



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO  
ITALIANO E SOVRANAZIONALE  
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE  
INDIRIZZO DIRITTO PROCESSUALE CIVILE  
XXVIII CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

## L'ISTRUTTORIA NELL'ARBITRATO RITUALE (s.s.d. IUS/15)

Coordinatrici del dottorato:

**Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca Ghirga**

**Chiar.ma Prof.ssa Elena Merlin**

Tutor:

**Chiar.mo Prof. Angelo Castagnola**

Dottorando:

**Dott. Alessio Filippo Di Girolamo**

A.A. 2015-2016

## ABSTRACT

Il presente elaborato si propone di affrontare il tema relativo alla individuazione delle norme che disciplinano lo svolgimento dell'istruttoria nell'arbitrato rituale.

In particolare, una volta chiarita la questione, avente carattere preliminare, della natura del procedimento arbitrale, l'indagine si concentra, dapprima, sul potere delle parti e, successivamente, sul potere degli arbitri di dettare le regole del procedimento arbitrale nonché sui limiti cui tali poteri vanno incontro.

Nella prassi, tuttavia, l'esercizio del potere regolamentare risulta estremamente limitato: pertanto l'elaborato si intrattiene, anche e soprattutto, sull'ipotesi che più di frequente si verifica, giungendo ad affermare che – in assenza di diverse disposizioni delle parti (e degli arbitri) – non possono che trovare applicazione, in quanto compatibili, le norme del codice di rito che disciplinano lo svolgimento dell'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione.

Alla luce di tale conclusione, la trattazione si occupa di illustrare come, e con quali limiti, i mezzi di prova previsti dal libro II del codice di rito possano trovare applicazione anche nell'ambito del giudizio arbitrale.

Infine, talune notazioni conclusive sono riservate all'arbitrato di equità, al fine di dimostrare come, sotto il profilo della disciplina della fase istruttoria, esso non si discosti dall'arbitrato di diritto.

\*\*\*

*The study analyses the discipline of the gathering of evidence phase in the Italian arbitration, focusing on powers (and the limits placed on them) left to the parties and the arbitrators on this matter.*

*Despite the broad spaces of autonomy left to parties and arbitrators in regulating the above mentioned phase, the discipline provided by the Italian Code of Civil Procedure is more commonly applied.*

*Therefore, the study also illustrates if, which and how, the provisions of the Code of Civil Procedure concerning the means of proof can be applied to arbitration.*

*At last, the study stresses the fact that the discipline of the gathering of evidence phase is irrespective of the nature of the arbitral award (thus, if the award follows the rule of the law or is ex aequo et bono).*

*A Massimo*



## INDICE

<b>INTRODUZIONE</b> .....	9
<b>CAPITOLO I: LA NATURA DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE</b> .....	13
1. Introduzione della questione e sua rilevanza ai fini dell'indagine sull'istruzione probatoria nel procedimento arbitrale. ....	13
2. Le teorie relative alla natura del procedimento arbitrale. ....	15
2.1. La teoria c.d. "giurisdizionale" o "processuale" .....	15
2.2. La teoria c.d. "contrattuale" o "privatistica" .....	17
2.3. La teoria c.d. "mista". ....	17
3. L'evoluzione della dottrina alla luce dei mutamenti del dato normativo. ....	17
3.1. Il Codice di procedura civile del 1865. ....	17
3.2. Il Codice di procedura civile del 1940. ....	24
3.3. La riforma del 1983. ....	32
3.4. La Riforma del 1994. ....	43
3.5. La Riforma del 2006. ....	52
3.6. Il D.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014 n. 162. ....	77
4. L'evoluzione della giurisprudenza.....	81
4.1. La giurisprudenza precedente alla "svolta negoziale" .....	82
4.2. La "svolta negoziale" .....	85
4.3. La "contro-svolta" giurisdizionale. ....	87
5. Conclusioni. ....	96
<b>CAPITOLO II: IL POTERE REGOLAMENTARE DELLE PARTI</b> .....	97
1. Il potere delle parti di " <i>stabilire...le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento</i> " arbitrale ai sensi dell'art. 816-bis, I comma, c.p.c.....	97

1.1. Il <i>dies ad quem</i> per l'esercizio del potere regolamentare.....	100
1.2. La possibilità di prevedere che l'osservanza di talune forme sia imposta a pena di nullità ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.....	106
1.3. Le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole dettate dalle parti. ....	111
2. Il potere regolamentare delle parti ed i suoi limiti, con specifico riferimento alla istruzione probatoria. ....	113
2.1. (Segue) I limiti al potere regolamentare delle parti.....	115
2.1.1. Il principio del contraddittorio.....	117
2.1.2. Il diritto di difesa ed il diritto alla prova. ....	123
2.1.3. Il principio di imparzialità del giudicante ed i suoi corollari. ....	130
3. La possibilità di imporre preclusioni ed il principio di concentrazione. ....	140
4. Le ipotesi di rinvio espresso delle parti alle norme contenute nel codice di rito. ....	143
5. Le ipotesi di rinvio espresso delle parti a regolamenti arbitrali precostituiti..	145
<b>CAPITOLO III: IL POTERE REGOLAMENTARE DEGLI ARBITRI.....</b>	<b>147</b>
1. Il potere (subordinato) degli arbitri " <i>di regolare lo svolgimento del giudizio...nel modo che ritengono più opportuno</i> " ai sensi dell'art. 816-bis, II comma, c.p.c. ....	147
1.1. La differente estensione del potere regolamentare delle parti e di quello (suppletivo) degli arbitri. ....	147
1.2. Le modalità (anche temporali) di esercizio del potere regolamentare da parte degli arbitri.....	151
1.3. I limiti al potere regolamentare degli arbitri. ....	155
1.4. Il principio di libertà delle forme. ....	162
1.5. I termini di decadenza ed il principio di concentrazione. ....	167
1.6. Le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole da essi stessi dettate.....	170
2. Il divieto di fare uso della scienza privata ed il notorio nel procedimento arbitrale.....	172

3. La carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri e l'ipotesi di ricorso all'istituto dell'istruzione preventiva. ....	173
4. La disciplina probatoria prevista per il processo ordinario quale <i>jus commune</i> applicabile in assenza di diversa (o di parziale) disposizione delle parti e, in via subordinata, degli arbitri. ....	179

**CAPITOLO IV: IL DATO NORMATIVO E I SINGOLI MEZZI DI PROVA. 205**

1. La disciplina dell'istruzione probatoria nel procedimento arbitrale contenuta nell'art. 819-ter c.p.c. (e nell'art. 820 c.p.c.). ....	205
1.1. La facoltà di delega dell'istruttoria o di singoli atti di istruzione. ....	206
1.2. L'assistenza giudiziaria del presidente del tribunale della sede dell'arbitrato. ....	214
1.3. La testimonianza scritta.....	219
1.4. La richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione. ....	226
1.5. Derogabilità delle disposizioni contenute nell'art. 816-ter c.p.c. ....	229
1.6. La proroga del termine per la pronuncia del lodo ai sensi dell'art. 820, IV comma, <i>sub a)</i> e <i>b)</i> , c.p.c. ....	231
1.7. Conclusioni sulla (scarna) disciplina contenuta nel codice di rito. ....	232
2. La prova documentale. ....	233
2.1. Il riconoscimento tacito e la verifica della scrittura privata.....	235
2.2. La querela di falso. ....	240
3. La prova testimoniale. ....	242
3.1. L'efficacia della prova testimoniale nell'arbitrato. ....	244
3.2. I limiti di ammissibilità della prova testimoniale. ....	244
3.3. Le modalità di assunzione della prova testimoniale.....	246
3.4. Il confronto. ....	247
3.5. La falsa testimonianza. ....	247
4. Il giuramento.....	249
5. La confessione e l'interrogatorio formale. ....	256
6. L'interrogatorio libero. ....	257

7. Le presunzioni. ....	258
8. La consulenza tecnica. ....	259
8.1. Lo svolgimento della consulenza tecnica nel procedimento arbitrale e la tutela del contraddittorio. ....	260
8.2. Il potere delle parti di escludere o limitare il potere degli arbitri di disporre la consulenza tecnica.....	267
8.3. La consulenza tecnica c.d. “giuridica”. ....	270
9. L’ispezione. ....	275
10. L’ordine di esibizione. ....	276
11. Gli esperimenti. ....	278
<b>CAPITOLO V: L’ARBITRATO DI EQUITÀ.....</b>	<b>279</b>
<b>CONCLUSIONI .....</b>	<b>283</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>287</b>
<b>RINGRAZIAMENTI .....</b>	<b>313</b>



## INTRODUZIONE

La fase dell'istruzione probatoria (ossia dell'istruzione c.d. "in senso stretto"), tanto nei giudizi che si svolgono davanti all'a.g.o., quanto nei giudizi che si svolgono davanti agli arbitri, risulta, senza dubbio, una delle fasi maggiormente delicate, dal momento che è proprio grazie agli elementi probatori acquisiti che il giudicante (giudice togato o arbitro, non fa differenza) si crea il proprio convincimento: il quale, a sua volta, rappresenta il cuore della decisione che verrà poi trasfusa nell'atto finale del giudizio medesimo (sentenza o lodo arbitrale, ancora una volta, non fa differenza).

Cionondimeno, mentre la fase istruttoria risulta puntualmente disciplinata dal codice di rito con riferimento ai giudizi che si svolgono davanti all'a.g.o., altrettanto non avviene con riferimento ai procedimenti arbitrali: il che ha, da sempre, creato non poche difficoltà agli interpreti (e, *in primis*, proprio agli arbitri), i quali hanno dovuto tentare – in assenza di qualsivoglia indicazione normativa – di colmare tale lacuna.

Gli interventi del legislatore, sul punto, sono sempre stati, del resto, quantomai esigui, sia sotto il profilo quantitativo che sotto quello qualitativo: tanto l'art. 819-*ter* c.p.c., introdotto in occasione della riforma del 1994, quanto l'art. 816-*ter* c.p.c., introdotto in occasione della riforma del 2006 (in cui è confluito anche il contenuto del primo), infatti, hanno sì colmato talune lacune, ma solo in minima parte, risultando del tutto inadeguati a fornire agli interpreti risposte soddisfacenti e, tantomeno, univoche.

La domanda, pertanto, è rimasta priva di risposta: quali sono le regole che disciplinano l'istruttoria arbitrale?

Ed è a tale quesito che il presente elaborato intende fornire una risposta, nella consapevolezza che non può che trattarsi (semplicemente) di una delle risposte

possibili: del resto, in assenza di precisi indici normativi, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno fornito le soluzioni più disparate.

Ciò premesso, sembra opportuno sottolineare che non deve apparire un fuor d'opera il fatto che la trattazione si aprirà, al I capitolo, con un'ampia esposizione circa la natura (e la funzione) del procedimento arbitrale e del suo prodotto finale, ossia del lodo, dal momento che – come risulterà evidente mano a mano che si proseguirà nell'*iter* argomentativo – è proprio sulla natura giurisdizionale dell'arbitrato (e sulla sua piena fungibilità rispetto alla giustizia statale) che si fondano le conclusioni cui si perverrà nei capitoli successivi.

Una volta messi dei punti fermi sul tema da ultimo ricordato, la trattazione procederà con l'analisi dei poteri che l'art. 816-*bis* c.p.c. attribuisce alle parti e, in subordine, agli arbitri, al fine di regolare lo svolgimento del procedimento arbitrale: ed infatti, deve essere tenuto in debita considerazione il fatto che una delle peculiarità dell'arbitrato è proprio quella di attribuire loro (seppure entro certi limiti) il potere regolamentare.

In particolare, ci si intratterrà, dapprima, nel II capitolo, sul potere regolamentare delle parti e sui limiti cui esso va incontro, pur nella consapevolezza che queste ultime raramente fanno uso di tale potere, limitandosi a restare silenti sul punto o, al più, a rimandare alle norme dettate dal codice di rito per il giudizio ordinario di cognizione o a regolamenti arbitrali precostituiti.

Nel III capitolo, invece, saranno oggetto di illustrazione, innanzitutto, i limiti (stringenti) cui è sottoposto il potere regolamentare degli arbitri: potere, anch'esso, di cui viene fatta, quantomeno *in limine* (e, dunque, in sede di avvio del procedimento arbitrale), scarsa applicazione. Inoltre, nella medesima sede, verrà trattata la questione centrale del presente elaborato, ossia quella relativa alle conseguenze che si verificano, sul piano della disciplina dell'istruttoria arbitrale, nel caso in cui – come spesso avviene nella prassi – né le parti né gli arbitri si avvalgano del potere regolamentare loro attribuito dall'art. 816-*bis* c.p.c.:

questione la cui soluzione, come si è anticipato, risulta inestricabilmente connessa, affondando in essa le proprie radici, con quella relativa alla natura (ed alla funzione) del procedimento arbitrale (alla quale è interamente dedicato il I capitolo del presente elaborato).

Le conclusioni cui si perverrà in chiusura del III capitolo rappresenteranno, poi, il punto di partenza per affrontare il IV, ed ultimo, capitolo della trattazione, che sarà dedicato ad illustrare gli effetti prodotti, dall'accoglimento di tali conclusioni, sull'istruttoria arbitrale, con particolare riferimento ad ogni singolo mezzo di prova (ivi compresa la consulenza tecnica d'ufficio, ancorché la sua natura di mezzo di prova risulti tuttora discussa).

Infine, nel V capitolo, ci si intratterrà, ancorché sinteticamente, sulla possibilità di fare applicazione delle soluzioni raggiunte con riferimento all'arbitrato di diritto anche all'arbitrato di equità, dal momento che, anche sotto questo profilo, gli interpreti non sono ancora riusciti a trovare una posizione univoca.



## CAPITOLO I: LA NATURA DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE

### 1. Introduzione della questione e sua rilevanza ai fini dell'indagine sull'istruzione probatoria nel procedimento arbitrale.

La dottrina che si è occupata dell'arbitrato ha dato, da sempre, ampio spazio alla questione relativa alla natura del procedimento arbitrale (e, conseguentemente, del relativo *dictum* degli arbitri, ossia del lodo), tanto che i contributi sul punto sono divenuti a tal punto numerosi da poter definire tale questione una vera e propria *vexata quaestio* nell'ambito del dibattito dottrinale processualcivilistico<sup>(1)</sup>. Un simile interesse dogmatico sembra dovuto, principalmente, a due ordini di ragioni: in primo luogo, è innegabile il fascino che la questione in esame non può non esercitare sullo studioso, posto che essa tocca ed interessa alcuni dei principi più rilevanti all'interno dell'ordinamento processuale italiano; in secondo luogo, e da un punto di vista certamente più "pratico", la soluzione, in un senso piuttosto che in un altro, della questione in esame comporta conseguenze estremamente rilevanti.

La rilevanza (anche) "pratica" della questione relativa alla natura del procedimento arbitrale, peraltro, spiega perché anche la giurisprudenza si sia vista costretta, in numerose occasioni, ad occuparsene, seguendo una linea evolutiva che l'ha portata a mutare orientamento in più di un'occasione.

Riservandoci di approfondire il tema, con la dovuta cura, nelle pagine che seguono, preme sin d'ora rilevare che le posizioni assunte dagli interpreti, pur variegata e non sempre perfettamente classificabili in categorie ben definite, sono comunque riconducibili, in linea di massima, a tre diverse teorie: quella c.d.

---

<sup>1</sup> Si vedano, proprio di recente, le considerazioni sul punto di: G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 965 ss.; M. FORNACIARI, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2015, 247 ss.

“giurisdizionale” o “processuale”, quella c.d. “contrattuale” o “privatistica” e, infine, quella c.d. “mista”.

Una simile difformità di opinioni, tutte (o quasi) fondate su argomentazioni astrattamente valide, si spiega in ragione della conformazione stessa del procedimento arbitrale, posto che, da un lato, esso trae origine da un atto negoziale, seppure ad effetti processuali (la convenzione di arbitrato), e, dall’altro lato, esso si conclude con un provvedimento di natura decisoria (il lodo) che, come ormai espressamente previsto dall’art. 824-*bis* c.p.c., produce gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria ordinaria <sup>(2)</sup>.

A questo proposito, merita di essere rimarcato che il dibattito dottrinale relativo alla natura del procedimento arbitrale non si è mai realmente placato, tornando, anzi, a ravvivarsi in occasione di ciascuna delle modifiche normative che sono intervenute nel corso del tempo: proprio per tale motivo, nelle pagine che seguono, l’esame dei diversi orientamenti verrà eseguito avuto riguardo agli interventi legislativi che si sono succeduti e che hanno maggiormente inciso sulla questione in esame.

Deve essere, tuttavia, ribadito che accogliere una tesi piuttosto che l’altra comporta rilevanti implicazioni anche (e soprattutto) sul piano “pratico” <sup>(3)</sup>.

Ai fini che qui interessano, in particolare, vi è da sottolineare che – come si vedrà meglio oltre, all’esito dell’analisi che ci si accinge ad effettuare – accordare la preferenza alla tesi c.d. “giurisdizionale”, considerando il procedimento arbitrale

---

<sup>2</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato*, Tomo I, Padova, Cedam, 2010, 41, pone l’accento, per l’appunto, proprio sulla «doppia anima dell’istituto arbitrale».

<sup>3</sup> Una approfondita analisi delle questioni la cui risoluzione non può che essere influenzata dall’adesione all’una, piuttosto che all’altra, tesi si trova in E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Vol. VII, Tomo IV, Torino, Utet, 2014, 668 ss., alla quale si rimanda. A questo proposito, fra gli altri, si vedano anche: M. DE SANTIS, *La reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza di annullamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 107 ss.; S. BOCCAGNA, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 306; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 1 ss.

assimilabile, come suo sostituto, al processo ordinario di cognizione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, sembra comportare l'imposizione, nei confronti delle parti e (soprattutto) degli arbitri, di limitazioni non irrilevanti con riferimento alla loro potestà regolamentare in materia (anche) di istruzione probatoria, posto che il procedimento arbitrale viene ad operare, per così dire, all'interno dell'ambito giurisdizionale, concludendosi con un atto, il lodo, che ha l'efficacia di una sentenza, con tutto ciò che ne consegue. Viceversa, prediligendo la tesi c.d. "contrattuale", la quale confina l'attività degli arbitri esclusivamente all'interno della sfera dell'autonomia privata, pare si possa riconoscere alle parti ed agli arbitri maggiore libertà nel dettare regole relative (anche) alla istruzione probatoria, posto che dette scelte sono integralmente riconducibili alla loro libertà negoziale.

## **2. Le teorie relative alla natura del procedimento arbitrale.**

### **2.1. La teoria c.d. "giurisdizionale" o "processuale".**

La teoria c.d. "giurisdizionale" o "processuale" può essere a grandi linee definita come quella teoria che vede nel procedimento arbitrale un vero e proprio processo di natura giurisdizionale, con la conseguenza che gli arbitri svolgerebbero, al pari dei giudici (seppure con modalità parzialmente differenti, dovute principalmente al fatto che i primi, a differenza dei secondi, non fanno parte dell'ordine dei magistrati, con tutto ciò che ne discende) <sup>(4)</sup>, una funzione

---

<sup>4</sup> Suggestiva pare l'immagine richiamata da F. CARPI, *Sub art. 823, in Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2008, 564-565, il quale, dopo avere premesso che «*La struttura logica-volitiva della decisione arbitrale...non differisce, nelle linee generali e genetiche, dalla decisione del giudice togato: entrambi i casi si sostanziano nello ius-dicere, nell'applicare, interpretandola, la norma al caso concreto, o nel fare uso dei poteri equitativi, a seconda del criterio di giudizio prescelto dalle parti*», sottolinea che la differenza fra il giudice e l'arbitro risiede nel fatto che «*Il primo esercita la sua attività professionale, una volta immesso nella struttura burocratica della giustizia, per decidere; il secondo quando ha emesso la decisione, non*

giurisdizionale e, di conseguenza, il loro *dictum*, ossia il lodo arbitrale, risulterebbe sostanzialmente sovrapponibile a (*rectius*, sostitutivo di) una sentenza.

Peraltro, come si vedrà meglio nel prosieguo, la rilevanza riconosciuta, al fine della risoluzione della questione relativa alla natura dell'arbitrato, al lodo arbitrale da parte della dottrina è andata incrementandosi: dunque, se gli autori che per primi si sono occupati della questione la hanno spesso risolta prescindendo del tutto dalla natura e dagli effetti del lodo, con il passare del tempo (e, soprattutto, degli interventi legislativi), gli autori hanno posto sempre più al centro delle loro discettazioni, per l'appunto, il lodo e le sue caratteristiche. Il che pare dovuto al fatto che il legislatore, nonostante le numerose riforme in materia di arbitrato, si è sempre sottratto alla disputa relativa alla natura del procedimento arbitrale, così che gli interpreti hanno dovuto cercare di desumere la soluzione di detta questione interpretando le singole modifiche normative: evidentemente, a tal fine, le disposizioni riguardanti la natura e gli effetti del lodo si sono dimostrate fra le più idonee a tal fine.

Ne discende che, volendo fare riferimento alla predetta dicotomia insita nell'istituto arbitrale, ad oggi la tesi in esame dà rilievo preponderante ai risultati cui il procedimento arbitrale è volto a pervenire – ossia la pronuncia di un provvedimento, il lodo, che è equiparabile, quanto a natura e ad effetti, ad una sentenza pronunciata dall'Autorità Giudiziaria Ordinaria – piuttosto che alla natura negoziale delle convenzioni di arbitrato.

---

*è più, rientra nei ranghi da cui proviene, perché, come è stato detto con suadente espressione [il riferimento è a R. PERROT, La riforma dell'arbitrato in Francia, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1985, 416], l'arbitrato è come quelle piante tropicali che, dopo aver dato il frutto, muiono».*



## **2.2. La teoria c.d. “contrattuale” o “privatistica”.**

Secondo la teoria c.d. “contrattuale” o “privatistica”, invece, tanto l’attività degli arbitri, quanto il prodotto di quest’ultima, ossia il lodo, resterebbero ricompresi esclusivamente nell’alveo dell’autonomia privata.

In particolare, il lodo arbitrale acquisterebbe forza imperativa per le parti compromittenti non perché idoneo – in forza degli strumenti approntati dal legislatore – ad acquisire efficacia di giudicato ed efficacia esecutiva, bensì perché munito di quella “forza di legge” che l’ordinamento riconosce, ai sensi dell’art. 1372 cod. civ., a tutti i contratti.

## **2.3. La teoria c.d. “mista”.**

A metà strada fra le due teorie di cui sopra si è detto, infine, si pone la teoria c.d. “mista” (ormai da tempo superata), secondo la quale sarebbe necessario valorizzare le peculiarità del procedimento arbitrale, senza però sminuirne la portata precipitandolo nel mero ambito contrattuale.

## **3. L’evoluzione della dottrina alla luce dei mutamenti del dato normativo.**

### **3.1. Il Codice di procedura civile del 1865.**

Pare opportuno – anche (e soprattutto) al fine di poter meglio comprendere “da dove si è partiti” per giungere alla equiparazione fra lodo e sentenza espressamente suggellata dall’art. 824-*bis* c.p.c. attualmente in vigore – prendere le mosse dal codice di rito del 1865, il quale, come noto, fu il frutto di un minuzioso lavoro di riconduzione ad unità delle diverse discipline processuali dell’Italia preunitaria <sup>(5)</sup>, svolto dapprima dalla commissione guidata dal

---

<sup>5</sup> Come rilevato anche dal Guardasigilli Vacca, il quale, nella Relazione al Re in udienza del 25 giugno 1865 (consultabile in L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile annotato per cura del Cavaliere Luigi Borsari*, Torino, Utet, 1865, 9 ss.), ricordava proprio che «*Ponendo mano*

Guardasigilli Giuseppe Pisanelli e, in seguito, portato a conclusione dalla commissione guidata dal suo successore, Giuseppe Vacca.

3.1.1. A questo proposito, giova ricordare che, diversamente dalla conformazione che ha assunto a far tempo dal 1940, il codice di rito del 1865 regolava l'arbitrato nel Capo II del Titolo Preliminare, denominato “[c]ompromesso”, composto dagli articoli da 8 a 34 <sup>(6)</sup>.

Particolarmente rilevante risulta, innanzitutto, l'art. 24, I comma, del codice di rito del 1865 <sup>(7)</sup>, il quale così disponeva: «[I]a sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunziata: altrimenti è nulla»

---

*all'opera di unificazione, non si poteva, né si doveva dimenticare essere consiglio di prudenza tenere in gran conto la varietà dei sistemi e degli istituti ed i rispetti alle abitudini, alle consuetudini e alle speciali condizioni delle varie parti d'Italia, che non si rimutano per subita trasformazione: ond'è che, recatosi in questo studio comparativo un savio ecletismo, si è riuscito ad un sistema che compie il gran fine della unificazione, senza trascorrere alle esagerazioni della uniformità simmetrica o estetica».*

<sup>6</sup> Si legge, nella suddetta Relazione al Re, che «innanzi d'entrare nel proprio campo del libro primo [intitolato “dell'ordine e della forma de' giudizi”], s'incontra un titolo preliminare che raffigura come il vestibolo dell'edificio processuale. Quanto è necessario che la legge impedisca ai cittadini il farsi diritto di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio d'ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o cessare le liti. Le quali sono di per sé cagione di dissidi, di turbazioni e di rancori infesti al benessere sociale. Ecco a quale intento e per quale proposito il Codice esordisce coi due capi della conciliazione che previene le liti, e del compromesso che le definisce per vie amichevoli». Per meglio risalire alla radice della scelta operata dal legislatore del 1865, peraltro, non pare inopportuno soffermarsi su quanto osservato da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2011, 73, il quale – dopo aver sottolineato che la collocazione della disciplina dell'arbitrato nel Titolo Preliminare si spiega in ragione del fatto che «l'arbitrato costituisce un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie, una forma di giustizia privata, o per meglio dire è lo stesso tipo di attività che si svolge di fronte ad un giudice dello Stato e produce gli stessi risultati con la differenza che, stavolta, il giudice non è investito del potere di decidere dalla richiesta di una sola delle parti, bensì dal consenso di entrambe» – ha ricordato che una simile impostazione era presente già in alcuni codici preunitari, tanto che «[a]ncora più significativo era l'art. 1 del codice di procedura civile per gli Stati estensi, il quale così si esprimeva: “Le controversie si decidono o da arbitri o da giudici: gli arbitri sono nominati dalle parti, i giudici dal Sovrano”. Una disposizione identica era contenuta nell'art. 1 del codice di procedura civile del ducato di parma, Piacenza e Guastalla».

<sup>7</sup> Norma che, peraltro, salve alcune modifiche, verrà sostanzialmente trasfusa nell'art. 825 del codice di rito del 1940, rubricato “Deposito del lodo”.

(<sup>8</sup>). La sentenza arbitrale (<sup>9</sup>), dunque, una volta pronunciata, poteva produrre effetti duraturi solo ove depositata presso la cancelleria del pretore entro il termine perentorio (particolarmente breve) di cinque giorni: altrimenti, essa risultava radicalmente, ed irrimediabilmente, improduttiva di effetti (<sup>10</sup>). Appare evidente che, in base alla disposizione in esame, l'autorità della sentenza arbitrale veniva grandemente limitata, dal momento che tale atto era da considerarsi addirittura privo di qualsivoglia effetto – e cioè, *tamquam non esset* – ove non depositato presso la cancelleria della pretura (affinché, come si vedrà, il pretore potesse concedere l'*exequatur*).

