

Lea Querzola

Studio sull'istruzione probatoria in arbitrato



Giappichelli

Introduzione

Alla materia dell'arbitrato mi sono avvicinata, inizialmente, con l'idea di scrivere un saggio. Il proposito di scrivere un libro è maturato successivamente, davanti ad alcune righe di Edoardo F. Ricci, che riporto: “Sebbene la letteratura sull'arbitrato rituale sia nel nostro paese assai vasta, e non meno ricco sia il panorama degli studi sulle prove, piuttosto in ombra è rimasto sino ad oggi l'argomento di confluenza di questi due temi, quello della disciplina probatoria del giudizio affidato agli arbitri. Le opere sulle prove lo trascurano quasi sempre; quelle sull'arbitrato, quando se ne occupano, vi dedicano in ogni caso soltanto dei rapidi accenni: e non si sminuisce il valore né delle une né delle altre, se si osserva che manca uno studio approfondito. Il proposito di dedicare alla prova nell'arbitrato un'indagine monografica non ha dunque bisogno di particolare giustificazione. Alla ricerca invita, in modo implicito ma non per questo meno chiaro, lo stesso panorama dei precedenti”⁽¹⁾.

Quasi mezzo secolo è trascorso da allora, e la migliore dottrina in materia continua a sottolineare come la necessità di studi in proposito sia tuttora viva, specie in considerazione di un profilo, che continua a risultare negletto dai legislatori delle varie riforme che si sono succedute, ovvero “il tema del rapporto tra l'istruttoria arbitrale e le regole generali che disciplinano le prove nel giudizio ordinario”⁽²⁾. Questo è il lavoro che mi

^(*)Per rendere più comoda la lettura e la consultazione delle opere richiamate, non si fa ricorso a citazioni in forma abbreviata se non nel contesto della medesima nota a piede di pagina. Desidero ringraziare, qui in apertura, Paolo Biavati e Massimo Montanari, per aver letto queste pagine e aver dato un contributo importante alle mie riflessioni.

⁽¹⁾Si tratta evidentemente del celeberrimo *incipit* di E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, pp. 1-2. Definisce tale studio “ancora pienamente attuale”, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 426.

⁽²⁾Così SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, spec. p. 425; l'a. nota come questo sia

propongo, e che dunque è oggetto delle pagine che seguono; il cui obiettivo finale vorrebbe essere, auspicabilmente, una proposta di riscrittura della norma che il codice di rito dedica all'istruzione probatoria in arbitrato, alla luce del panorama giurisprudenziale e dottrinale che si andrà ora ad esaminare.

un tema classico, “talmente ricco di snodi da non poter essere evitato e che sicuramente avrebbe meritato una ben più ampia considerazione da parte dei diversi legislatori (...)”.

Capitolo I

L'istruttoria in arbitrato in generale

“La stessa idea fondamentale del diritto processuale civile, cioè che esso costituisca un sistema, accanto agli infiniti aspetti positivi ne presenta uno negativo, proprio di tutti i sistemi perciò solo che sono sistemi. E cioè quello di generare una certa fissità formale, che determina un più o meno spesso diaframma tra la scienza e la vita”.

(S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 37)

1. Posizione del tema

Uno studio che voglia affrontare il tema dell'istruttoria in arbitrato ⁽¹⁾

⁽¹⁾ Naturalmente si ha qui riguardo al solo arbitrato rituale, lasciando del tutto sullo sfondo l'arbitrato irrituale. Non è qui evidentemente possibile ripercorrere l'evoluzione di quest'ultimo, tuttavia mi limito a ricordare che l'arbitrato irrituale è prevalentemente confinabile nel territorio negoziale, e che dunque in esso l'istruttoria, pur necessaria, è del tutto deformalizzata, e le eventuali violazioni delle regole in materia probatoria non possono essere fatte valere come motivi di impugnazione del lodo in sede di art. 1418 c.c., salva la previsione di cui all'art. 808-ter c.p.c., in base al quale la violazione del principio del contraddittorio nell'assunzione delle prove è rilevabile autonomamente come causa di invalidità della determinazione contrattuale degli arbitri; v. per questa sintesi VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013, p. 158. In relazione all'arbitrato libero, nota CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, p. 547, che le modalità attraverso cui gli arbitri giungeranno alla determinazione avente natura negoziale, e dunque anche le modalità istruttorie, sono rimesse alla volontà delle parti, fermo soltanto il doveroso rispetto del principio del contraddittorio. Ancora la migliore dottrina, ribadita, per entrambi, la medesima natura privatistica e l'identità di oggetto (controversie in materia di diritti disponibili), e ricondotta alla piena libertà delle parti la stipulazione delle convenzioni d'arbitrato e delle regole in esse contenute, ricorda che il

deve confrontarsi, innanzitutto, con l'opportunità di definire pregiudizialmente una serie cospicua di concetti (che cosa sia l'istruttoria in senso stretto, che cosa intendiamo per "prova" e quindi per "prova in arbitrato", a che tipo di arbitrato si faccia riferimento allorché si pongano le affermazioni che seguiranno, e via di questo passo); i quali, se presi singolarmente e con velleità di esaminarli appena non superficialmente, potrebbero costituire *ex se* il singolo oggetto di altrettanti lavori monografici.

