apposite ed esaustive disposizioni in materia di prova anche quanto agli aspetti più tipicamente "processuali" della assunzione e dell'acquisizione al processo (...) ».

³⁶ La necessità di una lettura combinata ed integrata delle due norme emerge già in PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 234; si veda anche DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 367-368. Si coglie l'aspetto anche in LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 183-184, il quale richiama l'art. 818-*bis* c.p.c. tra « (...) le altre norme del testo riformato che comunque hanno riferimento, più o meno specifico ma sicuro, alla fase istruttoria (...) ».

³⁷ Riferimento in tal senso in DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 312. In senso conforme, come detto, VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 294-295.

³⁸ Si veda in argomento CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 06, 01, 2005, 1770-1772.

tata per il processo civile dinanzi al giudice dello Stato³⁹ e, segnatamente, dell'art. 115 c.p.c., il cui primo comma sancisce il principio della disponibilità della prova e, per quel che qui più interessa, quello della non contestazione⁴⁰. Il punto nodale del tema è se pure l'istruttoria arbitrale, al pari di quella del processo civile, sia tassativamente governata dal principio generale dell'iniziativa di parte o se, invece, in capo agli arbitri si concentrino anche poteri di tipo inquisitorio nell'indagine fattuale (*i.e.* d'iniziativa officiosa nella ricerca del materiale probatorio), normalmente preclusi al giudice statale in forza dell'art. 115 c.p.c.⁴¹.

La discussione si è polarizzata su due posizioni estreme, affiancate da un'ulteriore mediana.

Una prima impostazione nega risolutamente che l'art. 115 c.p.c. in generale e il principio della disponibilità della prova in particolare abbiano in arbitrato il valore rispettivamente di norma e di principio a cui gli arbitri devono uniformare ogni loro attività di selezione e di raccolta del materiale probatorio⁴².

Tale tesi viene fondata su due rilievi. Il primo è che l'art. 115 c.p.c. fa parte del Titolo V del Libro I del codice di procedura civile, rubricato proprio "Dei poteri del giudice", mentre altro è il giudice, altro è l'arbitro, non potendosi viceversa condivisibilmente « (...) argomentare che, giudicando lui, giudicando controversie il giudice, sarebbero poco più che varianti d'unica figura (...) »⁴³. Il secondo rilievo muove dalla *ratio* della scelta del legislatore di improntare il processo civile interno al principio della disponibilità della prova (ancorché attenuato) e, dunque, al rapporto di regola-eccezione tra iniziativa istruttoria di parte e poteri officiosi del giudice: tale *ratio*, secondo un'idea tradizionale, sta nella diffidenza verso la figura del giudice "inquisitore", il quale, se fosse stato "armato" del potere d'iniziativa nella ricerca delle prove, avrebbe potuto

³⁹ Dà atto di questo dibattito DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 368. Si veda anche DANОВИ, *L'istruttoria*, cit., 311 ss.

⁴⁰ Si veda COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, cit., 808.

⁴¹ Si veda ancora COMOGLIO, *Ibidem*.

⁴² Si veda in questo senso LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 184-186.

⁴³ Cfr. LA CHINA, *ivi*, 185, il quale aggiunge, in modo condivisibile a parere di chi scrive, che « (...) sarebbe questa una grave scorrettezza sistematica, poiché ciò che caratterizza l'arbitrato, che dà vitalità all'istituto, è il non essere attività di giudice e processo giurisdizionale statale (...) ». In senso conforme, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 117, la quale definisce esplicitamente « (...) l'art. 115, comma 1°, c.p.c. valido unicamente per il processo di cognizione ordinario (...) » nonché BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 988.

essere percepito dalle parti come sprovvisto delle necessarie garanzie di terzietà ed equidistanza⁴⁴. Un simile argomento, infatti, cederebbe il passo al cospetto dell'arbitro, figura scelta liberamente dalle parti per decidere una data controversia, nell'ambito di un rapporto (quello arbitri-parti, ndr.) connotato da isonomia tra i diversi protagonisti e da *intuitus personae*⁴⁵.

Nella prospettiva in cui si pone questo primo orientamento, quel rapporto di regola-eccezione tra poteri istruttori delle parti e iniziativa officiosa del giudice nel processo civile ordinario, verrebbe ribaltato in arbitrato, per cui gli arbitri sarebbero muniti di poteri inquisitori, fermi restando in capo alle parti, però, l'onere di allegazione fattuale e l'onere della prova, quest'ultimo inteso sia come criterio di attività delle parti (cioè, stimolo primario per le loro iniziative ed istanze istruttorie) sia come regola di giudizio (*i.e.* il fatto contestato e non provato nuoce a colui che aveva l'onere di provarlo) a cui il giudice deve ricorrere per evitare il *non liquet*. Si afferma, dunque, l'idea suggestiva dell'interazione tra poteri d'iniziativa delle parti e poteri officiosi degli arbitri, ai quali sarebbe consentito, nell'ambito di un procedimento sciolto da ingessature formali e fortemente indirizzato all'accertamento della verità materiale, di orientare l'indagine fattuale su profili trascurati dalle parti o non sufficientemente approfonditi⁴⁶. Rimangono impregiudicati sia il potere delle parti di limitare o di escludere siffatti poteri sia il dovere

546

⁴⁴ Cfr. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 3 ss.; si veda anche RICCI G.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 94. Cfr. VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 307-308. Si rimarca che l'opzione per il modello processuale di tipo dispositivo rappresenta pur sempre una scelta tecnica, giustificata da ragioni di opportunità dominanti nel momento storico e nel contesto politico, economico e sociale in cui il codice di rito del 1940 vide la luce, ragioni consistenti nella necessità, avvertita come impellente, di mettere il processo civile al riparo dalle forme di giustizia autoritaria ed inquisitoria che avevano connotato i regimi totalitari della prima metà del XX secolo.

Ne consegue che non è dato affermare un'ontologica incompatibilità tra modello processuale di stampo inquisitorio e la garanzia della terzietà del giudice. V. in tal senso BOVE, *Art. 111 Cost. e « giusto processo civile »*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2002, 479 ss. e spec. 512. Cfr. anche CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2020, 1010 ss. e spec. 1031.

⁴⁵ Così ancora LA CHINA, *ivi*, 185-186. Riferimenti anche da parte di DANОВИ, *L'istruttoria*, cit., 317. Critica l'argomento BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 988, secondo il quale l'*intuitus personae* non sussisterebbe in tutti quei casi in cui, per volontà delle parti o altro (come nell'arbitro societario), la nomina degli arbitri promani da un soggetto terzo.

⁴⁶ Si veda sempre LA CHINA, *Ibidem*. Sull'istruttoria arbitrale come fenomeno necessariamente collaborativo cfr. DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 373-377. È interessante la lettura ulteriore di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 117, per la quale il ricorso a poteri inquisitori da parte degli arbitri

degli arbitri di esercitarli nel rispetto del principio del contraddittorio, il quale sarebbe violato quando essi si siano limitati ad attuare l'iniziativa istruttoria officiosa su circostanze di fatto non dedotte da alcuna delle parti senza previamente sollecitarle a dibattere al riguardo sotto il duplice profilo assertivo ed istruttorio ⁴⁷.

Una diversa impostazione dogmatica, invece, considera l'istruttoria arbitrale governata dalle stesse regole e dagli stessi principi che reggono l'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione di guisa che il rapporto regola-eccezione inferibile dall'art. 115, comma 1, c.p.c. varrebbe in arbitrato esattamente come vale nel processo civile ordinario ⁴⁸.

La posizione in questione poggia fundamentalmente su due argomenti. Il primo è che l'arbitrato sarebbe un procedimento speciale, della cui natura sarebbe indice proprio la collocazione sistematica della relativa disciplina nel Libro IV del codice di rito e, dunque, ad esso troverebbe applicazione l'art. 115 c.p.c., collocato tra le disposizioni generali. Il secondo argomento è che l'arbitrato, ove scelto dalle parti, è pienamente sostitutivo della giurisdizione del giudice ordinario, il che sarebbe attestato anche dalla equiparazione *quoad effectum* del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario *ex* art. 824-*bis* c.p.c. Una parte della dottrina ha posto in evidenza anche un argomento ulteriore, che dovrebbe allontanare il principio inquisitorio dall'arbitrato: ovverosia, il fondamento privatistico dell'istituto e la natura obbligatoriamente disponibile dei diritti compromettibili in arbitrato, mentre « (...) il principio inquisitorio (...) come noto risponde prima di tutto a esigenze di tutela di

non è da escludersi tutte le volte che « (...) ciò conduca a una maggiore semplificazione e, dunque, efficienza del processo (...) ».

⁴⁷ Qualcosa di simile avviene nel processo civile ordinario ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., laddove il giudice, che ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, è chiamato a sollecitare il contraddittorio delle parti, così da non pronunciare la sentenza cosiddetta della "terza via" nonché di sensi dell'art. 183, comma 4, c.p.c.

⁴⁸ Si veda CARNANCINI, (voce) *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, 892 ss. e, specificamente, 893. Anche PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 235-236, il quale, con riferimento al principio della non contestazione (su cui qui si tornerà *infra*), argomenta che « (...) Tale principio, trovando applicazione fra le disposizioni generali contenute nel Libro I del codice di procedura civile, deve a mio avviso ritenersi applicabile, mutato ciò che si deve, anche al giudizio arbitrale (...) ». L'A., tuttavia, *ivi*, 237, precisa che « (...) Sempre ragionando in via generale, con riferimento alla disciplina delle prove, si deve evidenziare che non si può invece postulare, apoditticamente, il principio per cui siffatta disciplina, quale emerge dal coordinamento delle norme poste nel codice civile con quelle formulate nel codice di rito, sia idonea ad operare integralmente anche nel giudizio arbitrale (...) ».

situazioni e diritti di carattere metaindividuale e pubblicistico (...) ⁴⁹ ». Tutti questi rilievi, secondo tale orientamento, avrebbero un peso preponderante rispetto agli argomenti richiamati a supporto della tesi dell'inversione del rapporto regola-eccezione di cui all'art. 115, comma 1, c.p.c. e farebbero pendere la bilancia verso l'applicazione del principio della disponibilità della prova anche nell'arbitrato, quale principio generale dell'ordinamento giuridico interno ⁵⁰.

Tra le due posizioni di cui si è detto, occorre dare atto di una tesi intermedia, per la quale, ferme la portata di norma generale dell'art. 115 c.p.c. e la conseguente applicabilità del principio della disponibilità della prova in arbitrato, nulla esclude che siano le parti a dotare gli arbitri di più penetranti poteri d'iniziativa istruttoria, direttamente o anche indirettamente per effetto, ad esempio, del rinvio ad un regolamento di arbitrato precostituito che tali poteri preveda ⁵¹.

A voler tirare le somme sulla disputa, l'assioma dell'art. 115 c.p.c. come norma di portata generale e della sua conseguente cogenza anche in arbitrato non sembra condivisibile. Le ragioni di tale dissenso non stanno tanto nel fatto che la norma *de qua* si trovi collocata nel titolo del Libro I del codice di rito la cui rubrica è "Dei poteri del giudice" né negli altri argomenti richiamati a sostegno della tesi che ne nega l'applicabilità in arbitrato, quanto piuttosto in considerazioni di diritto positivo e in ragioni di opportunità.

In punto di diritto positivo, non si può pretermettere l'art. 816-*bis* c.p.c. che, nel regolare il procedimento arbitrale, ne lascia la disciplina nella piena disponibilità delle parti prima e degli arbitri poi, con l'unico limite dell'osservanza da parte dei giudici privati del principio del contraddittorio. Ciò significa che potrebbero essere le parti stesse ad imporre agli arbitri di applicare il principio della disponibilità della prova, eventualmente a pena di nullità, con correlati riflessi impugnatori ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c. Le parti, però, ben potrebbero anche assegnare

⁴⁹ Si veda in tal senso DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 318, il quale alla nota 21 segnala anche l'ulteriore limite della carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, i quali, ad esempio, non potrebbero rendere cogenti mezzi di prova quali l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. o la richiesta di informazioni scritte alla pubblica amministrazione ex art. 213 c.p.c.