3.1.2. Ciò premesso, quanto all'elaborazione dottrinale formatasi alla luce del codice di rito del 1865, pare opportuno prendere le mosse dal pensiero del Mortara, considerato uno dei primi, oltre che più autorevoli, sostenitori del carattere giurisdizionale dell'arbitrato, il quale ha osservato che la «*contestazione esiste nel giudizio arbitrale come nell'ordinario: ed è "giudiziaria" sempre, perché l'ufficio degli arbitri trae autorità ed efficacia dal riconoscimento della legge, che consente loro, in certa misura conveniente, l'esercizio della funzione giurisdizionale*» (<sup>11</sup>). Secondo il Mortara, quindi, è la legge stessa ad attribuire a soggetti privati, benché investiti del ruolo di arbitri in forza di un atto di autonomia privata, il potere di esercitare una funzione giurisdizionale, non essendo altrimenti possibile derogare al

---

<sup>8</sup> Il secondo ed il terzo comma della norma in esame proseguivano, poi, disponendo, rispettivamente, che «[s]i forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore, e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale» e che «La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria».

<sup>9</sup> Con la riforma del 1994, ogni riferimento alla «*sentenza arbitrale*» è stato espunto e sostituito con quello al «*lodo arbitrale*».

<sup>10</sup> Come immediatamente rilevato dalla dottrina che si è occupata della disposizione in esame, peraltro, «[t]anto rigore è ingiustificabile», anche alla luce delle norme previgenti, posto che l'«*articolo 1082 del Codice sardo del 1854 si limitava a dire che dentro giorni cinque uno degli arbitri deve rimettere l'originale alla segreteria. Non altrimenti l'art. 1020 del Codice di procedura civile francese con termine più breve (giorni tre). Nel nostro del 1859 (art. 1120) questa formidabile clausola passò, minacciando di ridurre al nulla l'operazione chi sa quanto lunga e faticosa degli arbitri, le spese e i diritti acquisiti dal compromesso, per una svista, per un ritardo, per trascuranza di una inconcludente formalità!*» (L. BORSARI, *op. cit.*, 51-52).

<sup>11</sup> L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. III, Milano, Vallardi, 1905, 37-38.

principio secondo il quale «*nello stato moderno la guarentigia essenziale del diritto mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale sia attribuzione esclusiva ed imprescindibile della sovranità*» (12).

A simili conclusioni è giunto (per vero, già prima del Mortara) anche l'Amar, il quale ha osservato – in termini estremamente chiari – che «*gli arbitri esercitano una vera e reale giurisdizione, la quale non può svolgere la sua azione se non è posta in moto dai privati. Ma avvenuto questo fatto, sopraggiunge la legge, la quale regola con norme adatte e speciali l'esercizio della giurisdizione stessa e determina una competenza speciale ad esclusione di qualunque altra autorità giudiziaria*»: sulla base di queste considerazioni, l'Amar è poi giunto addirittura a sostenere – così dando prova di una lungimiranza che, alla luce dei recenti interventi normativi ed arresti giurisprudenziali, pare davvero degna di nota – che «*per tal modo le questioni di incompetenza e litispendenza ed i conflitti di giurisdizione possono sorgere dai giudizi arbitrari come dai giudizi dei pubblici magistrati*» (13).

Anche l'Amar, come il Mortara, dunque, ha sottolineato che, nonostante la natura negoziale della convenzione di arbitrato, una volta che le parti abbiano esercitato (e, in un certo senso, “esaurito”) la loro autonomia negoziale stabilendo, mediante la stipulazione di uno di tali atti, che la controversia insorta (ovvero le controversie future che sarebbero potute insorgere relativamente ad un determinato contratto, nel caso di clausola compromissoria) deve essere

---

<sup>12</sup> L. MORTARA, *op. cit.*, 39-40, il quale prosegue affermando che «*la funzione giurisdizionale nello stato moderno è il proseguimento necessario di quella legislativa, per l'attuazione e la salvaguardia del diritto obiettivo, cioè dell'ordine giuridico in cui è contenuta l'armonica sistemazione della convivenza civile. Esercizio di giurisdizione, contro o fuori dall'orbita del diritto obiettivo, è nello stato moderno un'anomalia manifesta; e come il diritto obiettivo non può avere legittima scaturigine che dai pubblici poteri investiti della funzione politica sovrana, così, normalmente, non può derivare da altra sorgente pura e legittima la tutela giurisdizionale del diritto*». Ne discende che, ove il potere di giudicare non fosse espressamente attribuito per legge agli arbitri, questi non potrebbero in alcun modo essere muniti di un simile potere, posto che la «*magistratura ordinaria, costituita dallo stato, obbligata a rendere giustizia secondo le leggi, è pertanto, secondo la natura del vivere sociale odierno, l'organo proprio della difesa giurisdizionale dei diritti di ogni soggetto privato o pubblico. Altri organi...non possono essere concepiti se non come organi impropri di giurisdizione e quindi come mere creazioni del diritto positivo*».

<sup>13</sup> M. AMAR, *Dei giudizi arbitrari*, Torino, Utet, 1879, 31-32.

decisa da un arbitro o da un collegio arbitrale, sarà l'ordinamento statale a subentrare, conferendo agli arbitri il potere di decidere la controversia quali "giudici" di quel determinato giudizio, dettando le regole imprescindibili affinché il giudizio così avviato <sup>(14)</sup>, e la decisione che ne deriverà, possa assumere i caratteri della "giurisdizionalità".

Sulle orme degli Autori da ultimo richiamati, altri interpreti si sono detti convinti che il procedimento arbitrale dia «*vita ad un vero e proprio processo, che ha sostanzialmente la stessa funzione del processo civile avanti il magistrato e conduce al raggiungimento dello stesso fine, cioè l'emanazione di una sentenza, la quale, sia pure dopo l'intervento del giudice dello Stato ad imprimerle l'indispensabile sigillo di ufficialità, viene ad avere la stessa autorità della sentenza emanata dal magistrato*» <sup>(15)</sup>.

Cionondimeno, è stato comunque osservato che i poteri che sono attribuiti all'arbitro, sebbene di natura giurisdizionale, sono, comunque, "parziali", posto che, a differenza del giudice che ha sia il potere "decisorio" che quello "sanzionatorio", all'arbitro viene per legge conferito solo il primo di questi due poteri, essendo necessario il decreto di esecutorietà del pretore affinché il *dictum* arbitrale acquisisca anche effetti "sanzionatori" <sup>(16)</sup>.

---

<sup>14</sup> M. AMAR, *op. cit.*, 31, si sofferma proprio sul fatto che, quello arbitrale, è un giudizio a tutti gli effetti. Ed infatti, per giungere alle conclusioni di cui sopra si è detto, l'Autore prende le mosse dalla considerazione che gli «*elementi di ogni giudizio sono: 1° Due o più parti contendenti, 2° Una cosa controversa; 3° Un giudice competente. Tutte queste condizioni si verificano quando i cittadini addivengono ad un compromesso fra di loro, poiché non si può immaginare il compromesso senza le parti compromittenti, senza un oggetto che sia tra loro controverso e senza la nomina di un arbitro, che diviene nella specie il giudice competente*». Cfr. anche G. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45, il quale parla degli arbitri come di rappresentanti dello Stato, così assumendo una posizione non distante da quella dell'Amar.

<sup>15</sup> L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, Vallardi, 1937, 19-20.

<sup>16</sup> L. BARBARESCHI, *op. cit.*, 14-15, in particolare, osserva che la «*sentenza del magistrato ha sostanzialmente un contenuto duplice: da un lato il magistrato accerta se e fino a qual punto le pretese di ciascuna delle parti litiganti siano fondate, e conseguentemente accoglie o respinge le domande dell'attore o le eccezioni e le domande riconvenzionali del convenuto. In ciò si esaurisce il potere di decisione. Ma oltre a ciò, la sentenza del magistrato contiene un vero e proprio comando, diretto alle parti, di uniformare la loro condotta alla decisione; comando, inoltre, munito di sanzione, dappoiché, in caso di resistenza, può essere fatto valere coattivamente mediante procedimento di esecuzione forzata. L'Uno e l'altro potere insieme (decisorio e sanzionatorio) appartengono al giudice, in quanto egli impersona lo Stato, quale titolare di*

Resta, peraltro, da aggiungere, per completezza, che vi è stato anche chi ha ritenuto opportuno definire la particolare forma di giurisdizione di cui partecipano gli arbitri con il nome di “giurisdizione arbitrale”<sup>(17)</sup>, proprio per sottolineare il fatto che gli arbitri svolgono sì una funzione giurisdizionale, ma che si discosta, per lo meno sotto determinati profili, da quella svolta dai giudici togati.

**3.1.3.** La tesi c.d. “giurisdizionale” dell’arbitrato, dunque, ha raccolto, già nel vigore del codice di procedura civile del 1865, numerosi consensi; tuttavia – merita di essere sottolineato fin d’ora – non era da meno la tesi c.d. “contrattuale”, la quale è stata anzi sostenuta da uno dei più celebri studiosi del diritto, il Chiovenda, secondo il quale l’arbitrato rappresenta un «*caso di frazionamento delle operazioni del giudizio*», in cui gli arbitri si limitano a fornire il «*lavoro logico compiuto da privati*»: prodotto che, una volta recepito dall’ordinamento mediante un «*atto di un proprio organo giurisdizionale (cod. proc. civ., art 24)*», viene «*assunto al livello di atto giurisdizionale*»<sup>(18)</sup>.

Secondo il Chiovenda, in particolare, l’*iter* logico-giuridico che porta alla pronuncia giurisdizionale può essere scomposto in più fasi, solamente l’ultima

---

*quell'imperium, di quella supremazia, di quella facoltà di imporsi ai singoli cittadini che è una caratteristica essenziale, originaria, staremmo per dire congenita, senza la quale lo Stato non potrebbe raggiungere gli scopi per cui esiste». D'altra parte, l'«arbitro invece non partecipa di questo imperium. Egli ha il potere di decisione, che gli deriva bensì dalla legge, ma che gli è pur sempre attribuito di volta in volta da una investitura privata, e cioè dal contratto di arbitrato....Ma quando l'arbitro ha deciso, egli deve recarsi dal giudice dello Stato, cioè dal pretore, e quest'ultimo attraverso il decreto di esecutorietà aggiunge alla decisione la sanzione; e solo dopo che per tal modo è impresso alla decisione il sigillo statale, questa diviene veramente equiparabile alla sentenza pronunciata dai giudici istituiti dal Re». Considerazioni analoghe si rinvengono in M. AMAR, *op. cit.*, 109, secondo il quale la giurisdizione dell'arbitro si presenta incompleta perché il suo *dictum* necessita comunque dell'intervento del pretore, ai sensi dell'art. 24 del Codice di rito del 1865, al fine di ottenere efficacia coattiva.*

<sup>17</sup> E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Ed. II, Torino, Utet, 1915, 13.

<sup>18</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1933/34, 70-71. La netta contrapposizione con la teoria c.d. “giurisdizionale” viene rilevata dallo stesso Autore, il quale afferma che l’«*opinione sostenuta da alcuni scrittori, e dominante nella giurisprudenza, che attribuisce all’arbitrato carattere giurisdizionale mi sembra profondamente errata. Basta osservare che il carattere giurisdizionale dovrebbe apparire durante l’arbitrato; ma è proprio durante l’arbitrato che la natura meramente privata dell’attività arbitrale si manifesta nel difetto d’ogni potere, che consenta agli arbitri d’escutere coattivamente testimoni, di eseguire coattivamente un’ispezione oculare e via dicendo*» (G. CHIOVENDA, *ibidem*, 70-71).

delle quali rivestirebbe necessariamente natura giurisdizionale: in tale ottica, dunque, il procedimento arbitrale si svolgerebbe (e si esaurirebbe) unicamente nel campo privatistico, ossia nella fase antecedente a quella giurisdizionale, limitandosi gli arbitri a predisporre il contenuto della decisione che verrà, però, poi assunta dall'organo statale munito di poteri giurisdizionali <sup>(19)</sup>.

Secondo tale impostazione – che potrebbe essere definita a “compartimenti stagni” – sarebbe, pertanto, possibile che l'*iter* per giungere ad una pronuncia di carattere giurisdizionale sia composto da fasi aventi natura diversa – privatistica la prima (rimessa agli arbitri), giurisdizionale la seconda (riservata all'autorità giudiziaria ordinaria) – senza che la natura giurisdizionale di quest'ultima si estenda alla prima, e viceversa <sup>(20)</sup>.

Per tale via, l'Autore riesce a superare una questione che, come si vedrà, ha da sempre visto impegnati i sostenitori della tesi c.d. “privatistica” o “contrattuale” dell'arbitrato, ossia quella relativa alla non facile conciliabilità di un procedimento – *in thesi* – di natura esclusivamente privatistica, che tuttavia si conclude con un provvedimento che risulta poi idoneo, seppure solo grazie all'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria, ad assumere le vesti di atto di natura giurisdizionale.

Merita, peraltro, di essere fin d'ora rilevato che tale questione è divenuta via via meno “superabile” a mano a mano che la disciplina dell'arbitrato è andata evolvendosi e la sentenza arbitrale – come si vedrà meglio oltre – è giunta ad assumere un valore autonomo ed indipendente da qualsiasi vaglio dell'autorità

---

<sup>19</sup> Ne discende che, secondo il celebre Autore, anche gli arbitri non svolgono alcun ruolo di carattere giurisdizionale: ed anzi, «*l'arbitro non è funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria né delegata, non attua la legge, non eseguisce: le sue facoltà derivano dalla volontà delle parti espressa in conformità della legge; la sua decisione (sentenza arbitrale o lodo) è irrevocabile per volontà delle parti, ma non è esecutiva*» (G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 70).

<sup>20</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 71, a tal proposito, infatti, sottolinea proprio che «*quando la legge consente che l'organo dello Stato formuli la volontà della legge desumendone il tenore dal lavoro logico compiuto da un privato (ciò può assumere nella realtà la forma di una semplice sentenza, o anche di un semplice decreto, d'esecutorietà del lodo), non per questo attribuisce carattere giurisdizionale al lodo e molto meno all'attività compiuta dagli arbitri per porsi in grado di emanarlo*».

giudiziaria ordinaria: ad oggi, sembra infatti davvero difficilmente sostenibile che gli arbitri si limitino a fornire il materiale logico che verrà poi recepito da un organo giurisdizionale dello Stato (posto che l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria risulta, ormai, del tutto eventuale).

**3.1.4.** In una posizione che potrebbe essere definita "intermedia" fra quelle fino ad ora descritte, si pongono, infine, gli aderenti alla corrente c.d. "mista", facente capo al Carnelutti <sup>(21)</sup>, secondo la quale, da un lato, il lodo non sarebbe, di per sé, una sentenza, necessitando dell'*exequatur* non solo per acquistare efficacia esecutiva, ma anche per poter divenire vincolante per le parti, e, dall'altro lato, la decisione della controversia spetterebbe sia agli arbitri che al giudice chiamato a concedere l'*exequatur*. Conseguentemente, la sentenza arbitrale sarebbe una sorta di "ibrido", essendo formata tanto dal lodo, quale contributo alla decisione apportato dagli arbitri, quanto dal decreto emesso dal pretore, quale contributo del giudice togato <sup>(22)</sup>.

## **3.2. Il Codice di procedura civile del 1940.**

Se, come si è detto, già prima della promulgazione del codice di procedura civile del 1940 avevano avuto modo di affermarsi diverse tesi circa la natura dell'arbitrato, è nel vigore del nuovo codice di rito che il dibattito dottrinale, anche per via della crescente diffusione dei procedimenti arbitrali, si è acceso con maggior vigore.

**3.2.1.** Innanzitutto, deve essere fin da subito sottolineato che, nel nuovo codice di rito, le norme contenenti la disciplina dell'arbitrato sono state spostate dal Titolo Preliminare, dove erano collocate nel precedente codice, al Libro IV, ossia quello

---

<sup>21</sup> F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 374 ss.

<sup>22</sup> F. CARNELUTTI, *cit.*, 386, parla, infatti, a tal proposito, di «atto complesso ineguale».



dedicato ai procedimenti speciali: modifica, questa, non certo solo formale ma, anzi, di sicuro rilievo <sup>(23)</sup>.

Per il resto, vi è da osservare che, con riferimento alla questione che qui interessa, non si sono registrate, con il passaggio dal vecchio al nuovo codice, modifiche rivoluzionarie del dato normativo: in particolare, il contenuto dell'art. 24, I comma, del codice del 1865 è stato trasfuso, seppure con talune modifiche, nell'art. 825 c.p.c. e, pertanto, è stata confermata la necessità di procedere al

---

<sup>23</sup> A dire il vero, posto che – come subito si dirà – alcune modifiche al dato normativo vi furono, seppure non rivoluzionarie, una vera “rivoluzione” potrebbe essere ravvisata non tanto nella introduzione (o nella modifica) delle specifiche disposizioni dettate in materia di arbitrato, quanto nel fatto che, con la promulgazione del nuovo Codice di rito, l'intero *corpus* delle norme volte a regolamentare detto istituto venne spostato dal Capo II del Titolo Preliminare, ove erano confinate nel precedente Codice di rito, al Libro IV, Titolo VIII del nuovo Codice. Osserva, a tal proposito, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1958, 5, proprio che la nuova «sistemazione...ha dato veramente la misura dei rapporti tra il giudizio arbitrale e quello ordinario, tra potere degli arbitri e giurisdizione statale», ricordando che le norme sull'arbitrato erano state inserite «in un titolo preliminare al codice di procedura civile come se si trattasse di un procedimento extra processuale» e, per di più, «raccolte nel Capo II di tale titolo e, più precisamente, subito dopo il capo che trattava della “conciliazione”». Il che, secondo l'Autore, «aveva non poco contribuito all'avvicinamento, da parte della corrente contrattualistica, all'istituto contrattuale della transazione, dell'arbitrato che pure si presentava, bene o male, come un vero e proprio procedimento giudiziario creato per la “definizione” e non per la “conciliazione” di una lite». Lo spostamento della disciplina dell'arbitrato ha, sempre secondo G. SCHIZZEROTTO, *op.cit.*, Ed. I, 7, una portata estremamente rilevante, posto che, a suo giudizio, in detto intervento sarebbe ravvisabile, da parte del legislatore, «da una parte la volontà di sottrarre l'istituto al campo della indeterminatezza ove prima naufragava, dall'altra l'intendimento di considerare l'arbitrato non già come procedimento avulso dal sistema processuale, ma come parte di esso sebbene caratterizzato da notevoli particolarità in ordine al suo sorgere, svilupparsi e concludersi».

Detta scelta, peraltro, come pure osservato dalla dottrina, rispondeva ad una precisa scelta politica del legislatore: ed infatti, è stato sottolineato che la «ragione della attuale collocazione può ravvisarsi nel fatto che il codice del 1942 è entrato in vigore sotto un regime che esaltava l'autorità dello Stato, e che, pertanto, riteneva non opportuno iniziare un codice di procedura civile con la figura dell'arbitrato» (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 73). A tale proposito, del resto, va ricordato «come l'essere stato assunto dal legislatore del 1865 a paradossale prefazione al suo codice implicasse un omaggio alla volontà e alla buona volontà dei litiganti, un nobile e consapevole sacrificio della sovranità, detentrici della giurisdizione, alla libertà. Il nuovo legislatore non poteva evidentemente accettare questa eredità: e così, non potendo espungere dalla sua bandiera o dal suo gagliardetto la contraddizione dell'arbitrato, che sarebbe immancabilmente risorto dalle sue ceneri, lo ha trasformato in un procedimento speciale, e lo ha relegato in fondo al suo libro» (S. SATTA, *Commento al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959 (rist. 1968), 162-163).

deposito del lodo nel «*termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione*»<sup>(24)</sup>.

Conseguentemente, i termini del dibattito dottrinale circa la natura del procedimento arbitrale non sono mutati particolarmente.

Cionondimeno, alcune modifiche sono intervenute e, sebbene non rivoluzionarie, hanno comunque avuto modo di stimolare il predetto dibattito.

**3.2.2.** In particolare, la tesi c.d. “giurisdizionale” ha continuato a raccogliere consensi e gli aderenti a questa corrente di pensiero hanno interpretato le predette modifiche come volte a rafforzare la natura giurisdizionale dell’operato degli arbitri e, dunque, del prodotto del loro giudizio, ossia il lodo<sup>(25)</sup>: si pensi, ad esempio, al fatto che è stata eliminata la possibilità di impugnazione autonoma del decreto del pretore che rendeva esecutivo il lodo<sup>(26)</sup> e che, sempre con riferimento al decreto di esecutività, è stato espressamente stabilito – dall’art. 825, II, comma, c.p.c.<sup>(27)</sup> – che il controllo operato dal pretore doveva essere di tipo meramente formale, senza alcuna possibilità di esame del contenuto intrinseco del lodo<sup>(28)</sup>.

---

<sup>24</sup> L’art. 825, I comma, c.p.c., nella formulazione in vigore fino al 1983, in particolare, prevedeva che: «*[i]l lodo deve essere depositato da uno degli arbitri in originale, con l’atto di compromesso o con l’atto contenente la clausola compromissoria e gli atti con i quali sono stati proposti i quesiti, nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato*».

<sup>25</sup> U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. I, Torino, Utet, 1957, 154, in particolare, ritiene che il lodo sia, a tutti gli effetti, equiparabile alla sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria ordinaria, e dunque munita di forza obbligatoria, pur essendo priva di forza esecutiva, trattandosi di caratteristica indissolubilmente legata al potere d’imperio dello Stato.

<sup>26</sup> R. VECCHIONE, *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, Morano, 1953, 29-30, osserva che una qualche influenza sulla dottrina possa averla avuta, nel vigore del Codice di rito del 1865, la formulazione dell’art. 25, la quale prevedeva – a differenza di quanto disposto dagli artt. 827 e segg. del Codice di rito del 1940 – l’impugnazione autonoma del decreto del pretore che aveva dichiarato esecutivo il lodo e, pure ritenendo «*inutile indagare oggi sull’influenza che questo particolare della struttura dell’istituto può avere esercitato sul pensiero così rigorosamente coerente del Chiovenda, su quello del Lipari e degli altri scrittori che il carattere giurisdizionale del procedimento arbitrale vollero circoscrivere rigorosamente nell’ambito del decreto del pretore*», riconosce comunque che «*questa influenza fu notevole*».

<sup>27</sup> Il quale prevedeva che il «*pretore, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto*».

<sup>28</sup> R. VECCHIONE, *L’arbitrato nel sistema*, cit., 358, sottolinea infatti come «*[s]uperate dalla nuova formula legislativa le perplessità cui aveva dato luogo il silenzio dell’art. 24 del codice del 1865*».

Ed anzi, proprio prendendo le mosse dalla sostanziale irrilevanza del controllo giurisdizionale effettuato dal pretore al fine della concessione del decreto di esecutorietà, a quel punto espressamente qualificato come mera verifica formale ed estrinseca della sussistenza delle caratteristiche minime ed essenziali affinché il lodo potesse considerarsi valido (o, forse, sarebbe più corretto dire che esso fosse esistente), autorevole dottrina è giunta a riconoscere l'attribuzione di un «carattere pubblico...alla funzione degli arbitri», il quale «si desume precisamente da questa autorità ed efficacia indubbiamente iuris publici, che può assumere la loro pronuncia» (29).

---

*circa i limiti della cognizione del pretore in sede di emissione dell'exequatur, può affermarsi che i poteri del pretore non possono uscire dall'ambito del controllo della tempestività del deposito e della regolarità formale del lodo»: così, se ne deduce, che il riconoscimento della natura di “atto di giurisdizione limitata” del decreto del pretore concorra a rafforzare la tesi di chi riteneva che detto intervento giurisdizionale non fosse nulla di più che un mero formalismo, a conferma del fatto che la “sentenza” era costituita dal lodo reso dagli arbitri, benché non ancora munito di efficacia esecutiva. In tal senso, ed in termini ancor più espliciti, si è espresso anche E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1954, 481, il quale ha affermato che, alla luce del nuovo dato normativo, le «attribuzioni della autorità giudiziaria di cui all'art. 825, sono di schietta giurisdizione volontaria. L'esame della «regolarità» da parte del pretore o del presidente del tribunale è meramente estrinseco e necessariamente sommario (delibatorio)» tanto che l'«esecutorietà potrà esser negata soltanto se prima facie e in modo che diremmo flagrante, risulti che il lodo depositato manca delle caratteristiche formali indispensabili per poter prendere il posto e assumere l'autorità di una sentenza». Su una posizione parzialmente diversa si pone P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Ed. III, Vol. II, Torino, Utet, 1953, 461, il quale, pur riconoscendo che il controllo operato dal pretore deve essere di tipo meramente estrinseco, afferma di ritenere, «benché la legge non lo dica, che il pretore debba esaminare se le disposizioni date col lodo stesso contraddicano i principi fondamentali del diritto pubblico o del buon costume».*

<sup>29</sup> E. REDENTI, *op. cit.*, 459, il quale prosegue, con riferimento proprio all'autorità ed efficacia “iuris publici” che il lodo può assumere, che è «vero che questa formalmente dipende dal decreto del pretore. Ma l'esame del pretore, come abbiamo avvertito, è unicamente di regolarità (legittimità) formale ed estrinseca», di talché il «contenuto della decisione e delle proposizioni di carattere dispositivo (condanna, accertamenti con autorità di cosa giudicata, provvedimenti costitutivi), proviene unicamente dagli arbitri (de sacculo eorum)». Ferme queste premesse, l'Autore osserva che a lui «non pare che questo sia concepibile, se non in quanto lo stesso carattere pubblico si attribuisca anche al suo procedimento formativo», posto che il «carattere legalmente riconosciuto del prodotto, si rispecchia o si riflette cioè a tergo sulle attività (atti e fatti), che hanno necessariamente servito alla sua produzione». L'Autore, peraltro, sottolinea anch'egli, sia la dicotomia che pervade l'istituto arbitrale, sia il fatto che gli arbitri sono investiti di potestà decisionale per legge, osservando che «al carattere di obbligazione iuris civilis» assunta dagli arbitri nei confronti delle parti, «si coordina anzi si sovrappone nello stesso senso un dovere iuris publici, che sorge ex lege dal carattere della funzione che gli arbitri si assumono».

Cionondimeno, non può non essere rilevato che, comunque, l'art. 825 c.p.c. continuava a prevedere che fosse il decreto del pretore a conferire «*efficacia di sentenza al lodo*», con il che veniva ribadito che il lodo non aveva, di per sé, tale efficacia (neppure dichiarativa, oltre che, ovviamente, esecutiva).

Anche nell'fase storica qui presa in considerazione, peraltro, non sono mancati autori che – non focalizzando la propria attenzione unicamente sulla natura ed efficacia del lodo – si sono interessati, più in generale, proprio (e direttamente) della natura del procedimento arbitrale: il Vecchione, ad esempio, ha, in modo inequivocabile, peraltro richiamando quanto già sostenuto (fra gli altri) dal Mortara, affermato – all'esito di un'analisi estremamente approfondita (ed efficace) volta a dimostrare l'infondatezza della teoria c.d. "privatistica" <sup>(30)</sup> – proprio che «*l'arbitrato è un 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*» <sup>(31)</sup>.