Il criterio di indagine e di posizione delle premesse, pertanto, sarà contentarsi di quanto riterrò necessario porre, nell'esercizio della libertà indispensabile ad ogni ricercatore nell'attività di studio, senza alcuna pretesa di esaustività. Ché, a ben vedere, e come ha sottolineato autorevole dottrina, l'indagine sull'istruttoria nel processo arbitrale, prima ancora che sui singoli mezzi (ciò che pur farò), concerne essenzialmente la necessità di individuare un criterio generale che sorregga l'interprete, specie al fine di valutare come operino in arbitrato i principi generali che governano l'istruttoria nel processo civile⁽²⁾. E tenendo presente il fondamentale rilievo per cui l'esigenza che le attività necessarie al conseguimento di un fine siano compiute secondo una sequenza ordinata è un dato della esperienza comune, prima ancora di quella giuridica, e che tale ordine ac-

tratto distintivo fra i due tipi di arbitrato non possa più ridursi al fatto di essere, l'uno, devoluzione agli arbitri di una funzione sostitutiva rispetto a quella del giudice e, l'altro, una funzione di risoluzione puramente negoziale della controversia attraverso strumenti contrattuali, essendo peraltro divenuta – la qualificazione dell'arbitrato come rituale o libero – una questione di merito. Da ciò se ne trae che la progressiva assimilazione procedimentale dei due tipi di arbitrato favorisce in entrambi il consolidamento di un *corpus* comune di principi fondamentali di *due process of law* arbitrale, traducibili essenzialmente nelle garanzie costituzionali del giusto processo, con una peculiare accentuazione del principio del contraddittorio. V. per queste ultime considerazioni L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 807 ss., spec. pp. 811-812.

⁽²⁾ V. G.F. RICCI, *Commento all'art. 816-ter*, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, 2016, p. 491 ss., spec. pp. 493-494. Efficaci le poche parole di CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1145 ss., spec. pp. 1151-1152, ove l'a. scrive "(...) Le norme sulle prove del c.c. e quelle sull'istruzione probatoria del c.p.c. vanno adattate al procedimento arbitrale *cum grano salis*, in un equilibrio a volte non facile. I fari d'orientamento sono, a mio avviso, il diritto alla prova, aspetto essenziale del diritto d'azione, il diritto di difesa e l'onere della prova, cui l'arbitro potrà rifarsi tutte le volte che non riesca a formarsi un compiuto convincimento".

cresce l'efficacia di ciascuna attività, incidendo sulla possibilità di conseguire il fine⁽³⁾.

Cominciando dunque dal concetto centrale allorché si voglia parlare di istruzione, ovvero il concetto di “prova”, ritengo di accogliere una nozione ampia del medesimo; senza aderire a certa impostazione carneltuttiana, che potrebbe indurre a trascurare la distinzione tra “prova storica” e “prova critica” in favore della considerazione come prova soltanto della prima⁽⁴⁾, e senza addentrarmi nella distinzione tra prova “mediata” e prova “immediata”, ritengo di considerare “prova” ogni strumento di cui l'arbitro possa legittimamente avvalersi per formare il proprio convincimento in ordine ai fatti oggetto della pretesa dedotta in arbitrato⁽⁵⁾.

Al pari di quanto accade nel processo davanti al giudice togato, anche in arbitrato la fase dell'istruzione probatoria è soltanto eventuale; e tuttavia, quando è necessaria, ad avviso della migliore dottrina costituisce un punto di debolezza dell'arbitrato⁽⁶⁾. Il lodo arbitrale, infatti, deve risolvere la controversia con un accertamento analogo a quello del giudice; ma, a differenza dei poteri del giudice, i poteri dell'arbitro sono limitati⁽⁷⁾. Se nei confronti delle parti, infatti, gli arbitri hanno i medesimi poteri di cui dispone il giudice, nei confronti dei terzi gli arbitri non hanno poteri di sorta, venendosi dunque a trovare in difficoltà ogni qual volta sia necessaria la collaborazione di un terzo per l'acquisizione della prova⁽⁸⁾.