⁵⁰ Così sempre DANOVÌ, *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2014, 433 ss. V. in tal senso anche VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 308, il quale ammette che gli arbitri siano dotati di poteri istruttori officiosi, se espressamente attribuitigli dalle parti, e a patto che « l'acquisizione della prova rispetti un corretto e pieno contraddittorio ».

poteri inquisitori agli arbitri, o direttamente o mediante rinvio ad un regolamento di arbitrato che li contenga, recepito *per relationem* nel patto di arbitrato. Le parti, infine, potrebbero non dettare una disciplina, lasciando così campo all'intervento suppletivo degli arbitri, i quali avranno a quel punto la facoltà « (...) di regolare lo svolgimento (...) del giudizio nel modo che ritengono più opportuno ». In tutto questo « modo che ritengono più opportuno » a me pare non possa escludersi a priori — almeno come pura ipotesi teorica — che gli arbitri possano di loro iniziativa e *cum grano salis*, ad esempio, segnalare alle parti fatti rilevanti allegati, ma non sufficientemente indagati e meritevoli di approfondimento istruttorio, potere che, se pure astrattamente prospettabile, essi dovrebbero in ogni caso maneggiare con la cautela e l'attenzione massime, restando impregiudicata la totale invalicabilità del limite dell'osservanza del principio del contraddittorio, in ossequio a cui i giudici privati è: (i) quantomeno auspicabile che informino in anticipo le parti delle loro intenzioni (eventualmente anche ottenendo l'approvazione del *modus operandi*, in aderenza al principio di prevedibilità)⁵² e; (ii) senz'altro doveroso che le mettano in condizione di svolgere le rispettive difese assertive ed istruttorie⁵³.

Le ragioni di opportunità, invece, sembrano muoversi su due distinti piani. Il primo attiene alle caratteristiche intrinseche dell'arbitrato. L'arbitrato è *altro* rispetto al giudizio ordinario di cognizione⁵⁴ e lo è anche a dispetto della sempre più marcata tendenza alla giurisdizionalizzazione

⁵² Per un'ampia disamina del valore della prevedibilità in arbitrato, anche come limite e misura della flessibilità, si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria arbitrale)*, cit., 87-99. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 56, ritiene il canone della previa determinazione delle regole processuali inerente al principio del contraddittorio. Sul valore, invece, della collaborazione tra arbitri e parti cfr. DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 373. Si veda, altresì, FABBI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014, 48, il quale rimarca l'importanza di un approccio collaborativo per cui « (...) posta la signoria delle parti sulla regolamentazione del procedimento, ogni profilo dubbio o mancante di disciplina convenzionale dovrebbe essere affrontato e risolto dagli arbitri, ma con l'accordo delle prime (...) ».

⁵³ BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 864 e in particolare alla nota 9, appare meno possibilista, ma con qualche apertura, nella misura in cui egli ritiene di non ravvisare nell'art. 816-bis c.p.c. il fondamento di un qualche potere degli arbitri di acquisire prove d'ufficio, ma afferma che il principio della disponibilità della prova sia derogabile per volontà delle parti, anche indirettamente espressa per il tramite del rinvio ad un regolamento di arbitrato che assegni agli arbitri una più o meno ampia iniziativa officiosa in materia probatoria.

⁵⁴ V. VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 288 e ivi la nota 1, nonché 293-296, laddove l'A. afferma che « L'arbitrato non ha bisogno, per affermare la sua legittimità, di essere costruito sul modello del processo statale ».

dell'istituto (figlia per lo più dell'affermarsi di controversie multi-parti o multi-contratto, che complicano notevolmente il quadro)⁵⁵ e del rilievo per cui anche gli arbitri *ius dicunt* con un provvedimento sovrapponibile, quanto agli effetti, alla sentenza del giudice statale ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c. Ritengo, insomma, che vada tenuto presente che le parti, se e quando esprimono una valida volontà compromissoria, effettuano una simile scelta perché reputano l'arbitrato strumento più adatto alle loro esigenze di quanto non lo sia il giudizio dinanzi al giudice ordinario. Le parti vogliono che la loro controversia sia decisa mediante arbitrato e non mediante il giudizio ordinario proprio per le peculiari connotazioni dello strumento, di tal che predicare che al primo si applichino principi e regole del secondo sembra contraddire le ragioni dell'opzione praticata dalle parti. Il secondo piano attiene, invece, alla ormai conclamata dimensione internazionale dell'arbitrato, figlia della globalizzazione e dell'intensificazione del commercio su scala globale, per cui sempre più spesso avviene che il procedimento arbitrale sperimenti la compenetrazione tra parti e ordinamenti giuridici di diversa estrazione geografica e culturale. Di tale tendenza tengono conto la *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985*, i regolamenti di arbitrato delle maggiori istituzioni dedite all'amministrazione dei procedimenti nonché i più importanti testi di *soft law*, ovverosia « (...) linee guida dettate da enti, istituzioni, o rappresentanze di categoria, le prassi rese pubbliche, nonché i codici di condotta (...) »⁵⁶, tra i quali non possono non citarsi, proprio con riferimento alla materia della prova, le *IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration*⁵⁷. Tutti questi strumenti, come si avrà modo dire (v. *infra*), tendono all'armonizzazione

550

⁵⁵ La mette in evidenza DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 310. La segnala anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria arbitrale)*, cit., 11.

⁵⁶ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 93 e *ivi* nota 252. L'espressione *soft law* è stata oggetto di critica in dottrina. Si veda, in tal senso, BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 867 e *ivi* la nota 17. Cfr. nuovamente ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 92, che parla piuttosto di « fonte persuasiva » e *ivi* alle note 250 e 251.

⁵⁷ In argomento, cfr. specificamente MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, cit., 179 ss. Dell'aggiornamento delle *IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration* (versione 2020) se ne è data notizia in questa *Rivista*, 2, 2021, 429 ss.

tra istituti, principi e prassi affermatasi negli ordinamenti di *civil law* e di *common law* ⁵⁸.

Il postulato per cui gli arbitri di un arbitrato con sede in Italia, domestico o internazionale che sia, siano tenuti ad applicare la disciplina nazionale in materia di prova rischia di penalizzare non poco la percezione dell'Italia quale possibile sede elettiva di procedimenti arbitrari ⁵⁹.

Poste queste conclusioni, si vedrà che il problema della disciplina applicabile all'istruttoria arbitrale scema grandemente se guardato alla luce del principio di flessibilità.

3. Altro terreno di grande dibattito in materia di istruttoria è quello della natura delle norme che ne presiedono la disciplina, ovverosia se esse appartengano al novero delle norme processuali o se, piuttosto, a quello delle norme sostanziali.

La tematica ha già un grande rilievo dogmatico se affrontata alla luce dell'ordinamento interno. Essa si arricchisce di un notevole accento pratico al cospetto dell'arbitrato, soprattutto se connotato da elementi di internazionalità, poiché in quest'ultimo non è così raro che si abbia, per volontà delle parti o per l'applicazione di un altro criterio di collegamento, la scissione tra *lex fori* (generalmente, la legge della sede dell'arbitrato ⁶⁰) e legge applicabile al merito (*lex causae*) ⁶¹: gli arbitri, insomma, a quale diritto devono rivolgersi? Se, infatti, si ritenesse che le norme sull'istruttoria, indipendentemente dalla loro collocazione sistematica, abbiano natura processuale, l'intera materia sarebbe governata dalla *lex fori*. Se, invece, si optasse per l'altra soluzione, la disciplina della prova sarebbe quella della legge sostanziale applicabile al merito e, in questa prospettiva, apparirebbe anche più difficile paventare una qualche derogabilità da parte degli arbitri. Il problema, dal punto di vista del nostro ordinamento interno, è acuito dal fatto che la legge 31 maggio 1995, n. 218 nulla dispone al riguardo, fatta eccezione per l'incerto art. 12, ai sensi del quale « Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana », ma non esplicitamente dalla « legge processuale

⁵⁸ Si veda RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 311-312, ma con riferimenti diffusi in tutto il saggio.

⁵⁹ Così DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 371.

⁶⁰ Si vedano *supra* le note 12 e 13.

⁶¹ Per un'ampia disamina si veda MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, cit., 695 ss.

italiana »⁶². Mentre un indizio in favore della natura processuale della disciplina della prova lo si potrebbe ricavare dal Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e, specificamente, dal combinato disposto degli artt. 1, comma 3, e 18: per cui la disciplina delle obbligazioni contrattuali « (...) non si applica alla prova e alla procedura (...) » (che sarebbero, dunque, appannaggio della legge processuale), fatta eccezione per le presunzioni legali o per l'onere della prova che sono regolate dalla « (...) legge che disciplina un'obbligazione contrattuale si sensi del presente regolamento (...) ».

Secondo una prima impostazione la funzione della prova sarebbe consentire la formazione del convincimento del giudice sull'esistenza o non esistenza dei fatti allegati dalle parti nel processo⁶³ di guisa che la relativa disciplina avrebbe inevitabilmente natura processuale e, attenendo il processo al diritto pubblico (per cui il suo fine non è la risoluzione della controversia tra le parti, ma la realizzazione dell'ordinamento giuridico nel caso concreto o normazione concreta), tutte le norme che ad esso ineriscono — incluse, per l'appunto, quelle sulle prove — avrebbero natura territoriale, con conseguente loro esclusiva riferibilità alla *lex fori*⁶⁴.

Una diversa ricostruzione, invece, ritiene che la prova espliciti pri-

552

⁶² BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »*), cit., 859-860, evidenzia proprio « (...) la relativa penuria di regole di conflitto espresse nei complessi normativi di d.i.p. statuali o convenzionale (...) » e *ivi* alla nota 2, dove, con riferimento all'art. 12 della legge italiana di d.i.p., l'A. ne sottolinea il carattere anodino per la mancanza di indicazioni sul carattere (processuale o sostanziale) della legge regolatrice del processo civile svolgentesi in Italia così « (...) lasciando l'interprete di stabilire, di fronte all'incrocio della prova (cui altre e specifiche disposizioni di conflitto nella legge sul d.i.p. non sono dedicate) se una determinata norma in materia di prova «regoli» il processo o il diritto soggettivo sostanziale (...) ».

⁶³ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. II, Sez. I, 1936, Napoli, 425, per cui « Provare significa formare il convincimento del giudice sulla esistenza o non esistenza dei fatti rilevanti nel processo (...) ». Cfr. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Seconda edizione, Torino, 1966, 183, per cui i mezzi di prova « (...) altro non sono che i mezzi forniti dalle parti agli organi di controllo (organi giurisdizionali) della verità ed esistenza dei fatti giuridici, che siano controversi, al fine di formare la convinzione degli organi medesimi sulla verità ed esistenza di essi (...) ».

⁶⁴ Cfr. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze, 1895; CHIOVENDA, *ivi*, 429, osserva che, al di là della bipartizione topografica della disciplina della prova fra gli allora codici civile e commerciale da un lato e il codice di procedura civile dall'altro, « (...) tutta la materia della prova appartiene al diritto processuale (...) ». ROCCO, *Ibidem*, per cui « Il complesso delle norme giuridiche processuali che regolano la prova, nei

mariamente una funzione di garanzia del diritto soggettivo e che afferisca alla sua nascita, esistenza, efficacia e tutela, preesistendo così al processo. Questo orientamento predica la natura sostanziale delle norme sulla prova, perché, così facendo, verrebbe conseguito anche il non trascurabile risultato di rispettare l'aspettativa iniziale delle parti di provare il rapporto con i mezzi in cui esse avevano confidato alla luce del diritto materiale chiamato a regolarlo ⁶⁵.