**3.2.3.** Fermo tutto quanto precede, deve essere rilevato che, anche sotto l'egida del codice di rito del 1940, pure la tesi c.d. "contrattuale" o "privatistica" ha continuato a registrare adesioni autorevoli.

Il Satta, in particolare, con riferimento al potere decisionale conferito dalle parti agli arbitri, ha affermato che è «*un errore dire che questo potere ha carattere giurisdizionale e come tale esso deriva loro dalla legge, sia pure attraverso la designazione delle parti: della giurisdizione gli arbitri non hanno alcun elemento*» <sup>(32)</sup>, rilevando che un simile potere deriva dalle parti, nel senso che queste ultime non solo provvedono a designare formalmente gli arbitri, ma conferiscono loro il potere

---

<sup>30</sup> R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema*, cit., 1 ss.

<sup>31</sup> R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema*, cit., 44-45, il quale, a sua volta, attribuisce particolare rilievo al fatto che l'arbitrato, pur essendo occasionato da un atto di autonomia privata, trae origine dalla legge.

<sup>32</sup> S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1954, 624, il quale prosegue sottolineando che gli arbitri «*non possono neppure far giurare un testimone, imporre un sequestro, emanare una ingiunzione*», essendo peraltro «*chiaro che non la sola designazione formale...ma l'attribuzione del potere proviene dalle parti, e dipende dalla loro volontà*».

stesso di decidere, senza che ciò possa in alcun modo essere ricondotto ad un'attribuzione normativa.

Pertanto, partendo dal presupposto che non sarebbe la legge a conferire il potere decisionale agli arbitri designati dalle parti, secondo la dottrina in esame, ove si volesse riconoscere l'esercizio di un'attività, seppure *lato sensu*, giurisdizionale agli arbitri, «bisognerebbe affermare che le parti stesse, quando nominano gli arbitri, hanno una posizione pubblicistica, il che è contrario a ogni realtà» (33).

Sempre a tale conclusione si giungerebbe, secondo la tesi c.d. "contrattuale", anche osservando le differenze fra il procedimento arbitrale ed il processo ordinario: ed infatti, se la teoria giurisdizionale affonda le proprie radici nell'assunto secondo il quale il procedimento arbitrale ed il processo ordinario rappresenterebbero «due eguali parallele situazioni, con contenuto perfettamente identico, e solo distinte dalla mera circostanza esteriore che là un giudice, qui l'arbitro, là un giudice ufficiale, qui un giudice liberamente eletto sono i soggetti, o uno dei soggetti del rapporto», allora tutte le differenze sussistenti fra i due procedimenti dovrebbero, specularmente, valere a dimostrare la non giurisdizionalità dell'arbitrato (34).

Un'altra posizione, sempre riconducibile alla tesi c.d. "contrattuale", che merita di essere richiamata è quella sostenuta dal d'Onofrio (35), il quale, dopo avere

---

<sup>33</sup> S. SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 624.

<sup>34</sup> S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1969, 12. Ed infatti, secondo l'Autore, «per chi assume la processualità dell'arbitrato il processo civile rappresenta il dato, col quale l'arbitrato deve combaciare in tutta la sua integrità. Ogni deviazione importa negazione del dato». Alle pagine che seguono, poi, alle quali si rimanda per un'analisi approfondita della questione, l'Autore mette in evidenza anche i punti che, a suo giudizio, segnano il maggiore (ed insanabile) distacco fra il procedimento arbitrale ed il processo ordinario, con particolare riguardo ai poteri dell'organo giudicante ed ai suoi rapporti con le parti.

<sup>35</sup> La qualificazione del pensiero del d'Onofrio non è questione di immediata soluzione, posto che egli stesso (P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 429) si dice vicino alla posizione del Mortara, classificando però quest'ultima – diversamente da quanto comunemente avviene – nell'ambito della teoria c.d. "privatistica": tanto è vero che lo stesso d'Onofrio sottolinea come il Mortara sia stato «spesso non esattamente citato come aderente alla prima tesi», ossia quella c.d. "giurisdizionale", all'interno della quale l'Autore annovera, «fra i più antichi proceduristi il BORSARI e fra i più recenti GALANTE, CODOVILLA, DE PALO, GALGANO, GHIRARDINI, ZANOBI», riconducendo, invece, alla teoria

affermato che il lodo «non è sentenza» <sup>(36)</sup>, si è soffermato ad analizzare direttamente la funzione svolta dagli arbitri, dicendosi favorevole ad un inquadramento di questi ultimi fra gli «*organi temporanei dello Stato*» <sup>(37)</sup>: peraltro, pare innegabile che, nel pensiero espresso dal d'Onofrio, sia ravvisabile una certa contraddittorietà. Ed infatti, egli: da un lato, ha affermato che agli arbitri, pur qualificabili come organi temporanei dello Stato, in realtà non sarebbe affidata alcuna funzione pubblica <sup>(38)</sup>; dall'altro lato, ha altresì sostenuto che il lodo, che non è di per sé una sentenza, ne acquisterebbe natura ed effetti in seguito all'intervento del pretore, che però viene dall'Autore qualificato come intervento di carattere non giurisdizionale <sup>(39)</sup>.

**3.2.4.** Venendo, infine, alla tesi c.d. “mista” o “intermedia”, va rilevato che anch'essa ha continuato ad avere un certo seguito pure sotto l'egida del nuovo codice di rito: in particolare, le considerazioni del Carnelutti sono state fatte proprie dallo Schizzerotto, il quale ha, tuttavia, assunto una posizione che – a ben

---

c.d. “privatistica” «*CHIOVENDA, ROCCO (Alfredo) e in forma meno recisa MORTARA*» ed alla teoria c.d. “mista” il Carnelutti.

<sup>36</sup> P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 429, afferma, comunque, coerentemente con la natura privatistica dell'arbitrato, che «*secondo la concezione che sta oggi alla base del diritto positivo il lodo arbitrale non è sentenza (malgrado sia così intestato il capo IV di questo titolo), ma ne acquista efficacia e conseguentemente la natura (altrimenti sarebbe bastato dichiararne la esecutività, comune a molti atti che non sono sentenza, art. 474) mercé un provvedimento dell'autorità giudiziaria, che, secondo il concetto fermato al n. 1, non ha però carattere giurisdizionale*».

<sup>37</sup> P. D'ONOFRIO, *op. cit.*, 429, infatti – motivo per cui la sua posizione pare non eccessivamente distante neppure dalla tesi c.d. “giurisdizionale” – afferma comunque che la qualificazione, o non qualificazione, degli arbitri quali «*organi temporanei dello Stato*» dipende «*dal significato che si dà a tale espressione: considerando che essi forniscono l'elemento logico del giudizio, non avrei difficoltà a qualificarli tali pur negando che essi adempiano una pubblica funzione*».

<sup>38</sup> La posizione dell'Autore, in altri termini, si pone a metà strada fra coloro che ritengono che il potere degli arbitri sia di natura prettamente privatistica e coloro che, invece, affermano l'inclusione degli stessi addirittura nell'ambito del potere giurisdizionale dello Stato: pare, però, difficile pensare che gli arbitri siano, al medesimo tempo, investiti dallo Stato della funzione di organi temporanei dello Stato, senza però che a tale attribuzione si accompagni lo svolgimento di una pubblica funzione. Viene spontaneo chiedersi, in altri termini, perché mai lo Stato dovrebbe riconoscere gli arbitri quali suoi «*organi temporanei*» – e non lasciare il loro agire confinato nel campo del diritto privato – senza che ciò abbia la finalità di metterli nella condizione di svolgere una funzione pubblica.

<sup>39</sup> A tale proposito, si fatica a comprendere come sia possibile che il lodo, il quale – per espresso riconoscimento dell'Autore – acquista «*natura*» di sentenza (e, dunque, giurisdizionale), possa acquisire detta natura senza che vi sia alcun intervento giurisdizionale, posto che, secondo il d'Onofrio, né il lodo, né il decreto del pretore vantano natura giurisdizionale.

vedere – pare però molto più vicina alla tesi c.d. “giurisdizionale” che non a quella c.d. “contrattuale”<sup>(40)</sup>.

In particolare, quest’ultimo, dopo avere osservato che le parti, quando ricorrono all'arbitrato rituale, lo fanno al fine di ottenere una vera e propria sentenza, si è interrogato sulla natura dell'organo deputato a rendere detta sentenza, individuandolo non nel solo arbitro (o collegio arbitrale), bensì nell'inscindibile binomio arbitro-pretore. Pertanto, secondo l'Autore – posto che la sentenza arbitrale, al fine di essere resa esecutiva, necessitava dell'intervento del pretore, un organo certamente esercente potestà giurisdizionale, e che, d'altro canto, non è possibile che una sentenza sia il frutto di più attività, per giunta di natura differente – anche l'attività svolta dagli arbitri non poteva che avere, a sua volta, carattere giurisdizionale<sup>(41)</sup>.

La tesi dello Schizzerotto, dunque, facendo riferimento alla figura di un particolare “organo giudicante”, costituito tanto dagli arbitri quanto dal pretore, ha superato – in modo ingegnoso ed originale, seppure percorrendo la via inaugurata, come si è già ricordato, dal Carnelutti – la questione relativa alla necessaria partecipazione, al fine di “formare” il lodo, di un organo giurisdizionale: così, sostanzialmente, attuando una *fictio* in base alla quale il lodo ed il decreto sarebbero pronunciati dallo stesso organo (seppure soggettivamente complesso), con la conseguenza che la compenetrazione, all'interno di quest'ultimo, del pretore e degli arbitri consentirebbe una sorta di

---

<sup>40</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op.cit.*, Ed. I, 1-13, infatti, critica con vigore la tesi c.d. “privatistica” e poi muove delle critiche anche nei confronti dell'*iter* logico-giuridico seguito da alcuni degli interpreti che hanno aderito alla tesi c.d. “giurisdizionale”, benché pare ravvisabile una certa vicinanza a quest’ultima impostazione.

<sup>41</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op.cit.*, Ed. I, 11 afferma, in altri termini che, «*se unico è il giudice della pronuncia (arbitri più pretore) e se efficacia processuale ha quest'ultima, anche il procedimento arbitrale, poiché gli arbitri agiscono non per volontà delle parti, ma per consenso della legge, ha carattere processuale*». In particolare, conclude G. SCHIZZEROTTO, *op.cit.*, 12, «*le parti, a mezzo del compromesso o della clausola compromissoria, possono solo accordarsi di scegliere, per far decidere la loro lite, o il giudice ordinario oppure il particolare giudice “arbitri-pretore” ma senza, con ciò, interferire sulla potestà giurisdizionale dello Stato, potestà che questi esercita attraverso i giudici ordinari oppure, escluse determinate questioni ed a scelta degli interessati, a mezzo del giudice arbitri-pretore*».

trasferimento (per osmosi, verrebbe da dire) della “giurisdizionalità” dal primo ai secondi. La conseguenza, estremamente rilevante, cui conduce il ragionamento dello Schizzerotto è che agli arbitri non sarebbe semplicemente conferito *ex lege* un potere giurisdizionale, inteso nel senso proprio di *ius dicere* (o meglio, la frazione di potere giurisdizionale sottratta, per scelta delle parti, all'autorità giudiziaria ordinaria), bensì essi parteciperebbero alla giurisdizione statale, al pari del pretore, con tutte le conseguenze che ciò comporta nel senso di inquadrare i rapporti tra arbitri e giudici nell'ambito della competenza <sup>(42)</sup>.

### 3.3. La riforma del 1983.

Con la Legge 9 febbraio 1983 n. 28 <sup>(43)</sup>, il legislatore è intervenuto, dopo oltre quarant'anni dalla promulgazione del codice di rito del 1940, sulla disciplina dell'arbitrato.

**3.3.1.** Le modifiche apportate dal legislatore alla normativa previgente sono numerose <sup>(44)</sup> ma, ai fini che qui interessano, ciò che rileva maggiormente è che,

---

<sup>42</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op.cit.*, Ed. I, 13, infatti, coerentemente con il percorso logico-argomentativo seguito, conclude che «*deve essere esclusa, nel giudizio arbitrale, la qualifica di giurisdizione speciale e che, trattandosi di un particolare giudizio che si affianca a quello ordinario ed in quanto trae origine dal codice di rito, la competenza degli arbitri, nei confronti del giudice ordinario, non può dar luogo ad una eccezione di declaratoria di giurisdizione, ma solo di incompetenza del giudice ordinario*». Come si è visto sopra, tale conclusione non rappresenta una novità nel panorama dottrinario, però non si può non riconoscere come lo Schizzerotto sia stato colui che, forse più di tutti gli altri autori, ha portato il suo ragionamento ad estremizzare la “giurisdizionalizzazione” dell'arbitrato tanto da inserire *in toto* gli arbitri nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

<sup>43</sup> Rubricata “*Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 15 febbraio 1983 ed entrata in vigore in data 2 marzo 1983.

<sup>44</sup> Non potendosi, nella presente sede, dare conto in modo esaustivo delle modifiche apportate al Codice di rito in occasione della novella, sia consentito rimandare, per approfondimenti sul punto, fra gli altri, a: E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28 - Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1983, 733 ss.; ID., *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 635 ss.; C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 78 ss. ed in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Vol. II, 2, Milano, Giuffrè, 1984, 1755 ss.; A.R. BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato (Considerazioni per un primo bilancio)*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 415 ss.; E. GRASSO, *La nuova disciplina dell'arbitrato alla luce della legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di G. Verde, Napoli, Jovene, 1985, 15 ss.; R. NOBILI, *La formazione del lodo arbitrale e la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. Arb.*, 1983, 21 ss.; A. GIARDINA, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, in *Rass. Arb.*, 1983, 5 ss.; G. FRANCHI, *Brevissime osservazioni*



con l'art. 2, II comma, della summenzionata Legge n. 28/1983, all'art. 823 c.p.c. è stato aggiunto un nuovo ultimo comma, in forza del quale il «lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione»: conseguentemente, è stato espunto il motivo di nullità contenuto nell'art. 825 c.p.c., ai sensi del quale – come si è già ricordato – il lodo, ove non depositato nel termine perentorio di cinque giorni dalla pronuncia, era affetto da nullità <sup>(45)</sup>.

---

sulla legge 6 febbraio 1983 n. 28 contenente modifiche alla disciplina dell'arbitrato, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 219 ss. (il titolo del contributo fa erroneamente riferimento alla Legge 6 febbraio 1983 n. 28 anziché alla Legge 9 febbraio 1983 n. 28); C. SELVAGGI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28 e l'efficacia del lodo arbitrale*, in *Rass. Arb.*, 1983, 69 ss.; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 47 ss.; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrati internazionali e nazionali in Italia*, in *Foro pad.*, 1983, II, 39; A. LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, Giuffrè, 1985, 1 ss.; L. MALAGÙ, *Natura giuridica del lodo arbitrale non depositato ed imposta id registro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 259 ss.; G. MIRABELLI, *Arbitrato fenomeno in evoluzione*, in *Rass. arb.*, 1982, 242 ss.; V. ANDRIOLI, *La novella sull'arbitrato*, in *Dir. e giur.*, 1983, 249 ss.; T. FERRANTE, *Legge 8 febbraio 1983 e prospettive di sviluppo dell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.*, 1982, 251 ss.; L. MONTESANO, *Sugli effetti e sull'impugnazione del lodo nella recente riforma dell'Arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, 160 ss.; ID., *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 214 ss.; G. RECCHIA, *Nuove prospettive dell'Arbitrato Commerciale in Italia*, in *Rass. arb.*, 1983, 41 ss.; G. BERNINI, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato: prospettive internazionali*, in *Rass. arb.*, 1984, 199 ss.; G. DEODATO (a cura di), *L'arbitrato a tre anni dalla Legge n. 28/1983. Atti del Seminario*, Milano, Giuffrè, 1987; E. FAZZALARI, *Una buona novella*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 6 ss.; ID., *Primo incontro con una...lieta «novella»*, in *Rass. arb.*, 1983, 1 ss.; G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli, Jovene, 1985; G. NICOTINA, *Il regime dell'arbitrato in Italia dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. arb.*, 1985, 291 ss.; C.A. NICOLETTI, *L'arbitrato della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 291 ss.; ID., *La l. 9 febbraio 1983 n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 308 ss.; E. BIAMONTI, *Arbitrato rituale e arbitrato libero. Considerazioni sulla nuova L. 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 105 ss.; A. DI BLASE, *Gli «ammodernamenti» alla disciplina italiana dell'arbitrato e le convenzioni internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 859 ss.; F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.*, 1984, V, 181 ss.

<sup>45</sup> La norma è stata inserita al fine di consentire la circolazione, a livello internazionale, dei lodi arbitrali non ancora muniti di *exequatur*: ed infatti, la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 (resa esecutiva in Italia con Legge 19 gennaio 1969 n. 62), nonché le altre convenzioni internazionali successive, tutte recepite in Italia (Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961 ed Accordo di Parigi del 17 dicembre 1962), consentivano la circolazione, fra i Paesi sottoscrittori, delle decisioni arbitrali a condizione che esse fossero vincolanti per l'ordinamento all'interno del quale erano state pronunciate. Il che, evidentemente, non accadeva nell'ordinamento italiano, ove – prima della riforma del 1983 – il lodo, fino a che non gli veniva conferita, ai sensi dell'art. 825, III comma, c.p.c., «*efficacia di sentenza*», non vincolava in alcun modo le parti. Cionondimeno, pare opportuno segnalare che l'esigenza di conferire al lodo arbitrale un'efficacia immediata e stabile, a prescindere da qualsivoglia intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria, era stata avvertita, e discussa da autorevoli studiosi, già prima di allora ed al fine precipuo di venire incontro alle esigenze dei compromittenti, senza fare riferimento alcuno alla necessità di agevolare la circolazione delle decisioni arbitrali all'estero. Ed infatti, il punto n. 9 della «*Mozione di merito*» presentata al Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato (indetto dal Centro nazionale di

La modifica in discorso, come appare evidente, ha mutato radicalmente il regime di efficacia del lodo, posto che quest'ultimo, prima del 1983, non produceva effetti vincolanti tra le parti fino a che non fosse stato munito di *exequatur* dal pretore: in altri termini, dunque, non era previsto un regime di efficacia intermedio fra la non vincolatività assoluta del lodo (a far tempo dal momento della pronuncia e fino quello dell'*exequatur*) e la sua piena efficacia (una volta reso esecutivo mediante il decreto pretorile).

Con l'inserimento del nuovo ultimo comma all'art. 823 c.p.c., dunque, quella sorta di "limbo" è stata rimossa, facendo assumere al lodo, non appena munito dell'ultima sottoscrizione, efficacia vincolante: il che, come è ovvio, ha contribuito a riaccendere il dibattito dottrinale, rappresentando, per gli interpreti, l'occasione per tornare a confrontarsi su un tema complesso e controverso come quello della natura dell'arbitrato <sup>(46)</sup>.

---

difesa e prevenzione sociale e tenutosi a Cadenabbia-Milano dal 3 al 6 giugno 1954), invocava la «*semplificazione della fase successiva alla pronuncia del lodo, lasciando alle parti, dopo la comunicazione del lodo loro fatta dagli arbitri, con decorrenza del termine per impugnare, la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria l'emanazione del decreto di esecutorietà del lodo, e ciò senza prefissione di termine perentorio*». A tale proposito, l'Allorio riteneva «*opportuno adottare la soluzione tedesca: il lodo ha immediatamente efficacia dichiarativa; se le parti ritengono necessario far attribuire ad esso efficacia anche esecutiva, possono farlo quando loro meglio aggrada*». Il celebre Autore, infatti, osservava che «*Il procedimento arbitrale deve venire incontro alle esigenze delle parti, le quali per avventura potrebbero adempiere spontaneamente il lodo: a che scopo, in tal caso, costringerle a provocare l'intervento dell'autorità giudiziaria per dare esecutorietà alla pronuncia?*», sottolineando, infine, che «*[c]hi ha avuto esperienza, anche non ampia, di contestazioni arbitrali, può rendersi conto della convenienza dell'innovazione indicata*» (E. ALLORIO, *Per una riforma dell'arbitrato*, in E. ALLORIO, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi. Problemi di diritto*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1957, 561). Del resto, l'Allorio, dando atto che – nel corso del Convegno – non erano state sollevate obiezioni con riferimento alla proposta in discorso, osservava che ciò «*dimostra come l'attuale regime del diritto processuale italiano sia considerato dal congresso come effettivamente degno di revisione nella futura riforma*» (E. ALLORIO, *op. cit.*, 578). Il che, si badi bene, senza che venisse mai fatto alcun riferimento alla circolazione delle decisioni arbitrali all'estero: dimostrazione, questa, che il necessario intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria pareva di per sé una soluzione poco efficace.

<sup>46</sup> E. GRASSO, *La nuova disciplina*, cit., 15-16, sottolinea proprio che «*[p]uò sembrare sproporzionata la messe di reazioni e di riflessioni suscitate dalla nuova disciplina dell'arbitrato, introdotta dalla legge 9 febbraio 1983 n. 28, data la modestia sia dell'intento del legislatore che degli stessi risultati*», spiegandosi tale interesse nel fatto che «*gli studiosi (più tardi sarà la volta dei giudici) hanno tratto motivo dall'avvenimento legislativo per riprendere un discorso antico di teoria generale; a parte l'esigenza di risolvere i problemi d'ordine tecnico che la novella pone o ripropone*».

Deve essere sottolineato che, con l'anticipazione della vincolatività del lodo al momento della sua pronuncia, anche l'attenzione degli interpreti si è focalizzata, ancora più che in passato, proprio su tale momento.

Ciò premesso, va rilevato che l'importanza dell'innovazione in discorso, immediatamente percepita dagli interpreti, si spiega e si giustifica in quanto – come osservato anche in dottrina<sup>(47)</sup> – si è in tal modo spostato il momento in cui il lodo arbitrale poteva entrare a tutti gli effetti in contatto con l'autorità giudiziaria ordinaria<sup>(48)</sup>.

In particolare, ampio ed articolato è stato il dibattito relativo alla scelta terminologica, caduta sulla “*efficacia vincolante*” del lodo arbitrale, piuttosto che sulla “*efficacia di sentenza*” riconosciuta, dall'art. 825 c.p.c., a seguito dell'*exequatur* pretorile. A tale proposito, infatti, è bene segnalare – posto che si tratta di circostanza tutt'altro che irrilevante, anche per i risvolti pratici che essa ha prodotto<sup>(49)</sup> – che il legislatore ha, da un lato, introdotto la “*efficacia vincolante*”

---

<sup>47</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *I mezzi di impugnazione del lodo rituale non esecutivo e la giurisprudenza*, in *Foro pad.*, 1986, I, 306, si chiede proprio, con immagine che pare molto efficace, «*se la Novella ha inteso spostare il cancello d'entrata del lodo nel “sistema giudiziario” al momento dell'acquisto dell'efficacia vincolante o mantenerlo al momento del decreto di esecutorietà*», propendendo per la seconda alternativa.

<sup>48</sup> Detta conseguenza discende dalla considerazione, non certo pacifica fra gli interpreti, secondo la quale la immediata vincolatività del lodo arbitrale rendeva detta pronuncia impugnabile a prescindere dall'*exequatur*.

<sup>49</sup> Ci si riferisce, anche e soprattutto, alla quesitone relativa alla impugnabilità ex artt. 827 ss. del lodo (vincolante fra le parti, fin dalla data della sua ultima sottoscrizione, ai sensi del novellato art. 823 c.p.c.) non munito di *exequatur*, che ha visto la dottrina fortemente divisa, mentre la giurisprudenza si è assestata sulla linea contraria alla impugnabilità del lodo non depositato: una efficace disamina della questione è stata effettuata, *a posteriori*, da A.R. BRIGUGLIO, *Sub art. 823*, in R. VACCARELLA – G. VERDE, *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 124 ss. e ID., *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 295 ss. nonché da C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, Vol. I, 34, ai quali si rimanda. A tale proposito, sebbene non sia possibile fornire una descrizione completa del dibattito che si è acceso sul punto, pare comunque opportuno ricordare che la non impugnabilità del lodo arbitrale non depositato (se non attraverso gli ordinari rimedi di natura negoziale, così come per l'arbitrato libero) è stata sostenuta, fra gli altri, da: L. MONTESANO, *Negozio e processo*, cit., 215; C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 89-90; F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi*, cit., 194 ss.; A. GIARDINA, *La nuova disciplina*, cit., 15 ss.; F. Carpi, *Gli aspetti processuali*, cit., 61 ss.; A. LEVONI, *op. cit.*, 101 ss.; E. GRASSO, *La nuova disciplina*, cit., 27 ss. (il quale, in realtà, afferma che il lodo sarebbe impugnabile anche ove non omologato, ma solo una volta spirato del termine per la richiesta dell'*exequatur*). A sostegno della impugnabilità del lodo dal momento della pronuncia, si vedano: E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo*

del lodo fin dalla sua pronuncia (intervendo, come si è detto, sull'art. 823 c.p.c.), tuttavia ha lasciato immutato l'art. 825 c.p.c., così che la "efficacia di sentenza" ha continuato ad essere conferita al lodo solo a seguito del deposito.

**3.3.2.** Con riferimento, in particolare, alla modifica normativa da ultimo ricordata, coloro che aderivano alla tesi c.d. "giurisdizionale" hanno ritenuto – sulla base di differenti argomentazioni – che tale discrasia terminologica non avesse particolare rilevanza, essendo dovuta più ad un mero difetto di coordinamento che ad una precisa scelta del legislatore <sup>(50)</sup>.

Al contrario, i medesimi autori hanno ritenuto che l'anticipazione dell'efficacia vincolante del lodo fosse idonea a dimostrare che l'*exequatur* pretorile non incideva sulla portata decisoria – e, se vogliamo, giurisdizionale – del lodo, il quale era ontologicamente dotato di tale caratteristica, limitandosi il decreto del pretore a munire la decisione arbitrale (che già, fin dal momento della sua ultima

---

*arbitrale rituale*, cit., 649-650; E. FAZZALARI, *Primo incontro*, cit., 3; G. MONTELEONE, *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrari rituali*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 552 ss.; G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.*, 1981, 9 ss. La giurisprudenza, invece, come si è detto, negava l'esperibilità dei rimedi previsti dagli artt. 827 ss. nei confronti del lodo non omologato: Cass. 29 novembre 1989, n. 5205, in *Foro it.*, 1990, I, 1427 ss. (con nota di C.M. Barone); Cass. SS.UU., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I, 1525 ss. (con nota di C.M. Barone); Cass. 9 novembre 1988, n. 6021, in *Foro pad.*, 1990, 5 ss.; Cass. 22 aprile 1989, n. 1929, in *Foro it.*, 1990, I, 956 ss.; App. Genova, 3 gennaio 1986, in *Riv. arb.*, 1985, 251 ss. (con nota adesiva di C. Punzi e critica di E.F. Ricci); App. Roma, 23 giugno 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2912 ss. (con nota critica di E. Fazzalari); App. Roma, 15 maggio 1989, in *Riv. arb.*, 1990, 199 ss.; App. Messina, 15 maggio 1991, in *Riv. arb.*, 1992, 96 ss.; App. Roma, 21 maggio 1990, in *Riv. arb.*, 1991 (con nota di R. Marengo); App. Roma, 20 gennaio 1992, n. 63, in *Riv. arb.*, 1993, 70 ss. (con nota adesiva di A.R. Briguglio).

