

## TOMASO GALLETTO

### PROCEDIMENTO E PROCESSO NELL'ARBITRATO: I PROBLEMI DELL'ISTRUZIONE PROBATORIA (\*) (\*\*)

#### 1. Il giudizio arbitrale.

Nell'ultimo decennio la materia dell'arbitrato ha formato oggetto di particolare attenzione sia da parte della giurisprudenza (e della dottrina), sia da parte del legislatore.

Da un lato, si è consolidata l'opinione che ascrive il fenomeno arbitrale interamente all'ambito della autonomia privata, considerando la stipulazione di una convenzione di arbitrato un atto negoziale con il quale le parti sottraggono la risoluzione della controversia alla giurisdizione statale, rinunciando ad avvalersi di essa<sup>1</sup>.

Dall'altro, il legislatore è incisivamente intervenuto riformando, con il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, larga parte delle disposizioni in tema di arbitrato, contenute nel Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile<sup>2</sup>.

Sono note, a questo proposito, le diverse opinioni che la dottrina ha enunciato a commento delle scelte operate dal legislatore, sembrando a taluni non coerente con il dettato costituzionale – ad esempio – la previsione che attribuisce al lodo arbitrale gli effetti della sentenza pronunciata dalla autorità giudiziaria (art. 824*bis* c.p.c.)<sup>3</sup>.

Senza entrare nel merito della diatriba che divide le due diverse scuole di pensiero in ordine alla natura dell'arbitrato rituale (che per l'una si esaurirebbe nell'ambito dell'autonomia privata, mentre per l'altra parteciperebbe, per taluni aspetti, alla giurisdizione), occorre tuttavia prendere atto che il legislatore della riforma del 2006 ha,

---

(\*) Vice Presidente della Corte Arbitrale Europea, Delegazione italiana. Avvocato.

(\*\*) Relazione al Corso Avanzato sul Diritto dell'Arbitrato organizzato dalla Associazione Giustizia Arbitrale, Firenze 12 aprile 2010.

<sup>1</sup> Emblematica in questo senso la notissima Cass. Sez. Unite 3 agosto 2000, n. 527, che ha formato oggetto di numerosi autorevoli commenti per i quali v. RICCI E., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv.Dir.Proc.*, 2001, 259 ss..

<sup>2</sup> Si è trattato, come è noto, di una riforma particolarmente incisiva che contiene alcuni profili innovativi e nel contempo codifica talune prassi interpretative, smentendone altre. Per una efficace sintesi di tale riforma v. FAZZALARI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc.Dir.*, Annali II, T. I, Milano, 2008, 47 ss..

<sup>3</sup> Secondo l'opinione di FAZZALARI (*op.cit.*, 48) il riconoscimento al lodo rituale degli effetti propri della sentenza del giudice statale costituisce violazione della Carta Costituzionale poiché affiderebbe a privati l'esercizio della giurisdizione in contrasto con l'art. 102 Cost..

tra l'altro, ridisegnato lo svolgimento del procedimento arbitrale attraverso una nutrita serie di disposizioni (artt. 816*bis* a 816*septies* c.p.c.) sull'effetto delle quali occorre soffermarsi.

Ferma restando la libertà per le parti di stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento (e la facoltà per questi ultimi, in mancanza di indicazioni delle parti, di regolare lo svolgimento del procedimento nel modo ritenuto più opportuno), infatti, le regole introdotte dalla riforma in tema di rispetto del contraddittorio, di (eventuale) assistenza tecnica del difensore, di arbitrato multiparte, di intervento e di successione nel diritto controverso, inducono a riflettere se sia ancora corretto parlare di "procedimento" arbitrale o se non sia invece più appropriato riferirsi al fenomeno "processo".

In effetti, gli indici rinvenibili nelle disposizioni sopra richiamate sembrano deporre univocamente nel senso che il "procedimento" arbitrale è un vero e proprio "processo", la cui peculiarità risiede nel fatto che esso è un processo gestito da privati, secondo regole autodeterminate nei limiti consentiti dall'ordinamento.