Una terza tesi, infine, muove dalla constatazione della natura mista della disciplina della prova, di cui sarebbe chiaro indice sintomatico la sua bipartizione tra codice civile e codice di rito ⁶⁶. Tale impostazione dogmatica distingue tra norme probatorie generali, aventi connotazione processuale poiché afferenti al modo in cui il giudice deve in astratto formare il proprio convincimento, e norme probatorie particolari, volte a dare attuazione concreta alle norme probatorie generali con riferimento a singoli rapporti ed aventi dunque natura materiale perché nel porle il legislatore è animato dal solo intento di dettare la disciplina astratta del singolo rapporto giuridico ⁶⁷. Atterrebbero alla disciplina sostanziale e, dunque, alla *lex causae* le norme sull'oggetto della prova (*i.e.* quali siano i fatti da provare), comprese quelle sulle presunzioni assolute (in quanto determinative di una restrizione dell'oggetto della prova), quelle sull'onere della prova (perché incidenti sul godimento e sulla garanzia dei rapporti giuridici) ⁶⁸, con riguardo particolare alle ipotesi di sua inversione legale ⁶⁹, nonché quelle sull'ammissibilità e sull'efficacia dei mezzi

553

significati sopra illustrati, ed i mezzi di prova, rappresentano le norme processuali, che disciplinano l'istituto della prova, in senso ampio (...)».

⁶⁵ CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 165; REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 41 ss.

⁶⁶ Ne fa menzione, ancorché con accezione critica, CHIOVENDA, *ivi*, 429, il quale, come detto alla nota precedente, considera processuali tutte le norme sulla prova, indipendentemente dalla loro collocazione. Sempre in senso critico ANDRIOLI, in *Noviss. Dig. it.*, (diritto processuale civile) *Prova*, XIV, 1967, 265.

⁶⁷ Si veda MORVIDUCCI, (voce) *Prova*, *Diritto internazionale privato*, cit., 700-702.

⁶⁸ È evidente che le parti, quando sorge un rapporto giuridico, sanno come la legge che lo regola ripartisce l'onere della prova tra di esse e su tale disciplina esse ripongono affidamento, subendone un condizionamento anche al di fuori del processo (la parte, ad esempio, potrebbe essersi premunita del mezzo di prova rilevante).

⁶⁹ Cfr. MORVIDUCCI, (voce) *Prova*, *Diritto internazionale privato*, cit., 703, con riferimento alle ipotesi di inversione legale dell'onere della prova, sottolinea che «L'attribuzione dell'onere ad una parte diversa da quella cui normalmente competerebbe significa infatti che il legislatore, in considerazione della natura della fattispecie, ritiene già acquisiti taluni elementi, per cui spetta a quanti ne contestano l'esistenza darne la dimostrazione: si viene in tal modo ad incidere direttamente sulla regolamentazione del rapporto (...)».

di prova. Avrebbero, invece, natura processuale ed atterrebbero, dunque, alla *lex fori* tutte le norme probatorie che determinano il ruolo del giudice, incidono sul suo modo di operare o che dettano i criteri in ragione dei quali egli deve decidere la causa: rientrano in questa categoria, ad esempio, le norme che, come l'art. 115 c.p.c., operano la scelta tra modello processuale inquisitorio e modello dispositivo⁷⁰ nonché quelle che dettano le modalità con cui deve avvenire la formazione della prova, ovverosia la sua assunzione ed acquisizione al processo⁷¹. Questa teoria, infine, risolve pure il problema del coordinamento tra norme probatorie generali e norme probatorie particolari nel senso che le seconde operano solo se compatibili con le prime. Di guisa che, ad esempio, è la *lex causae* che stabilisce se la prova di una certa fattispecie debba essere scritta o possa essere data anche con testimonianza, a condizione che la prova scritta o la prova testimoniale, a seconda dei casi, sia conosciuta o ammessa in astratto dalla *lex fori*, perché altrimenti quel mezzo di prova sarebbe semplicemente inutilizzabile nel processo, dovendo il giudice pur sempre rispettare i principi del proprio ordinamento processuale.

554

La terza ed ultima tesi sembra essere la più condivisibile. Quella della natura esclusivamente processuale della disciplina probatoria pare fondarsi, infatti, sull'idea per cui tutte le norme sulla prova sono volte a regolare l'attività di un organo dello Stato. Il che, però, non è, specialmente nel contesto degli ordinamenti giuridici che adottano il modello processuale dispositivo, nei quali la volontà delle parti gioca un ruolo centrale, con conseguente necessità di rispettarne le aspettative sulla possibilità di dedurre i mezzi di prova previsti dalla legge che regola il rapporto sostanziale. Senza considerare che, come correttamente osservato, « (...) la qualificazione processuale può dare adito a fenomeni di *forum shopping*, soprattutto nei casi in cui la *lex fori* risulti più rigorosa in materia di ammissibilità dei mezzi di prova (...) »⁷². La tesi della natura squisitamente materiale della disciplina probatoria, invece, ha il difetto di relegare l'area di operatività della *lex fori* alle solo questioni

⁷⁰ Si veda sempre MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, cit., 703.

⁷¹ MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, cit., 711-712. In senso conforme cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 860, per il quale « (...) ormai pressoché incontrastata è la signoria della *lex fori* riguardo ad ammissibilità formale ed assunzione o in generale acquisizione della prova al processo (...) ».

⁷² Si veda MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, cit., 698-699 e *ivi* nota 15.

concernenti i cosiddetti « procedimenti probatorii »⁷³, trascurando del tutto che « (...) i principi fondamentali del sistema probatorio sono strettamente connessi al tipo di processo che ogni ordinamento adotta, di modo che non possono essere determinati dalla *lex causae* (...) »⁷⁴. La terza tesi, che si potrebbe definire ancora una volta mediana, ha il pregio di tenere in debito conto la natura ibrida della disciplina prova⁷⁵, confermata anche dalla sua collocazione bipartita tra codice civile e codice di rito (con l'avvertenza di non dover necessariamente catalogare come sostanziali le norme probatorie del codice civile e come processuali quelle del codice di rito) e di garantirne al contempo la compatibilità con i principi fondamentali del sistema della prova ricavabili dalla *lex fori*.

Autorevole dottrina si è occupata del tema afferente alla qualificazione della disciplina probatoria con riferimento specifico all'arbitrato internazionale⁷⁶. È stata evidenziata in particolare la crescente pervasività della *lex fori* quanto alla materia probatoria e la correlata « (...) progressiva, quanto dubitativa e spesso incerta, erosione perfino degli spazi un tempo elettivi della *lex causae* — ripartizione dell'onere della prova ed efficacia della prova — (...) », annotata criticamente per la possibile scarsa consuetudine degli arbitri esteri con le norme della *lex fori* e per l'allontanamento dell'esercizio dinamico del diritto sostanziale dall'ordinamento giuridico in cui esso si assume nato, visto « quale puro costo senza apprezzabili contropartite »⁷⁷.

⁷³ Li chiama così CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 429.

⁷⁴ Cfr. di nuovo MORVIDUCCI, (voce) *Prova, Diritto internazionale privato*, cit., 700.

⁷⁵ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 107-108 e *ivi* la nota 21, allontana la rigida ripartizione tra norme sostanziali e norme processuali sulla prova, definita « (...) frutto di una categorizzazione preconcepita che non è utile sul piano pratico e non trova alcun conforto positivo (...) », sostenendo che « (...) le norme probatorie presentano caratteristiche proprie dell'una e dell'altra categoria: per un verso formano parte integrante delle attività processuali (ad es. le regole di ammissibilità regolano l'introduzione della prova nel processo), per altro verso incidono significativamente sulla tutela dei diritti soggettivi (...) ». Riferimenti alla collocazione dipartita delle norme sulle prove tra codice civile e codice di procedura anche in VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 294, per il quale è al codice civile che occorre guardare quanto all'efficacia probatoria e ai criteri di valutazione delle singole prove e al codice di procedura civile quanto al modo di ingresso della prova nel processo.

⁷⁶ Cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit. 311 ss. e, in particolare, 313. Si veda, altresì, BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 859 ss.

⁷⁷ Si esprime in questi termini BRIGUGLIO, *Ibidem*, 860-861. L'A. osserva che la crescente pervasività della *lex fori* è un valido criterio semplificatorio nell'ambito di un processo che, pur

È in tali annotazioni che si coglie l'importanza della flessibilità arbitrale, certamente principio e caratteristica immanente all'arbitrato, ma anche, e al contempo, rimedio alla cennata pervasività della *lex fori* in materia probatoria e criterio di adeguamento della stessa *lex fori* istruttoria alla legge applicabile al merito ⁷⁸.

4. Svariati Autori, dunque, hanno posto sul tappeto il tema della flessibilità arbitrale e ne hanno sottolineato l'importanza, esprimendo una posizione sostanzialmente innovativa nell'ambito del dibattito dottrinale, con il chiaro intento di non frustrare l'arbitrato tra le maglie di un formalismo esasperato e, per certi versi, controproducente ⁷⁹, tra l'altro rimanendo inamovibile il limite segnato dall'osservanza delle norme di ordine pubblico e dei principi ad esso correlati (su cui anche *infra*).

La flessibilità arbitrale non è codificata e non la si rinviene espressamente affermata nelle legislazioni nazionali in materia di arbitrato, nella *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, nei regolamenti di arbitrato delle più importanti istituzioni o nelle cosiddette "fonti persuasive" arbitrali (o strumenti di *soft law*, per usare un'espressione in voga, ma non immune, come già rilevato, da critiche) ⁸⁰. La flessibilità appare piuttosto un valore immanente all'arbitrato — uno dei portati del fondamento volontaristico dell'istituto — di guisa che se ne colgono plurime manifestazioni, pure in assenza di una sua esplicita enunciazione. Sono queste manifestazioni che permettono di dare concretezza alla nozione di flessibilità.

Partendo dalla disciplina del Titolo VIII del Libro IV del nostro codice di procedura civile l'espressione più nitida della flessibilità arbi-

dotato di elementi di transnazionalità, penda dinanzi al giudice statale « (...) in virtù della particolare "vicinanza" fra il giudice e le regole che egli è chiamato ad applicare in materia così delicata ed essenziale quale quella della prova (...) ». I vantaggi di tale tendenza tendono, invece, a scemare con riferimento ad un procedimento arbitrale connotato da elementi di internazionalità perché la *lex fori* (che è, come visto, di regola la legge della sede dell'arbitrato) è spesso indifferente rispetto alla nazionalità delle parti e degli arbitri.

⁷⁸ Cfr. sempre BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »*, cit., 860-861.

⁷⁹ Cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit. 311 ss; BRIGUGLIO, *Ibidem*, 859 ss. Si veda l'assai approfondito lavoro monografico di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., che ne della flessibilità arbitrale ha indagato fondamento sistematico e risvolti pratici.

⁸⁰ Cfr. al riguardo *retro*, la nota 56.

trale sta nel già esaminato art. 816-*bis* c.p.c., il quale lascia all'autonomia delle parti di stabilire la disciplina delle regole procedurali e prevede l'intervento suppletivo degli arbitri i quali, in mancanza di una scelta delle parti, « hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno »⁸¹. L'art. 816-*ter* c.p.c. anche esprime, seppure con una minore enfasi, il valore della flessibilità arbitrale, per cui spetta agli arbitri la scelta se delegare l'istruttoria intera, o il compimento di singoli atti, ad uno di essi, nonché decidere le modalità di assunzione della prova testimoniale, se farsi assistere da uno o più consulenti tecnici nonché se chiedere informazioni scritte alla pubblica amministrazione.

Passando alle legislazioni straniere, si può citare, quale manifestazione di flessibilità arbitrale, la *Section 33(1)*, lett. (b), dello *UK Arbitration Act 1996*, per cui « The tribunal shall (...) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined ». Analoga affermazione di flessibilità è nella successiva *Section 34(1)* e (2): « (1) It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.