<sup>50</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *I mezzi di impugnazione del lodo rituale*, cit., 304, ad esempio, sottolinea proprio che l'«espressione "efficacia vincolante" non può essere interpretata in base solo all'ordinario significato di tali parole. Essa infatti è un preciso "termine d'arte". Il legislatore ha inteso infatti semplicemente trapiantarla de plano dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958. I testi inglesi, francese e spagnolo, di tale convenzione, (dichiarati dalla stessa originali unitamente a quelli cinese e russo) usano infatti le seguenti espressioni: "become binding", "devenue obligatoire", "obligatoria". Essere vincolante quindi, nelle intenzioni del nostro legislatore, sin dal 1968, equivale ad essere "binding" o "obligatorie"»; G. FRANCHI, *op. cit.*, 220, invece, afferma che non si deve dare eccessiva rilevanza al dato testuale, sottolineando che l'art. 825, III comma (ormai divenuto V comma), c.p.c. andrebbe letto, alla luce della nuova formulazione dell'art. 823, V comma, c.p.c., come se, dopo avere affermato che il «decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza», proseguisse specificando che ciò avviene «agli effetti, oltre che esecutivi, dell'iscrizione ipotecaria e della trascrizione o annotazione sui registri immobiliari o riguardanti particolari categorie di beni mobili».

sottoscrizione, produceva effetti sostanziali analoghi a quelli propri della sentenza) dell'efficacia esecutiva e di altri effetti minori <sup>(51)</sup>. Secondo detta impostazione, dunque, «l'efficacia del lodo è quella di una sentenza soggetta a impugnazione ordinaria, se non addirittura appellabile» <sup>(52)</sup>, sicché «l'effetto di accertamento proprio della sentenza si produce senza il deposito» <sup>(53)</sup> ed a prescindere da esso.

---

<sup>51</sup> In tal senso, si vedano, seppure con argomentazioni non sempre del tutto sovrapponibili: E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 635 ss.; ID., *Legge 9 febbraio 1983, n. 28*, cit., 735 ss.; G. FRANCHI, *op. cit.*, 219 ss. Analogamente si veda anche E. GRASSO, *La nuova disciplina*, cit., 23 che, in modo molto chiaro – dopo aver riaffermato con forza la intrinseca diversità dell'istituto dell'arbitrato rituale da quello dell'arbitrato libero, benché in entrambi i casi siano le parti a demandare ad uno o più terzi la decisione di una controversia, posto che «in un caso, esse tendono ad una soluzione negoziale, nell'altro, ad un procedimento modellato ad instar del procedimento giurisdizionale, e ad un dictum che abbia lo stesso valore della sentenza» – afferma, così richiamando quanto sostenuto, fra gli altri, dal Chiovenda (come sopra si è visto) che «la legge conferisce ai privati la facoltà di creare un processo avente la natura "giurisdizionale". Né si tratta di una mera "processualizzazione" degli atti che concorrono alla formazione del lodo». Del resto, come pure sottolineato dall'Autore, la «scelta del tipo giudiziale non cade (soltanto) sull'effetto da attribuirsi alla pronuncia degli arbitri», dal momento che detta scelta «investe l'intero procedimento (in termini non equivoci, Cass. 9 luglio 1979 n. 3939 in Foro it., 1979, I, 974) ed è irreversibile perché le parti non possono ex post mutare la loro scelta, sono già definitivamente entrati nella sfera della giurisdizionalità» e, dunque, al massimo «Possono soltanto rinunciarvi». L'Autore, poi, si intrattiene sul fatto che il riconoscimento della natura giurisdizionale del procedimento arbitrale non trovi ostacolo nella previsione di cui all'art. 102, I comma, Cost. nonché sul tema degli effetti prodotti dal lodo non depositato.

<sup>52</sup> G. FRANCHI, *op. cit.*, 220, il quale, soffermandosi sul tema della non perfetta conciliabilità, almeno formale, fra la disposizione di cui al novellato art. 823 c.p.c. e quella di cui all'art. 825, V comma (e prima III comma), c.p.c., sottolinea, con riferimento a quest'ultima, che «se a questa disposizione si dà una interpretazione letterale diventa difficile pensare che senza il decreto il lodo abbia ugualmente efficacia di sentenza. Non è invece così se si legge l'attuale quinto comma come se, alla sua fine, continuasse come segue: «agli effetti, oltre che esecutivi, dell'iscrizione ipotecaria e della trascrizione o annotazione sui registri immobiliari o riguardanti particolari categorie di beni mobili»».

<sup>53</sup> G. FRANCHI, *op. cit.*, 222. Preme qui segnalare, peraltro, che l'Autore, alla luce di tale premessa, osserva che si è verificata una forte alterazione nei rapporti tra arbitrato rituale e libero (o irrituale), posto che «mentre finora l'idea dell'arbitrato era legata a quella del lodo e per ottenere l'equiparazione del lodo alla sentenza poteva occorrere un segno della volontà delle parti di ottenere questa efficacia, non implicita nell'uso della giustizia privata, ora che il lodo produce di per sé gli effetti della sentenza non c'è bisogno di nessuna volizione completiva e specificante, mentre il lodo con i soli effetti dell'atto contrattuale diventa la fattispecie meno comune e pertanto da scegliersi in modo esplicito». Tale osservazione, estremamente acuta, pare da sottolineare perché ha anticipato ciò che, a livello legislativo, è avvenuto a distanza di oltre venti anni: ed infatti, è stato solo con la riforma del 2006 (in particolare, con il nuovo art. 808-ter, I comma, c.p.c.) – tema sul quale, peraltro, ci intratteremo oltre – che il legislatore ha espressamente previsto, anche alla luce dell'introduzione del nuovo art. 824-bis c.p.c., che la scelta della via dell'arbitrato irrituale deve essere dalle parti effettuata «con disposizione espressa per iscritto», altrimenti il procedimento sarà di tipo rituale.

L'attenzione di coloro che hanno aderito alla tesi in discorso si è focalizzata – partendo dal presupposto che il lodo rituale, una volta ottenuto l'*exequatur* pretorile, fosse pienamente equivalente ad una sentenza (il che, peraltro, essendo fatto discendere dal disposto dell'art. 825, III comma, c.p.c., nel testo in vigore a far tempo dal 1940, poi trasfuso, senza modifiche, nel quinto comma della medesima norma a seguito della riforma del 1983, fa sì che alla medesima conclusione si dovesse giungere anche prima dell'intervento del legislatore) <sup>(54)</sup> – sul comprendere se sussistessero, anche alla luce del novellato art. 823 c.p.c., ragioni per ritenere che una tale equivalenza dovesse essere negata al lodo non ancora reso esecutivo <sup>(55)</sup> e, dunque, in che modo la "efficacia vincolante" differisse dalla "efficacia di sentenza".

Ebbene, gli autori convinti della "giurisdizionalità" dell'arbitrato hanno ravvisato una sorta di "graduazione" o di anticipazione degli effetti di sentenza che il lodo, una volta ottenuto l'*exequatur* pretorile, sarebbe comunque stato destinato ad acquisire: in particolare, quasi tutti i predetti effetti avrebbero potuto senz'altro essere anticipati al momento della pronuncia del lodo, eccezion fatta solamente per l'efficacia esecutiva – che, per espressa previsione normativa,

---

<sup>54</sup> E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 639-640, il quale sottolinea come, già prima della riforma del 1983, «la formula impiegata dall'art. 825, 3° comma, (poi divenuto 5° comma, con la riforma) cod. proc. civ. è stata intesa vuoi dalla giurisprudenza unanime vuoi dalla dottrina maggioritaria nel senso di una equivalenza tra lodo reso esecutivo e decisione giudiziaria». L'Autore, peraltro, sottolinea anche che, se una tale sostanziale univocità di vedute era ravvisabile, prima della riforma del 1983, con riferimento al "risultato" del procedimento arbitrale (i.e. al lodo), altrettanto non si poteva dire riguardo al procedimento arbitrale in sé, registrandosi opinioni discordanti.

<sup>55</sup> E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 640.

potrebbe essere acquisita solo in seguito all'*exequatur* <sup>(56)</sup> – e, secondo alcuni, anche per l'attitudine del lodo ad essere trascritto <sup>(57)</sup>.

3.3.3. Gli interpreti aderenti alla tesi c.d. "contrattuale", al contrario, hanno ritenuto la modifica in discorso ideata a rafforzare la natura privatistica dell'arbitrato rituale.

In particolare, la differente formulazione dell'art. 823 c.p.c., il quale parlava, come si è detto, di "efficacia vincolante", e dell'art. 825 c.p.c., il quale faceva riferimento alla "efficacia di sentenza", è stata valorizzata nel senso di ritenere che tale scelta terminologica dimostrasse la volontà del legislatore di rimarcare la netta cesura fra il lodo quale mero negozio giuridico, vincolante come un qualsiasi contratto, ed il lodo omologato, che acquista efficacia di sentenza solo in seguito all'intervento di un organo giurisdizionale: peraltro, secondo tali autori, l'*exequatur* pretorile non risultava comunque idoneo a trasformare il lodo in un atto giurisdizionale, limitandosi a conferirgli alcuni (limitati) effetti, che si riducevano, sostanzialmente, all'attribuzione della efficacia esecutiva <sup>(58)</sup>.

Ed anzi, va rilevato che, fra gli aderenti alla tesi in discorso, vi è stato chi è giunto addirittura ad affermare che il lodo, prima dell'*exequatur*, non fosse munito neppure di veri e propri effetti negoziali, ritenendo che l'art. 823 c.p.c. si limitasse a conferire alla decisione arbitrale l'attitudine a proteggere l'eventuale adempimento spontaneo della parte soccombente da una *condictio indebiti*. Di

---

<sup>56</sup> E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 647, il quale, a tal proposito, dopo aver affermato che l'«effetto esecutivo è l'unico non suscettibile di anticipazione», sottolinea che l'impostazione assunta si rifà alla «ormai classica concezione liebmaniana», ossia «al principio, secondo il quale gli effetti della decisione sono in genere coevi all'atto che ne è la fonte, ove norme di settore non stabiliscano il contrario»: in altri termini, si tratterebbe semplicemente di «applicare anche al lodo questa regola, visto che la pronuncia arbitrale – ancorché proveniente da privati – è destinata a porsi come forma di tutela giurisdizionale quanto a risultato».

<sup>57</sup> In tal senso, si veda G. FRANCHI, *op. cit.*, 220.

<sup>58</sup> Cfr. L. MONTESANO, *Negozio e processo*, cit., 218 ss., il quale sottolinea che, alla luce del nuovo dato normativo, «quella efficacia vincolante si identifica, prima e dopo il decorso del termine per il deposito, con la piena esistenza e validità, nell'ordinamento, del precetto negoziale concretato col lodo (o, per usare linguaggio più "tecnico", con il completamente, secondo lo schema dell'art. 1349 c.c., del requisito contenutistico della fattispecie negoziale compromissoria)». Anche C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 84, afferma la non equiparabilità del lodo, benché omologato, alla sentenza.

talché, nel periodo intercorrente fra la sua pronuncia e la concessione dell'*exequatur* (ovvero lo scadere del termine per l'*exequatur*), il lodo sarebbe stato munito di tale (limitata) efficacia temporanea, essendo destinato ad acquisire "efficacia di sentenza" in caso di *exequatur*, oppure piena efficacia di negozio nel caso in cui l'*exequatur* pretorile, per qualsiasi ragione, non fosse stato concesso <sup>(59)</sup>.

In un'ottica non particolarmente dissimile, inoltre, si è posto chi ha affermato che, con l'aggiunta dell'ultimo comma dell'art. 823 c.p.c., il legislatore non avrebbe voluto anticipare alcuno degli effetti che il lodo sarebbe stato idoneo a produrre una volta ottenuto l'*exequatur* (e, dunque, tantomeno quello decisivo), limitandosi ad imporre alle parti di non modificare l'assetto di interessi (temporaneamente) determinato dalla decisione arbitrale, fornendo loro un termine perentorio, di durata annuale, entro il quale decidere se far acquisire al lodo efficacia di sentenza, depositandolo, oppure lasciare che esso venisse meno, attendendo che il predetto termine spirasse <sup>(60)</sup>.

---

<sup>59</sup> L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo*, cit., 162 chiarisce, a tale proposito, che, nel periodo intercorrente fra la pronuncia del lodo e l'eventuale *exequatur*, «il lodo è elemento di una fattispecie ancora non compiuta e che si potrà perfezionare alternativamente in direzione della pura e normale efficacia negoziale o di quella "di sentenza" conseguente al decreto pretorile di esecutività». La tesi in discorso, peraltro, è condivisa da F. CARPI, *Gli aspetti processuali*, cit., 59 ss., mentre è espressamente criticata da E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 642 ss., il quale osserva, in primo luogo, che «niente – né a livello di previsioni normative, né a livello di possibile ratio della disciplina positiva – consente di qualificare gli iniziali effetti del lodo come provvisori» e, in secondo luogo, che, a prescindere da ciò, alla luce del dato normativo (e, in particolare, dell'art. 825 c.p.c.), anche una volta riconosciuta al lodo la attitudine, in forza del disposto dell'art. 823 c.p.c., a proteggere dalla *condictio indebiti*, la soluzione prospettata da Montesano non parrebbe trovare alcun appiglio normativo, posto che, comunque, «si ripeterebbe dopo l'*exequatur* l'alternativa che caratterizzava il sistema anteriore alla riforma: o lodo equivalente a sentenza in quanto reso esecutivo, o lodo improduttivo di effetti».

<sup>60</sup> Secondo V. ANDRIOLI, *La novella sull'arbitrato*, cit., 257, in particolare, «l'efficacia vincolante, prodotta dall'ultima sottoscrizione, sta a significare soltanto che le parti, nella pendenza del perentorio termine annuale, non debbono modificare l'assetto degli interessi determinato dagli arbitri, e sol possono, se lo credono, depositare il lodo al fine di fargli conseguire l'efficacia di sentenza ma, se tale possibilità non utilizzano, l'intero procedimento arbitrale – compromesso e lodo compreso – viene meno senza residuo. In altre parole il comma aggiunto dalla legge di riforma all'a. 823 altro non significa se non la regola del *quieta non movere* sino a quando il procedimento – fattispecie a formazione successiva – non abbia attinto la meta finale». La posizione dell'Autore, peraltro, è stata espressamente criticata da E.F. RICCI, *Sull'efficacia del*



Infine, vi è stato anche chi – ponendo particolare attenzione sulle finalità perseguite dal legislatore – ha ritenuto che la “*efficacia vincolante*” prevista dall’art. 823 c.p.c. dovesse essere ritenuta idonea ad incidere unicamente sulla efficacia internazionale del lodo, il quale, all’estero ed in forza delle convenzioni internazionali, avrebbe potuto così acquisire, per l’appunto, quella “*efficacia vincolante*” necessaria per la sua circolazione: la norma, secondo detta impostazione, sarebbe dunque stata priva di qualsivoglia effetto sul piano del diritto interno <sup>(61)</sup>.

L’interpretazione fornita dagli autori aderenti alla tesi c.d. “*contrattuale*”, soprattutto nelle varianti più “*radicali*” da ultimo ricordate, ha finito, inevitabilmente, per avvicinare in modo più che sensibile l’istituto dell’arbitrato rituale a quello dell’arbitrato irrituale (o libero).

Ed infatti, partendo dal presupposto (pacifico) che l’arbitrato rituale e quello irrituale svolgono la medesima funzione, che è quella di devolvere ad un terzo la decisione della controversia insorta tra le parti compromittenti, il fatto che, fin dal momento dell’ultima sottoscrizione, il lodo (ancorché rituale) divenisse vincolante per le parti senza bisogno dell’intervento di un organo giurisdizionale statale, ha fatto sì che gli aderenti alla corrente in discorso ravvisassero la differenza fra i due istituti unicamente nel fatto che il lodo rituale, in seguito alla omologazione pretorile, venisse munito anche dell’efficacia esecutiva e dell’efficacia di sentenza (così come previsto, rispettivamente, dal quarto e dal terzo comma dell’art. 825 c.p.c.): ciò che, peraltro, non era idoneo a far «*perdere al lodo la natura privatistica, che gli è propria*», essendo da escludere «*che una semplice*

---

*lodo arbitrale rituale, cit.*, 657-658, nonché da F. MAZZARELLA, *Sull’efficacia e l’impugnabilità dei lodi, cit.*, 182 ss.

<sup>61</sup> C.A. NICOLETTI, *La l. 9 febbraio 1983 n. 28, cit.*, 314-315, fa riferimento, infatti, al fatto che la “*efficacia vincolante*” prevista dall’art. 823 c.p.c. riguarderebbe unicamente gli «*effetti che il lodo è idoneo a produrre nell’ambito di altri ordinamenti*». Anche la posizione assunta da questo Autore è stata espressamente, e motivatamente, criticata da E.F. RICCI, *Sull’efficacia del lodo arbitrale rituale, cit.*, 658.

*approvazione amministrativa possa trasformare in sentenza ciò che sentenza non è»* (62).

In altri termini, dunque, il lodo sarebbe nato, all'esito di un procedimento prettamente privatistico, dotato di una vincolatività che derivava dalla sua natura di atto negoziale, la quale non veniva meno neppure in seguito all'omologazione, che si presentava come un semplice mezzo volto a consentire al lodo (che era, e restava, un atto di natura prettamente negoziale) di essere munito della efficacia esecutiva (oltre a renderlo idoneo ad iscrivere ipoteca giudiziale e trascrivibile).

**3.3.4.** Resta da aggiungere, con riferimento alla tesi c.d. "mista" o "intermedia", che la riforma del 1983 pare avere frapposto un ostacolo insormontabile per la sua sopravvivenza, posto che, con le modifiche apportate all'art. 823 c.p.c., è stato riconosciuto che il lodo ha, di per sé, effetti vincolanti fra le parti, così rendendo davvero arduo sostenere – affermazione che costituisce il cuore di detta tesi – che

---

<sup>62</sup> C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 81 ss. (il passaggio virgolettato è tratto da P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, 256), il quale prosegue che «[s]i deve, quindi, concludere che gli effetti di cui all'art. 825, 4° e 5° comma, c.p.c., non sono idonei a trasformare un atto di autonomia privata in un atto giurisdizionalizzato a posteriori: lodo e decreto pretorile costituiscono una fattispecie complessa, non un atto complesso, in cui essi confluiscono e si fondano». In termini in gran parte sovrapponibili si veda anche E. FAZZALARI, *Primo incontro*, cit., 2, il quale, avvicinando anch'egli l'arbitrato rituale a quello libero, ritiene che l'omologazione del lodo rituale «svolgerà opera di potenziamento senza cambiare la natura di quell'atto, bensì conferendo alla sua efficacia gli attributi di quella della sentenza giurisdizionale». Una posizione parzialmente differente (e più vicina alla tesi c.d. "giurisdizionale") è assunta da C. SELVAGGI, *op. cit.*, 71 ss., il quale, pur affermando che il lodo arbitrale riveste natura sostanzialmente contrattuale e che «il deposito comporta...soltanto la addizione di nuovi effetti», riconosce comunque che esso produce, già di per sé e fin dalla pronuncia, degli «effetti processuali», fra i quali, in particolare, «la permanenza del divieto di decidere la stessa controversia, (applicazione del principio del "ne bis in idem")», e la improponibilità delle azioni di nullità e annullabilità proprie dei negozi giuridici, cui corrisponde l'ammissibilità delle azioni di nullità proprie del "lodo", nei casi e nei modi previsti dal Codice di Procedura Civile». Infine, non si può non tener conto della posizione di chi, come F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi*, cit., 181 ss., pur giungendo ad affermare che non vi sarebbe differenza fra arbitrato rituale e libero (o irrituale), non sostiene – come, invece, gli Autori appena richiamati – la sostanziale "attrazione" dell'arbitrato rituale in quello irrituale, bensì riconosce l'esistenza di un solo tipo di arbitrato, che non rivestirebbe natura né contrattuale né giurisdizionale, andando a configurarsi come un fenomeno a sé stante: si parla, infatti, della «fondamentale unità dell'esperienza arbitrale e della sua equidistanza dai circostanti fenomeni della giurisdizione e del negozio». Si tratta, dunque, di una posizione che non può essere annoverata né nella corrente contrattuale né in quella giurisdizionale e, peraltro, che prescinde dalle modifiche apportate al dato normativo con la riforma del 1983 (che lo stesso autore definisce «modest[e]»).

l' idoneità a produrre tali effetti sarebbe il frutto di un «atto complesso ineguale» formato necessariamente sia dal lodo che dal decreto pretorile.

### 3.4. La Riforma del 1994.

Con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25 <sup>(63)</sup>, il legislatore è intervenuto nuovamente – e questa volta in modo decisamente più organico e completo rispetto al passato – sulla disciplina dell'arbitrato, apportando modifiche anche di notevole rilievo <sup>(64)</sup>.

**3.4.1.** In particolare, le modifiche maggiormente rilevanti, con riferimento alla questione della natura dell'arbitrato, sono quelle apportate agli artt. 825 ed 827 c.p.c., essendo rimasto sostanzialmente invariato l'art. 823 c.p.c. <sup>(65)</sup>, il quale, pertanto, continuava a disporre che il lodo acquisiva «*efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*».

L'art. 825 c.p.c., innanzitutto, è stato modificato mediante l'espunzione del previgente quinto comma, quello secondo il quale era il decreto del pretore a conferire al lodo «*efficacia di sentenza*». Sono stati, inoltre, espunti sia il termine

---

<sup>63</sup> Rubricata “[n]uove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 17 gennaio 1994 ed entrata in vigore in data 17 aprile 1994.

<sup>64</sup> Essendo possibile, nella presente sede, soffermarsi solo su alcuni aspetti della riforma, sia concesso di rimandare, per un maggior approfondimento delle modifiche apportate dal legislatore alla disciplina dell'arbitrato nel 1994, fra gli altri, a: G. TARZIA - R. LUZZATTO - E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995; P. BERNARDINI - G. DE NOVA - R. NOBILI - C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Milano, Ipsoa, 1994; A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994; N. SOLDATI, *La legge 5 gennaio 1994, n. 25 e la seconda riforma dell'arbitrato*, in *Dir. econ.*, 1995, 685 ss.; G. GUARNIERI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Società*, 1994, 310 ss.; G. MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 1994, 1048 ss.; G. RECCHIA, *La nuova legge sull'arbitrato e le esperienze straniere*, in *Riv. arb.*, 1994, 23 ss.; E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 1 ss.; P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Riv. dir. comm. internaz.*, 1994, 3 ss.; V. CARBONE, *La seconda riforma dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.*, 1994, 141 ss.; P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato: appunti sulla novella n. 25 del 1994, in Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, Cedam, 1994, 20 ss.; A. GIARDINA, *La legge n. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1994, 257 ss.; C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 331 ss.; A.M. BERNINI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 1994, 69 ss.; A. ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, ESI, 1994; R. VACCARELLA - G. VERDE, *Dell'arbitrato*, cit..

<sup>65</sup> Eccezione fatta per la modifica del n. 5) del secondo comma della norma in discorso, ove, tra fra gli elementi essenziali del lodo, è stata aggiunta «*l'indicazione della sede dell'arbitrato e del luogo o del modo in cui è stato deliberato*».

annuale per depositare il lodo (secondo comma) che, conseguentemente, la disposizione che prevedeva la perentorietà di detto termine (terzo comma).

Ne discende che, ai sensi del novellato art. 825 c.p.c., il decreto pretorile, emesso a seguito di un accertamento avente ad oggetto unicamente la regolarità formale del lodo, si limitava a conferire a quest'ultimo l'efficacia esecutiva nonché la idoneità ad essere trascritto <sup>(66)</sup>.

È stato, inoltre, modificato l'art. 827 c.p.c., dedicato ai mezzi di impugnazione, così da porre rimedio alla delicata situazione che si era venuta a creare in seguito al precedente intervento normativo del 1983 <sup>(67)</sup>. Come si è già avuto modo di sottolineare, infatti, il difetto di coordinamento fra gli artt. 823, 825 ed 827 c.p.c. aveva creato non pochi problemi applicativi: in particolare, l'introduzione, nell'art. 823 c.p.c., della precisazione <sup>(68)</sup> secondo cui il lodo acquisiva efficacia vincolante dalla data della sua ultima sottoscrizione, non era stata coordinata con gli artt. 825 ed 827 c.p.c., i quali, pertanto, continuavano a disporre che i mezzi di impugnazione previsti dal codice di rito (artt. 827 e segg.) potevano essere esperiti (solamente) nei confronti del lodo omologato.

Senza volere qui tornare ad affrontare il discorso <sup>(69)</sup>, è sufficiente ricordare che, sul punto, si era aperto un ampio dibattito, posto che il lodo, una volta pronunciato (e ancorché non ancora omologato), era sì vincolante fra le parti (benché ancora privo della efficacia esecutiva), tuttavia non poteva essere –

---

<sup>66</sup> Il terzo comma dell'articolo in esame, così come modificato con la riforma del 1994, infatti, prevedeva espressamente che il lodo poteva essere trascritto solamente a seguito dell'omologazione.

<sup>67</sup> Ed anzi, come autorevolmente rilevato, «*l'impugnazione del lodo era in qualche modo divenuto il tema più impellente della riforma, di fronte ai dubbi, che la legge del 1983 aveva fatto sorgere sull'identificazione dell'atto impugnabile: il lodo "dal momento della sua ultima sottoscrizione" (art. 823 ultimo comma, rimasto immutato) ovvero il lodo che, con la dichiarazione di esecutorietà del pretore, aveva acquistato "efficacia di sentenza" (art., 825, comma 5°, abrogato, cfr. sub art. 17)*» (così G. TARZIA, *Sub art. 19*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, cit.*, 151).

<sup>68</sup> Non modificata in occasione della riforma del 1994.

<sup>69</sup> Già affrontato al precedente punto 3.3.1., al quale, pertanto, si rimanda.

stando al dato strettamente testuale <sup>(70)</sup> – impugnato: il che aveva costretto gli interpreti a trovare, in via interpretativa, una soluzione che consentisse di tutelare la posizione (soprattutto) della parte soccombente, che si trovava in presenza di un lodo vincolante, ma rischiava di non avere alcuno strumento per rimettere in discussione la pronuncia degli arbitri.

Con la riforma del 1994, dunque, il legislatore ha espressamente previsto <sup>(71)</sup> – così accogliendo la soluzione preferita da parte della dottrina, ma fermamente contestata dalla giurisprudenza – che i «*mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo*» (art. 827, II comma, c.p.c.) e, dunque, a far tempo dal momento della sua pronuncia: coerentemente, pertanto, l'art. 828 c.p.c. è stato integrato con la previsione di cui al novellato secondo comma, secondo il quale l'impugnazione poteva essere proposta nel termine annuale decorrente, per l'appunto, «*dalla data di ultima sottoscrizione*» del lodo.