Si è tuttavia riconosciuto come, negli anni recenti, se si guarda alle

⁽³⁾ V. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 299 ss., spec. p. 299.

⁽⁴⁾ Come nota E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. p. 6.

⁽⁵⁾ Analoga impostazione mi pare abbia seguito E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, pp. 6-8, spec. p. 8, ove l'a. scrive, a proposito di queste antitesi e categorie, che “(...) esse possono manifestare in più di un'occasione la loro utilità (...) ma niente vieta di superarle, attribuendo al termine “prova” un significato ampio quanto basta, al momento di fissare liberamente i confini di un'indagine: e a consigliare in tal senso è un certo desiderio di completezza, l'intento di non perdere di vista temi degni di interesse per il pratico e per lo studioso”.

⁽⁶⁾ Così, efficacemente, LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017, V, p. 212.

⁽⁷⁾ V. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, spec. p. 650.

⁽⁸⁾ Ancora, LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017, V, p. 212. Nota BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, p. 650, che le riforme recenti hanno cercato di sviluppare, sempre nella logica di equiparazione degli arbitri al giudice, il sostegno giudiziario all'arbitrato.

grandi riforme intervenute in materia di arbitrato, l'importanza dell'istruzione probatoria ne risulti accresciuta e la disciplina normativa progressivamente arricchita⁽⁹⁾.

2. L'art. 816-ter c.p.c.

Partiamo dalle norme di diritto positivo. È noto che il codice di rito dedica espressamente un'unica disposizione all'istruzione probatoria in arbitrato, *id est* l'art. 816-ter⁽¹⁰⁾⁻⁽¹¹⁾⁻⁽¹²⁾. La scelta di dedicare una disposi-

⁽⁹⁾ V. in questo senso DANOVI, *L'arbitrato. Una giurisdizione su misura*, Milano, 2020, p. 254, ove l'a. ricorda, in particolare, le riforme degli anni 1983, 1994 e 2006, di cui anticipa un giudizio positivo dal punto di vista qualitativo delle norme.

⁽¹⁰⁾ “Al pari della trattazione, anche la fase istruttoria non è (quasi) per nulla disciplinata (...)”, nota CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, p. 550. Efficacemente, nota SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 423, che “l'art. 816-ter cod. proc. civ. (...) raccoglie in realtà un collage di vecchie regole, accompagnate da poche, anche se rilevanti, novità”. Sulla norma di cui all'art. 816-ter c.p.c., v. GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss.; DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 21 ss.; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2013, p. 143 ss., spec. p. 143, ove l'a. nota come nella disciplina dell'arbitrato “la prova è regolata in maniera singolarmente lacunosa”, ciò che pone il dubbio “se lo scarso interesse del legislatore sia frutto di una scelta meditata oppure nasca dall'idea che il rinvio alla disciplina codicistica è necessariamente sottinteso”; E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 951 ss.; MARENGO, *Processo arbitrale*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 135 ss.; PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 423 ss.; BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 183 ss.

⁽¹¹⁾ Come ricorda GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. p. 216, nota 2, la norma in discorso è attuazione di quanto previsto nella legge delega n. 80 del 14 maggio 2005, che prevedeva la razionalizzazione della materia dell'arbitrato anche attraverso l'introduzione di “una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria”. Essa, prosegue l'a., spec. p. 219, si caratterizza per “disorganicità e asistematicità” del contenuto della norma, osservazione che non si può non condividere già alla semplice lettura della disposizione.

⁽¹²⁾ Nota PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, p. 234, che il legislatore del 2006 ha trasfuso nell'art. 816-ter c.p.c. le disposizioni già contenute nell'art. 816, comma 5°, c.p.c., e nell'art. 819-ter c.p.c., e i risultati cui erano già pervenute dottrina e giurisprudenza riguardo all'ammissibilità della consulenza tecnica e della richie-

zione *ad hoc* alla materia dell'istruzione probatoria, nell'ambito della più ampia disciplina del procedimento, pare accogliere il monito della migliore dottrina, che aveva suggerito l'opportunità di usare cautela rispetto ad una riconduzione *tout court* della materia delle prove sotto l'egida della signoria ampiamente riconosciuta agli arbitri nel procedimento, con riguardo a svariati profili⁽¹³⁾⁻⁽¹⁴⁾.

L'art. 816-ter c.p.c. ha accolto nel suo comma 1° la previgente disposizione di cui all'art. 816, comma 5°, c.p.c., rispetto al quale prevede la possibilità di delegare ad un arbitro "l'istruttoria o singoli atti di istruzione"⁽¹⁵⁾.

sta di informazioni alla pubblica amministrazione. Diverse aggiunte sono state fatte rispetto alla disciplina precedente, ma di queste si tratterà distintamente nel prosieguo.