Se così non fosse, del resto, non troverebbero giustificazione non solo l'insistenza del legislatore sul rispetto del contraddittorio (inteso ad assicurare alle parti "*ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*"), ma anche la possibilità per gli arbitri (rituali) di sollevare questione di legittimità costituzionale (art. 819*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c.), quella di risolvere le questioni pregiudiziali (in taluni casi) con decisioni aventi efficacia di giudicato (art. 819, comma 2, c.p.c.) e le regole sulla impugnazione del lodo rituale, senza dimenticare l'attribuzione al lodo dell'efficacia di sentenza, di cui si è già detto.

L'affermazione che il "*procedimento*" arbitrale sia in realtà un vero e proprio "*processo*" destinato a concludersi con una pronuncia aggiudicativa alla quale la legge attribuisce "*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*", se raffrontata con la disposizione che abilita le parti a dettare esse stesse le regole di tale processo (art. 816*bis*), pone delicate questioni in ordine ai limiti dell'autonomia privata nel definire tali regole.

Tra queste, una di particolare rilievo attiene alla istruzione probatoria nell'arbitrato: si tratta di una materia meno indagata di altre e tuttavia di estrema importanza per tutti coloro che praticano l'arbitrato (arbitri, avvocati) e che sono chiamati a giudicarne gli esiti (giudici).

## **2. I problemi dell'istruttoria arbitrale.**

All'istruzione probatoria nell'arbitrato è dedicata una sola disposizione codicistica (art. 816*ter*), che regola diversi aspetti della materia.

Il primo comma facoltizza gli arbitri a delegare l'istruttoria o singoli atti di istruzione ad uno di essi.

La norma riprende il contenuto del previgente art. 816, che ammetteva la delegabilità di atti di istruzione ad un componente del collegio arbitrale, ma ne amplia la portata prevedendo che "l'istruttoria", e non soltanto i singoli atti di cui essa si compone, possa essere delegata.

Qui naturalmente occorre interpretare bene ciò che il legislatore ha voluto dire: la delegabilità dell'istruzione probatoria non deve essere confusa con il potere di decidere in ordine alla ammissibilità di un mezzo istruttorio, che resta certamente in capo al collegio.

I successivi tre commi dell'art. 816<sup>ter</sup> si occupano della sola istruttoria testimoniale, facoltizzando gli arbitri ad assumere la testimonianza, ove il teste vi consenta, presso l'abitazione o l'ufficio di quest'ultimo, ovvero a richiedere una testimonianza scritta in risposta ai quesiti sottoposti dagli arbitri.

Queste disposizioni non sono frutto della riforma del 2006, ma della precedente mini-riforma dell'arbitrato del 1994.

Nuova è, invece, la previsione della possibilità per gli arbitri di richiedere l'intervento del Presidente del Tribunale della sede dell'arbitrato affinché venga ordinato al teste riottoso di comparire davanti agli arbitri.

E' poi codificato il principio, peraltro pacificamente applicato nella prassi anteriore, che facoltizza gli arbitri ad avvalersi di un consulente tecnico (che potrà anche essere un ente, quale ad esempio una Università).

Gli arbitri, infine, possono richiedere (ed è un'altra novità) informazioni alla pubblica amministrazione in virtù dell'ultimo comma dell'art. 816<sup>ter</sup> che riprende il contenuto dell'art. 213 riferito al processo ordinario di cognizione.

Sin qui le sintetiche previsioni in tema di istruzione probatoria nell'arbitrato.

In questa prospettiva, molti sono i profili problematici.

Innanzitutto si pone il problema del rapporto tra la facoltà delle parti di dettare le regole del procedimento (meglio, del processo) alle quali gli arbitri debbono attenersi (art. 816<sup>bis</sup>) e la disciplina delle prove prevista sul piano sostanziale dal codice civile e su quello formale dal codice di rito.

Sul punto di registra in dottrina una disparità di vedute, sostenendosi sia la tesi che privilegia l'estensione alla istruzione probatoria della libertà di determinazione ad opera delle parti delle regole del processo arbitrale, sia quella che la esclude in considerazione della attinenza delle prove non tanto allo svolgimento del processo, quanto alla

formazione del giudizio (e non mancano le tesi intermedie che assumono la derogabilità delle norme processuali in tema di prove, non di quelle sostanziali)<sup>4</sup>.