Sempre con riferimento alle impugnazioni, rilevante appare anche l'introduzione, all'interno dell'art. 829 c.p.c., di un nuovo motivo di impugnazione per nullità, quello di cui al n. 8, il quale sanziona con la nullità il lodo che sia «*contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*»: ed infatti, è stata così introdotta – almeno sotto il profilo in esame – una espressa equiparazione fra lodo e sentenza, dovendo il lodo essere considerato viziato ove contrastante tanto con una precedente sentenza, quanto con un precedente lodo.

---

<sup>70</sup> Motivo per cui alcuni Autori avevano ritenuto necessaria un'interpretazione del dato normativo che consentisse di proporre i mezzi di impugnazione previsti dal codice di rito a far tempo dalla pronuncia del lodo.

<sup>71</sup> Così, come osserva correttamente C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, Cedam, 2012, 111, «*con la l. n. 25/1994 si è risolto [il] delicato "pasticcio", provocato dal mancato coordinamento delle disposizioni modificate dalla precedente novella del 1983 con le disposizioni non interessate dalla riforma*».

Va, inoltre, segnalato che, in occasione dell'intervento del 1994 <sup>(72)</sup>, il legislatore ha provveduto ad espungere tutti i riferimenti alla «*sentenza arbitrale*», preferendo fare ricorso al termine «*lodo*».

Infine, grande rilievo sistematico non può non essere riconosciuto alle ulteriori innovazioni introdotte dagli artt. 1, 25 e 26 della Legge 5 gennaio 1994 n. 25, mediante le quali, intervenendo sugli artt. 2943, 2945, 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c. nonché sugli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., il legislatore, «[d]al punto di vista sostanziale», ha «consent[ito] alla domanda di arbitrato di ottenere gli stessi effetti di quella giudiziale e in particolare quelle che riguardano la prescrizione e la trascrizione» <sup>(73)</sup>.

Così riassunte, in modo estremamente sintetico, le modifiche che appaiono più rilevanti, fra le molte introdotte in occasione della riforma del 1994, resta da sottolineare che – mancando (ancora una volta) una netta presa di posizione del legislatore sul punto, il quale ha perfino evitato di chiarire cosa comportasse la “*efficacia vincolante*” conferita al lodo fin dalla data della sua ultima sottoscrizione <sup>(74)</sup> – gli interpreti, con riferimento alla questione della natura del procedimento arbitrale, non hanno trovato una posizione comune, residuando la netta

---

<sup>72</sup> Tanto che, in dottrina, c'è stato anche chi ha definito quella del 1994 come la prima (vera) riforma dell'arbitrato, relegando quella del 1983 al ruolo di semplice “*mini-riforma*” o “*mini-novella*”: in tal senso si vedano, ad esempio, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631; E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 10; A.R. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo*, cit., 295; ID., *Sub art. 823*, in R. VACCARELLA – G. VERDE, *Dell'arbitrato*, cit., 129.

<sup>73</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 793. Sul punto, della medesima Autrice si veda anche *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss., ove sottolinea (in particolare, a pag. 645) proprio che «[c]on la recente l. 5 gennaio 1994, n. 25 il legislatore ha compiuto enormi passi avanti sulla via della equiparazione del procedimento arbitrale rituale con quello giurisdizionale», affermando, per l'appunto, che «[t]ra questi, quello forse maggiormente incisivo riguarda la domanda introduttiva del procedimento».

<sup>74</sup> Come osservato, all'indomani della riforma, da M.F. GHIRGA, *Sub art. 17*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 129-130, nonché nt. 5, infatti, a motivo di ciò era «*probabile che in dottrina si continu[asse] a discutere se tale efficacia coincid[esse] con quella della sentenza ovvero con quella del negozio*»: ed anzi, l'Autrice osservava proprio che «[d]ai primi interventi che [avevano] fatto seguito alla novella del '94 emerge[va] già come il dibattito sull'efficacia vincolante del lodo non si [fosse] affatto sopito, ma anzi [avesse] tratto linfa dalle modifiche legislative».

contrapposizione fra autori aderenti alla tesi c.d. “giurisdizionale” ed autori aderenti alla tesi c.d. “privatistica”.

Sembra, invece, che la tesi c.d. “mista” o “intermedia”, in seguito alle modifiche apportate dalla riforma del 1994, abbia definitivamente perso attrattiva: ed infatti, come si è visto, essa si fondava sull’assunto che la «*sentenza arbitrale*» fosse un «*atto complesso ineguale*» formato necessariamente sia dal lodo che dal decreto pretorile ma, una volta che la vincolatività del lodo è stata resa del tutto indipendente dalla omologazione (tanto che quest’ultimo poteva essere addirittura impugnato ancorché non omologato), che è divenuta assolutamente eventuale <sup>(75)</sup>, la tesi in discorso si è trovata priva di fondamento, posto che difficilmente si poteva continuare a sostenere, alla luce del nuovo dato normativo, che gli arbitri ed il pretore partecipassero in egual misura alla formazione del provvedimento finale del procedimento arbitrale.

Deve essere, a tale proposito, rilevato che, alla luce delle modifiche apportate dal legislatore alla disciplina dell’arbitrato (e, in particolare, all’art. 825 c.p.c.), appariva ormai ben difficile sostenere che il lodo arbitrale, al momento della pronuncia, avesse un’efficacia diversa (e più limitata) rispetto a quella ottenuta in seguito all’*exequatur*, destinata poi a cristallizzarsi, ovvero modificarsi, a seconda del fatto che le parti procedessero, o meno, al deposito dello stesso. Ed infatti, una simile conclusione risultava (*in thesi*) ammissibile a condizione che sussistesse uno iato temporale, intercorrente fra la pronuncia del lodo ed il momento della cristallizzazione della sua efficacia, nel quale il lodo era, in potenza, sia accertamento equiparabile (almeno quanto ad effetti) alla sentenza che mero atto negoziale <sup>(76)</sup>.

---

<sup>75</sup> Solo con la riforma del 1994, infatti, il legislatore ha preso espressamente posizione in tal senso, avendo l’intervento del 1983 lasciato, come si è più volte ricordato, ampi margini di dubbio circa la natura e gli effetti del lodo che non fosse divenuto, attraverso l’*exequatur*, “sentenza arbitrale”.

<sup>76</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 17, cit.*, 130-131.

Fra le due soluzioni astrattamente possibili che residuavano, ossia quella che riconosceva al lodo efficacia di sentenza (eccezion fatta, ovviamente per gli effetti che il lodo era idoneo a produrre solo una volta omologato) fin dal momento della sua pronuncia e quella che, invece, riteneva che esso rimanesse confinato nell'ambito negoziale, una parte consistente della dottrina ha accolto la prima soluzione <sup>(77)</sup>, ravvisando – grazie all'intervento del legislatore – quella che non ha esitato a definire “processualizzazione dell'arbitrato” <sup>(78)</sup>.

**3.4.2.** In particolare, secondo gli interpreti aderenti alla tesi c.d. “giurisdizionale”, le modifiche apportate dal legislatore erano tali da fare ritenere che fosse «*stata accolta senza esitare la tesi, che una parte degli studiosi aveva prospettata dopo le modifiche introdotte del 1983*», della giurisdizionalità del procedimento arbitrale, venendo, a tal fine, valorizzato il fatto che: (i) il lodo spiega efficacia vincolante fra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione; (ii) non sussiste alcun obbligo o termine per procedere al deposito del lodo; (iii) il decreto del pretore si limita ad attribuire al lodo l'efficacia esecutiva (e l'attitudine alla trascrizione); (iv) è ammessa la correzione del lodo non depositato; (v) è prevista la nullità del

---

<sup>77</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 17, cit.*, 131, la quale, per l'appunto, parla di «*intervenuta equiparazione effettuale tra lodo e sentenza*». Ed ancora, nei medesimi termini, si è espresso anche G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali, cit.*, 644, il quale ha, in particolare, rilevato che la «*pari efficacia (e verrebbe da dire, anche la pari dignità) della pronuncia del giudice statale e di quella del giudice privato, sul versante dell'accertamento e della decisione (salva la mancanza della vis esecutiva) sembra emergere chiaramente dalla portata della norma*». A medesime conclusioni sono giunti, fra gli altri, anche: E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 817; V. CARBONE, *La seconda riforma, cit.*, 156.

<sup>78</sup> S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, Giappichelli, 2013, 69 ss., la quale sottolinea, a pag. 72, quale «*ulteriore idea portante della novella*», il fatto che il «*sistema introdotto non è...strutturato con riferimento a due «compartimenti stagni», arbitrato e processo, l'uno privato e l'altro pubblico, e quindi, seppur non più gerarchicamente ordinati, comunque paralleli e non destinati ad incrociarsi, bensì colloca il “diritto naturale dell'arbitrato” nel sistema processuale, suo humus e naturale sede*» (il virgolettato è tratto da E. MINOLI, *La nuova convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 819), concludendo, sul punto, che l'«*istituto è perciò costruito secondo quelli che sono i caratteri tipici del “processo” quale figura di teoria generale, consistente nel “procedimento al quale partecipano – per dire e contraddire sul piede di simmetrica parità – i destinatari degli effetti dell'atto finale*».



lodo per contrasto dello stesso con altro lodo reso tra le stesse parti e già immutabile <sup>(79)</sup>.

Inoltre, sono state dalla più autorevole dottrina valorizzate, al fine di dimostrare la giurisdizionalità dell'arbitrato, anche «*tutte le norme, che in qualsiasi modo pongano i rapporti tra arbitro e processo togato ad oggetto della loro disciplina*», facendo, in particolare, riferimento all'art. 819, I e II comma, c.p.c. nonché all'art. 819-bis c.p.c. <sup>(80)</sup>.

Peraltro, la soluzione accolta dalla dottrina in esame, qui sinteticamente riportata, pare essere quella maggiormente in linea con la volontà del legislatore, il quale aveva espressamente chiarito di volere rigettare una interpretazione volta a sostenere la «*natura privata del lodo costituente l'epilogo di un'attività scaturente dall'autonomia contrattuale delle parti e quindi diversa da quella giudiziaria*» <sup>(81)</sup>.

---

<sup>79</sup> G. MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, cit., 1049. Per le medesime considerazioni, si veda anche M.F. GHIRGA, *Sub art. 17*, in G. Tarzia – R. Luzzatto – E.F. Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, cit.*, 131. Con specifico riferimento al profilo indicato sub (v), è stato sottolineato da G. TARZIA, *Sub art. 21*, in G. Tarzia – R. Luzzatto – E.F. Ricci, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, cit.*, 167, che «*L'equiparazione tra lodo e sentenza, nel regime dei conflitti, almeno nei limiti espressamente indicati dalla norma, non può essere messa in dubbio*», dal momento che «*Il principio ne bis in idem, come preclusivo di una nuova decisione sulla medesima controversia, opera indistintamente – e la sua violazione inficia il lodo ciononostante emesso – tanto se la decisione precedente consista in un lodo arbitrale, quanto se essa sia racchiusa in una sentenza*» (la medesima considerazione si trova espressa anche in G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 640, ed in G. GUARNIERI, *op. cit.*, 311, il quale sottolinea proprio che, a seguito della riforma, «*il lodo...finalmente assume con certezza quella valenza giurisdizionale ancora in nuce nella novella del 1983, e del quale viene pertanto sancita la autonoma impugnabilità*» e che, dunque, si tratta ormai «*di un arbitrato al quale va sempre più riconosciuta una funzione e, oseremmo dire, una "nobiltà" giurisdizionale*»).

<sup>80</sup> E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1243.

<sup>81</sup> Questo è quanto si trova scritto a pag. 8 della Relazione della seconda Commissione permanente (giustizia) comunicata alla Presidenza del Senato della Repubblica il 30 luglio 1993 per il disegno di legge n. 633, contenente le nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale (le si vedano riportate da C. PUNZI, *I principi generali*, cit., 333 nonché in ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, cit., 112: l'Autore, peraltro, da sempre sostenitore della tesi c.d. "privatistica" o "contrattuale" dell'arbitrato, sottolinea anche come il proposito del legislatore non sia poi stato realizzato).

3.4.3. Cionondimeno, le modifiche introdotte con la riforma del 1994 non sono risultate idonee a porre fine al dibattito circa la natura del lodo e del procedimento arbitrale <sup>(82)</sup>.

Altra parte della dottrina, infatti, ha, rinvenuto nelle modifiche in discorso, seppure con sfumature diverse, conferma dell'accoglimento, da parte del legislatore, della teoria c.d. "privatistica" o "contrattuale" <sup>(83)</sup>: peraltro, merita di essere rilevato che vi è stato anche chi, pur sempre confermando la natura prettamente privatistica del procedimento arbitrale, ha riconosciuto tuttavia al lodo effetti simili, se non addirittura sovrapponibili, a quelli della sentenza <sup>(84)</sup>.

In particolare, gli aderenti alla tesi da ultimo richiamata hanno ritenuto che un indice dell'intenzione del legislatore di affermare la natura privatistica dell'arbitrato potesse essere rinvenuto, innanzitutto, nella decisione di espungere qualsiasi riferimento alla "sentenza arbitrale", preferendo il termine "lodo" <sup>(85)</sup>.

---

<sup>82</sup> Osserva – con riferimento all'art. 825 c.p.c., come modificato dalla riforma – A.M. BERNINI, *op. cit.*, 78, nt. 23, che «[r]imane aperta, pur con l'eliminazione del termine perentorio di deposito, la problematica relativa alla natura, di contratto o di sentenza, della pronuncia arbitrale dal momento della sua sottoscrizione, né vale a qualificarla l'onnicomprensiva espressione "efficacia vincolante" dell'art. 823 c.p.c., che ha sostituito il pregresso riferimento alla "efficacia di sentenza" acquistata dal lodo con l'exequatur».

<sup>83</sup> C. PUNZI, *I principi generali*, cit., 344-345, ad esempio, afferma che le «modifiche apportate agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831, con l'eliminazione anche del nomen di sentenza arbitrale, ...sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale, che era e resta un atto di autonomia provata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti».

<sup>84</sup> Quest'ultimo è il caso, ad esempio, di L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 821 ss., il quale riconosce la «equiparazione effettuale...tra lodo e sentenza» (eccezion fatta, ovviamente, per la forza di titolo esecutivo e la trascrivibilità, per le quali è necessaria l'omologazione), pur restando fedele alla tesi c.d. "privatistica" ed affermando, dunque, che il legislatore avrebbe voluto attribuire «al lodo efficacia ma non natura di sentenza, nel senso che esso non solo nasce, ma vive e permane, pur quando acquista la detta efficacia, come atto di diritto privato, conclusivo di una vicenda in tutto privatistica».

<sup>85</sup> C. PUNZI, *I principi generali*, cit., 333; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 12. A tale proposito, E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 5-6, sottolinea che il termine "lodo" appare «non solo più appropriato, ma anche più corretto», osservando che «il termine "sentenza" – se non accompagnato, come altrove accade, dalla specificazione di "arbitrale" – è foriero di equivoci circa la "natura" stessa di quella decisione e circa l'acquisto, da parte della medesima, e per effetto dell'omologazione..., di autorità pari a quella della sentenza dello Stato».

Nel medesimo senso – e, dunque, in modo diametralmente opposto rispetto alla interpretazione fornita della medesima disposizione dagli autori aderenti alla tesi c.d. “giurisdizionale” – è stata interpretata anche l’introduzione del nuovo motivo di nullità di cui al n. 8 dell’art. 829, I comma, c.p.c., avendo il legislatore differenziato l’ipotesi della contrarietà del lodo «*ad altro precedente lodo non più impugnabile*» da quella della sua contrarietà ad una «*precedente sentenza passata in giudicato*». A tale proposito, si è ritenuto che tale distinzione terminologica dimostrasse che il legislatore aveva inteso sottolineare, ancora un volta, il fatto che sentenza e lodo sono due fattispecie ben diverse, essendo solo la prima naturalmente idonea a conseguire l’efficacia di giudicato <sup>(86)</sup>.

Altri indici dell’accoglimento, da parte del legislatore, della tesi in discorso sono stati ravvisati, dalla dottrina in esame, nel particolare regime riservato alla trascrizione ed alla iscrizione di ipoteca (soprattutto in ragione della scelta del legislatore di subordinare, ai sensi dell’art. 825 c.p.c., la trascrizione del lodo alla concessione dell’*exequatur* e di non modificare l’art. 2819 c.c., il quale continuava a consentire l’iscrizione di ipoteca a condizione che il lodo fosse omologato) nonché a quello della revocazione e della opposizione di terzo <sup>(87)</sup>.

Ciò che rileva è che gli autori aderenti alla tesi in discorso hanno continuato a ritenere, anche sotto l’egida del codice di rito nella formulazione *post* riforma del

---

<sup>86</sup> C. PUNZI, *L’efficacia del lodo arbitrale*, cit., 14-15. Osserva, a tale proposito, E. FAZZALARI, *Sub art. 823*, in A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 165, che «*per riconoscere al lodo l’usbergo della “cosa giudicata”, non basta – com’è, invece, per la sentenza – il decorso del termine dell’impugnativa ordinaria..., ma è altresì necessaria l’omologazione, che importa il controllo dello Stato sulla ragguagliabilità del lodo alla sentenza dei propri giudici*». Precisa, tuttavia, C. PUNZI, *L’efficacia del lodo arbitrale*, cit., 16, che, una volta ottenuta l’omologazione, sarà possibile l’acquisizione dell’efficacia della cosa giudicata, tuttavia, in questo caso, «*la efficacia di giudicato sarà relativa alla sentenza, che respingerà l’impugnazione o effettuerà l’omologazione incidentale del lodo e non al lodo confermato o omologato incidentalmente*».

<sup>87</sup> A tale proposito, sia consentito rimandare, per un’analisi approfondita delle questioni indicate, alla completa analisi effettuata, fra gli altri, da: C. PUNZI, *L’efficacia del lodo arbitrale*, cit., 20 ss.; A.R. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo*, cit., 304 ss; ID., *Sub art. 823*, in R. Vaccarella – G. Verde, *Dell’arbitrato*, cit., 129 ss.; E. FAZZALARI, *La riforma dell’arbitrato*, cit., 13 ss; ID., *Sub art. 825*, in A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 174.

1994, che l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria fosse comunque sempre necessario al fine di conferire al lodo gli effetti della sentenza (benché, ovviamente, mai la natura della stessa, essendo gli autori in discorso fermi nel riconoscere la natura prettamente privatistica del lodo). In altri termini, il fatto che l'efficacia del lodo fosse disciplinata unicamente all'art. 823, ultimo comma, c.p.c., il quale parlava di mera «*efficacia vincolante tra le parti*», ne avrebbe confermato la natura privatistica, restando comunque necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria per aggiungere, alla «*validità ed efficacia sul piano privatistico (attuale art. 823, ult. cpv.)*», anche gli «*attributi poziori, propri della sentenza giurisdizionale; attributi ch'esso, per sua natura, non ha, perché promanano dalla sovranità dello Stato*», posto che «*non si può ragguagliare alla sentenza giurisdizionale una volizione privata che non sia ancora passata al vaglio del potere giudiziario, pur nei limiti dell'omologazione*»<sup>(88)</sup>.

### 3.5. La Riforma del 2006.

Con il D.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40<sup>(89)</sup>, in attuazione della legge delega 14 maggio 2005 n. 80, il legislatore è nuovamente intervenuto, ed ancora in modo rilevante,

---

<sup>88</sup> E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 7-8, il quale chiarisce che, comunque, «*tale potenziamento non cambia, né lo potrebbe, la "natura" privata del lodo, trasformandolo in provvedimento giurisdizionale; e meno che mai consente di collocare nell'ambito della giurisdizione l'arbitrato (di cui il lodo è l'epilogo) processo la cui "natura" privata è del pari incontestabile*». Nel medesimo senso si vedano anche: A. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo*, cit., 305 ss.; ID., *Sub art. 823*, in R. VACCARELLA – G. VERDE, *Dell'arbitrato*, cit., 130. Restando da ricordare che si riteneva che l'omologazione potesse essere anche "implicita" o "incidentale", quale conseguenza del rigetto della impugnazione del lodo o del vaglio effettuato dal giudice davanti al quale il lodo venisse fatto valere: si vedano, in tal senso, le considerazioni di C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, cit., 13-14; E. FAZZALARI, *Sub art. 825*, in A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 170; A.R. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo*, cit., 305 ss.; ID., *Sub art. 823*, in R. Vaccarella – G. Verde, *Dell'arbitrato*, cit., 130 ss. e, seppure in termini dubitativi, di A. SIRACUSANO, *Sub art. 825*, in R. VACCARELLA – G. VERDE, *Dell'arbitrato*, cit., 144.

<sup>89</sup> Rubricato «*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*», pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 15 febbraio 2006 ed entrato in vigore in data 2 marzo 2006.

sulla disciplina del procedimento arbitrale contenuta negli artt. 806 e seguenti del codice di rito <sup>(90)</sup>.

3.5.1. Per quanto qui maggiormente rileva, grandissimo rilievo ha avuto l'introduzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. <sup>(91)</sup>, il quale ora espressamente prevede che, dalla data della sua ultima sottoscrizione, il lodo produce «*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*», anche se, al fine di ottenere l'efficacia esecutiva e di poter essere trascritto ed annotato, esso continua a necessitare della omologazione di cui all'art. 825 c.p.c. <sup>(92)</sup>.

La norma si inserisce nel solco tracciato dalla riforma del 1983 e proseguito da quella del 1994, allorché – come si è già ricordato – veniva attribuita al lodo, dalla data della sua pronuncia, “*efficacia vincolante tra le parti*”, tuttavia il legislatore ha ritenuto opportuno rafforzare ulteriormente tale “*efficacia*”, assimilandola espressamente a quella della sentenza giudiziale <sup>(93)</sup>.

Con il nuovo art. 824-*bis* c.p.c., pertanto, il legislatore, da un lato, ha confermato che il momento a decorrere dal quale il lodo inizia a produrre i propri effetti coincide con quello della sua pronuncia e, dall'altro lato, ha previsto

---

<sup>90</sup> Non essendo possibile soffermarsi su tutte le modifiche apportate dal legislatore alla disciplina dell'arbitrato, sia concesso di rimandare, per una completa analisi delle stesse, fra gli altri, a: AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006; G. CASSANO – M. NISATI, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 2006; F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, ne *I contratti*, 2006, 515 ss.; C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 421 ss.; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE E C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, IlSole24Ore, 2006, 57-101; ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 57 ss.; P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 481 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Giust. proc. civ.*, 2006, 57 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 253 ss.; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, 199 ss.

<sup>91</sup> Rubricato «*[e]fficacia del lodo*».

<sup>92</sup> Ed infatti, l'art. 824-*bis* c.p.c. dispone che il lodo produce gli effetti della sentenza giudiziale «*[s]alvo quanto disposto dall'art. 825*».

<sup>93</sup> Pera una accurata ricostruzione del percorso che ha condotto dalla riforma del 1983 fino al nuovo art. 824-*bis* c.p.c., si veda F. CARPI, *Sub art. 824-bis*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 586 ss.

espressamente che, a far tempo da tale momento, gli effetti prodotti sono quelli propri della sentenza giudiziale.

La norma in discorso – che ha iniziato a far parlare di sé, accendendo il dibattito dottrinale, ancor prima di essere scritta <sup>(94)</sup> – appare particolarmente indicativa perché è stata fortemente voluta dal legislatore delegante, il quale ha espressamente chiesto al Governo di prevedere che il lodo arbitrale producesse, a prescindere dalla omologazione, gli effetti di una sentenza giudiziale <sup>(95)</sup>.

Grande rilievo non può, poi, non essere riconosciuto anche all'art. 819-ter c.p.c. <sup>(96)</sup>, il quale ha, per la prima volta, disciplinato – in modo, a dire il vero, non del tutto soddisfacente, anche perché il legislatore ha condensato, in un unico articolo, troppe norme fra loro non omogenee <sup>(97)</sup> – i rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria ordinaria <sup>(98)</sup>.

Volendoci (e potendoci, nella presente sede) soffermare solo sugli aspetti della disposizione in esame che maggiormente rilevano, non si può prescindere dalla seconda parte del primo comma, secondo cui: da un lato, la sentenza mediante la quale il giudice affermi o neghi la propria competenza, con riferimento ad una convenzione di arbitrato, è soggetta al regolamento (necessario o facoltativo) di competenza di cui agli artt. 42 e 43 c.p.c.; dall'altro lato, l'eccezione di

---

<sup>94</sup> Si veda, a tale proposito, quanto scritto, prima dell'emanazione del D.lgs. n. 40/2006, da due celebri Autori: E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, a cura di C. Punzi ed E.F. Ricci, Padova, Cedam, 2005, 253 ss.; C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari*, cit., 263 ss.

<sup>95</sup> L'art. 3, lett. b), della Legge n. 80/2005, in particolare, prevede, fra i «*principi e criteri direttivi*» cui il Governo avrebbe dovuto attenersi, «*che il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza*».

<sup>96</sup> Rubricato «*[r]apporti tra arbitri e autorità giudiziaria*».

<sup>97</sup> Come è stato osservato da G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 501, il quale ha posto l'attenzione proprio sulle «*varie problematiche*» di una norma, quella in discorso, che «*intende occuparsi di troppe cose, per cui alcune prescrizioni non appaiono chiare ed altre addirittura mancano*».

<sup>98</sup> Il sopra richiamato art. 3, lett. b), della Legge n. 80/2005 imponeva al Governo di «*disciplinare in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio*».

incompetenza del giudice <sup>(99)</sup>, sempre in ragione della convenzione di arbitrato, deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, così uniformando la disciplina di tale eccezione a quella prevista, per il giudizio ordinario di cognizione, dall'art. 38 c.p.c..

Non meno rilevante, peraltro, risulta anche la prima parte del primo comma dell'art. 819-ter c.p.c., da leggersi congiuntamente al secondo comma della medesima disposizione, non tanto per il fatto che il legislatore – inserendosi nel solco già tracciato, in occasione della riforma del 1994, con l'art. 819-bis c.p.c., il quale, come noto, ha eliminato la c.d. “*vis attractiva*” in favore del giudice togato <sup>(100)</sup> – ha inteso sancire la sostanziale indipendenza ed autonomia del giudizio arbitrale rispetto al giudizio ordinario, quanto per il fatto che, per raggiungere tale scopo, ha espressamente previsto, nei rapporti fra arbitri e giudici togati, l'inapplicabilità delle «*regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295*» c.p.c..

Ciò premesso sul piano normativo, vi è subito da sottolineare che, diversamente da quanto avvenuto in occasione delle precedenti riforme, gli interpreti hanno assunto, alla luce dei nuovi dati testuali <sup>(101)</sup>, una posizione maggiormente omogenea <sup>(102)</sup> nel riconoscere (il fatto che il legislatore abbia inteso affermare

---

<sup>99</sup> Espressamente definita, dal primo comma della norma in esame, «*eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato*».

<sup>100</sup> A ragione definita «*perniciosa*» da G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 378, nt. 64, il quale ricorda che, in forza di tale istituto, di matrice prettamente giurisprudenziale, allorché fra più cause, contemporaneamente pendenti davanti agli arbitri ed al giudice, fosse ravvisabile un rapporto di connessione, «*la competenza degli arbitri rimaneva assorbita ed esclusa dalla competenza del giudice ordinario*». A tale proposito, si veda anche S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011, 171-172.