(2) Procedural and evidential matters include

(a) when and where any party of the proceedings is to be held;

(b) the language or languages to be used in the proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied;

(c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended;

(d) whether any and if so which documents or class of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage;

(e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done;

(f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance and weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the

⁸¹ Sull'art. 816-*bis* c.p.c., anche come indice della flessibilità arbitrale, si veda *supra* § 2.

time, manner and form in which such material should be exchanged and presented;

(g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law;

(h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions ».

Ulteriori manifestazioni di flessibilità sono nell'*Hong Kong Arbitration Ordinance* e, segnatamente, nella *Section 46* e nella *Section 47*. La *Section 46* (3), let. (c), stabilisce che « When conducting arbitral proceedings or exercising any of the powers conferred on an arbitral tribunal by this Ordinance or by the parties to any of those arbitral proceedings, the arbitral tribunal is required

(c) to use procedures that are appropriate to the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for resolving the dispute to which the arbitral proceedings relate ».

La *Section 47*(1), (2) e (3), invece, statuisce che: « (1) Article 19(1) of the UNCITRAL Model Law, the text of which is set out below, has effect “Article 19. Determination of rules of procedure

(1) « Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) If or to the extent that there is no such agreement of the parties, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Ordinance, conduct the arbitration in the manner that it considers appropriate.

(3) When conducting arbitral proceedings, an arbitral tribunal is not bound by the rules of evidence and may receive any evidence that it considers relevant to the arbitral proceedings, but it must give the weight that it considers appropriate to the evidence adduced in the arbitral proceedings ».

L'*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* — sul cui testo sono state plasmate molte delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato, a cominciare proprio dall'*Hong Kong Arbitration Ordinance* — contiene pure un'affermazione indiretta della flessibilità arbitrale all'*Article 19*, ai sensi del quale: « (1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner it consi-

ders appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence ».

Per quanto riguarda i regolamenti precostituiti di arbitrato, vanno richiamate in prima battuta le *ICC Arbitration Rules* (2021). Un primo segno della flessibilità arbitrale è nell'*Article 19*, laddove è detto che « The proceedings before the arbitral tribunal shall be governed by the Rules and, where the Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the arbitral tribunal may settle on, whether or not reference is thereby made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration ». Una seconda manifestazione di tale principio sta nell'*Article 22*, comma 2, ai sensi del quale « In order to ensure effective case management, after consulting the parties, the arbitral tribunal shall adopt such procedural measures as it considers appropriate, provided that they are not contrary to any agreement of the parties (...) ». Infine, si può citare l'*Article 25* che, in materia più prettamente probatoria e di accertamento fattuale, stabilisce quanto segue: « 1) The arbitral tribunal shall proceed within as short a time as possible to establish the facts of the case by all appropriate means.

2) The arbitral tribunal may decide to hear witnesses, experts appointed by the parties or any other person, in the presence of the parties, or in their absence provided they have been duly summoned.

3) The arbitral tribunal, after consulting the parties, may appoint one or more experts, define their terms of reference and receive their reports. At the request of a party, the parties shall be given the opportunity to question at a hearing any such expert.

4) At any time during the proceedings, the arbitral tribunal may summon any party to provide additional evidence.

5) The arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing ».

Le *UNCINTRAL Arbitration Rules* contengono l'*Article 27*, rubricato proprio "*Evidence*" (ritenuta una delle norme regolamentari a maggiore ingerenza in materia probatoria), il quale dispone: « 1. Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.

2. Witnesses, including expert witnesses, who are presented by the parties to testify to the arbitral tribunal on any issue of fact or expertise

may be any individual, notwithstanding that the individual is a party to the arbitration or in any way related to a party. Unless otherwise directed by the arbitral tribunal, statements by witnesses, including expert witnesses, may be presented in writing and signed by them.

3. At any time during the arbitral proceedings the arbitral tribunal may require the parties to produce documents, exhibits or other evidence within such a period of time as the arbitral tribunal shall determine.

4. The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality or weight of the evidence offered. ».

Le Arbitration Rules della London Court of International Arbitration (2020)⁸² contengono diverse espressioni della flessibilità arbitrale. Innanzitutto, l'*Article* 14 ai sensi del quale « 14.1 Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal's general duties at all times during the arbitration shall include:

(...)

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

560

14.2 The Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, subject to the mandatory provisions of any applicable law or any rules of law the Arbitral Tribunal may decide to be applicable.

(...)

14.5 Without prejudice to the generality of the Arbitral Tribunal's discretion, after giving the parties a reasonable opportunity to state their views, the Arbitral Tribunal may, subject to the LCIA Rules, make any procedural order it considers appropriate with regard to the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration ».

Si rinvengono altri indizi della flessibilità arbitrale negli *Articles* 19, 20 e 21, rispetto alle modalità di svolgimento delle udienze e all'audizione dei *witnesses* e degli *expert witnesses*. Ma la più potente espressione della flessibilità è nell'*Article* 22, non a caso rubricato *Additional Powers*, per il quale « 22.1 The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for sub-paragraph (x) below) upon its

⁸² Cfr. *Le nuove Arbitration Rules della London Court of International Arbitration*, in questa *Rivista*, 4, 2020, 865 ss.

own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide:

(...)

(iv) to order any party to make any documents, goods, samples, property, site or thing under its control available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, any expert to such party and any expert to the Tribunal;

(v) to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant;

(vi) to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on any issue of fact or expert opinion; and to decide the time, manner and form in which such material should be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal;

(...) ».

Va menzionato anche il regolamento di arbitrato adottato dalla Camera Arbitrale di Milano. Un primo cenno alla flessibilità arbitrale sta nell'Art. 2, comma 1, laddove è stabilito che «1. Il procedimento arbitrale è disciplinato dal Regolamento, dalle regole fissate di comune accordo dalle parti sino alla costituzione del Tribunale Arbitrale in quanto compatibili con il Regolamento e da quelle fissate dal Tribunale Arbitrale. ». Un ulteriore indice di flessibilità è nell'Art. 28, per il qual «1. Il Tribunale Arbitrale istruisce la causa con tutti i mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti, e assume le prove secondo le modalità che ritiene opportune. 2. Il Tribunale Arbitrale valuta liberamente tutte le prove, salvo quelle che hanno efficacia di prova legale, secondo le norme applicabili al procedimento o al merito della controversia (...) ».

Per concludere con i testi di *soft law*, un cenno va rivolto alle *IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration (2020)*⁸³, a cui gli arbitri *devono* ricorrere se è stato così deciso dalle parti o, in assenza di una simile espressione di volontà, a cui essi *possono* ricorrere autonomamente per la soluzione di un problema o per l'interpretazione di una regola stabilita dalle parti o dettata dalla legge applicabile in

⁸³ Per la notizia della revisione delle *Rules* si veda *Le nuove IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, in questa *Rivista*, 2, 2021, 429 ss.

materia probatoria (infatti, ai sensi dell'Article 1, comma 1, « 1. Whenever the Parties have agreed or the Arbitral Tribunal has determined to apply the IBA Rules of Evidence, the Rules shall govern the taking of evidence, except to the extent that any specific provision of them may be found in conflict with any mandatory provision of law determined to be applicable to the case by the Parties or by the Arbitral Tribunal. »)⁸⁴. Si ha una chiara traccia della flessibilità arbitrale nell'Article 1, comma 5, per cui « 5. Insofar the IBA Rules of Evidence and the General Rules are silent on any matter concerning the taking of evidence and the Parties have not agreed otherwise, the Arbitral Tribunal shall conduct the taking of evidence as it deems appropriate, in accordance with the general principles of the IBA Rules of Evidence ».

Gli esempi soprariportati mostrano che la flessibilità, mai espressamente enunciata, è una caratteristica intrinseca dell'arbitrato, che afferrisce all'autonomia delle parti e ai poteri degli arbitri nella sua conduzione e che si estende anche all'istruttoria nei suoi vari aspetti, quale momento o frazione di quella ordinata sequenza di atti di cui si compone il processo arbitrale in vista della formazione dell'atto finale (il lodo) che è destinato ad incidere nella realtà materiale.

Passiamo ad analizzare brevemente cosa si intende per flessibilità arbitrale, come essa si estrinsechi nell'istruttoria e quali ne siano in generale i limiti.

È stato osservato che la flessibilità arbitrale non coincide con l'assenza di forme, intesa la forma sia come modo di espressione (orale o scritta) degli atti del processo sia come scansione di atti processuali preordinati al giudizio finale⁸⁵. Essa è, piuttosto, uno strumento per l'adattamento della regola alle esigenze della specifica lite affinché l'atto del processo a cui quella regola è preposta raggiunga il suo scopo senza che sia dovuta l'osservanza di forme che, avuto riguardo alle caratteristiche di quel giudizio, siano non indispensabili al fine. La flessibilità arbitrale diviene, dunque, il mezzo essenziale per la realizzazione nel singolo processo del più elevato livello possibile di efficienza, il quale a

⁸⁴ In questi termini sul ruolo delle « fonti persuasive » ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 94-97. Per riferimenti al tema si veda anche RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 317-318 e 323-324. Cfr. altresì DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 370 e 374.

⁸⁵ Si esprime in questi termini ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 15. Sulla definizione di processo si veda *supra* la nota 30.

sua volta è dato dal miglior punto di equilibrio tra costi, tempi e qualità del giudizio⁸⁶. Un paragone con il processo ordinario di cognizione può aiutare: mentre il giudizio ordinario si svolgerà tendenzialmente con tutte le regole, le scansioni temporali e le fasi stabilite dal codice di procedura civile (generalmente, udienza di prima comparizione e trattazione, appendice scritta *ex art.* 183, comma 6, c.p.c. e prosecuzione dell'udienza di prima comparizione e trattazione successiva alla scadenza di detti termini, eventuale udienza per l'assunzione dei mezzi di prova, udienza *ex art.* 189 c.p.c. e memorie *ex art.* 190 c.p.c.), indipendentemente dal grado di complessità o dalle esigenze del singolo processo, la flessibilità permette agli arbitri di conseguire l'adattamento delle regole del procedimento a quello specifico giudizio⁸⁷.

La flessibilità arbitrale nell'istruttoria interessa sia le fasi più propriamente procedimentali dell'assunzione della prova e della sua acquisizione al processo sia quelle di valutazione della sua ammissibilità (logicamente anteriore alle fasi procedimentali) e, infine, dell'efficacia.

In punto di ammissibilità, i sopracitati esempi della flessibilità arbitrale lasciano innanzitutto intendere con un sufficiente grado di certezza che in arbitrato vige il principio di atipicità dei mezzi di prova esperibili (ne sono indici la *Section* 34(2), lett. (f), dello *UK Arbitration Act* 1996, la *Section* 47(3) dell'*Hong Kong Arbitration Ordinance*, l'*Article* 19,

⁸⁶ Sul cosiddetto *iron triangle* si veda sempre ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 13, 20 e 22.