In estrema sintesi può dirsi forse prevalente la tesi più liberale, che ritiene consentito alle parti di determinare (anche) le regole procedurali in materia di istruzione probatoria, pur con i necessari temperanti che discendono dal rispetto dei principi inderogabili dalla volontà delle parti (ad esempio il contraddittorio nella assunzione delle prove costitutive o la inderogabilità convenzionale del regime dell'onere della prova quando si tratti di diritti indisponibili – che peraltro possono essere conosciuti solo incidentalmente dagli arbitri - o quando il regime pattizio renda estremamente difficile l'esercizio del diritto, arg. ex art. 2698 cod.civ.).

Fermo il rispetto dei principi inderogabili, si ritiene che le parti possano ampliare o limitare convenzionalmente i poteri istruttori degli arbitri e (più dubitativamente, in verità) possano anche imporre agli arbitri l'assunzione di talune prove<sup>5</sup>.

Con riferimento alla prova testimoniale, peraltro, occorre ricordare che le limitazioni poste alla sua ammissibilità dagli artt. 2721 e ss. cod.civ. non attengono a ragioni di ordine pubblico, ma sono dettate a tutela di interessi di natura privatistica, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza (v., ad esempio, Cass. 28 aprile 2006, n. 9925).

Non vi sono allora preclusioni rispetto ad una disciplina convenzionale in ordine alla ammissibilità della prova testimoniale eccedente i limiti codicistici, che facoltizzi gli arbitri a derogare alle previsioni legali in materia.

Più delicata è la questione relativa alla derogabilità convenzionale della efficacia probatoria che la legge attribuisce a determinati atti (ad esempio, gli atti pubblici, arg. ex art. 2700 cod.civ.). In questo caso si deve ritenere che l'autonomia delle parti incontri un limite, costituito dalla indisponibilità dell'oggetto della disciplina codicistica in ragione dell'attitudine dell'atto pubblico a riverberare i suoi effetti nei confronti di ogni possibile interessato (per l'applicazione di tale principio v. già Cass. 9 giugno 1962, n. 1446).

Per quanto riguarda la diversa ipotesi in cui la convenzione di arbitrato nulla disponga in tema di istruzione probatoria, né le parti abbiano diversamente disposto anteriormente all'inizio dell'arbitrato, si pone la questione dei limiti che incontrano gli arbitri nella materia considerata.

---

<sup>4</sup> Per una interessante indagine sull'argomento v. recentemente G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv.Arb.*, 2009, 183 ed *ivi* i pertinenti riferimenti alle varie opinioni della dottrina.

<sup>5</sup> In argomento v. D. GIACOBBE, *La prova*, in (a cura di) RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 737 ss., spec. 746).

Anche in questo caso si rinvengono opinioni dottrinali variegata, sembrando tuttavia prevalente la tesi della necessaria applicazione del sistema codicistico, tanto con riferimento al profilo sostanziale (ammissibilità e valutazione delle prove), quanto a quello procedurale (modalità di assunzione delle prove e, in certi casi, valutazione di esse).

Ma non sembra implausibile una diversa più liberale lettura, che privilegia non soltanto il principio informatore dell'arbitrato quale espressione dell'autonomia privata, ma anche l'assenza di qualsiasi indizio nel codice di rito che sottragga agli arbitri – con riferimento alla istruzione probatoria – la facoltà di regolare lo svolgimento “*del giudizio*” (così l'art. 816*bis*) nel modo da essi ritenuto più opportuno<sup>6</sup>.

La tesi che privilegia la libertà degli arbitri di disporre liberamente in materia probatoria, in assenza di vincoli posti dalle parti, deve peraltro essere interpretata *cum grano salis*.

E' certo, ad esempio, che gli arbitri incontreranno gli stessi limiti di indisponibilità cui soggiacciono le parti. Essi dovranno quindi rispettare i principî di ordine pubblico, anche processuale, che presidiano ogni giudizio.