Come pure rilevato dalla dottrina (si veda, in tal senso, S. IZZO, *cit.*, 71), con l'introduzione della norma in discorso, il legislatore ha «*scardina[to] la granitica convinzione giurisprudenziale che l'arbitrato fosse eccezione, “anomala deroga”, alla giurisdizione ordinaria, da ricondurre nell'alveo di quest'ultima, “naturalmente prevalente”, appena possibile*».

<sup>101</sup> R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, Giappichelli, 2008, 123, sottolinea, correttamente, come, tuttavia, i dati normativi restino (almeno in parte) contraddittori, dal momento che, ad esempio, si attribuisce al lodo efficacia di sentenza, però «*al contempo...viene espressamente esclusa la qualifica degli arbitri quali pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio*».

<sup>102</sup> Benché, come si vedrà nel prosieguo, autorevole dottrina non si sia omologata a tale, diffusa, interpretazione dell'intervento del legislatore e, come pure si vedrà, la giurisprudenza abbia, per

ovvero, al più, riaffermare) la natura giurisdizionale del procedimento arbitrale rituale e, dunque, del lodo che ne è il prodotto finale: del resto, appare innegabile che, soprattutto con l'art. 824-*bis* c.p.c., il legislatore ha fornito un dato testuale che va certamente a rafforzare la tesi in discorso. Quanto all'art. 819-*ter* c.p.c., invece, la norma – come si vedrà oltre – si è prestata a letture discordanti, dal momento che essa, se da un lato sembra ricondurre all'alveo della competenza il rapporto tra giudici togati ed arbitri, dall'altro lato ha reso espressamente inapplicabili, nei rapporti fra questi ultimi, alcuni istituti, quali, in particolare, la *translatio iudicii* <sup>(103)</sup> e la litispendenza che, viceversa, avrebbero dovuto trovare applicazione allorché il legislatore avesse scelto, senza riserve, di incasellare il rapporto in discorso nell'ambito della competenza <sup>(104)</sup>.

**3.5.2.** Ebbene, gli autori aderenti alla tesi c.d. "giurisdizionale" hanno, come è ovvio, riservato grande rilievo al fatto che il legislatore abbia, per la prima volta, espressamente riconosciuto al lodo, fin dal momento della sua pronuncia <sup>(105)</sup>,

---

lungo tempo (fino al 2012/2013), seguito a riconoscere la natura strettamente privatistica del procedimento arbitrale.

<sup>103</sup> Merita, tuttavia, di essere sottolineato che, in data 10 marzo 2016, la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia, contenente la delega al Governo, recante disposizioni per l'efficienza del processo civile: in particolare, per quanto qui maggiormente rileva, all'art. 1, Il comma, lett. e), viene dato mandato al Governo di «*potenziare l'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della translatio iudicii ai rapporti tra processo e arbitrato...*» (sul punto, si veda, proprio di recente, G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo*, cit., 965 ss.).

<sup>104</sup> A tale proposito, infatti, R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 123, include, fra gli elementi di contraddittorietà, proprio il fatto che «*se da un lato viene ammesso il regolamento di competenza avverso le sentenza (ma non avverso i lodi), che statuiscono sulla validità dell'accordo arbitrale in via di eccezione, con ciò dimostrando di intendere il rapporto tra arbitri e giudici statali in termini equivalenti a quello di competenza in senso proprio, al contempo viene esclusa l'efficacia vincolante di dette sentenze nei confronti degli arbitri ex art. 44 c.p.c., così come non viene ammesso il regolamento d'ufficio di cui all'art. 45 c.p.c. e, last but not at least, viene negata la translatio iudicii ex art. 50 c.p.c. e l'applicazione dell'art. 39 c.p.c.*».

<sup>105</sup> Come si è detto, tale equiparazione è stata espressamente voluta dal legislatore delegante (si veda, in particolare, il già richiamato art. 3, lett. b), della Legge n. 80/2005): in particolare, come osservato dalla dottrina, fra le «*direttive di fondo...che erano contenute nella delega*», andava individuato proprio il fatto che «*si imponeva al legislatore delegato di disciplinare l'arbitrato tenendo presente che esso è un fenomeno sostanzialmente giurisdizionale*» e che, per l'appunto, «*ciò emergeva in modo netto ed evidente quando nella delega si indicava la necessità di equiparare il lodo, anche non omologato, alla sentenza*» (così, M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. Bove e C. Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano, IISole24Ore, 2006, 61).



«gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria», senza, peraltro, necessità di alcun intervento da parte dell'a.g.o.

È stato osservato, in particolare, che, con la norma in discorso, il legislatore ha inteso concedere agli arbitri il potere di pronunciare un provvedimento, il lodo arbitrale, che ha i medesimi effetti della sentenza giudiziale, senza che sia necessario neppure un controllo meramente formale sul loro operato.

Molti autori, soprattutto coloro che da sempre avevano sostenuto che il lodo e la sentenza fossero sovrapponibili, e fra questi un ruolo di primissimo piano non può che essere riconosciuto al Prof. Edoardo Ricci, hanno salutato con particolare favore l'innovazione in discorso: quest'ultimo, in particolare, ha avuto modo di ricordare, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina, di avere da sempre sostenuto tale perfetta equiparabilità (salvi solo gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c.) tra lodo e sentenza, sottolineando, per l'appunto, come «*il nuovo art. 824 bis conferm[asse] in modo espresso la [sua] opinione*»<sup>(106)</sup>.

La norma in discorso, pertanto, è stata dai più interpretata come il punto di arrivo di una lunga (e travagliata) «*evoluzione storica*», che ha portato – come si è visto nei paragrafi precedenti – dal riconoscimento al lodo di effetti meramente precari, in quanto destinati a venire meno in assenza di un intervento dell'autorità giudiziaria, fino al riconoscimento allo stesso, a prescindere da qualsivoglia intervento giudiziario, di effetti pari a quelli della sentenza giudiziale: una sorta di progressivo ingresso del lodo, e del procedimento arbitrale del quale esso risulta l'atto conclusivo, nel tessuto giurisdizionale<sup>(107)</sup>.

---

<sup>106</sup> E.F. RICCI, *La cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1295-1296. Considerazioni analoghe si trovano espresse anche in: ID., *La delega sull'arbitrato*, 253 ss.; ID., *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 2006, 23 ss.

<sup>107</sup> Estremamente puntuale (nonché perfettamente in linea con il percorso argomentativo fino a qui seguito), a tale proposito, pare il rilievo di E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 645, la quale osserva proprio che l'«*art. 824 bis c.p.c. costituisce forse, fra le disposizioni dedicate all'arbitrato, quella in relazione alla quale ha più senso parlare di "evoluzione storica"*», dal momento che la «*sua introduzione e il suo tenore vanno infatti inquadrati nell'ambito dell'accesso*

Non a caso, del resto, è stato osservato, proprio con riferimento alla norma in discorso, che, grazie ad essa, la «faticosa storia del lodo arbitrale e della sua natura ed efficacia potrebbe essere giunta al suo epilogo» <sup>(108)</sup>, dal momento che la sua “giurisdizionalizzazione” appare ormai difficilmente contestabile <sup>(109)</sup>.

Ebbene, per quanto qui maggiormente rileva, la norma in discorso comporta, per gli aderenti alla tesi c.d. “giurisdizionale”, che «il lodo, una volta sottoscritto, ha gli effetti di accertamento e costitutivi della sentenza del giudice togato» <sup>(110)</sup>, sempre eccezion fatta per gli effetti di cui all’art. 825 c.p.c. <sup>(111)</sup>, il che implica che «il

---

dibattito introno alla natura dell’arbitrato e all’efficacia del lodo, che ha cominciato a svilupparsi già vigente il codice del 1865, è proseguito con l’entrata in vigore del codice del 1940, rinnovandosi all’indomani di ciascuna delle novelle alla disciplina dell’arbitrato (1983, 1994 e 2006)». Nel medesimo senso, si veda anche S. BOCCAGNA, *Sub art. 824-bis, cit.*, 305, il quale sottolinea come la norma in commento si ponga al «culmine della complessa evoluzione normativa e giurisprudenziale» relativa alla natura dell’arbitrato.

<sup>108</sup> Così esordisce il commento, dedicato alla norma in discorso, di L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 790, la quale osserva, peraltro, di essere «consapevole che, guardando al passato, la parola fine sembra quasi conclusione non idonea per questa questione, che tanto ha affaticato teorici e pratici, ma la chiarezza del dato normativo, unitamente a quella del pensiero della nuova giurisprudenza, fa ben sperare».

<sup>109</sup> M. BOVE, *La nuova disciplina dell’arbitrato, cit.*, 91, osserva proprio che, con l’introduzione dell’art. 824-bis cod. civ., «dovrebbe superarsi ogni disputa sulla presunta negozialità del lodo, risultando ormai vittoriosa la c.d. teoria giurisdizionale dell’arbitrato». Cfr. L.P. COMOGLIO, *Sub art. 1, in Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino, Utet, 2012, 35, il quale rileva, con riferimento alla norma in discorso, che «[n]on si può certo dire che il legislatore non abbia inteso reagire agli orientamenti giurisprudenziali emersi in precedenza», ossia quelli che aderivano alla tesi negoziale, pur ritenendo «dubbio che l’attribuzione al lodo degli effetti della sentenza smentisca la natura privatistica dell’arbitrato».

Più in generale, M. D’AMBROSIO, *Sull’impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2006, 475, ha osservato, con riferimento alla riforma del 2006, che «il legislatore delegato ripropone la tradizionale ricostruzione della funzione degli arbitri come equivalente e sostitutiva di quella dei giudizi statali, in netta controtendenza sia rispetto all’orientamento assunto dalla Suprema Corte negli ultimi sei anni, sia rispetto alla precedente riforma, attuata dalla Legge n. 25/1994, che aveva, invece, riconosciuto la realtà dell’arbitrato di processo privato dall’origine pattizia, voluto da soggetti che “sostituiscono al proprio giudizio il giudizio di altre persone come loro, e lo accettano come proprio”. In questo fluire da un opposto all’altro, il legislatore delegato fa propria la soluzione al problema dei rapporti tra arbitro e giudice togato suggerita dai sostenitori della tesi giurisdizionalista, secondo cui l’autonomia delle parti può aspirare, proprio attraverso l’impiego di questo rito, ad ottenere un risultato di tipo giurisdizionale al di fuori del processo, in quell’ottica di potenziale fungibilità tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale posta in luce dalla stessa Consulta già nel 2001».

<sup>110</sup> E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 644.

<sup>111</sup> Peraltro, va segnalato che è stato rilevato come, alla luce della appurata giurisdizionalità del procedimento arbitrale, la necessità dell’*exequatur* di cui all’art. 825 c.p.c. rappresenti ormai un

legislatore ha in tal modo operato una piena equiparazione effettuale tra il lodo e la sentenza del giudice togato, riconoscendo l'attitudine del primo al giudicato formale e sostanziale»<sup>(112)</sup>: deve, a tale proposito, essere sottolineato che tale interpretazione della norma in commento (nel senso, cioè, della piena equiparazione fra lodo e sentenza), condivisa dalla maggior parte degli autori che hanno avuto modo di occuparsi della riforma del 2006<sup>(113)</sup>, appare – come si è detto più volte –

---

«inutile simulacro» e che, pertanto, con la riforma del 2006, «*si è persa un'occasione*» allorché non si è previsto espressamente che il lodo acquisisse, fin dalla data della sua sottoscrizione, tutti gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, ivi compresi quelli di cui all'art. 825 c.p.c. (in tal senso, si veda M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 92).

<sup>112</sup> S. BOCCAGNA, *Sub art. 824-bis*, cit., 305; ID., *sub art. 829*, in *Commentario alle riforma del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 1017. Nel medesimo senso, si vedano anche A.A. ROMANO, *L'efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Riv. arb.*, 2011, 54-55, e M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 91-92, il quale rileva che, grazie agli effetti prodotti dall'introduzione dell'art. 824-bis, «*dovrebbe anche superarsi ogni disputa sui limiti oggettivi e soggettivi del giudicato arbitrale, da tracciare, oggi, certamente secondo gli stessi criteri utilizzabili per il giudicato statale. Per cui si dovrà intendere che il lodo è efficace, nella misura in cui ciò è possibile per una sentenza statale, anche nei confronti del titolare di situazioni dipendenti. Ed, inoltre, i limiti oggettivi del giudicato arbitrale si estenderanno, oltre che al diritto fatto valere nella domanda, anche al c.d. rapporto fondamentale o, per usare l'espressione della giurisprudenza, all'antecedente logico necessario*» (dello stesso Autore, si vedano anche *Lineamenti di diritto processuale*, Torino, Giappichelli, 2009, 59; *Evitare il processo?*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 61 ss.; *L'impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2009, 19 ss.; *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 358-359, nt. 4).

Interessante il fatto che M. CURTI, *L'arbitrato. Le novità della riforma*, Milano, Ipsoa, 2006, pur affermando (a pag. 10) che il legislatore del 2006 avrebbe affermato la “*natura privatistica*”, riconosca poi (a pag. 94) che la riforma ha tolto «*ogni possibile dubbio sugli effetti del lodo rituale e sulla sua equiparazione ad una sentenza*», dal momento che, «*salva la procedura di omologazione, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Il lodo rituale, quindi, potrà “fare stato” tra le parti, potrà determinare quindi tutti gli effetti del giudicato formale e sostanziale alla stregua di una sentenza pronunciata dall'A.g.o., dalla data dell'ultima sottoscrizione degli arbitri*».

<sup>113</sup> In tal senso, fra gli altri, oltre agli Autori citati alla nota precedente, si vedano: E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 23 ss.; ID., *La cassazione si pronuncia ancora sulla “natura” della convenzione di arbitrato rituale*, cit., 1295-1296; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, Giappichelli, 2011, 439; E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis*, cit., 644; L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis*, cit., 790 ss.; F. CORSINI, *Prime riflessioni*, cit., 515; M. TARUFFO, in L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Vol. I, Bologna, Il Mulino, 2011, 126; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Vol. IV, Bologna, Zanichelli, 2010, 141; A. BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2011, 573 ss.; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2008, 313 ss.; P. BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2009, 57 ss.; R. CAPONI, «*Natura*» dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in AA.VV., in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2009, 123 ss.; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in

fondamentale anche per risolvere molte delle questioni (compresa quella, oggetto del presente lavoro, relativa alla applicabilità delle norme che disciplinano l'istruzione probatoria nel processo ordinario di cognizione) che riguardano il procedimento arbitrale <sup>(114)</sup>.

Un rilievo non inferiore, poi, è stato riconosciuto anche al fatto che, con il nuovo art. 819-ter c.p.c., è stato espressamente sancito che la sentenza, mediante la quale il giudice, in presenza di un'eccezione di compromesso, statuisce circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, è impugnabile con il regolamento di competenza <sup>(115)</sup>.

Come si è detto, si tratta dunque, per gli interpreti che aderiscono alla tesi c.d. "giurisdizionale" (o "processuale") dell'arbitrato, di «[i]nterventi entrambi nettamente a favore della dottrina processualistica» <sup>(116)</sup>.

---

AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 699 ss., spec. 713 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 536 ss.; A. BOSSI, *la pronuncia del lodo*, in *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 355-357; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 233; M. DE ZANETTI, *Il lodo*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012, 192-193 (la quale, peraltro, sottolinea che gli effetti del lodo possono, comunque, prodursi unicamente nei confronti delle parti e non dei terzi); S. MARONI, *Il lodo ex artt. 820-826 c.p.c.*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Iudica, Torino, Giappichelli, 2012, 195; F. SANTI, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2012, 743-744.

<sup>114</sup> Sottolinea, a tale proposito, L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis*, cit., 791, proprio che «l'affermazione dell'efficacia giurisdizionale del lodo riman[e] di importanza centrale», perché si «tratta invero della lente attraverso cui guardare l'intero sistema dell'arbitrato». Con riferimento a questa affermazione, peraltro, si vedano le notazioni parzialmente critiche di V. COLESANTI, *Il volume di Laura Salvaneschi sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 439 ss.

<sup>115</sup> Strumento, quello del regolamento di competenza, che non è, invece, mai stato ammesso (neppure prima della riforma del 2006) – facendo leva principalmente sul principio della tassatività dei mezzi di impugnazione del lodo – nei confronti del lodo arbitrale mediante il quale gli arbitri abbiano declinato la *potestas iudicandi*: sul punto, si vedano, fra gli altri: S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 387-388; L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 687; A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2002, 525 (per l'opposta tesi, decisamente minoritaria, si vedano: S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, Jovene, 2005, 277 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1994, 259 ss., spec. 262.

<sup>116</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 62, il quale, nel prosieguo, sottolinea che «il primo proclama gli effetti di sentenza della decisione arbitrale e il secondo che la sentenza del Giudice ordinario sulla propria competenza, in relazione ad una convenzione di arbitrato definisce una questione di competenza e non di merito...con inevitabili ricadute sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione».

Con riferimento alla previsione da ultimo richiamata (quella, cioè, che prevede il ricorso all'istituto del regolamento di competenza), in particolare, è stato osservato, da coloro che aderiscono alla tesi c.d. "giurisdizionale", che, per tal modo, il legislatore ha inteso espressamente ricondurre i rapporti tra arbitri e giudici nell'alveo delle questioni di competenza <sup>(117)</sup>, così dimostrando di ritenere che sia gli uni che gli altri esercitano una funzione giurisdizionale <sup>(118)</sup>.

Così facendo, peraltro, il legislatore non ha – a ben vedere – introdotto una norma rivoluzionaria ma, anzi, si è limitato a recepire normativamente la soluzione fatta propria dalla giurisprudenza prima della c.d. "svolta negoziale" del 2000 <sup>(119)</sup>.

Deve, poi, essere aggiunto che le norme introdotte con la riforma del 2006, valorizzate al fine di dimostrare l'adesione, da parte del legislatore, alla tesi c.d. "giurisdizionale" dell'arbitrato, non sono unicamente quelle sulle quali ci si è soffermati da ultimo, essendovene altre che – pur non potendo essere qui trattate, per ragioni di "spazio", con la dovuta attenzione – contribuiscono a dimostrare che l'arbitrato, sebbene con le sue innegabili peculiarità, è ormai considerato, dallo stesso legislatore, uno strumento "giurisdizionale" di risoluzione delle controversie.

---

<sup>117</sup> S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 387.

<sup>118</sup> M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Tomo I, cit., 84. In tal senso si è espresso, in modo estremamente chiaro, anche F. CORSINI, *Prime riflessioni*, cit., 515, il quale afferma che l'art. 819-ter c.p.c. è la «norma che lascia trasparire con più chiarezza l'attribuzione al fenomeno arbitrale di caratteri giurisdizionali», dal momento che tale norma, «malgrado disponga l'inapplicabilità nei rapporti tra arbitrato e processo ordinario della translatio iudicii, del regolamento di ufficio e dell'art. 295 Codice procedura civile, è molto chiaro nel risolvere in termini di competenza la dibattuta questione dei rapporti tra giudici ed arbitri».

<sup>119</sup> S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 386. Tema, questo, al quale si è già fatto un breve accenno e sul quale, peraltro, si tornerà oltre, allorché si darà conto dell'evoluzione giurisprudenziale relativa alla natura dell'arbitrato. Risulta sufficiente, pertanto, ricordare qui che: prima della c.d. "svolta negoziale", la giurisprudenza, ricostruendo i rapporti fra arbitri e giudici quali rapporti interni alla giurisdizione, riteneva applicabile l'istituto del regolamento di competenza; dopo tale momento, invece, la stessa giurisprudenza si è indirizzata in senso opposto, ritenendo che, essendo i rapporti tra arbitri e giudici da ricondurre all'ambito prettamente privatistico, la questione relativa alla *potestas iudicandi* degli arbitri fosse nulla più che una questione di merito (relativa, cioè, all'interpretazione della convenzione di arbitrato), facendo da ciò discendere l'inapplicabilità del regolamento di competenza.

In particolare, sia consentito un breve richiamo ad alcune norme che, per il loro rilievo, non possono essere del tutto ignorate nella presente trattazione.

Innanzitutto, pare opportuno ricordare che l'art. 816-*quinquies* c.p.c. consente ora, seppure entro certi limiti, l'intervento dei terzi e prevede l'applicabilità dell'istituto della successione a titolo particolare nel diritto controverso di cui all'art. 111 c.p.c..

A tale proposito, deve essere rilevato che il particolare rilievo della norma in discorso si coglie immediatamente ove solo si consideri che il secondo comma prevede che «[s]ono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario». Il legislatore, dunque, ha inteso consentire a tali terzi di intervenire nel procedimento arbitrale instaurato fra altri soggetti senza bisogno di ottenere l'accordo delle parti nonché il consenso degli arbitri <sup>(120)</sup>: così, con riferimento al terzo interventore ai sensi

---

<sup>120</sup> In tal senso si vedano, fra gli altri: C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1412 e ss.; P. BERNARDINI, «L'arbitrato e i terzi» *Convegno celebrativo per il Ventennale della Rivista dell'Arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2013, 757; M. PACCOIA, *Pluralità di parti e intervento di terzi*, in *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 293-294; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 119; G.F. RICCI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Arbitrato*, commentario a cura di F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 456; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-quinquies*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 261-262; G. LIPARI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 788; R. MARENGO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 803; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *cit.*, 126; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *cit.*, 76; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 262; F. SANTI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2012, 467; P.L. NELA, *Sub art. 816-quinquies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007, 1754-1755; M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, Ipsoa, 2010, 1865; W. RUOSI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio - R. Vaccarella, Torino, Utet, 2010, 3296; N. PICARDI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2012, 3958; S. RINALDI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Processo civile. Formulario commentato dei procedimenti speciali*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007, 1377.

Ritengono, invece, che, ai fini dell'intervento del litisconsorte necessario pretermesso (o dell'interventore adesivo dipendente), sia comunque necessario il consenso delle altre parti e degli arbitri (o, comunque, la presenza di uno dei requisiti di cui all'art. 816-*quater*, I comma, c.p.c.): V. COLESANTI, *Noterelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 791 ss.; B. SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 894 ss.; F. CORSINI,

dell'art. 105, II comma, c.p.c., il legislatore ha «*offerto uno strumento di tutela anticipato del soggetto rimasto estraneo alla convenzione e al processo arbitrale*», mentre, con riferimento al litisconsorte necessario pretermesso, «*la regola di cui al novellato art. 816 quinquies, 2° co., c.p.c. non si giustifica soltanto in ragione della tutela del terzo pretermesso, che pure potrebbe subire un pregiudizio dalla decisione resa inter pauciores, ma appare diretta anche a consentire la pronuncia di una sentenza "utile"*»<sup>(121)</sup>. Il che, secondo coloro che aderiscono alla tesi c.d. "giurisdizionale", non potrebbe che presupporre che il legislatore abbia ritenuto che il lodo, proprio in quanto produttivo di effetti analoghi a quelli della sentenza<sup>(122)</sup>, sarebbe idoneo a spiegare i propri effetti, seppure riflessi, nei confronti anche dei terzi<sup>(123)</sup>. In altri termini, la norma in discorso sarebbe stata introdotta proprio perché, spiegando il lodo l'efficacia propria della sentenza, i terzi che potrebbero subirne gli effetti (anche solo riflessi) dovrebbero essere messi in condizione di prendere parte al procedimento arbitrale (facoltà, questa, riconosciuta, a maggior ragione e

---

*L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 589 ss.

<sup>121</sup> M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo, B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, 412.

<sup>122</sup> Con riferimento al tema degli effetti prodotti, sul piano soggettivo, dalla sentenza civile, si veda il recente contributo di A. PROTO PISANI, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile. Una parabola di studi*, Milano, Giuffrè, 2015.

<sup>123</sup> Osserva, a tale proposito, L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Arbitrato*, cit., 510-511, che «[p]oiché se e in quanto un terzo sia destinato a essere inciso, direttamente o per ripercussione, da un lodo che ha gli stessi effetti della sentenza ex art. 824-bis cod. proc. civ., gli deve essere consentito di intervenire nel processo arbitrale, in virtù del principio del contraddittorio, correlato alla portata della decisione, va da sé che anche il terzo che si assume titolare di un diritto dipendente rispetto a quello dedotto nel giudizio arbitrale deve avere il diritto di intervenire, trovandosi nella situazione di chi o si rassegna a subire gli effetti del lodo, oppure partecipa all'arbitrato per influenzarne il destino. In questo modo, con il disposto normativo ora in esame, il legislatore ha riconosciuto esplicitamente che il terzo che verrebbe inciso in via riflessa dagli effetti del lodo ha il diritto di partecipare all'arbitrato». L'Autrice, inoltre, sottolinea proprio il «*riconoscimento della piena equiparazione tra sentenza del giudice togato e lodo arbitrale, non solo in via generale, ma anche con specifico riferimento agli effetti che il lodo è capace di produrre nella sfera dei terzi, anche titolari di diritti dipendenti*»

con minori vincoli, anche al litisconsorte necessario pretermesso, al fine di evitare che si addivenga ad una decisione *inutiliter data*) (124).

A medesime conclusioni, del resto, sembra condurre la previsione della applicabilità dell'art. 111 c.p.c., posto che in tanto si rende necessario l'istituto della "*successione a titolo particolare nel diritto controverso*", in quanto il lodo, così come la sentenza, una volta pronunciato sia idoneo a produrre gli effetti del giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 cod. civ. e, in particolare, a spiegare i propri effetti (anche) nei confronti degli aventi causa delle parti originarie del giudizio (125).

Infine, parte della dottrina ha ritenuto di poter valorizzare, al fine di dimostrare la natura giurisdizionale dell'arbitrato, l'art. 819-*bis*, I comma, n. 3), c.p.c., il quale attribuisce – sulla scorta dell'orientamento espresso, nel 2001, dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza 28 novembre 2001 n. 376 – agli arbitri il potere di sollevare, davanti alla Consulta, «*question[i] di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87*»: per tal modo, infatti, sarebbe stato riconosciuto, seppure implicitamente, che essi esercitano una funzione giurisdizionale (126).

**3.5.3.** Se, come si è detto, le novità introdotte con la riforma del 2006 sono state dalla dottrina maggioritaria interpretate come la dimostrazione dell'adesione del legislatore alla tesi c.d. "giurisdizionale" dell'arbitrato, vi è comunque da rilevare che, cionondimeno, taluni autori hanno continuato – e non senza argomentazioni

---

<sup>124</sup> Per una completa trattazione della disposizione in esame sia consentito rimandare, fra gli altri, a: L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Arbitrato*, cit., 492 ss.; M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, cit., 402 ss.

<sup>125</sup> M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, cit., 438, osserva, a tale proposito, che «*si deve oggi ritenere consentito l'intervento o la chiamata in arbitrato del successore a titolo particolare nella res litigiosa, il quale peraltro, sempre in forza di tale rinvio, è destinato ad essere comunque inciso dagli effetti del lodo emesso inter alios anche nel caso in cui l'arbitrato continui a svolgersi fra le parti originarie...*».

<sup>126</sup> Per una completa trattazione della disposizione in esame sia consentito rimandare, fra gli altri, a: C. CONSOLO, *Domande autodeterminate*, cit., 1406 ss.; ID., *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 841 ss.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-bis*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 662-664;



valide – a sostenere, anche alla luce del nuovo dato normativo, la tesi c.d. “negoziale”<sup>(127)</sup>.