⁸⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 22, osserva che in arbitrato « (...) la gestione del processo prescinde dalla complessità del caso, sicché l'utilizzo di determinate modalità procedimentali, ove se ne ritenga l'utilità, è ammesso anche in casi semplici, o per questioni di non particolare importanza (...) ». Sull'importanza dell'adeguamento della regola al « caso per caso » cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »*), cit., 867-868, il quale dichiara di non auspicare che la « (...) la discrezionalità arbitrale in materia di prova, al di là delle utilissime ricognizioni empiriche di precedenti prassi e soprattutto di quelle mediatrici fra common e civil law, debba essere cristallizzata in una soft law tendente alla sclerosi, insomma in una sorta di lex mercatoria della prova ove la soluzione imitativa (“di solito nell'ambiente dell'arbitrato internazionale si fa così”) prevalga su quella davvero ponderata in relazione alle circostanze (...) ». Mi sembra, se non mi inganno, che concluda in senso parzialmente difforme RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, 327, il quale, nel tentativo di individuare i limiti della flessibilità, ipotizza uno sforzo creativo « (...) diretto sia ad ottenere una disciplina il più possibile unitaria, con pretesa di applicazione a tutti gli arbitrati internazionali; sia a conferire a tale disciplina un tale grado di certezza (...) » fino a intravedere come possibile risultato di tale sforzo creativo « (...) la costruzione di un vero e proprio catalogo delle garanzie proprie dell'arbitrato internazionale ».

comma 2, dell'*UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, l'Article 25, comma 1, delle *ICC Arbitration Rules*, l'Article 27, commi 2, 3 e 4, delle *UNCITRAL Arbitration Rules*, l'Article 22.1, (vi), delle *LCIA Arbitration Rules*, l'Art. 28, comma 1, del Regolamento arbitrale della CAM). Da tale constatazione paiono derivare due conseguenze. La prima conseguenza è che in arbitrato non sembra esservi un limite precostituito ai mezzi di prova esperibili. La seconda è che non dovrebbero agire in arbitrato quantomeno alcune delle regole di esclusione dei mezzi di prova. Ad esempio, gli arbitri, chiamati ad applicare la legge italiana al merito della lite, non sarebbero tenuti ad osservare l'art. 2721 c.c. sui limiti di valore per l'ammissibilità della prova testimoniale dei contratti⁸⁸. Appare più complesso, invece, sostenere la derogabilità dell'art. 2725 c.c. e, dunque, ammettere la prova testimoniale anche quando lo scritto sia richiesto *ad probationem* o *ad substantiam* di un atto, così come dell'art. 2722 a proposito del divieto della prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento che si assumono stipulati anteriormente o contemporaneamente⁸⁹. Il discorso è in parte diverso per i patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento che si allegano stipulati posteriormente perché, in questa ipotesi, è lo stesso art. 2723 c.c. che rende ammissibile la prova testimo-

⁸⁸ Sull'inoperatività delle regole di esclusione probatoria in arbitrato, anche se con specifico riguardo all'arbitrato internazionale, cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, 315-316, il quale conclude che « (...) le varie tradizioni processuali esportano nell'arbitrato internazionale soltanto una parte della loro disciplina: quella parte che non è caratterizzata da regole di esclusione o da regole legali sul peso di ciascuna prova (...) ». Sull'art. 2721 c.c., si veda ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 129, la quale sostiene la non cogenza dell'art. 2721 c.c. per le parti e per gli arbitri sulla scorta di un doppio argomento: il primo afferisce alla considerazione per cui l'art. 2721, comma 1, c.c. trova la sua spiegazione in un'evoluzione storica che ha portato alla prevalenza dello scritto sulla testimonianza; il secondo argomento trae spunto dal comma 2 dell'art. 2721, che, con formulazione assai ampia, facoltizza il giudice ad ammettere la prova testimoniale dei contratti anche oltre il limite di valore sancito dal comma 1 « tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza ».

⁸⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 128, afferma l'insuperabilità del divieto sancito dall'art. 2725 c.c., salva l'eccezione di cui al n. 3 dell'art. 2724 c.c., perché la previsione dello scritto *ad probationem* o *ad substantiam* di un atto è effetto della scelta del legislatore di assicurare maggiore certezza ad alcuni contratti. Per DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 386, l'art. 2725 c.c. è l'unica norma inderogabile in materia di divieto di prova testimoniale poiché « (...) disposizione in realtà funzionale al regime sostanziale di forma dei contratti e dunque non di una norma di rito, che rientri nei poteri dispositivi degli arbitri (...) ».

niale quando il patto verbale sia verosimile « avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza ».

In punto di efficacia, il profilo più controverso è quello delle prove legali, se, cioè, le norme che le prevedono vincolano anche gli arbitri o se la flessibilità possa, in qualche modo, consentirne il superamento. Un dato di partenza può ritenersi per acquisito: l'efficacia delle prove legali non sembra superabile dagli arbitri, i quali, dunque, se chiamati ad applicare la *lex causae* italiana, non dovrebbero poter disapplicare, ad esempio, l'art. 2700 c.c. in materia di efficacia dell'atto pubblico o l'art. 2702 c.c. sull'efficacia della scrittura privata riconosciuta⁹⁰. Agli arbitri, in altri termini, non sarebbe consentito di negare all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata l'efficacia probatoria privilegiata che gli è assegnata dalla legge in relazione ai fatti descritti dalle norme che li prevedono. La confessione, la cui efficacia di prova legale è sancita dagli artt. 2733, comma 2, e 2735, comma 1, c.c. sembra meritare invece un discorso a parte. Si è osservato che la confessione, infatti, si fonda su un atto di disposizione della parte, tant'è che essa forma piena prova « (...) purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili (...) »⁹¹. Nulla osterebbe, dunque, a che a tale atto di disposizione possa corrisponderne uno aprioristico e di segno contrario, con cui le parti dell'arbitrato abbiano stabilito di negare l'efficacia di prova legale alla dichiarazione confessoria e di retrocederla a semplice massima di esperienza, così lasciando campo al libero apprezzamento degli arbitri⁹². Questo atto dispositivo di segno contrario potrebbe anche essere compiuto indirettamente, cioè mediante il richiamo e il conseguente recepimento *per relationem* nel patto di arbitrato di un regolamento precostituito che svincoli gli arbitri dall'osservanza delle norme sulle prove legali (che, nell'ipotesi qui avanzata, dovrebbero essere quelle della *lex causae*)⁹³.

⁹⁰ Si veda sul punto DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, cit., 379.

⁹¹ Così opina BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 865.

⁹² Cfr. BRIGUGLIO, *Ibidem*, 865. Con sfumature diverse v. VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 288, nota 2, il quale ammette che le parti possano accordarsi per sottrarre alla confessione il valore di prova legale, ma rileva che, in un simile caso, è come se le parti stesse riconoscessero la non veridicità della confessione (voluta o accidentale).

⁹³ Un esempio di regolamento di arbitrato che libera gli arbitri dall'osservanza delle norme sulle prove legali è l'Article 27, comma 4, delle *UNCITRAL Arbitration Rules*. Cfr. anche l'art. 22.1, (vi), delle *LCIA Arbitration Rules*, per cui gli arbitri hanno il potere « to

Certo è che, pure a fronte di una simile “autorizzazione” regolamentare, gli arbitri dovrebbero comunque porsi almeno due ordini di problemi. Innanzitutto, essi dovrebbero pur sempre interrogarsi sulla derogabilità delle singole norme della *lex causae* disciplinanti le prove legali (derogabilità che, rimanendo al caso della legge italiana come applicabile, parrebbe in ogni caso da escludersi, ad esempio, per gli artt. 2700 e 2702 c.c., mentre parrebbe quantomeno astrattamente ipotizzabile per la confessione, alla cui base si porrebbe pur sempre un atto di disposizione, argomentando *ex art. 2733*, comma 2, c.c.)⁹⁴. Superato eventualmente il primo ostacolo, gli arbitri dovrebbero comunque preoccuparsi di indicare le ragioni della loro scelta, insomma motivare il disallineamento dalle norme sulle prove legali, perché altrimenti la divergenza ingiustificata da quelle norme non sarebbe più deroga (in ipotesi ammessa), bensì integrerebbe ignoranza e, conseguentemente, violazione delle stesse⁹⁵. Che poi la scelta irrazionale o l'inosservanza della norma sulla prova legale da parte degli arbitri possano difficilmente trasformarsi in validi motivi di sindacato impugnatorio avverso il lodo è discorso diverso. Infatti, un simile vizio andrebbe ricondotto sotto lo strettissimo ombrello dell'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia *ex art. 829*, comma 3, c.p.c., laddove: da un lato, è infrequente che le parti l'abbiano disposta; dall'altro lato, è per nulla pacifico — come visto (cfr. diffusamente *supra* § 3) — che le norme probatorie (di

566

decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on an issue of fact or expert opinion (...)».

⁹⁴ V. sempre BRIGUGLIO, *Ibidem*, 865. Cfr. altresì, in senso assai più dubitativo, VERDE, *Ibidem*, 298 e 299, il quale, se non m'inganno, sembra negare l'ammissibilità di patti volti a depotenziare l'efficacia di piena prova, ad esempio, dell'atto pubblico *ex art. 2700* c.c. (provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale che lo ha formato, dichiarazioni da lui raccolte e gli altri fatti che egli attesta essere avvenuti in sua presenza) o della scrittura privata riconosciuta (provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta). L'A. rileva, in particolare, che un simile « accordo non avrebbe ad oggetto la prova, ma la sua utilizzazione nel processo », per cui quella prova sarebbe degradata al rango di prova innominata, di guisa che « Un accordo del genere non è di quelli che può ritenersi consentito per il solo fatto che le parti hanno una sfera di autonomia dentro la quale possono disporre liberamente ». Egli esclude che un simile accordo possa farsi rientrare nell'alveo dell'art. 816-*bis* c.p.c. perché tale disposizione, quando riconosce alle parti il potere di stabilire le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento, « nulla ha a che vedere con il convincimento del giudice e con le regole a cui deve attenersi a tal fine ».

⁹⁵ Cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 869 e 871.

cui fanno parte anche quelle sulle prove legali) siano catalogabili tra quelle « relative al merito della controversia »⁹⁶; e, da un ulteriore punto di vista, il limite della contrarietà all'ordine pubblico sostanziale è, per le norme probatorie, di definizione nient'affatto agevole⁹⁷. Restano pregiudicate, per i casi più gravi di decisioni determinative di scompensi estremi nelle opportunità difensive delle parti o rispetto all'imparzialità dell'organo giudicante, le clausole di salvaguardia dell'impugnazione per violazione del contraddittorio (art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.) e per violazione dell'ordine pubblico processuale (art. 829, comma 3, c.p.c.)⁹⁸. Rimane, invece, in posizione defilata il vizio di cui all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c., che pare tutt'al più invocabile rispetto alle fasi più strettamente procedurali di assunzione della prova e di sua acquisizione al processo, nell'ipotesi (alquanto improbabile e per nulla auspicabile) in cui le parti avessero previsto l'osservanza di date forme istruttorie a pena di nullità e gli arbitri non le abbiano rispettate.

Venendo proprio ai procedimenti probatori in senso stretto, o di formazione della prova nel processo, la flessibilità arbitrale si estrinseca in tutte quelle disposizioni legislative, di regolamenti precostituiti o di « fonti persuasive », che lascino agli arbitri la facoltà di regolare in generale lo svolgimento del giudizio nel modo che essi ritengono opportuno [v. art. 816-bis c.p.c.; *Section 33(1)*, lett. (b), e *Section 34(1) e (2)* dello *UK Arbitration Act*; *Section 46(3)*, lett. (c), e *Section 47(2)* dell'*Hong Kong Arbitration Ordinance*; *Article 19*, comma 2, della *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; *Article 22*, comma 1, delle *ICC Arbitration Rules*] o di condurre in particolare l'assunzione delle prove « as it deems appropriate » (v. l'*Article 1*, comma 5, delle *IBA Rules on the Taking of Evidence*).

La flessibilità, con riferimento ai procedimenti probatori, consente la fusione tra modelli istruttori di *civil law* e modelli istruttori di *common law* e non lascia gli arbitri imbrigliati in forme non solo non indispensabili all'accertamento fattuale nel caso di specie, ma addirittura ostative alla sua realizzazione. Così, ad esempio, e ragionando in astratto, non si vede

⁹⁶ Si veda sul punto BRIGUGLIO, *Ibidem*, 869, dove parla di « (...) tendenziale indifferenza della griglia di controllo impugnatorio rispetto alla soluzione anche "in diritto" delle questioni istruttorie (...) » e, poi, ancora alle pagine 871-872.

⁹⁷ Un cenno al problema in ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 128.