Da ciò consegue, allora, che gli arbitri potranno usufruire autonomamente degli spazi di disponibilità che l'ordinamento attribuisce alle parti nella materia considerata, ma non potranno superare gli stessi limiti che incontrano le parti.

In questo ambito, non troppo vasto, gli arbitri potranno regolarsi come meglio ritengono, tenendo conto anche del fatto che il mancato rispetto di regole di procedura può rilevare (salvi i limiti di ordine pubblico anche processuale) soltanto se gli arbitri violano regole imposte dalle parti sotto pena di nullità (arg. ex art. 829, n. 7).

Non vi sono poi ragioni per condividere la tesi che vorrebbe gli arbitri autorizzati a decidere secondo equità svincolati da limiti in ordine alla istruzione probatoria, posto che altro è il giudizio (che nell'ipotesi considerata può prescindere dall'applicazione di norme), altro è l'acquisizione del materiale probatorio (che riguarda l'accertamento dei fatti controversi).

Ulteriori profili di interesse nella materia considerata sono costituiti dall'ingresso nel processo arbitrale di prove illecite e dalla verifica delle scritture private.

Per quanto riguarda il primo aspetto la (relativamente) ampia possibilità per gli arbitri di acquisire al processo prove atipiche facendo uso della facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo ritenuto più opportuno (qui intesa quale facoltà di regolare anche l'istruzione probatoria, nei limiti in precedenza evidenziati) non può certo essere intesa nel senso di consentire prove acquisite in violazione di norme inderogabili (si pensi, ad

---

<sup>6</sup> Per il necessario approfondimento v. G. BUGLIANI, *op.cit.*, spec. 190).

esempio, alla trascrizione o registrazione di una conversazione telefonica non diretta alla parte interessata alla produzione)<sup>7</sup>.

In ordine alla seconda questione, il cui rilievo è evidente in considerazione della (relativamente) frequente ricorrenza di casi di disconoscimento di scritture private, deve necessariamente premettersi che a fronte della querela di falso non resta agli arbitri che sospendere il procedimento ex art. 819*bis* n. 2, in quanto si tratta di questione pregiudiziale che non può formare oggetto di convenzione di arbitrato, essendo prevista dalla legge la partecipazione obbligatoria del P.M.<sup>8</sup>.

Diversa è la soluzione rispetto alla fattispecie del disconoscimento della scrittura privata e conseguente (eventuale) verifica di essa.

Con la riforma del 2006, infatti, gli arbitri possono conoscere in via incidentale anche di questioni pregiudiziali che non possono formare oggetto di convenzione di arbitrato (art. 819, comma 1) salvo che esse non debbano essere decise con efficacia di giudicato (ipotesi che non ricorre per la verifica). Anche la dottrina è oggi orientata nel senso della ammissibilità della verifica incidentale della scrittura privata da parte degli arbitri<sup>9</sup>.

Altre questioni che possono ricorrere in tema di istruzione probatoria nell'arbitrato riguardano da un lato i poteri officiosi degli arbitri in tema di acquisizione della prova e, dall'altro, i temi del giuramento e dell'interrogatorio formale delle parti.

Quanto ai primi si ritiene che spettino agli arbitri poteri più ampi di quelli consentiti al giudice ordinario in materia di acquisizione d'ufficio di prove, fermo restando naturalmente il limite costituito dalla impossibilità di sostituirsi alle parti nell'onere di allegare e provare i fatti rilevanti ai fini della decisione e dalla necessità di non alterare il contraddittorio<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> In argomento v. diffusamente G.F. RICCI, in *Arbitrato, Commentario*, diretto da F. CARPI, sub art. 816*ter*, Bologna, 2007, 408 ss., spec. 414-418; ID., *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv.Trim.Dir.Proc.Civ.*, 1987, 34 ss.. Con riferimento alle c.d. *prove atipiche* l'A. fa giustamente rilevare che di esse è consentita l'acquisizione anche da parte del giudice civile ordinario).