⁽¹³⁾V. GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. p. 216; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 75 ss.; G.F. RICCI, *Svolgimento del procedimento*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, sub art. 819-ter, p. 371 ss., ove l'a. nota come la libertà concessa agli arbitri rispetto al procedimento non varrebbe per l'istruzione probatoria, in virtù del fatto che le norme sulle prove, attenendo alla formazione del giudizio, presentano un carattere diverso rispetto alle norme di procedura in generale.

⁽¹⁴⁾Nota PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, p. 232, che la disciplina relativa alla fase dell'istruzione e della trattazione di cui agli artt. 816-bis e 816-ter c.p.c., "pur presentando indubbi elementi di novità rispetto al regime previsto nel codice di procedura civile del 1865, può essere ricondotto agli stessi principi informativi". G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, III, p. 496, afferma che la norma di cui all'art. 816-ter c.p.c., più che per disciplinare l'intero percorso dell'istruzione probatoria, serve prevalentemente a chiarire singoli aspetti specifici del procedimento probatorio in arbitrato.

⁽¹⁵⁾V. GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. pp. 216-217. In proposito, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 59, rispetto alla possibilità di concedere ad un membro del collegio arbitrale la delega al compimento di atti istruttori, vedeva un attentato al principio di immediatezza, e dunque alla vicinanza tra giudicante e fonte della prova. Qualche anno più tardi manifesterà le stesse perplessità TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 719 ss., spec. p. 720, affermando che "l'identità del giudice dell'istruzione col giudice della decisione, se è apprezzabile, e sempre più apprezzata, nel processo ordinario, quale condizione essenziale per la realizzazione del principio di oralità, lo è ancora maggiormente in quello arbitrale. La fiducia conferita agli arbitri non attiene ovviamente soltanto alla loro idoneità ad applicare i canoni del diritto o dell'equità, imposti per la decisione, ma anche alla loro capacità di formarsi un corretto convincimento sulla base delle prove acquisite"; seguito da SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 617 ss., spec. p. 619.

Ad avviso di autorevole dottrina⁽¹⁶⁾, la norma consente al collegio arbitrale di delegare all'arbitro istruttore non solo l'assunzione delle prove, ma anche il potere di ammissione delle stesse (a differenza di quanto accadeva prima della novella del 2006, quando il provvedimento di ammissione delle prove era riservato alla competenza del collegio arbitrale e poteva essere delegata la sola assunzione).

A mio avviso, il punto non è così pacifico, per diversi ordini di ragioni. Innanzitutto, il dato letterale di cui all'art. 816-ter, comma 1°, c.p.c., ove si parla di "istruttoria o singoli atti di istruzione" come possibile oggetto di delega al singolo arbitro, oggetto nel quale non potrebbe farsi rientrare *de plano*, invece, la "ammissione" del mezzo istruttorio o della totalità di essi. Che i due momenti della ammissione e della assunzione siano concettualmente distinti lo si evince anche dalle norme sul processo di cognizione: quando all'art. 183, comma 7°, c.p.c., leggiamo che il giudice fissa "l'udienza di cui all'art. 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti" (mio il corsivo ovviamente), ben si intende che abbiamo un primo momento *decisorio* (sull'ammissibilità e rilevanza), evidentemente centrale, e un secondo momento *pratico-operativo* (sull'assunzione), altrettanto centrale quanto strutturalmente differente. Per queste ragioni, oltre che per l'opportunità di riconoscere al collegio arbitrale l'operatività nella "perfezione" della sua composizione – senza considerare il fatto che se le parti avessero voluto un arbitro unico lo avrebbero scelto fin dall'inizio mentre se hanno eletto un collegio una ragione ci sarà – ritengo preferibile concludere nel senso che il potere (e la decisione) di ammettere le prove spetti al collegio arbitrale nel suo complesso, il quale poi potrà decidere che, dell'assunzione dei mezzi di prova ammessi, si occupi soltanto uno di essi⁽¹⁷⁾.

Spingendosi poi un poco oltre, personalmente non mi soddisfa nemmeno l'idea della delega del momento pratico-operativo, cioè l'assunzione della prova, a uno solo dei membri del collegio arbitrale; questo momento infatti, ancorché diverso, è centrale tanto quanto lo è quello della

⁽¹⁶⁾ V. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, p. 240.