⁹⁸ Lo rileva BRIGUGLIO, *Ibidem*, 872. Sull'ordine pubblico processuale si tornerà brevemente *infra*.

per quale motivo ad arbitri di un arbitrato con sede in Italia debbano essere aprioristicamente precluse, rispetto ad un certo mezzo di prova, forme di sua assunzione sconosciute al codice di rito e lontane dalla nostra cultura giuridica: l'audizione testimoniale del perito (c.d. *expert witness*), i meccanismi della *direct-examination* e della *cross-examination* (per cui il teste è escusso su domande rivoltegli direttamente dai difensori delle parti) e la dichiarazione scritta del testimone (c.d. *witness statement*)⁹⁹ — per stare ad alcuni istituti — sembrano essere modalità di formazione della prova quantameno plausibili anche nell'ambito di un arbitrato sedente in Italia, a patto che le parti non le abbiano vietate, che gli arbitri le considerino appropriate al fine (*i.e.* accertamento dei fatti) e che alle parti stesse sia stato garantito il diritto di difesa in posizione di parità (ovverosia, di partecipare all'assunzione della prova)¹⁰⁰.

Uno strumento quale le *IBA Rules on The Taking of Evidence*, anche se non espressamente richiamate dalle parti nella convenzione di arbitrato o *in limine litis*, può senz'altro soccorrere gli arbitri e servire loro da viatico per ricorrere a schemi istruttori del tipo descritto o, se del caso, a poteri d'iniziativa officiosa, pure travalicanti gli schemi del modello processuale dispositivo.

La flessibilità arbitrale è di certo un valore, ma si presta ad usi impropri. Essa deve incontrare, dunque, dei limiti perché, se così non fosse, ben potrebbe condurre ad abusi in danno di una parte e a vantaggio dell'altra e, nei casi più gravi, riverberarsi in vizi d'invalidità del *decisum* arbitrale da far valere in via d'impugnazione, perché « (...) attribuire ad un giudice o ad un arbitro illimitati poteri di scelta significa privare le parti di qualsiasi garanzia (...) »¹⁰¹. Le determinazioni degli arbitri, ispirate dalla flessibilità, devono essere non solo motivate, ma — e prima ancora — orientate.

Il problema si è posto in dottrina. Viene in rilievo la clausola generale

⁹⁹ Forma di assunzione della testimonianza, tra l'altro, ormai sdoganata dal nostro codice di rito, visti l'art. 816-ter, comma 2, c.p.c. e, rispetto al giudizio ordinario di cognizione, l'art. 257-bis c.p.c.

¹⁰⁰ Per un diffuso esame cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 317-321.

¹⁰¹ Così RICCI E.F., *ivi*, 321 e, più diffusamente, 321-324. Diversi cenni al tema in ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 77 ss., 84 ss. e 87 ss. Cfr. altresì BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 869-872.

di buona fede. Gli arbitri dovrebbero interpretare le regole procedurali (stabilite dalle parti o dalla legge), integrarne il contenuto (se presentino lacune) o porle loro stessi (ove quelle regole manchino del tutto) secondo buona fede, alla quale si collega il criterio di correttezza¹⁰². Buona fede e correttezza, infine, trovano realizzazione concreta nella prevedibilità delle regole che presiederanno la conduzione dell'arbitrato, intesa non come rigida predeterminazione di norme di dettaglio (le quali ben potranno in concreto rivelarsi inappropriate all'esigenza sorta in corso di processo, così tradendo la *ratio* della flessibilità), bensì come preliminare determinazione dei confini entro i quali sarà esercitata la flessibilità arbitrale¹⁰³. In altri termini, gli arbitri, nell'interpretare la regola procedimentale o nel calarla loro stessi nel contesto di quello specifico processo arbitrale, devono operare in modo tale da rendere la regola stessa e le conseguenze della sua inosservanza prevedibili¹⁰⁴, perché è proprio la prevedibilità che, evitando la cosiddetta *ex post-facto rule*, assicura il contraddittorio e l'imparzialità e, infine, il *due process of law* arbitrale (ciascuna parte, riconoscendo la regola e le conseguenze della sua inosservanza, è nelle condizioni di orientarvi le proprie difese, anche in materia istruttoria, secondo il normale principio di autoresponsabilità)¹⁰⁵.

D'altronde autorevolissima dottrina ha evidenziato che la prima garanzia del « giusto processo » ex art. 111 Cost. è proprio la predeterminazione normativa dell'attività del giudice (in ciò starebbe il nocciolo del sintagma « giusto processo regolato dalla legge »), la quale, però, pur assicurando la prevedibilità delle regole del gioco, non impedisce al legislatore di apprestare modelli processuali diversificati per la tutela dei diritti, caratterizzati, ad esempio, da un diverso livello di discrezionalità lasciata al giudice¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *ivi*, 84.

¹⁰³ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 91-92, parla « (...) non di un quadro bianco da riempire: bensì un quadro già in buona parte formato dagli arbitri, sempre suscettibile di essere ridisegnato nei dettagli ove necessario (...) ».

¹⁰⁴ Va sempre ricordato che gli arbitri sono privi di poteri coercitivi. Ciò non toglie che vi siano «rimedi» che, pure in assenza di siffatti poteri, possono contribuire a munire di una certa forza di persuasione le determinazioni degli arbitri, ad esempio attraverso strumenti quali il riparto delle spese di lite o l'inferenza negativa dal contegno processuale della parte che non abbia adempiuto ad una richiesta di esibizione o che abbia tenuto un comportamento ostruzionistico. Cfr. al riguardo ZUCCONI GALLI FONSECA, *ivi*, 86.

¹⁰⁵ Si veda sempre ZUCCONI GALLI FONSECA, *ivi*, 88.

¹⁰⁶ Si veda BOVE, *Art. 111 Cost. e « giusto processo civile »*, cit., 495 ss.

Vi sono davvero moltissimi esempi del dovere degli arbitri di *act fairly* nelle fonti legislative, regolamentari e di *soft law*¹⁰⁷. Si pensi alla *Section 33(1)*, lett. (b), dello *UK Arbitration Act 1996* nonché al motivo di impugnazione del lodo per grave irregolarità contemplato dalla *Section 68(2)* dello stesso *Act*¹⁰⁸, alla *Section 46(3)*, let. (c), dell'*Honk Kong Arbitration Ordinance* nonché agli art. 14.1 e 14.5 delle *LCIA Arbitration Rules*. Con riferimento specifico alla materia probatoria, le *IBA Rules on the Taking of Evidence* giocano ancora un importante ruolo perché esse contengono molteplici richiami alle regole di correttezza. Il *Preamble*, al primo comma, recita già che « 1. These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations (...) ». Una previsione sostanzialmente analoga è all'*Article 2*, comma 1, delle *IBA Rules of Evidence*, per cui « 1. The Arbitral Tribunal shall consult the Parties at the earliest appropriate time (...) and invite them to consult each other (...) with a view to agreeing on (...) a fair process for the taking of evidence. ». Un altro richiamo alla *fairness* è all'*Article 8*, comma 2, in ordine alla necessità che gli arbitri « (...) consult with the Parties with a view to establishing a Remote Hearing protocol to conduct the Remote Hearing efficiently, fairly (...) ». È assai significativo l'*Article 9*, comma 2, delle *IBA Rules of Evidence*, il quale pone una regola di esclusione, che assegna agli arbitri il potere, a richiesta di parte o di propria iniziativa, di escludere la prova per i motivi previsti nelle lettere da (a) a (g), tra cui, per l'appunto, quello di « (...) (g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties (...) »¹⁰⁹. Il successivo comma 4 dell'*Article 9*, infine, dispone che gli arbitri, nel valutare qualsiasi questione in punto di

¹⁰⁷ Lo sottolinea RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 321-324.

¹⁰⁸ Cfr. FABBÌ, *Alcune osservazioni circa l'impugnativa per nullità del lodo, il dovere di act fairly del tribunale arbitrale e la conduzione della fase istruttoria negli arbitrali commerciali internazionali*, in questa *Rivista*, 1, 2010, 150 ss.

¹⁰⁹ Sull'*Article 9*, comma 2, delle *IBA Rules of Evidence* cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, cit., 324, secondo cui « Questa norma può essere considerata come il più elaborato esempio di regola di esclusione propria dell'arbitrato internazionale (...) ». L'A. osserva come tale norma dia vita ad una regola di esclusione elastica perché gli arbitri sono dotati di ampi poteri di discrezionalità nella valutazione della sussistenza delle condizioni per l'esclusione della prova, eppure « (...) il principio basilare della flessibilità subisce comunque un limite, perché gli arbitri violerebbero i loro doveri se — in

L'ISTRUTTORIA ARBITRALE

impedimento legale o *privilege*, tengono conto di «(e) the need to maintain fairness and equality as between the Parties, particularly if they are subject to different legal or ethical rules. ».

Si può concludere che, solamente se letta in questi termini di principio orientato dalla buona fede e dalla correttezza (di cui è espressione la prevedibilità), la flessibilità smette di essere un valore astratto, ma diviene espediente per raggiungere il punto di equilibrio auspicabile tra i due valori dell'efficienza del processo arbitrale e dell'ordine pubblico processuale, quest'ultimo da intendersi come quel complesso di canoni insopprimibili ed irrinunciabili dalle parti in qualsiasi modello processuale¹¹⁰, « (...) primi fra tutti, quelli dell'imparzialità e del preventivo contraddittorio »¹¹¹, ma anche il dogma dell'allegazione dei fatti ad iniziativa esclusiva della parte¹¹². Insomma, la flessibilità vincolata dalla *fairness*, se maneggiata con la giusta cautela, permette agli arbitri di conseguire quello che è il fine ultimo della loro attività perché contri-

omaggio all'ammissibilità di ogni mezzo di prova e di investigazione — superassero il problema della eventuale applicazione della norma, non tenendone conto (...) ».

¹¹⁰ DANONI, *L'istruttoria*, 312-313; IDEM, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 23. Cfr. altresì COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, cit., 810-811. Per VERDE, *Disponibilità della prova e poteri officiosi degli arbitri nell'accertamento dei fatti*, cit., 297, l'ordine pubblico processuale coincide con i principi irrinunciabili del processo come individuati nella Costituzione, che l'A. indica nelle garanzie del diritto di difesa e nell'osservanza del principio del contraddittorio, invece ferma restando l'irrelevanza rispetto all'arbitrato della disciplina del giudice naturale preconstituito per legge e della ragionevole durata del processo,

¹¹¹ Così COMOGLIO, *Ibidem*. FAZZALARI, (voce) *Processo (teoria generale)*, cit., 1072, individua l'elemento fondante del processo, tale da distinguerlo dal procedimento, nella struttura dialettica e, dunque, nel contraddittorio, inteso non solo come partecipazione di più soggetti interessati alla fase preparatoria del provvedimento, bensì soprattutto « (...) in ciò che, nel processo, i poteri, le facoltà, i doveri attraverso cui si attua quella partecipazione, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da attuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni ». Insomma, simmetria delle posizioni soggettive e la mutua implicazione sono le chiavi del contraddittorio, quale « (...) possibilità di interloquire non episodicamente, e soprattutto, di esercitare un insieme — cospicuo o modesto non importa — di reazioni e di scelte, e nella necessità di subire i controlli e le reazioni altrui ». Sul principio del contraddittorio cfr. altresì COMOGLIO, (voce) *Contraddittorio*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, IV, 1989, 1 ss. Si veda altresì PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 239-241, il quale, con riferimento al contraddittorio nell'istruttoria, evidenzia che, per la giurisprudenza, vi è violazione di tale principio quando sia ammessa una prova su di un fatto rilevante nemmeno genericamente allegato dalla parte o quando il giudicante, avvalendosi dei poteri officiosi di cui è dotato, ammetta una prova rispetto a cui una parte sia stata privata di ogni possibilità di difesa istruttoria. In giurisprudenza si veda Cass. 31 gennaio 2007, n. 2201, rispetto alle fasi di trattazione e di istruzione probatoria nel giudizio arbitrale.