In particolare, è stato osservato che – partendo dal presupposto della natura privatistica dell’istituto arbitrale, che ne permea il relativo procedimento, il lodo che ne è il prodotto nonché i poteri di cui sono investiti gli arbitri – sarebbe «*contraddittorio misconoscere tale essenziale rilievo per affrettarsi a predicare la coincidenza fra gli effetti del lodo e quelli della sentenza, sul piano contenutistico e sostanziale nonché sul piano della “forza” del comando degli arbitri rispetto a quello del giudice*»<sup>(128)</sup>. In altri termini, il lodo sarebbe sì idoneo a costituire la *lex specialis* relativamente al rapporto controverso, non modificabile se non mediante il

---

<sup>127</sup> Si vedano, in tal senso, C. PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006, 155 ss.; ID., *Ancora sulla delega in tema di arbitrato*, cit., 263 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, cit., 116 ss., nonché Vol. II, 392 ss.; ID., *Luci ed ombre*, cit., 395 ss.; E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2008, 465 ss.; ID., *Questione di legittimità costituzionale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè 2006, 3 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 266 ss.; F. CARPI, *Sub art. 824-bis*, cit., 586 ss.; spec. 594 ss.; M. CURTI, *op. cit.*, 9 ss.; G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, Jovene, 2012, 60 ss. nonché 171 ss., il quale osserva che «*la soluzione che ci sembra preferibile è quella che considera il lodo arbitrale come una “decisione privata di una lite privata”, dotata di proprie caratteristiche autonome e, quindi, non effettivamente parificata alla sentenza statale. Emanato da soggetti privati a conclusione di un processo svolgentesi al di fuori dell’organizzazione giudiziaria statale, il lodo non può avere una natura diversa da quella “delle attività che compongono la sequenza arbitrato: le quali sono tutte private”*...Allo stesso tempo ricordiamo che “*la funzione decisoria del lodo non autorizza affatto a predicarne l’equiparazione, quoad effectum, alla sentenza del giudice togato*”, per il semplice fatto che dalla comunanza di alcuni elementi tra decisione arbitrale e sentenza statale non è dato dedurre che la prima debba essere identificata con la seconda» (si vedano, in particolare, le pagg. 174-176 dell’opera in esame, alla quale si rimanda anche per l’ampia bibliografia). Cfr. anche F.P. LUISO, *L’art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, 235 ss.

<sup>128</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 409. Pare necessario sottolineare, tuttavia, che vi è chi, come, F.P. LUISO, *L’art. 824-bis c.p.c.*, cit., 235 ss. (spec. 247-248), pur ritenendo che «*ha ragione quella dottrina, che insiste nella natura privatistico-consensuale del lodo e nega che esso possa essere ascritto all’attività giurisdizionale, e quindi avere natura pubblicistico-autoritativa*», ritiene che, cionondimeno, gli effetti del lodo e della sentenza siano equiparabili, osservando che la dottrina che segue la teoria c.d. “privatistica” «*non può essere seguita laddove ritiene che, in conseguenza della sua natura autoritativa, la sentenza possa avere effetti maggiori di quelli del lodo, poiché, in realtà, la sentenza non ha effetti maggiori di un contratto che abbia risolto la stessa controversia: né in ordine alla “tenuta” rispetto allo ius superveniens, né in ordine ai rapporti pregiudiziali o dipendenti da quello oggetto di decisione, né nei confronti dei terzi*».

ricorso ai mezzi di impugnazione di cui agli artt. 827 e segg. c.p.c. <sup>(129)</sup>; tuttavia, stante la natura privata dell'istituto arbitrale, i suoi effetti non potrebbero, comunque, essere ricondotti a quelli propri della sentenza <sup>(130)</sup>.

Il che rileva, soprattutto (per via degli effetti "pratici" che ne discendono), avuto riguardo, da un lato, alla idoneità del lodo ad acquisire l'efficacia di (e la irretrattabilità propria del) giudicato e, dall'altro (ma pur sempre collegato) lato, ai limiti, soggettivi ed oggettivi, di un simile accertamento.

Ed infatti, secondo la teoria c.d. "privatistica", il lodo non sarebbe idoneo ad acquisire l'autorità del giudicato materiale di cui all'art. 2909 cod. civ.: a conferma di tale conclusione, particolare rilievo viene attribuito al fatto che il lodo pronunciato su diritti indisponibili (in violazione, cioè, dell'art. 806 c.p.c.), ovvero che contenga statuizioni contrarie all'ordine pubblico, non sarebbe idoneo a divenire irretrattabile (potendo tale vizio essere fatto valere in ogni tempo e con ogni mezzo) <sup>(131)</sup>, laddove, se simili statuizioni fossero contenute in una sentenza,

---

<sup>129</sup> Eccezion fatta, peraltro, per l'ipotesi in cui il lodo sia reso su una materia non compromettibile o risulti contrario all'ordine pubblico, potendo, in tal caso, il vizio essere fatto valere, in via principale, in un autonomo giudizio di cognizione (in tal senso, si veda C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 403).

<sup>130</sup> Del resto, non si può non riconoscere che un buon argomento a favore della non equiparabilità fra lodo e sentenza risiede proprio nell'*incipit* dell'art. 824-bis e nell'art. 825 c.p.c., dal momento che, effettivamente, sotto tale profilo, la disciplina degli effetti del lodo arbitrale diverge, in modo significativo, rispetto a quella prevista per la sentenza: ed infatti, la pronuncia degli arbitri, a differenza di quella del giudice, non è, *ex se*, idonea a produrre determinati effetti (non è, in particolare, esecutiva né può essere trascritta o annotata).

<sup>131</sup> *Contra*, seppure solo sull'aspetto da ultimo trattato, si veda F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c., cit.*, 249-250, il quale ritiene che, mentre «la invalidità del lodo perché pronunciato in materia di diritti indisponibili si sottrae all'onere dell'impugnazione, e può essere rilevata – come la sentenza c.d. inesistente – in ogni tempo, luogo e da parte di chiunque», l'eventuale contrarietà del lodo all'ordine pubblico «costituisce unicamente motivo di impugnazione del lodo», sicché «ove il lodo non sia impugnato, la contrarietà all'ordine pubblico perde rilevanza» (nei medesimi termini, si veda S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.*, 2005, 861, il quale, per l'appunto, sottolinea proprio che «il fatto che il vizio in esame sia raffigurato come un caso di impugnazione per nullità conferma la correttezza dell'opinione per la quale il lodo non è da considerare inesistente, ma semplicemente annullabile», con la conseguenza che «il difetto deve essere fatto valere, a pena di decadenza, nei termini e nei modi stabiliti dall'art. 829 e non è, invece, insanabile e rilevabile da chiunque vi abbia interesse in qualsiasi momento e in ogni sede processuale»).

quest'ultima sarebbe comunque, se non impugnata, idonea ad acquisire l'efficacia di giudicato sostanziale <sup>(132)</sup>.

In tale ottica, viene, inevitabilmente, "ridimensionata" la portata dell'art. 824-bis c.p.c. <sup>(133)</sup> e, facendo richiamo alla nota teoria della c.d. "efficacia naturale" della sentenza elaborata dal Liebman <sup>(134)</sup>, viene, in particolare, sottolineato che la norma in discorso «*si limit[erebbe] a conferire al lodo gli effetti, ma non certo l'autorità o la forza degli atti giurisdizionali e dunque esso non cont[errebbe] un vero e proprio appiglio testuale da cui far discendere, con certezza, l'attitudine del lodo arbitrale*

---

<sup>132</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 407 ss. Dovendo, a tale proposito, essere sottolineato che la via per mantenere coerente il sistema pare essere reperibile – come osservato da F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., 248-249 – nell'istituto della "inesistenza" del lodo, ravvisabile, per l'appunto, allorché il lodo sia stato pronunciato su diritti non disponibili: ed infatti, in tal caso, il lodo non passa in giudicato non perché meno idoneo, rispetto alla sentenza, a conseguire l'autorità di giudicato materiale, bensì per il semplice motivo che il lodo, in realtà, è come se non esistesse affatto. Per quanto concerne, invece, la contrarietà del lodo all'ordine pubblico, per la dottrina in discorso (si veda sempre F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., 249-250) il problema non è neppure da porsi, dal momento che, in tal caso, il lodo, se non impugnato, diverrebbe irretrattabile al pari della sentenza. F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit., 249, peraltro, replica anche all'ulteriore argomentazione, portata da Punzi (si veda, in particolare, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 411), che fa leva sull'assenza, nella disciplina dell'arbitrato, di «*un rimedio impugnatorio come quello previsto dall'art. 397 c.p.c., per modo che mediante un lodo non più impugnabile i privati potrebbero addirittura raggiungere un assetto di interessi in frode alla legge, non solo più resistente di quello degli altri negozi, ma anche della stessa sentenza, per la quale è, invece, prevista la revocazione straordinaria del pubblico ministero*»: ed infatti, Luiso osserva che una simile argomentazione «*in realtà non è fondata, posto che l'art. 397 c.p.c. riguarda appunto controversie relative a diritti indisponibili*» e, come tali, evidentemente non compromettibili (in tal senso, si veda anche F. CARPI, *Sub art. 824-bis*, cit., 599).

<sup>133</sup> Norma che, come si è detto, è stata, dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, interpretata nel senso di manifestazione di adesione, da parte del legislatore, alla tesi c.d. "giurisdizionale" dell'arbitrato.

<sup>134</sup> E, soprattutto, al fatto che, come osservato dal celebre Autore, «*non si può...dubitare che l'efficacia giuridica della sentenza possa e debba distinguersi dall'autorità della cosa giudicata*», dal momento che la legge munisce di effetti la sentenza prima che essa sia passata in giudicato, *in primis* con riferimento alla provvisoria esecuzione, «*Ma ciò deve ripetersi anche per gli altri effetti che può produrre una sentenza, sia quello di accertamento sia quello costitutivo, che debbono concepirsi e sussistono in fatto indipendentemente dalla loro maggiore o minore definitività. Si deve cioè riconoscere in linea logica che l'effetto di accertamento o costitutivo che una sentenza può produrre è ben diversa cosa dalla possibilità maggiore o minore che esso, una volta prodotto, possa essere contestato, infirmato o revocato. L'incontestabilità è un carattere logicamente non necessario che può essere conferito all'effetto medesimo senza modificarne l'intima e propria natura*» (E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935, 24 ss. Si veda, in proposito, anche ID., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1981, Vol. II, 400 ss.).

a conseguire la forza del giudicato sostanziale che l'art. 2909 c.c. ricollega all'accertamento contenuto nelle sentenze del giudice statale»<sup>(135)</sup>.

Non solo, ma la distinzione ora ricordata, ossia quella fra gli "effetti" del lodo (o della sentenza) e la "autorità" o la "forza" del lodo (o della sentenza), viene enfatizzata per giungere ad affermare che, con la norma in discorso, il legislatore avrebbe, volutamente, conferito al lodo solo i primi (gli "effetti") e non le seconde ("forza" ed "autorità") della sentenza<sup>(136)</sup>.

Merita, inoltre, di essere sottolineato, sempre con riferimento all'art. 824-bis c.p.c. (e, in particolare, al suo "ridimensionamento"), che parte della dottrina – ritenendo, evidentemente, non superabile, neppure per mezzo di una interpretazione costituzionalmente orientata, il dato testuale della norma in discorso (nel senso, cioè, di conferire al lodo gli effetti propri della sentenza), ma muovendo dal presupposto che l'arbitrato può esistere solo nella misura in cui resti relegato nell'ambito prettamente privatistico<sup>(137)</sup> – ha ritenuto che tale

---

<sup>135</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 412. Peraltro, non si può non rilevare che lo stesso Autore sembri, seppure implicitamente, ritenere che l'interpretazione in discorso, sicuramente valida sul piano testuale, non risulti perfettamente in linea con quelle che erano le intenzioni del legislatore del 2006. Ed infatti, solo poche pagine prima (si veda, in particolare, la pag. 402), l'Autore sente la necessità di premettere che «[p]er l'interprete...anche l'art. 824 bis c.p.c., come qualunque altra disposizione, una volta assunto il crisma di norma, cessa di rispondere alle intenzioni dei codificatori e acquista vita e senso alla luce dei principi fondamentali del sistema (e dell'istituto arbitrale in particolare): ed è rispetto a questi che si deve vagliare quali siano gli effetti e in cosa consistano, rispetto al lodo rituale, gli evocati effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria».

<sup>136</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 412, il quale, pertanto, coerentemente con le premesse di cui si è appena detto, conclude che «se può convenirsi che anche il lodo ha una sua valenza imperativa, nel senso che con esso gli arbitri decidono la lite e che lo stesso finisce per dettare la lex specialis del rapporto giuridico controverso, appare invece contrario al fondamento negoziale dell'istituto e alla fonte privata dei poteri esercitati dagli arbitri postulare la irretrattabilità e incontrovertibilità del comando contenuto nel lodo una volta che questo non sia più soggetto alle impugnazioni, in particolare ove abbia inciso su diritti indisponibili o sia contrario all'ordine pubblico».

<sup>137</sup> Come osservato dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, non è possibile ravvisare interpretazioni «costituzionalmente orientate» quando «la lettera stessa [della disposizione di legge rilevante] si oppone ad un'esegesi di tale disposizione condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme». Posto, infatti, che proprio «tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale», ne discende che «[l]'ammissibilità di quest'ultimo [i.e. del sindacato di legittimità costituzionale], per non avere il rimettente esplorato la via dell'interpretazione conforme, non è...pregiudicata dalla presenza di pronunce giudiziali che abbiano sì conseguito

norma potrebbe addirittura essere considerata anticostituzionale per contrasto con l'art. 102 Cost., dal momento che l'«*esercizio della giurisdizione, quale funzione dello Stato, è affidato dalla Carta (art. 102) a giudici istituiti dallo Stato e muniti d'imperium*» e, dunque, non potrebbe essere attribuito agli arbitri <sup>(138)</sup>.

Altri elementi, testuali e sistematici (a prescindere, cioè, dal riferimento all'art. 824-bis c.p.c., il quale, come si è detto, rappresenta, con riferimento al tema che qui ci occupa, la norma di maggior rilievo dell'ultima riforma), vengono, peraltro, valorizzati dagli autori che aderiscono, anche dopo il 2006, alla tesi c.d. "privatistica" dell'arbitrato.

In particolare, pur essendo intervenuto sull'art. 829 c.p.c., il legislatore del 2006 non ha modificato il n. 8 del primo comma della norma in discorso, così continuando a tenere distinti, nell'ambito del motivo di nullità in esame, la contrarietà del lodo a precedente «*sentenza passata in giudicato*» dalla sua contrarietà a precedente «*lodo non più impugnabile*»: il che, a dire di autorevole

---

*l'adeguamento della norma alla Costituzione, ma per il tramite di interpretazioni eccentriche e palesemente contrarie al dettato letterale della legge»* (Cost. 20 giugno 2008 n. 219, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2456). In altri termini, come è noto, «*[l] obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008)*»: ed infatti, la «*interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale*» (Cost. 19 febbraio 2016 n. 36, in *Foro Amm.*, 2016, 3, 530).

<sup>138</sup> E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, cit., 4. L'Autore, alle pagg. 3 e ss. del contributo ora citato, sottolinea che il fatto che «*la legge riconosca immediatamente al lodo "rituale" – volizione di privato, l'arbitro appunto – gli effetti propri della sentenza del giudice statale, al quale soltanto è costituzionalmente affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale, costituisce violazione della Carta fondamentale*», giungendo addirittura a prospettare come «*indispensabile*» una «*riforma della riforma, restituendo al lodo rituale la efficacia sua propria di negozio privato, e riconnettendo l'eventuale acquisto, da parte sua, degli attributi della giurisdizione statale alla conveniente verifica ed al provvedimento di convalida, richiesti, nel caso concreto, al Tribunale e da Esso posti in essere*». Coerentemente, secondo l'Autore, l'*exequatur* diverrebbe necessario non solo per le sentenze aventi contenuto di condanna, ma anche con riferimento al «*lodo a contenuto di "accertamento" ed a quello a contenuto "costitutivo", non meno bisognosi, per essere muniti di efficacia giurisdizionale (esecutività esclusa, dell'intervento del magistrato)*».

dottrina, confermerebbe, come si è già ricordato, il fatto che il legislatore, in ossequio alla natura prettamente privatistica del lodo arbitrale, intenderebbe riservare l'attributo del passaggio in giudicato alla sola sentenza <sup>(139)</sup>. Conclusione, quella da ultimo ricordata, che sarebbe avvalorata anche dalla formulazione dell'art. 2945, III comma, c.c., in cui, ancora, non si parla di lodo e/o di sentenza passati in giudicato, bensì di lodo «*non...più impugnabile*» e di sentenza «*passa[ta] in giudicato*» <sup>(140)</sup>.

Inoltre, viene messo in risalto dagli aderenti alla tesi in esame che, con la riforma, agli arbitri non è stata comunque attribuita la qualifica di pubblici ufficiali <sup>(141)</sup> e, soprattutto, che il lodo avente contenuto di condanna continua a dover essere sottoposto, per poter acquisire l'efficacia esecutiva (e l'idoneità ad essere trascritto nei pubblici registri), all'*exequatur* previsto dall'art. 825 c.p.c., «*ancorché*

---

<sup>139</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *cit.*, 414. Nel medesimo senso, si veda anche F. CARPI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 594, il quale aggiunge, ad ulteriore dimostrazione della rilevanza della differenza fra lodo e sentenza, che «*[p]er di più il lodo o la sentenza debbono essere stati prodotti nel procedimento, mentre nel procedimento ordinario il giudicato interno è rilevabile d'ufficio ed anche il giudicato esterno*».

<sup>140</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, *cit.*, 414. Dovendo, peraltro, essere sottolineato che, anche in questo caso (così come con riferimento all'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c.), la norma in discorso è stata introdotta prima del 2006 e, in particolare, con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25.

<sup>141</sup> Che, anzi, continua ad essere espressamente esclusa, posto che l'art. 813, II comma, c.p.c., prevede tuttora che agli arbitri «*non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio*». Ed anzi, proprio a tale norma viene riconosciuto, da parte della dottrina, grande rilievo, tanto che viene sottolineato che uno «*aspetto importante della riforma è l'aver chiarito, con norma positiva, dirimendo quindi la dibattuta questione dottrinale, tra teoria pubblicistica, privatistica ed intermedia sulla natura, che l'arbitrato ha natura privatistica. Escludendo quindi ogni assimilazione degli arbitri e dell'arbitrato (sia esso sostanziale o processuale) al processo inteso come procedimento pubblicisticamente connotato, escludendo espressamente che gli arbitri possano essere qualificati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio*» (M. CURTI, *op. cit.*, 10). Cionondimeno, non si può non rilevare come il medesimo Autore, commentando l'art. 824-bis c.p.c., riconosca – a pag. 94 – che la riforma ha tolto «*ogni possibile dubbio sugli effetti del lodo rituale e sulla sua equiparazione ad una sentenza*», dal momento che, «*salva la procedura di omologazione, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Il lodo rituale, quindi, potrà "fare stato" tra le parti, potrà determinare quindi tutti gli effetti del giudicato formale e sostanziale alla stregua di una sentenza pronunciata dall'A.g.o., dalla data dell'ultima sottoscrizione degli arbitri*».

*tale provvedimento dovrebbe ritenersi superfluo in costanza dell'efficacia giurisdizionale assegnata al lodo»* <sup>(142)</sup>.

È stato, poi, osservato che la disciplina relativa al coordinamento fra pronunce rese nelle diverse sedi (*i.e.* in quella arbitrale e davanti all'autorità giudiziaria ordinaria) risulterebbe incompatibile con la piena equiparabilità fra lodo e sentenza (in ragione della diversa natura che li contraddistingue).

A tale proposito, parte della dottrina ha posto in evidenza il fatto che, anche dopo la riforma del 2006, l'eventuale contrasto fra lodo e sentenza può essere risolto esclusivamente in forza dell'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c. <sup>(143)</sup>, dal momento che l'art. 831 c.p.c. espressamente esclude la revocazione del lodo per il motivo indicato dal n. 5 dell'art. 395 c.p.c. <sup>(144)</sup>: da ciò discende che, mentre una sentenza che, decorsi i termini per proporre un'impugnazione ordinaria, risultasse «*contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata*»

---

<sup>142</sup> E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, cit., 5, il quale attribuisce tale mancanza di coordinamento tra l'art. 824-bis c.p.c. e le altre norme della disciplina dell'arbitrato al fatto che «*si valenti esperti di cui il governo delegato si è avvalso hanno, bongré malgré, dovuto attenersi alla legge delega codificando nel decreto legislativo – appunto con l'art. 824-bis – la sola e immediata efficacia giurisdizionale del lodo rituale: non senza lasciare, però, tracce di non esserne convinti*».

<sup>143</sup> Il quale prevede che il lodo è impugnabile se «*contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento*». Dovendo essere sottolineato, peraltro, che altra parte della dottrina ha ravvisato, nella norma in commento, addirittura «*un argomento molto importante a favore dell'equiparazione tra lodo e sentenza (dal punto di vista degli effetti)*», essendo stato rilevato – premesso che «*[d]a sempre le parti possono (si parla di diritti disponibili) stabilire per contratto una disciplina diversa da quella fissata dalla precedente sentenza*» – che risulterebbe «*impossibile capire per quale ragione il lodo arbitrale dovrebbe rispettare il precedente giudicato giudiziario, se mediante lo stesso lodo le parti dovessero stipulare un negozio*». Del resto, come pure osservato dalla autorevole dottrina in esame, «*proprio per questo motivo la presenza di un precedente giudicato [è] del tutto irrilevante nell'ambito dell'arbitrato irrituale, che è appunto l'arbitrato destinato a concludersi con un lodo-negozio*»: in conclusione, «*se il nostro c.p.c. disciplinasse un arbitrato destinato a concludersi a sua volta con un lodo-negozio, l'art. 829, comma I, n. 8, c.p.c. sarebbe un fuor d'opera. La norma si spiega soltanto se si pensa che il lodo sia, quanto ad effetti, l'equivalente della decisione giudiziaria (e proprio per questo debba rispettare, come ogni decisione giudiziaria, il precedente giudicato non superato da diversa volontà negoziale*» (E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1242). Argomentazioni, quelle su cui ora ci si è soffermati, che vengono criticate da altra parte della dottrina: si veda C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 725-726.

<sup>144</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 414-415.

potrebbe essere travolta facendo ricorso alla revocazione (ai sensi, per l'appunto, del n. 5 dell'art. 395 c.p.c.), allorché fosse un lodo a risultare contrario ad una sentenza precedente già passata in giudicato, tale vizio potrebbe essere fatto valere solo mediante la (e nei limiti previsti dalla) impugnazione per nullità ai sensi del n. 8 dell'art. 829 c.p.c. <sup>(145)</sup>.

Non solo, ma, sempre con riferimento alle norme in esame, è stato rilevato che la formulazione testuale del n. 5 dell'art. 395 c.p.c. <sup>(146)</sup> ammette che sia oggetto di

---

<sup>145</sup> In particolare, l'impugnazione dovrà essere proposta entro i termini temporali previsti dall'art. 828 c.p.c. (e cioè, n. 90 giorni in caso di notifica del lodo ed un anno in caso contrario) e, comunque, a condizione che il precedente lodo o la precedente sentenza siano stati prodotti nel procedimento arbitrale: con riferimento a quest'ultimo rilievo, si veda C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 415, nt. 359. Profilo, quest'ultimo, che – rileva l'autorevole dottrina in esame – «segna un ulteriore distacco tra arbitrato e giudizio ordinario nonché tra lodo e sentenza», dal momento che «nel giudizio ordinario non solo per il giudicato interno, bensì anche per il giudicato esterno, non è riservata alla parte la relativa eccezione, essendo, invece, questa rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità» e che, in altri termini, «le parti come possono modificare o eliminare gli effetti del giudicato con transazione ad hoc, così possono addirittura compromettere in arbitri una controversia, anche se è stata già definita con sentenza passata in giudicato. Viceversa le parti, anche se concordi, non possono certamente chiedere al giudice ordinario di ignorare il precedente giudicato e pretendere che giudichi ex novo sulla stessa controversia» (C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, cit., 726. Sul punto, si veda anche G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2002, 864). Altra parte della dottrina, peraltro, contesta motivatamente tali conclusioni, giungendo ad affermare – all'esito di un articolato ragionamento – che, in realtà, da una corretta interpretazione delle due norme in esame discende che «il trattamento dell'art. 395 n. 5 e 829 n. 8, nella sostanza finisce per essere analogo» (G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 171 ss.).

Dovendo essere rilevato, peraltro, che sembra che il rilievo relativo alla necessità di eccepire la sussistenza del precedente giudicato davanti agli arbitri sia ormai non più attuale, dal momento che, con riferimento al n. 8 dell'art. 829 c.p.c., la riforma del 2006 ha espunto la parte che subordinava la possibilità di proporre impugnazione avverso il lodo alla previa proposizione della relativa eccezione in sede arbitrale: oggi, infatti, è sufficiente che la sentenza o il lodo siano stati prodotti nel corso del procedimento arbitrale. Sicché, come osservato dalla dottrina, è stato così «eliminato l'ostacolo letterale, che aveva fin qui impedito di assoggettare l'eccezione di giudicato nel giudizio arbitrale al medesimo regime di rilevanza officiosa cui essa soggiace nell'ambito del giudizio ordinario» (S. BOCCAGNA, *Sub art. 829*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 467. Nei medesimi termini si sono espressi anche: E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1177 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2008, 402; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 753 ss.). *Contra*, nel senso della non rilevanza d'ufficio dell'eccezione di giudicato, si veda F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, 214).

<sup>146</sup> Secondo cui la sentenza può essere oggetto di revocazione allorché risulti «contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione».



revocazione la sentenza che risulti contraria ad un'altra sentenza precedente (avente fra le parti autorità di cosa giudicata), senza tuttavia prevedere il medesimo rimedio allorché la precedente decisione sia rappresentata da un lodo anziché da una sentenza <sup>(147)</sup>: ulteriore differenza, questa, fra il regime previsto dall'art. 829, I comma, n. 8, c.p.c. e quello previsto dall'art. 395, I comma, n. 5, c.p.c. <sup>(148)</sup>.

**3.5.4.** Un discorso a parte merita, poi, l'art. 819-ter c.p.c., posto che si tratta di una disposizione di difficile "inquadramento" e, comunque, passibile, più delle altre (forse anche per via della sua formulazione non del tutto perspicua), di letture discordanti <sup>(149)</sup>.

È stato, infatti, osservato che tale norma – pur facendo a più riprese riferimento all'istituto della competenza – non deve necessariamente essere interpretata nel senso, sopra illustrato, fatto proprio dagli autori aderenti alla tesi c.d.