⁽¹⁷⁾ La lettera dell'art. 816-ter c.p.c., come nota CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, p. 550, rimette alla scelta delle parti o, in subordine, a quella degli arbitri, l'individuazione delle prove ammissibili e le modalità della loro assunzione, ove necessaria. Tornerò su questo punto oltre, al par. 7, dedicato alle modalità di assunzione dei mezzi di prova.

ammissione; e dunque non soltanto per i principi di oralità e immediatezza, ma anche in considerazione delle diverse sensibilità e dei diversi apporti che ciascun arbitro può offrire all'assunzione, la scelta migliore rimane – a mio avviso – la collegialità anche rispetto all'assunzione. La norma di diritto positivo, tuttavia, al momento prevede altro, e dunque la disposizione va presa così com'è, ancorché non la si condivida.

L'art. 816-ter, comma 2°, c.p.c., recepisce poi *tout court* il previgente art. 819-ter c.p.c.⁽¹⁸⁾, consentendo agli arbitri di assumere direttamente presso di sé la testimonianza, o presso l'abitazione o l'ufficio del testimone se questi vi consente, nonché prevedendo che il testimone possa fornire risposte per iscritto ai quesiti⁽¹⁹⁾.

L'esistenza di un'unica norma dedicata espressamente alla materia dell'istruzione probatoria non significa, evidentemente, esaurimento della disciplina dell'istruzione probatoria in arbitrato in quell'unica norma (il che sarebbe impossibile quanto utopistico), né risoluzione delle molte questioni che si agitano intorno al tema⁽²⁰⁾⁻⁽²¹⁾ – cosa che il legislatore

⁽¹⁸⁾ Nota DANOVI, *L'arbitrato. Una giurisdizione su misura*, Milano, 2020, p. 254, che la rubrica dell'art. 816-ter c.p.c., dedicata alla "istruzione probatoria", è più ampia della rubrica dell'originario art. 819-ter c.p.c., che faceva riferimento alla sola "assunzione delle testimonianze".

⁽¹⁹⁾ Osserva GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. p. 218, che in questo la norma si mostra coerente con quanto previsto nell'art. 816, comma 3°, c.p.c., che attribuisce agli arbitri la facoltà di compiere attività istruttoria anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato, come pure all'estero. Al contempo, prosegue l'a., proprio questa possibilità di raccogliere la prova ovunque, svuota di contenuto il ricorso alla testimonianza scritta, che tuttavia viene confermata, nonostante le critiche da più parti mosse all'istituto. Come ricorda RASIA, *Commento all'art. 816-ter*, in CARPI-TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Milano, 2018, p. 3069 ss., spec. p. 3069, gli arbitri non possono fare ricorso al reg. CE n. 1206 del 2001 (relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, pubblicato in *Gazz. uff. Com. eur.*, serie L/174 del 27 giugno 2001), essendo tale strumento esclusivamente applicabile da parte delle autorità giudiziarie degli Stati membri, alle quali non appartengono gli arbitri convenzionali.

⁽²⁰⁾ Nota LA CHINA, *L'arbitrato – Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 183, che l'art. 816-ter c.p.c. "è tutt'altro che completo e molte questioni restano fuori del raggio delle sue previsioni", ancorché l'a. veda poi il lato positivo, ovvero che la norma sia comunque preferibile a quella che poteva considerarsi il suo corrispondente prima della riforma, ovvero l'art. 816 c.p.c. Come nota eufemisticamente GHIRGA, *Istruzione probatoria*,

avrebbe forse potuto propiziare, a mio avviso, dedicando non una norma, bensì una sezione *ad hoc* al procedimento probatorio nel capo dedicato al procedimento in generale; ponendo così, invece, il problema di rintracciare altre norme della disciplina dell'arbitrato che possano collegarsi e riverberare sull'istruzione, nonché di comprendere quali norme dettate per altri processi – segnatamente il processo ordinario di cognizione – possano ritenersi applicabili, rimpolpando in questo modo la disciplina scarna di cui all'art. 816-ter c.p.c.⁽²²⁾⁻⁽²³⁾; fermo restando che non esiste nella di-

toria, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. p. 219, non si può non rilevare “l'eterogeneità dei contenuti della norma in commento (...)”; l'a. aggiunge poi, *sub* nota 12, che non risulta compiuta quella razionalizzazione della disciplina dell'arbitrato alla quale il legislatore era stato delegato, anche con riferimento all'istruzione probatoria.