¹¹² Si veda COMOGLIO, *ivi*, 823, secondo cui appartiene all'ordine pubblico processuale ed è perciò inderogabile anche per gli arbitri il principio del vincolo del giudicante alle allegazioni di parte.

buisce in modo determinante a garantire la stabilità del lodo arbitrale sia dal punto di vista impugnatorio (si veda il nostro art. 829, comma 3, c.p.c.)¹¹³ sia dal punto di vista della sua circolazione all'estero ai sensi della Convenzione di New York del 1958 [si vedano l'art. V, comma 2, lett. b) nonché, quanto al sistema italiano, gli artt. 839, comma 4, e 840, comma 5, c.p.c.].

5. È possibile esaminare, a questo punto, i riflessi di quanto sin ora detto sull'applicazione della regola di giudizio fondata sulla « non contestazione » nel processo arbitrale. È più utile affrontare l'argomento da un punto di vista pratico, ovvero sia dando risposta ad alcune domande che potrebbero porsi dinanzi agli arbitri durante il processo e al momento della decisione finale.

Il primo quesito è: sono gli arbitri obbligati ad applicare il principio della non contestazione?

L'indagine svolta, e soprattutto le conclusioni che sono state raggiunte sulla (non) cogenza in arbitrato dell'intera disciplina istruttoria dettata per il processo dinanzi al giudice ordinario, incluso l'art. 115 c.p.c. (che non pare, in particolare riguardo al principio di non contestazione, essere norma di ordine pubblico processuale), conduce logicamente ad escludere che gli arbitri, a differenza, del giudice, debbano senz'altro « (...) porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita (...) ». Un tale vincolo per gli arbitri non esiste, ma potrebbe pur sempre darsi, quantomeno in due casi (entrambe non auspicabili e, invero, difficilmente riscontrabili nella pratica). Il primo è quello in cui le parti, in forza del patto di arbitrato o nell'esercitare l'autonomia loro concessa dall'art. 816-*bis* c.p.c., abbiano operato un richiamo generalizzato alla disciplina del processo dinanzi al giudice ordinario oppure abbiano disposto specificamente che gli arbitri applichino l'art. 115 c.p.c. o, ancor più nel dettaglio, il principio della non contestazione. Il secondo caso è quello in cui gli arbitri stessi, nell'usare il potere suppletivo concessogli dal già menzionato art. 816-*bis* c.p.c.,

¹¹³ BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 866, parla non a caso di flessibilità vincolata dalla correttezza che, predicata già sul piano statico, riceve ulteriore avallo sul piano dinamico « (...) dalla indubbia ristrettezza, ormai alle più varie latitudini, dei sistemi di impugnazione dei lodi, non a caso però connotati da clausole generali a garanzia anche impugnatoria della fairness (contraddittorio/imparzialità/ordine pubblico comprensivo anche di quello processuale) (...) ».

abbiano avvisato le parti che essi faranno applicazione dell'art. 115 c.p.c. o, più in particolare, della regola della non contestazione. In entrambe queste situazioni, non sembra si possano nutrire dubbi sul fatto che gli arbitri debbano attenersi al principio in parola. Al di fuori di queste fattispecie, invece, non pare esservi spazio, né giustificazione sufficientemente forte, per sostenere la cogenza del principio della non contestazione nell'arbitrato.

Il secondo quesito che si pone è: possono gli arbitri fare comunque ricorso alla regola di giudizio fondata sulla non contestazione?

La risposta è affermativa, ma con una eccezione. Si è già detto che non è questa la sede deputata ad entrare in un dibattito tanto complesso come quello sul fondamento sistematico del principio della non contestazione¹¹⁴. Va però segnalato che, a seconda della tesi a cui si aderisca, ovverosia che si consideri la non contestazione come regola di *relevatio ab onere probandi* con finalità semplificatoria-acceleratoria del giudizio o come espressione del principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (o dispositivo in senso sostanziale) o ancora come presunzione legale relativa, essa può essere ritenuta appartenere al diritto sostanziale o al diritto processuale, e in definitiva ricondotta alla *lex causae* o alla *lex fori*. Tuttavia, la facoltà per gli arbitri di applicare il principio della non contestazione dovrebbe prescindere da tale, seppur assai rilevante, dibattito perché pare piuttosto fondarsi su di un dato di ragionevolezza, che è a sua volta basato su di una massima di esperienza di portata generale¹¹⁵: colui contro il quale un fatto è allegato, se quel fatto non è vero, lo contesta, per cui, se quella contestazione manca, quello stesso fatto si presume vero fino a prova contraria, con esonero di colui che l'ha allegato dall'onere di provarlo. L'eccezione al potere degli arbitri di

¹¹⁴ Cfr. sul punto il § 1 *supra* e ivi la nota 4.

¹¹⁵ Si veda in questo senso BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 872-876. Cfr. in senso conforme ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 114-115. Anche BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 984, nega forza cogente al principio di non contestazione in arbitrato. Sulla non contestazione nell'arbitrato internazionale si veda MARELLI, in *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato*, Benedettelli-Consolo-Radicati di Brozolo (a cura di), Milano, 2017, 985. *Contra* PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 235-236, per il quale il principio della non contestazione « (...) trovando collocazione fra le disposizioni generali contenute nel libro I del codice di procedura civile, deve a mio avviso ritenersi applicabile, mutato ciò che si deve, anche al giudizio arbitrale (...) ». Così anche VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2010, 134.

usare il principio della non contestazione è legata, invece, all'ipotesi in cui le parti, sempre *in limine litis*, abbiano stabilito il divieto per gli arbitri di ricorrervi ¹¹⁶. Rimane del tutto sullo sfondo un'altra possibile eccezione alla facoltà di fare applicazione del principio della non contestazione, ovvero l'ipotesi in cui siano stati gli arbitri, nell'esercitare il potere loro assegnato dall'art. 816-*bis* c.p.c., ad escludere l'operatività del principio in questione: tale eccezione rimane sullo sfondo non perché la strada sia astrattamente preclusa agli arbitri, ma perché, come è stato osservato in dottrina, una simile esclusione espressa non avrebbe alcuna giustificazione logica, potendo gli arbitri ricorrere o non ricorrere alla regola di giudizio della non contestazione con il semplice uso della discrezionalità loro attribuita ¹¹⁷.

Il terzo quesito è: data per acclarata l'operatività in arbitrato del principio della non contestazione, gli arbitri rimangono vincolati all'accadimento processuale della non contestazione, dovendo senz'altro ritenere il fatto non contestato come provato?

574

La risposta a questa domanda è, ancora una volta, strettamente correlata alla posizione che si esprima rispetto al problema del fondamento sistematico della non contestazione ¹¹⁸. Ad avviso di chi scrive, il fondamento sistematico della non contestazione non sta nel principio della disponibilità della tutela giurisdizionale (il quale si manifesta nelle battute iniziali del giudizio, quando le parti, nello svolgere le loro attività assertive ed istruttorie, fissano, con effetto vincolante, i confini entro cui il giudice sarà chiamato ad operare e che nulla ha a che vedere con il *quomodo* della tutela giurisdizionale), bensì in una scelta di politica legislativa, o meglio ancora in una tecnica di semplificazione processuale, fondata sull'autoresponsabilità delle parti e diretta a realizzare il giusto processo *ex art. 111, comma 2, Cost.*, con riferimento particolare alla sua ragionevole durata. Se così è, la non contestazione di un fatto (o, comunque, la sua contestazione non specifica) non vincola gli arbitri, come non vincola il giudice dello Stato, e non può dare vita ad una

¹¹⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 115, ritiene ammissibile una simile previsione pattizia. Allo stesso modo BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 985. *Contra* CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., 62.

¹¹⁷ Cfr. BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, cit., 985.

¹¹⁸ Su cui si veda sempre *supra* § 1 e ivi nota 4.

« verità negoziata » dalle parti ¹¹⁹. Fatto non contestato è un fatto non più bisognoso di essere provato e si presume vero, a meno che la sua veridicità non sia smentita da altre emergenze istruttorie ritualmente acquisite al processo ¹²⁰.

Il quarto quesito è: la contestazione deve anche in arbitrato provenire dalla parte costituita, essere specifica e tempestiva?

L'arbitrato non conosce l'atto formale di costituzione in giudizio (salvo che le parti stesse non abbiano procedimentalizzato in qualche modo tale fase) ¹²¹, di guisa che la non contestazione, per essere invocabile, deve essere riferibile alla parte che, benché correttamente intimata, non abbia svolto nel processo alcuna difesa né in principio né in corso di giudizio ¹²².

Si deve ritenere che, anche in arbitrato, come nel giudizio di fronte al giudice ordinario, la *relevatio ab onere probandi* derivi non solo dalla contestazione omessa, ma anche dalla contestazione non specifica: la contestazione generica o di mero stile equivale alla contestazione mancante ¹²³, tenuto sempre presente che il grado di specificità della contestazione va perequato al livello di specificità con cui è avvenuta l'allegazione del fatto ¹²⁴.

¹¹⁹ Così TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 96 ss. In senso adesivo, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, cit., 115. Cfr. anche TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 83.

¹²⁰ Cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 878, il quale evidenzia anche che « L'effetto della non contestazione è appunto la *relevatio ab onere probandi* e non la formazione di una prova legale ». Sul principio di acquisizione quale fenomeno di limitazione o di attenuazione dell'onere della prova, nel senso di superamento della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., si veda MANDRIOLI-CARRATA, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2019, 184. Cfr. anche S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, cit., 139 ss. In giurisprudenza si veda Cass. 10 luglio 1989, n. 455.

¹²¹ Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 145-150 e ivi la nota 427. Mi permetto anche di rinviare a CAROSI, *Sulla tendenziale irrilevanza anche in arbitrato e quanto meno ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c. dell'inerzia della parte ai fini dell'applicazione del principio della non contestazione*, in questa *Rivista*, 1, 2022, 237 ss., in nota critica ad un Collegio Arbitrale.

¹²² Si veda PUNZI, *ivi*, 235-236. Cfr. nello stesso senso BRIGUGLIO, *Ibidem*, 876.

¹²³ Sulla contestazione specifica cfr. CEA, *Art. 115*, cit., 801. Si veda PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, cit., 303 ss.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, cit., 88; MANDRIOLI-CARRATA, *Diritto processuale civile*, cit., 39 ss. alle note da 95 a 100. In giurisprudenza si veda Cass. 6 ottobre 2015, n. 19896.

¹²⁴ Cfr. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, 749 ss.; MOCCI, *Principio di non contestazione*, cit., 327. In giurisprudenza si veda Cass. SS.UU. 17 giugno 2004, n. 11353.

576

Quanto alla tempestività della contestazione specifica, si reputa che, nel giudizio ordinario di cognizione, la stessa debba avvenire al massimo entro la barriera preclusiva rappresentata dalla memoria *ex* art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c. perché è quello in momento in cui, nei limiti della *emendatio*, avviene la definitiva cristallizzazione del *thema decidendum*, cosicché le parti, nei limiti di quanto reciprocamente contestato, siano in condizione, nei termini successivi di cui ai nn. 2 e 3, di formulare le rispettive istanze a prova diretta e contraria ¹²⁵. Il processo arbitrale non conosce un sistema di preclusioni e decadenze assimilabile a quello del processo ordinario di cognizione, fatta salva l'ipotesi (non predicabile sul piano operativo) in cui le parti, esercitando l'autonomia loro assegnata dall'art. 816-*bis* c.p.c., abbiano rinviato alle regole del giudizio ordinario di cognizione come deputate a disciplinare il loro arbitrato. Il dogma risalente (messo in discussione da autorevolissima dottrina) è che gli arbitri, in quanto sprovvisti di imperio, non abbiano il potere di fissare termini perentori alle parti per il compimento di attività difensive a pena di decadenza ¹²⁶. Ciò non toglie che le parti possano facultizzare gli arbitri alla assegnazione di termini perentori per il compimento delle attività difensive: o direttamente, ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., quando siano le parti stesse a fissare le regole del procedimento o indirettamente, sempre ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., quando le parti non siano intervenute al riguardo, lasciando spazio all'intervento suppletivo degli arbitri medesimi. Nulla esclude, inoltre, che sia il regolamento arbitrale preconstituito, adottato dall'istituzione scelta dalle parti, ad affidare agli arbitri il potere di fissare termini perentori per il compimento delle attività difensive. È sempre e solo il principio del contraddittorio a rilevare, anche in punto di prevedibilità delle conseguenze del mancato compimento dell'attività difensiva: per cui gli arbitri dovranno assicurare alle parti equivalenti possibilità di difesa ed informarle della perentorietà di un certo termine e delle conseguenze della sua inosservanza. Ne deriva che gli arbitri ben potranno disporre il deposito di un atto difensivo per la definitiva contestazione a pena di decadenza dei fatti rispettivamente

¹²⁵ Cfr. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, cit.