<sup>8</sup> La soluzione indicata è considerata ineludibile dalla opinione ampiamente maggioritaria nella dottrina: in argomento cfr. G.F. RICCI, *op.cit.*, 433 ss.. Un recente lodo della Camera di Conciliazione e Arbitrato dello Sport, reso in Roma il 19 gennaio 2009 e pubblicato in *Riv.Arb.*, 2009, 167 ss., ha peraltro ritenuto che agli arbitri rituali sia costantemente riservato il potere di risoluzione incidentale della questione sopra l'autenticità di prove documentali, anche se per legge è sottratta alla disponibilità delle parti. La decisione arbitrale è annotata favorevolmente da S. DI MEGLIO, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv.Arb.*, 2009, 170 ss..

<sup>9</sup> V. G.F. RICCI, *op.cit.*, 434, il quale ricorda che non mancavano opinioni favorevoli anche sotto la previgente normativa, la quale tuttavia sembrava imporre la sospensione del giudizio arbitrale: cfr. art. 819 testo previgente.

<sup>10</sup> Su questi profili v. E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale, cit.*, 94, e D. GIACOBBE, *op. cit.*, 744 ed *ivi* i pertinenti richiami di dottrina e giurisprudenza.

Gli arbitri, come già si è visto, hanno il potere di richiedere d'ufficio informazioni alla Pubblica Amministrazione: tale facoltà è stata espressamente prevista dall'art. 816<sup>ter</sup> ultimo comma, ma per la verità anche prima della introduzione della richiamata disposizione si riteneva che agli arbitri fosse consentita tale possibilità e che la Pubblica Amministrazione dovesse cooperare in ragione della funzione da essa esercitata.

Il legislatore non ha invece previsto per gli arbitri il potere di disporre ispezioni e di ordinare l'esibizione di documenti.

La mancata previsione normativa è coerente con l'assenza in capo agli arbitri di poteri coercitivi, ma si sarebbe potuto pensare anche in questo caso, come nell'ipotesi del teste riottoso, ad una forma di cooperazione dell'autorità giudiziaria finalizzata a rendere cogente l'ispezione o l'ordine di esibizione<sup>11</sup>.

Quanto a quest'ultimo, peraltro, deve ritenersi che agli arbitri sia consentito manifestare alle parti l'opportunità che vengano esibiti determinati documenti, ritenuti indispensabili ai fini della risoluzione della controversia, potendo gli arbitri trarre elementi di prova dal comportamento omissivo delle parti rispetto all'invito alla esibizione.

Non sembrerebbe neppure escluso che gli arbitri possano rivolgere inviti alla esibizione a terzi, ma ovviamente non solo i terzi non saranno obbligati ad adempiere all'invito, ma nemmeno potrà trarsi dall'inadempimento ad esso alcun elemento di prova.

Le questioni che attengono al giuramento (decisorio e suppletorio) nel processo arbitrale sono molto delicate.

Si rinviengono, invero, decisioni giurisprudenziali favorevoli tanto con riferimento al giuramento decisorio, quanto a quello suppletorio<sup>12</sup>.

Le ragioni di perplessità sono costituite da un lato, con riferimento al giuramento decisorio, dalla inapplicabilità della sanzione penale (art. 371 cod. pen.) al falso giuramento nel processo arbitrale e, quanto al giuramento suppletorio, dalla impossibilità per gli arbitri di disporre d'ufficio una prova sottratta alla disponibilità delle parti.

---

<sup>11</sup> Questa soluzione è accolta – a livello internazionale – dalla maggior parte delle leggi in materia di arbitrato, che autorizzano i giudici a fornire assistenza nella raccolta di mezzi di prova in vista del loro utilizzo in arbitrato.

Per gli opportuni riferimenti cfr. A. HENKE, *Due process in International Arbitration*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2009, 981 ss.

<sup>12</sup> Per i necessari riferimenti v., ancora, D. GIACOBBE, *op.cit.*, 760 e nota 74. La decisione ammissiva del giuramento suppletorio (App. Roma, 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv.Arb.*, 1996, 317) è peraltro criticata in dottrina.