⁽²¹⁾ La scelta del legislatore della riforma del 2006, di condensare in un'unica norma la disciplina dell'istruttoria arbitrale, dimostrerebbe ad avviso di alcuni l'autonomia di cui gode tale fase, autonomia derivante dalla diversa natura delle norme sulle prove rispetto a quelle relative al procedimento; v. G.F. RICCI, *Commento all'art. 816-ter*, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, 2016, p. 491 ss., spec. p. 492, nota 1. Ad avviso di BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 183 ss., spec. p. 185, la povertà di disposizioni inerenti all'istruttoria in arbitrato è invece essenzialmente espressione del rispetto della base volontaristica dell'istituto, che lascia *in primis* alle parti, e quindi agli arbitri, di determinare le regole del procedimento.

⁽²²⁾ Già E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 9, sottolineava che uno studio sulla prova in arbitrato non si può neppure impostare “(...) se il regime probatorio dell'ordinario processo di cognizione non viene tenuto presente, come modello da accogliere o da respingere (...)”.

⁽²³⁾ Come si può notare, a mio avviso non è dubitabile l'an dell'applicazione delle norme ordinarie in materia di istruzione, bensì soltanto il *quomodo* e il *quantum*, condividendo su questo punto il pensiero chiaro di AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, p. 293, al cui avviso “benché nel disegno dell'arbitrato racchiuso nel codice manchi una norma di rinvio espresso alle regole del processo civile ordinario in materia di prove, non si dubita che proprio queste ultime siano da recepire in guisa di *ius commune* giacché compatibili con la risoluzione arbitrale della lite”. Nello stesso senso VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, p. 144, afferma che il legislatore sembra dare per presupposto che “(...) prova e istruzione probatoria anche nell'arbitrato siano regolate dalle disposizioni dei nostri due codici”, onde l'art. 816-ter c.p.c. avrebbe il solo scopo di “dettare alcune disposizioni per marcare le poche differenze tra giudizi ordinari e giudizi arbitrali in questo settore”. E, ancor prima, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. p. 16, ove l'a. efficacemente scrive che “(...) se la disciplina che sarebbe applicata all'autorità giudiziaria assume nella ricerca il ruolo di uno *ius commune*, il problema di-

disciplina dell'arbitrato, come accade invece per altri processi (si pensi, per esempio, al processo amministrativo o a quello tributario) una norma che rinvii al processo ordinario laddove la legge espressamente non provveda⁽²⁴⁾⁻⁽²⁵⁾, così come non esiste in capo agli arbitri alcun obbligo di riferirsi alle modalità processuali che valgono davanti al giudice dello Stato⁽²⁶⁾. Questo punto è troppo importante per non spendere subito qualche parola, prima di procedere oltre sulla traiettoria principale di questo studio. A mio avviso, la mancanza di una norma, all'interno della disciplina dell'arbitrato, che rinvii, per quanto non espressamente disciplinato in materia di prove, alle norme del processo davanti al giudice dello Stato, non solo è chiaramente voluta (e a mio parere anche opportunamente), ma non potrebbe essere diversamente. Sono tali e tante le differenze tra processo giurisdizionale e processo arbitrale (la natura del giudice, la natura del procedimento e l'elasticità che presentano, il ruolo giocato dalla vo-

venta quello di vedere sino a qual punto l'arbitrato sia capace di sostituire a tale *ius commune* un proprio, diverso *ius speciale* (...)", e quando l'applicazione delle norme comuni sia "impossibile (per mancanza dei mezzi che sarebbero necessari allo scopo) o illegittima (per la presenza di appositi divieti). Per intenderci, possiamo chiamare "incompatibili" con l'arbitrato le regole, la cui ricezione è impedita dall'uno o dall'altro tipo di ostacolo".

⁽²⁴⁾ La mancanza, nella disciplina dell'arbitrato, di una norma di rinvio al processo ordinario, ad avviso di E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. p. 14, non esime da un parallelo funzionale fra arbitrato e giudizio ordinario, che è "inevitabile".

⁽²⁵⁾ Proprio l'assenza di un espresso richiamo al processo ordinario di cognizione fa porre a GHIRGA, *Istruzione probatoria*, in AA.VV., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 215 ss., spec. p. 219, "prima di tutto" la questione se sia applicabile all'arbitrato la disciplina in materia di prove dettata per il processo ordinario di cognizione. Ad avviso di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, p. 102, la mancanza di una norma che estenda espressamente all'arbitrato le regole probatorie che valgono per il processo ordinario civile consente, al minimo, di escludere la loro applicabilità in via automatica; a p. 297 l'a. nota che la disposizione di cui all'art. 816-ter c.p.c. in parte conferma e in parte deroga alle norme vigenti davanti al giudice togato, onde occorre chiedersi fino a che punto le parti possano derogare al regime previsto dalla norma appena ricordata e se, a fronte delle lacune inevitabilmente presenti nella norma, gli arbitri possano fare ricorso alle regole dettate per il processo di cognizione e con quali limiti.