¹²⁶ Per BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 878 e ivi alla nota 41, tale dogma « (...) è quanto di più vacuo ed evanescente si possa immaginare (...) ».

allegati, di guisa che la contestazione oltre detto termine dovrebbe essere considerata tardiva e, dunque, come mai pervenuta. In assenza di una simile previsione, è difficile ipotizzare una barriera preclusiva in arbitrato, oltrepassata la quale la contestazione di un fatto andrebbe ritenuta senz'altro intempestiva¹²⁷. Gli arbitri, piuttosto, dovrebbero tenere conto della contestazione sopravvenuta, purché giunta *in limine* della chiusura della trattazione, ma, in ossequio al contraddittorio, dovrebbero attuare una sostanziale rimessione in termini dell'altra parte affinché quest'ultima, che fino a quel momento aveva correttamente confidato nella *relevatio ab onere probandi*, sia in condizioni di svolgere le proprie difese istruttorie.

Il quinto quesito è: possono gli arbitri violare il principio della non contestazione e può tale violazione avere riflessi sul sindacato impugnatorio del lodo arbitrale?

Gli arbitri possono sicuramente fare mal governo del principio della non contestazione. Di più ardua individuazione sono le conseguenze di simili violazioni sulla stabilità del lodo arbitrale e, dunque, in punto di sua impugnazione per nullità.

Si può provare ad immaginare alcune ipotesi di violazione del principio della non contestazione ad opera degli arbitri:

a) essi abbiano considerato un fatto specificatamente contestato, ancorché la contestazione sia mancata del tutto o non sia stata accurata, e, sulla scorta di tale erroneo convincimento, essi abbiano ritenuto quel fatto non provato, laddove avrebbero dovuto applicare la *relevatio ab onere probandi*;

b) essi abbiano giudicato un fatto non contestato, ancorché la contestazione specifica e tempestiva vi sia stata da parte di colui contro il quale era stato allegato, e, sulla scorta di tale erroneo convincimento, abbiano fatto ricorso alla *relevatio ab onere probandi*, giudicando il fatto come vero, mentre il fatto avrebbe dovuto essere dimostrato da colui che lo aveva allegato;

c) essi abbiano valutato un fatto specificatamente contestato, ancor-

¹²⁷ BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 878, ritiene che un termine preclusivo equivalente possa essere associato, nel contesto degli arbitrati amministrati il cui regolamento preveda un simile passaggio, alla fase della redazione dei cosiddetti *terms of reference* (o atti di missione), sottoscritti dalle parti, mediante i quali gli arbitri provvedano alla puntuale elencazione dei fatti incontrovertibili.

ché quella contestazione sia stata tardiva rispetto al termine perentorio assegnato o comunque sopravvenuta e, sulla scorta di tale erroneo convincimento, abbiano ritenuto quel fatto non provato, laddove avrebbero dovuto permettere alla parte che l'aveva allegato (e che fino a quel momento aveva confidato nell'applicazione della regole di inversione processuale dell'onere probatorio), attraverso una sostanziale rimessione in termini, di proporre le istanze istruttorie volte a dimostrarlo;

d) essi abbiano ritenuto una contestazione tardiva, ancorché la contestazione specifica sia giunta nel termine perentorio assegnato o, in assenza della fissazione di un simile termine, *in limine* della chiusura della trattazione, e, sulla scorta di tale erroneo convincimento, abbiano fatto ricorso alla *relevatio ab onere probandi*, laddove essi avrebbero dovuto tenere conto della contestazione sopravvenuta (salva la necessità di sostanziale rimessione in termini dell'altra parte);

e) essi abbiano ritenuto come vero il fatto non specificatamente contestato, ancorché smentito da altre emergenze istruttorie ritualmente acquisite al processo;

578

f) essi abbiano erroneamente applicato il principio della non contestazione, ad esempio male interpretando il presupposto della specificità o i fatti in relazione ai quali la regola può operare (ad esempio giudicando non contestato un fatto non proprio né comune alla parte contro cui era stato allegato, dalla quale, dunque, non ci si poteva attendere la contestazione specifica);

g) essi abbiano applicato il principio della non contestazione nonostante le parti gliene avessero imposto il divieto *ex art. 816-bis c.p.c.* o non ne abbiano fatto applicazione nonostante che le parti li avessero a ciò vincolati o loro stessi si fossero impegnati a ricorrevi, sempre ai sensi dell'*art. 816-bis c.p.c.*

Queste sono alcune delle ipotesi immaginabili di violazione del principio della non contestazione da parte degli arbitri.

Occorre, a questo punto, chiedersi che tipo di riflessi simili violazioni possano avere in punto di impugnazione del lodo per nullità *ex art. 829 c.p.c.*

Si è detto che il sistema impugnatorio del lodo è sostanzialmente indifferente alla violazione delle regole istruttorie. Insomma, il sindacato del *decisum* arbitrale passa, anche sotto questo profilo, per un sentiero strettissimo.

Pare avere rilievo residuale il motivo d'impugnazione di cui all'*art.*

829, comma 1, n. 7, c.p.c. La violazione del principio della non contestazione — ad esempio, applicazione in presenza di divieto, non applicazione in presenza di obbligo, errata applicazione della regola — può rilevare a questo fine solo nel caso in cui le parti avessero espressamente stabilito la non contestazione come regola da osservarsi nel procedimento a pena di nullità (situazione assai improbabile e comunque non predicabile sul piano operativo).

Parimenti l'erronea interpretazione dei presupposti per l'uso della regola in parola sembra tutt'al più poter essere oggetto di sindacato impugnatorio entro i circoscritti confini dell'art. 829, comma 3, c.p.c., ovvero sia per violazione di una regola di diritto relativa al merito della controversia, quando le parti abbiano espressamente disposto l'impugnazione per siffatto motivo ¹²⁸.

Ben altra estensione applicativa può avere, invece, il sindacato impugnatorio ai sensi dell'art. 829, comma 1, 9, e, poi, comma 3, nel caso in cui l'applicazione del principio della non contestazione da parte degli arbitri, qualunque ne sia stato il segno, abbia determinato l'inosservanza del principio del contraddittorio o la contrarietà del *decisum* all'ordine pubblico, comprensivo anche di quello processuale (dunque, ancora una volta contraddittorio, imparzialità dell'organo giudicante e principio dell'allegazione ad iniziativa esclusiva della parte). Sembrano a tal fine censurabili in punto di inosservanza del principio del contraddittorio o dell'ordine pubblico processuale le ipotesi sopramenzionate *sub a), b), c), d)* ed *e)*, perché variamente determinative della violazione del diritto di difesa, della parità delle armi nel processo o dell'imparzialità del decidente.

Il sesto quesito è: possono le violazioni del principio della non contestazione rilevare quale causa ostativa al riconoscimento e all'esecuzione del lodo all'estero?

La Convenzione di New York del 1958 istituisce un sistema di ultra-favore in vista della circolazione dei lodi arbitrali stranieri (ne è chiaro indice l'art. VII, comma 1, che addirittura prevede la prevalenza

¹²⁸ Cfr. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, cit., 881, per il quale la regola di giudizio fondata sulla « non contestazione » è regola relativa al merito della controversia « (...) ben al di là della sua qualificazione teorica come “sostanziale” o “processuale” ».

del regime di maggior favore dell'ordinamento del paese richiesto)¹²⁹. L'art. V di tale Convenzione prevede un'elencazione tassativa delle cause ostative al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, la maggior parte delle quali da far valere ad iniziativa della parte nei cui confronti il riconoscimento e l'esecuzione sono richieste, fatte salve le due fattispecie della non arbitrabilità della disputa ai sensi della legge dello Stato richiesto e della contrarietà del riconoscimento e dell'esecuzione all'ordine pubblico di quello stesso Stato, rilevabili d'ufficio dal giudice adito. Mi sembra che la violazione del principio della non contestazione possa essere dedotta dalla parte convenuta, o rilevata d'ufficio dal giudice (quando consentito), come ostacolo alla circolazione del *decisum* arbitrale ogniqualvolta essa si risolva nella lesione dei principi del *due process of law*, che, venendo alla Convenzione di New York e agli artt. 839 e 840 c.p.c., è riscontrabile in caso di inosservanza del principio del contraddittorio alla luce della legge regolatrice dell'arbitrato (v. l'art. V, comma 1, lett. b), della Convenzione di New York, trasposto nell'art. 840, comma 3, n. 2, c.p.c., quando la parte contro la quale è invocata la sentenza non sia stata debitamente informata della procedura di arbitrato o non vi abbia potuto far valere i suoi mezzi) oppure in ipotesi d'inosservanza dei dogmi irrinunciabili formanti l'ordine pubblico processuale (anche) dello Stato richiesto (v. art. V, comma 2, lett. b), della Convenzione di New York, riprodotto nell'art. 840, comma 4, n. 2, c.p.c.)¹³⁰. Può assumere rilievo, ma ancora una volta in posizione defilata, il motivo della non conformità della procedura d'arbitrato all'accordo delle parti o, in mancanza, alla legge del paese in cui l'arbitrato si è svolto, nell'ipotesi (inverosimile) in cui le parti avessero imposto agli arbitri di applicare il principio della non contestazione a pena di nullità o, in assenza, tale principio sia sanzionato come inderogabile dalla legge del paese di provenienza del lodo arbitrale (v. art. V, comma 1, lett. d), della Convenzione di New York, replicato nell'art. 840, comma 3, n. 4, c.p.c.).

580

¹²⁹ Cfr. al riguardo TAMPIERI, EMANUELE, SANTORO, in *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato*, cit., 1263.

¹³⁰ Si veda sul punto BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Briguglio-Fazzalari-Marengo (a cura di), Milano, 1994, 294. Cfr., altresì, SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 1026; TAMPIERI, EMANUELE, SANTORO, in *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato*, cit., 1292; RIZZI, *Rispetto del contraddittorio come condizione del riconoscimento e dell'esecuzione del lodo straniero*, in questa *Rivista*, 4, 1994, 750.

The article deals with the topic of evidence in arbitration.

The Author examines such issue — of pivotal importance both in arbitration and in court proceedings — in light of the principle of flexibility.

Firstly, the Author explains why the topic of evidence is so important in arbitration as in court proceedings aimed at the findings of facts alleged by the parties.

Secondly, he investigates the problem concerning the nature of the rules on evidence provided both by national and international laws: do those rules belong to substantive law, to procedural law or to both of them (on a case by case basis)?

Thirdly, the Author tries to demonstrate how flexibility could help arbitrators in conducting arbitral proceedings, making it more suitable to the needs and the circumstances of the single case and thus more effective, provided that flexibility is governed by the principles of reasonableness and fairness, so guaranteeing the observance of the due process of law principles.

Lastly, the article tries to illustrate how the use of flexibility could influence the application of the principle of non-contestation of the facts alleged by the parties and possibly affect the arbitral award under the profiles both of the appeal against it and its circulation abroad pursuant to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.