Esiste peraltro un orientamento in dottrina favorevole alla ammissibilità del giuramento decisorio quale mezzo di prova che rientra nell'ambito della disponibilità delle parti, ma occorre in proposito considerare che attraverso il deferimento del giuramento decisorio, che è atto unilaterale di una parte, si finisce per sottrarre agli arbitri il giudizio, dovendo essi decidere sulla base dell'esito del giuramento.

Per quanto concerne, infine, l'interrogatorio formale non sembra che sussistano ostacoli al suo ingresso nel processo arbitrale, essendo esso finalizzato a provocare la confessione della parte che è libera di rispondere come meglio crede, ferma restando la facoltà per gli arbitri di una valutazione discrezionale nell'ipotesi in cui la parte si sottragga all'interpello, così come del resto è previsto nel processo ordinario di cognizione (art. 232).

Per quanto riguarda, infine, la prova testimoniale può accadere che essa sia richiesta dalle parti senza l'osservanza delle forme previste dal codice di rito ed in particolare senza una specifica capitolazione delle circostanze sulle quali i testi saranno chiamati a deporre.

In questa eventualità gli arbitri dovrebbero opportunamente acquisire il consenso di tutte le parti in ordine a tale modalità di deduzione della prova orale e valutare inoltre se l'aderire a tale richiesta delle parti possa costituire possibile vizio del procedimento.

Pur con la dovuta cautela sembra che l'assunzione della prova testimoniale senza l'osservanza delle regole sulla deduzione di essa previste dal codice di rito non sia in grado di vulnerare la validità del lodo arbitrale che può conseguire, sotto questo profilo, soltanto dalla violazione di norme procedurali stabilite dalle parti con l'espressa previsione che la loro violazione può dar luogo a nullità (art. 829, n. 7, c.p.c.).

\* \* \*

Come emerge dalle sintetiche considerazioni che sono state in precedenza enunciate, i profili dell'istruzione probatoria nell'arbitrato sono delicati e complessi e pongono agli arbitri problemi non sempre agevolmente superabili.

In questa prospettiva è particolarmente interessante l'esperienza dell'arbitrato nel commercio internazionale, nel cui ambito ricorrono costantemente delicate questioni in tema di amministrazione della prova, anche in ragione delle differenti culture giuridiche alle quali appartengono le parti.

In quella esperienza sta maturando il convincimento che sia opportuno che le parti prevedano nella convenzione di arbitrato, ovvero con pattuizione separata ma



preliminare allo svolgimento del giudizio arbitrale, le regole che concordemente intendono adottare, con il consenso degli arbitri, in tema di istruzione probatoria<sup>13</sup>.

Una analoga previsione delle parti anche nell'arbitrato interno non sarebbe evidentemente inutile, anche se anche qui occorrerà operare con ragionevolezza, in considerazione della presumibile complessità (o meno) dell'istruzione probatoria della futura controversia.

Sarà anche utile rammentare sempre che l'ampia libertà che l'ordinamento assegna all'autonomia privata e che, nella specie, si concretizza nella libertà di determinare le regole della istruzione probatoria nell'arbitrato, incontra il limite della indisponibilità dei diritti.

Ne consegue che l'adozione per volontà delle parti o deliberazione degli arbitri di regole eccedenti i limiti che l'ordinamento pone ai poteri delle parti potrebbe dar luogo alla nullità del lodo per violazione dell'ordine pubblico, motivo di impugnazione sempre ammesso per evidenti motivi di interesse generale (art. 829, comma 3, c.p.c.)

Per queste ragioni è bene che gli arbitri, in materia di istruzione probatoria, facciano prudente uso delle facoltà loro attribuite dall'ordinamento e che altrettanta prudenza sia usata nell'aderire o meno alle regole – talvolta eccentriche – che le parti pure concordemente sottopongono agli arbitri per amministrare la fase istruttoria del “processo” arbitrale.

---

<sup>13</sup> Il riferimento potrebbe essere alle regole adottate dall'IBA (*Rules on the Taking of Evidence*) il 1° giugno 1999. Sulla materia, per una visione di insieme, v. A. 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 *Riv.Arb.*, 2007, 179 ss.