⁽²⁶⁾ In questo senso, v. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di Graziosi-Salvaneschi, Milano, 2020, p. 269 ss., spec. p. 274 s., ove l'a. nota peraltro come, ancorché gli arbitri non siano tenuti ad applicare le norme del codice di procedura civile, non sia evidentemente proibito loro di farvi riferimento.

lontà e dall'autonomia delle parti), che una norma di rinvio al processo giurisdizionale non soltanto non sarebbe auspicabile, ma non avrebbe neppure senso, perché non risolutiva. Com'è noto, infatti, spesso le norme di rinvio pongono più problemi di compatibilità di quanti non ne risolvano, e ciò proprio a causa del diabolico inciso "in quanto compatibili". In secondo luogo, l'autonomia delle parti, e in subordine degli arbitri, che fonda l'arbitrato, dovrebbe spalancare le finestre a un'aria diversa, a quel taglio "su misura" (per dirla con l'efficace espressione di Filippo Danovi) che non sarà mai tale se sempre si riapproda al confronto con le regole del processo di cognizione. Il quale ultimo, se parti e arbitri lo considerano, può essere fonte di ispirazione e destinazione di un rinvio, ma non deve essere un'ombra onnipresente quando si ragiona in materia di arbitrato, i cui pilastri devono certo essere quelli costituzionali del giusto processo, ma non anche quelli ordinari del rito di cognizione.

A conferma di ciò, in virtù di quanto premesso secondo l'impostazione tradizionale, rimangono di fatto scoperte le questioni del se e in che limiti si applichino le regole che disciplinano le prove nel processo ordinario con riferimento alla loro allegazione, valutazione e ammissione, come pure i principi generali, fra tutti quelli in materia di onere della prova e il principio dispositivo, nonché quello di acquisizione; si tratta non solo di capire se siano o meno applicabili anche in arbitrato, ma anche – forse soprattutto – di comprendere se siano o meno disponibili⁽²⁷⁾.

A complicare la questione sopravverrebbe poi un ulteriore aspetto, cioè la circostanza che, com'è noto, la disciplina dell'istruzione probatoria dettata con riferimento al processo davanti al giudice togato è contenuta in parte nel codice di diritto sostanziale e in parte nel codice di rito civile. Nel primo sono prevalentemente contenute le norme relative al principio dell'onere della prova e quelle in materia di ammissibilità; ragione per la quale, ad avviso di alcuni, queste norme apparterrebbero alla

⁽²⁷⁾ Così efficacemente SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, pp. 425-426, ove l'a. nota come il silenzio del legislatore si presti ad interpretazioni antitetiche. Esso, da una parte, potrebbe significare che i principi in questione vengono dati per presupposti e che dunque la loro applicazione è doverosa, dall'altra, però tale silenzio potrebbe leggersi come assenza in materia di alcuna regola imperativa, salvi i principi di ordine pubblico processuale. Ad avviso di DANОВИ, *L'arbitrato. Una giurisdizione su misura*, Milano, 2020, p. 255, i principi generali in materia di prove possono essere utilizzati anche nel processo arbitrale quali tendenziali direttrici di riferimento, ancorché le caratteristiche specifiche dell'arbitrato impongano una costante verifica di compatibilità.

lex causae, cioè al merito della controversia, e la loro violazione rilevarebbe solo per le norme appartenenti all'ordine pubblico sostanziale ai sensi dell'art. 829, comma 3°, c.p.c., salva la volontà delle parti di annullare il lodo per qualsivoglia violazione di legge, anche non di ordine pubblico⁽²⁸⁾. Le norme in materia di istruzione probatoria contenute nel c.p.c., invece, riguardano prevalentemente le modalità di assunzione delle prove, dunque rilevarebbero dal punto di vista della procedura, della *lex arbitri*; e dunque si applicherebbe ad esse la disciplina che l'art. 816-bis c.p.c. detta con riguardo al procedimento arbitrale, e che lascia ampio spazio per la determinazione ad opera delle parti o, in mancanza, degli arbitri, salvo il rispetto dei principi di ordine processuale la cui violazione è ancora contemplata dall'art. 829 c.p.c. *in parte qua*⁽²⁹⁾.

Ora, a mio avviso la distinzione suaccennata complica la questione, anziché portare farina al mulino della risoluzione dei problemi posti dalla disciplina positiva dell'istruzione probatoria arbitrale⁽³⁰⁾. E appare condi-

⁽²⁸⁾ V. un'ampia ricostruzione del concetto di "ordine pubblico" in GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, 2018, spec. p. 85 ss.

⁽²⁹⁾ CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1145 ss., spec. p. 1151, vede in questa previsione "elementi di flessibilità, non di informalità" del giudizio arbitrale. Sulla natura delle norme in materia di prova, e sulla differenza di queste rispetto alle norme di procedura in generale, v. per tutti DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 8 ss., ove l'a. mette bene in luce la difficoltà di inquadrare la disciplina in materia probatoria nell'alveo del diritto sostanziale o in quello del diritto processuale, senza considerare che alcune norme, come per esempio l'art. 2697 c.c. sul principio dell'onere della prova, che è sia attributiva di oneri processuali in capo alle parti quanto dispositiva di una regola di giudizio in capo al giudice, tangono entrambi gli ambiti. Per una recente ricostruzione della *querelle*, v. per tutti ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, p. 105 ss.

⁽³⁰⁾ In questo senso, già E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. p. 148, ove leggiamo "(...) quella disputa sulla natura sostanziale o processuale delle regole di prova (...) ci è apparsa più volte incapace di fornire un aiuto sul terreno ermeneutico". Delle norme sulle prove come di un *tertium genus* parla G.F. RICCI, *Commento all'art. 816-ter*, in AA.VV., *Arbitrato*, commentario diretto da Federico Carpi, Bologna, 2016, p. 491 ss., spec. p. 495; v. anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, spec. p. 394 ss.; TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 634 ss. V. ampiamente BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2015, spec. p. 133, ove l'a. bene spiega come, a suo avviso, entrambe le impostazioni siano da rigettare, perché non sono condivisibili i loro punti di partenza né vi sarebbe riscontro nelle norme che disciplinano l'impugnazione del lodo.

visibile, non solo per l'immediata utilità pratica che ne consegue ma anche dal punto di vista teorico, l'impostazione adottata dalla migliore dottrina, al cui avviso il sistema probatorio può e deve essere considerato unitario, non inficiando tale idea la bipartizione delle norme rilevanti in materia nei due diversi codici⁽³¹⁾. Le norme probatorie, infatti e a ben vedere, contengono o disposizioni puramente procedurali, che scandiscono l'attività processuale del giudice e regolano l'introduzione o la costruzione della prova in giudizio, o disposizioni che danno al giudice, a fronte degli elementi acquisiti, un metodo per la loro valutazione⁽³²⁾. È dunque possibile adottare un approccio unitario e insieme elastico che consenta di isolare un nucleo di norme che siano espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento, a cui le parti e gli arbitri devono attenersi; e, accanto a queste, "il resto del mondo", ovvero le norme a cui le parti e gli arbitri saranno liberi di rivolgersi o meno, nell'esercizio di quella autonomia privata che dell'arbitrato è luce generatrice⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ V. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, spec. pp. 298-299, ove l'a. ricorda anche come non sia agevole determinare gli esatti confini tra l'una e l'altra sfera, e come ciò ingeneri più di un dubbio sulla stessa fondatezza della ripartizione. Si è dichiarato "convinto" della "appartenenza al diritto processuale dell'intera disciplina delle prove", E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, spec. p. 74. Efficacemente BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2015, spec. p. 134, sottolinea che "le norme probatorie non hanno mai carattere sostanziale, perché da esse non è mai ricavabile il comando concreto contenuto nell'atto con cui si decide la controversia".

⁽³²⁾ Così BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2015, spec. p. 134, ove l'a. ne deriva ulteriormente che, se si concorda con questa premessa, non si possa ritenere che le norme probatorie statali valgano nel giudizio arbitrale in virtù dell'art. 822 c.p.c., né sia possibile distinguere tra giudizio di diritto e giudizio secondo equità, perché tale distinzione atiene alla diversa regola di giudizio da applicare al caso concreto e non incide sul percorso da seguire per arrivare alla decisione. Nello stesso senso anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, spec. pp. 107-108.

⁽³³⁾ V. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 299, ove l'a. aggiunge due annotazioni importanti, che chiama "costanti", ai fini dell'applicazione del criterio suggerito nel testo: da una parte, il tenere presente che non è rinvenibile in alcuna fonte normativa l'automatico trasferimento davanti agli arbitri della disciplina probatoria prevista per il processo giurisdizionale; e dall'altra, la circostanza che per individuare le disposizioni a cui le parti e gli arbitri devono rigorosamente attenersi, si deve avere riguardo ai motivi di annullabilità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c., perché l'obbligo di applicare una norma in materia di prove è realmente efficace soltanto quando la sua violazione possa determinare la nullità della decisione arbitrale.