---

<sup>147</sup> Va tuttavia segnalato che, per parte della dottrina, il n. 5 dell'art. 395 c.p.c. andrebbe interpretato nel senso di consentire la revocazione della sentenza anche allorché risulti contraria ad un precedente lodo non più impugnabile. In tal senso, in particolare, è stato osservato che «*la prevenzione dei conflitti non potrà operare a senso unico, rendendo annullabile il lodo successivo "contrario", e lasciando immune da rimedi la sentenza "contraria" ad un precedente lodo non più impugnabile*», di talché si dovrà «*ammettere che la revocazione possa essere proposta contro la sentenza ai sensi dell'art. 395 n. 5 c.p.c., anche quando essa sia contraria ad un precedente lodo non più impugnabile tra le parti, se non abbia pronunciato sulla relativa eccezione, e che altrimenti contro la sentenza sia dato il rimedio dell'impugnazione per cassazione, per violazione di norme di diritto*», venendo posto in rilievo il fatto che tale conclusione «*appare già fondata, in jure condito, sul collegamento esistente fra l'art. 395 n. 5 e l'art. 829 n. 8, senza che occorra postulare un intervento dei giudici della Consulta, che dichiari l'incostituzionalità della prima delle norme ora citate per omissione, contrastante con gli artt. 3 e 24 della Costituzione*» (G. TARZIA, *Conflitti tra lodi*, cit., 645. Alla medesima conclusione giungono anche: E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 819; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 176-177).

<sup>148</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, cit., 415.

<sup>149</sup> Pur potendo, in linea generale, essere richiamata la considerazione espressa, da autorevole dottrina, prima dell'entrata in vigore della riforma del 2006, la quale sottolineava, proprio con riferimento al «*problema dei rapporti tra l'arbitrato e il processo giudiziario*», che «*in tanto il tema può porsi come oggetto di disciplina, in quanto si pensi che l'arbitrato ponga capo ad un lodo dotato di effetti di sentenza, e sia pertanto equivalente al processo giudiziario dal punto di vista del risultato*», posto che «*[s]e si ritiene che l'arbitrato si concluda con un regolamento negoziale del rapporto controverso, un problema di rapporti con il processo giudiziario non ha motivo di sorgere*»: conseguentemente, «*[c]ostituiscono altrettanti sintomi a favore del lodo con effetti di sentenza tutte le norme, che in qualsiasi modo pongano i rapporti tra arbitro e processo togato ad oggetto della loro disciplina*» (E.F. RICCI, *La Cassazione insiste*, cit., 1243).

“giurisdizionale”: in particolare, è stato da parte della dottrina osservato che la scelta del legislatore di consentire l’esperibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza mediante la quale il giudice abbia statuito sulla propria *potestas iudicandi* (in presenza di un’eccezione di compromesso) non potrebbe affatto essere considerata indicativa della sua volontà di ricondurre i rapporti fra arbitri e giudici nell’alveo della competenza.

Ciò, dal momento che lo strumento del regolamento di competenza sarebbe stato scelto per ragioni prettamente “pratiche”, all’unico fine di consentire – vista la snellezza del relativo procedimento – di giungere ad una decisione definitiva sul punto in breve tempo <sup>(150)</sup>: in tal senso, è stato sottolineato che la scelta di fare ricorso al regolamento di competenza sarebbe irrilevante, posto che si tratterebbe di un «rimedio che il legislatore è evidentemente libero di utilizzare anche al di fuori del suo campo originario» e che la definizione della eccezione di compromesso quale «eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato» risulterebbe, in realtà, «ridondante e certamente non decisiva» <sup>(151)</sup>

Del resto, non si può non riconoscere che, nell’art. 819-ter c.p.c., pur essendo rinvenibili alcuni indici astrattamente idonei a dimostrare la riconduzione dei rapporti tra arbitri e giudici nell’alveo della competenza, vi sono anche altri indici di segno opposto <sup>(152)</sup>.

A tale proposito, innanzitutto, è stato rilevato che il regolamento di competenza è esperibile nei confronti della sentenza, ma non del lodo: in particolare, premesso

---

<sup>150</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 687-688.

<sup>151</sup> G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 372. Nel medesimo senso, benché con tono più dubitativo, si veda anche F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, ne *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006, 123-124.

<sup>152</sup> Osserva, infatti, M. BOVE, *La nuova disciplina dell’arbitrato, cit.*, 87, che, proprio in ragione della inapplicabilità degli artt. 44, 45, 48 e 50 c.p.c., e «anche se l’eccezione di patto compromissorio di fronte al giudice pubblico è disciplinata come l’eccezione di incompetenza per territorio semplice, per quanto riguarda i tempi di rilevazione e il modo in cui essa è decisa, ossia con una sentenza sulla competenza», resta il fatto che «per il resto, però, i rapporti tra arbitro e giudice statale non sono propriamente inquadrabili come i rapporti di competenza intercorrenti tra giudici statuali». Ed anzi, l’Autore giunge allora ad adombrare «il dubbio sull’opportunità anche di quella parte della disciplina che, invece, equipara la questione relativa alla valida esistenza della convenzione arbitrale ad una questione di competenza».

che – riconducendo i rapporti tra arbitri e giudici nell’ambito della competenza ed alla luce dell’art. 824-*bis* c.p.c., che equipara i lodi alle sentenze – la pronuncia del giudice e quella degli arbitri, anche con riferimento alla statuizione circa la sussistenza della relativa *potestas iudicandi*, andrebbero considerate del tutto sovrapponibili, ci si chiede in che modo potrebbe essere garantita la coerenza del sistema allorché, come nel caso di specie, il regolamento di competenza sia esperibile nei confronti della sentenza del giudice, ma non del lodo arbitrale<sup>(153)</sup>. Inoltre, a sostegno di tale lettura della norma, è stato pure osservato che il legislatore ha previsto, nella prima parte del primo comma dell’art. 819-*ter* c.p.c., che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice: disposizione, questa, che appare «*incompatibile con l’inquadramento dei rapporti tra arbitri e giudici ordinari nello schema della competenza e con l’equiparazione del patto compromissorio ad un accordo derogativo della competenza territoriale*»<sup>(154)</sup>.

In aggiunta a quanto precede, è stato pure sottolineato che, sempre con l’art. 819-*ter* c.p.c., il legislatore ha escluso l’applicabilità, nei rapporti tra arbitri e giudici, di qualsiasi forma di *translatio iudicii*, avendo espressamente dichiarato inapplicabile l’art. 50 c.p.c. nonché gli artt. 44 e 45 c.p.c., ossia le altre norme che presuppongono l’avvenuta traslazione del processo, da una sede all’altra, ai

---

<sup>153</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 689, in particolare, dopo avere osservato che «*la natura della pronuncia degli arbitri e di quella del giudice in tema di riconoscimento del potere decisorio proprio o dell’altro organo non possa che essere omologa, posto che le due decisioni rappresentano, l’una rispetto all’altra, il lato contrario della medaglia*», non potendosi pertanto ritenere, in alcun modo, «*che la pronuncia del giudice sia una sentenza sulla competenza, mentre il lodo degli arbitri abbia altra natura e viceversa*», osserva che «*o si riconduce il sistema a unità concludendo che il regolamento di competenza è utilizzato avverso la sentenza del giudice in modo anomalo, oppure si ritiene che anche la pronuncia degli arbitri sia una decisione sulla competenza, ma allora bisognerebbe spiegare perché qui è escluso il regolamento di competenza in favore dell’impugnazione per nullità*».

<sup>154</sup> G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 372. Alla medesima conclusione giunge anche C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Vol. I, *cit.*, 192 ss.

sensi della predetta norma, così peraltro escludendo anche l'eventualità che la *translatio iudicii* possa avvenire ai sensi dell'art. 38, II comma, c.p.c. <sup>(155)</sup>.

A tale proposito, peraltro, non si può non tenere conto del fatto che – come si vedrà meglio nel prosieguo – la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 19 luglio 2013 n. 223, ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c. proprio «*nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c.*». <sup>(156)</sup>.

Inoltre, è stato osservato che, pur venendo l'eccezione di compromesso espressamente qualificata come «*eccezione di incompetenza*» dall'art. 819-ter c.p.c., la medesima norma afferma che il giudice deve decidere con sentenza, e non con ordinanza, mentre, come noto, sulle questioni di competenza la decisione dovrebbe essere resa, in forza dell'art. 279 c.p.c. <sup>(157)</sup>, con ordinanza <sup>(158)</sup>.

Infine, è stato rilevato che la possibilità – dedotta *a contrario* da quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 819-ter c.p.c. – di proporre, allorché non sia ancora pendente il procedimento arbitrale, domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato fornirebbe ulteriore conforto al fatto che non si tratterebbe di un'eccezione di incompetenza “in senso tecnico”, posto che, potendo essere proposta autonomamente, quale autonomo bene della vita, essa integrerebbe una questione di merito, seppure preliminare, e non di rito <sup>(159)</sup>. Sempre a tale proposito, peraltro, è stato pure osservato che,

---

<sup>155</sup> G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 373. In tal senso, si veda anche C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, *cit.*, 204-205.

<sup>156</sup> Sul punto, peraltro, si tenga presente che, come si è già ricordato, in data 10 marzo 2016, la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia, contenente la delega al Governo, recante disposizioni per l'efficienza del processo civile: in particolare, per quanto qui maggiormente rileva, all'art. 1, II comma, lett. e), viene dato mandato al Governo di «*potenziare l'istituto dell'arbitrato, anche attraverso l'eventuale estensione del meccanismo della translatio iudicii ai rapporti tra processo e arbitrato...*» (sul punto, si vedano, proprio di recente, le considerazioni di G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo, cit.*, 965 ss.).

<sup>157</sup> Così come novellato dall'art. 46, IX comma, della Legge 18 giugno 2009 n. 69.

<sup>158</sup> G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 373.

<sup>159</sup> In tal senso, di vedano: C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, *cit.*, 211; G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 373.

riconducendo i rapporti tra arbitri e giudici nell'alveo della competenza, e considerando pertanto la pronuncia resa ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 819-ter c.p.c. (i.e. all'esito di un giudizio promosso, in via di azione, all'unico fine di ottenere una pronuncia relativa alla *potestas iudicandi* degli arbitri in ragione della invalidità o della inefficacia della convenzione di arbitrato) una pronuncia sulla competenza, si dovrebbe poi, per coerenza, ritenerla impugnabile con il regolamento di competenza, mentre pare doversi affermare, alla luce del dato normativo, che essa resti, comunque, impugnabile mediante appello<sup>(160)</sup>.

Resta, poi, da aggiungere, per completezza, che il fatto che l'art. 819-ter c.p.c. non sia idoneo a dimostrare che il legislatore abbia inteso ricondurre i rapporti tra arbitri e giudici nell'alveo della competenza è stato affermato non solo dagli autori aderenti alla tesi c.d. "privatistica", al fine di privare di rilevanza una delle argomentazioni utilizzate dagli autori aderenti alla tesi c.d. "giurisdizionale", bensì anche da taluni autori che, invece, sono convinti sostenitori di quest'ultima tesi<sup>(161)</sup>: ciò, ad ulteriore conferma del fatto che l'art. 819-ter c.p.c., nella sua attuale formulazione, risulta, in effetti, difficilmente "inquadabile" nell'ambito del dibattito relativo alla natura del procedimento arbitrale.

### **3.6. Il D.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014 n. 162.**

Di recente, il legislatore, nel tentativo di deflazionare il carico di lavoro gravante sull'autorità giudiziaria ordinaria, giunto ormai ad un livello insostenibile e tale da incidere in modo rilevante sull'efficienza stessa del "sistema Paese", è intervenuto, nuovamente, sulla disciplina dell'arbitrato<sup>(162)</sup>: questa volta,

---

<sup>160</sup> In tal senso, si veda L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 688.

<sup>161</sup> Si veda, ad esempio, L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter, cit.*, 689 ss.

<sup>162</sup> Nel preambolo del D.l. n. 132/2014, in particolare, si fa riferimento alla «ordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile...» ed alla «finalità di assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile mediante le predette urgenti misure».

tuttavia, non con un intervento organico, come era avvenuto nel 1994 e nel 2006, bensì con l'introduzione di un'articolata disposizione, contenuta nell'art. 1 del D.l. 132/2014 (convertito, con modifiche, dalla Legge n. 162/2014), la quale prevede la possibilità, a determinate condizioni, di far trasmigrare la causa, pendente davanti al tribunale ovvero alla corte di appello, dall'autorità giudiziaria ordinaria ad un collegio arbitrale costituito *ad hoc* <sup>(163)</sup>.

---

Merita, peraltro, di essere sottolineato sin d'ora che, in realtà, è scorretto il riferimento alla «degiurisdizionalizzazione» (a ragione definito «*orribile neologismo adottato dal d.lgs. n. 132 del 2014*»), dal momento che «*non viene "degiurisdizionalizzata" la funzione, ma si punta sulla fuga dalla giurisdizione dello Stato*» (così, F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 818).

<sup>163</sup> L'art. 1 del D.l. n. 132/2014, così come modificato dalla L. n. 164/2014, in particolare, prevede che: «*1. Nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. Tale facoltà è consentita altresì nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. Per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta.*

*2. Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale per le controversie di valore superiore ad euro 100.000 e, ove le parti lo decidano concordemente, di un arbitro per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000. Gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso.*

*2-bis. La funzione di consigliere dell'ordine e l'incarico arbitrale di cui al presente articolo sono incompatibili. Tale incompatibilità si estende anche per i consiglieri uscenti per una intera consiliatura successiva alla conclusione del loro mandato.*

*3. Il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza.*

*4. Quando la trasmissione a norma del comma 2 è disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. E' in facoltà degli arbitri, previo accordo tra le parti, richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni. Quando il processo è riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'articolo 338 del codice di procedura*

Non essendo possibile, nella presente sede, diffondersi in modo particolareggiato sul contenuto e sulla portata della norma in discorso, nonché sui suoi (rilevanti) limiti <sup>(164)</sup>, deve comunque essere sottolineato che, grazie all'introduzione di quello che è stato (correttamente) definito "arbitrato di prosecuzione", pare

---

civile. Quando, a norma dell'articolo 830 del codice di procedura civile, è stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

5. Nei casi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, con decreto regolamentare del Ministro della giustizia, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, possono essere stabilite riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. Nei medesimi casi non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile.

5-bis. Con il decreto di cui al comma 5 sono altresì stabiliti i criteri per l'assegnazione degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere e alla materia oggetto della controversia, nonché il principio della rotazione nell'assegnazione degli incarichi, prevedendo altresì sistemi di designazione automatica»

<sup>164</sup> Sia, pertanto, consentito rimandare alle analisi svolte, fra gli altri, da: E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1135 ss.; L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L. 162/2014)*, in *judicium*, 12 febbraio 2015; A. BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; A.A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 474 ss.; D. CERRI, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in *Judicium.it*, 7 ottobre 2014; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo». Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, Edizioni Leone, 2014; G. NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo" (Art. 1, D.L. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Judicium*, 7 ottobre 2014; V. VIGORITI, *Il trasferimento in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, in *Judicium*, 1 ottobre 2014; A. MEL, *Le misure di "degiurisdizionalizzazione" adottate dal legislatore per accelerare la giustizia nonché per favorire lo smaltimento dell'arretrato giudiziario dei processi civili. Commento a prima lettura*, in *La Nuova procedura Civile*, 27 novembre 2014; B. CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *questionegiustizia.it*, 2014; G. LUDOVICI – D DE RITO, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione. Prime riflessioni sull'arbitrato di prosecuzione e sulla negoziazione assistita*, in *La nuova procedura civile*, 6, 2014; C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, 1173 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, Ipsoa, 2014; A. SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, Rimini, Maggioli, 2015; A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Le novità nel processo civile dopo la riforma della giustizia*, Rimini, Maggioli, 2014; R. GIORDANO - C. TRAPUZZANO, *La riforma del processo civile. Commentario al d.l. n. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 164/2014, aggiornato alle circolari Ministeriali nn. 2309/2015 e 6/2015 in tema di negoziazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2015; G. BUFFONE, *Processo civile: tutte le novità (d.l. 132/2014, conv. con mod., in l. 162/2014)*, Milano, Giuffrè, 2015; E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, 1264 ss.; R. GIORDANO - M. VACCARI - R. MASONI, *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*, Milano, Giuffrè, 2016.

venire ulteriormente rafforzata la convinzione, che è andata via via affermandosi, secondo cui gli arbitri siano chiamati a svolgere una funzione sempre più “giurisdizionale” e che il loro rapporto con l’autorità giudiziaria ordinaria possa essere, effettivamente (ed a prescindere dalle previsioni contenute nell’art. 819-ter c.p.c.), ricondotto nell’alveo della competenza.

Ed infatti, pur non potendosi, nel caso di specie, parlare propriamente (e tecnicamente) di *translatio iudicii* <sup>(165)</sup>, sembra innegabile che il legislatore abbia introdotto un meccanismo che – consentendo la trasmigrazione della causa dall’autorità giudiziaria ordinaria agli arbitri e, in determinati casi, anche la “ritrasmigrazione” da questi ultimi alla prima (così, nel caso previsto dal IV comma della norma in esame) <sup>(166)</sup> – implica una piena fungibilità della giustizia togata rispetto a quella arbitrale, tanto che viene sottolineato, benché in modo del tutto ridondante, vista l’applicabilità degli artt. 824-bis ed 825 c.p.c., che “*il lodo ha gli stessi effetti della sentenza*” <sup>(167)</sup>.

---

<sup>165</sup> Osserva, infatti, B. CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi*, cit., che «*si ha translatio...quando un giudice, con decisione definitiva, si spoglia della controversia a favore di altro giudice*», mentre «*[q]ui si assiste invece ad un’istanza “congiunta” con cui le parti decidono di rimettere la decisione della controversia ad un collegio di avvocati nominati dalle parti stesse o dal presidente del locale consiglio dell’ordine (per le corti d’appello quello in cui ha sede il distretto)*». Considerazione, questa, espressamente condivisa da L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione*, cit., 2.

<sup>166</sup> Peraltro, la possibilità della “ritrasmigrazione” dalla sede arbitrale a quella ordinaria è prevista espressamente per il solo caso di giudizio pendente davanti alla corte di appello e non per quello di giudizio pendente davanti al tribunale: verosimilmente, come osservato dalla dottrina (G. LUDOVICI – D. DE RITO, *L’insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*, cit., 24) tale asimmetria è dovuta ad una «*mera dimenticanza degli autori della riforma del 2014*», tuttavia, «*stante il carattere eccezionale delle disposizioni di legge de quibus, appare non corretto dal punto di vista dogmatico ritenere applicabile per via analogica il citato comma IV anche ai casi di arbitrato per cause pendenti dinanzi al Tribunale*», sicché «*a fronte di questo vuoto normativo e della impossibilità di pervenire ad un’interpretazione analogica, la conclusione più logica e più coerente con l’intero sistema processuale civile potrebbe essere quella di ritenere la strada verso l’arbitrato di prosecuzione richiesto davanti al giudice di prime cure come una strada a senso unico da percorrere in direzione della definitiva degiurisdizionalizzazione della controversia, con conseguente estinzione del procedimento civile, indipendentemente dall’esito dell’arbitrato*»; peraltro, «*[l]addove la procedura arbitrale per qualsiasi ragione non sia giunta a definizione mediante pronuncia del lodo, è da credere che resti salva la possibilità di riproporre la medesima domanda giudiziale dinanzi al giudice precedentemente adito*».

<sup>167</sup> Non essendo, evidentemente, possibile ritenere che, mediante tale inciso, il legislatore abbia voluto escludere la necessità dell’*exequatur* per attribuire al lodo l’efficacia esecutiva nonché l’idoneità alla trascrizione e all’annotazione, posto che, stante il richiamo, contenuto al primo comma, al «*procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro*



A tale proposito, merita, infine, di essere aggiunto che l'ultimo intervento del legislatore – oltre che con riferimento alla questione relativa alla natura dell'arbitrato – appare rilevante anche con specifico riferimento al tema dell'istruttoria nel procedimento arbitrale, posto che, come si vedrà meglio nel prosieguo <sup>(168)</sup>, la “trasmigrazione”, da una sede all'altra, della medesima causa, comporta la necessità di salvaguardare le prove eventualmente raccolte <sup>(169)</sup>.

#### **4. L'evoluzione della giurisprudenza.**

La giurisprudenza, come meglio si vedrà nel prosieguo, ha attraversato, sostanzialmente, tre diverse “fasi”: in particolare, l'orientamento accolto fin dalla entrata in vigore del codice di rito del 1940, che aderiva alla tesi c.d. “giurisdizionale”, è stato travolto nel 2000 – con quella che viene, a ragione, definita “svolta negoziale” – per essere nuovamente accolto solo di recente, a far tempo dal 2013.

Deve, peraltro, essere fin d'ora precisato che, nella maggior parte dei casi, la giurisprudenza ha avuto modo di esprimere la propria convinzione circa la natura dell'arbitrato solo *incidenter tantum*, ossia quale passaggio logico necessario al fine di fornire una soluzione ad un problema pratico: ciò, in ragione del fatto che, come si è detto in apertura del presente capitolo, l'adesione alla tesi c.d. “giurisdizionale” piuttosto che a quella c.d. “negoziale” non riveste interesse

---

*IV del codice di procedura civile*», sembra dover trovare piena applicazione tutta la disciplina prevista dal codice di rito, compresi, dunque, gli artt. 824-bis e 825 c.p.c. (in tal senso, si vedano: G. LUDOVICI – D. DE RITO, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*, cit., 5 e 6).

<sup>168</sup> Si veda il cap. III, § 4.

<sup>169</sup> Sul punto, L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione*, cit., 1, nt. 3, correttamente osserva che «Il riferimento alla “prosecuzione” permette di spiegare meglio che le prove acquisite producono effetti anche nel giudizio arbitrale, senza degradare ad argomenti di prova» e che, in particolare (pag. 8), «[r]elativamente alle prove, il particolare meccanismo di “prosecuzione” del processo, desumibile dall'inciso “restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale”, porta a ritenere che esse manterranno la loro efficacia propria, senza degradare a meri argomenti di prova ex art. 116 c.p.c., come normalmente avviene».

meramente (e “sterilmente”) teorico ma incide a fondo sulla risoluzione della maggior parte delle questioni che insorgono in sede arbitrale.

#### **4.1. La giurisprudenza precedente alla “svolta negoziale”.**

Come si diceva, fino alla c.d. “svolta negoziale” del 2000, la giurisprudenza maggioritaria risultava orientata a ritenere che l’arbitrato rituale avesse natura prettamente giurisdizionale.

Allorché veniva chiamata ad individuare gli indici dai quali desumere – in assenza di una specifica manifestazione in un senso, ovvero nell’altro, da parte dei paciscenti – se, con una convenzione di arbitrato, questi ultimi avessero inteso conferire mandato agli arbitri per decidere la controversia mediante un procedimento arbitrale di tipo rituale oppure irrituale, la Suprema Corte, infatti, riconosceva che si dovesse propendere per la prima soluzione in tutti i casi in cui i paciscenti avessero fatto uso di espressioni idonee a far ritenere che la loro intenzione fosse quella di ottenere una pronuncia fungibile rispetto a quella del giudice dello Stato. In tal senso, la Suprema Corte ha, in diverse occasioni, affermato che *«con l’arbitrato rituale si demanda agli arbitri l’esercizio di un potere decisorio alternativo e sostitutivo rispetto a quello del giudice ordinario, destinato ad avere sbocco in una pronuncia alla quale l’ordinamento attribuisce efficacia corrispondente a quella della sentenza del giudice istituzionale»* <sup>(170)</sup>.

---

<sup>170</sup> Cass., 1 febbraio 1999, n. 833 (in: *Riv. arb.*, 1999, 256; *Giust. civ.*, 1999, I, 3034; *Foro it.*, 1999, I, 455; *ivi*, 2000, I, 2307): la Suprema Corte, in particolare, chiamata – come si è detto – ad individuare gli elementi distintivi fra arbitrato rituale ed irrituale, ha avuto modo di rilevare che *«la riconducibilità della differenziazione tra l’arbitrato rituale e l’arbitrato irrituale al criterio - che è recepito nella costante giurisprudenza di legittimità, anche nel sistema di cui alla L. 5 gennaio 1994 n. 25 - della dicotomia giudizio-contratto (così Cass. 4347-1997), da intendersi nel senso che con l’arbitrato rituale si demanda agli arbitri l’esercizio di un potere decisorio alternativo e sostitutivo rispetto a quello del giudice ordinario, destinato ad avere sbocco in una pronuncia alla quale l’ordinamento attribuisce efficacia corrispondente a quella della sentenza del giudice istituzionale, mentre con l’arbitrato irrituale le parti incaricano gli arbitri di eliminare la controversia mediante un procedimento nel quale l’accordo compromissorio e la decisione arbitrale si pongono come elementi strutturali concorrenti alla formazione di un definitivo risultato negoziale, riconducibile alla volontà dei mandatari vincolante nei confronti degli stessi in virtù di una efficacia di fonte e di natura convenzionale: da ciò derivando, tra l’altro, la diversa*

L'orientamento da ultimo richiamato, come si è detto, risultava di gran lunga maggioritario <sup>(171)</sup>, benché non del tutto pacifico <sup>(172)</sup>.

Il medesimo principio, peraltro, è stato espresso dalla giurisprudenza con riferimento a questioni diverse rispetto a quella da ultimo ricordata.

A mero titolo esemplificativo, pare qui opportuno richiamare l'attenzione sulla questione relativa alla sfera di applicabilità dell'art. 814 c.p.c. <sup>(173)</sup>: norma, questa, che è stata ritenuta inapplicabile in caso di arbitrato irrituale proprio in ragione del fatto che quest'ultimo, a differenza di quello rituale, aveva (come ha) natura meramente contrattuale e, dunque, era (come è) destinato a restare confinato

---

*tipologia dei rimedi esperibili contro le decisioni nell'una e nell'altra sede emanate, individuati rispettivamente nell'impugnazione per nullità di cui agli art. 828 e seg. C.P.C. e nell'azione di annullamento per vizi rilevanti in sede contrattuale».* Che la sentenza ora richiamata aderisca alla tesi c.d. "giurisdizionale" è ben messo in luce anche da chi la ha annotata, il quale ha osservato che la Suprema Corte ha ritenuto che gli elementi testuali contenuti nella convenzione di arbitrato dovessero essere letti «a favore della "ritualità" dell'arbitrato, contrassegnata dalla sua "natura" giurisdizionale» (E. FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato «rituale» ed «irrituale»: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, 256 ss.): cionondimeno, l'Autore, sostenitore della opposta tesi della natura "negoziale" dell'arbitrato, ha ritenuto che quello da cui muoveva la Suprema Corte (arbitrato rituale – natura giurisdizionale / arbitrato irrituale – natura negoziale) fosse un «*assunto non...omologabile*», essendo entrambe le forme di arbitrato accomunate dalla natura privatistica.

<sup>171</sup> Cass., 16 maggio 1997, n. 4347, in *Foro it.*, 1997, I, 1747, in particolare, faceva riferimento proprio al «*tradizionale criterio di distinzione tra arbitrato rituale e irrituale, comunemente (e condivisibilmente) individuato nella dicotomia "giudizio-contratto" che, rispettivamente, li qualifica*».

<sup>172</sup> Si veda, ad esempio, Cass., 4 ottobre 1994, n. 8046, in *Foro it.*, 1995, I, 1520, ed in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1004, la quale non ha condiviso l'assunto di cui sopra si è detto e, anzi, si è espressa in favore della «*identità di natura e funzione dell'arbitrato rituale e di quello irrituale*».

Non solo, ma la Suprema Corte ha avuto modo di esprimersi, valorizzando in particolar modo l'intervento del legislatore del 1994, in favore di una «*decisa riaffermazione della natura privatistica dell'arbitrato, che appresta una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto, mediante un lodo parificabile alla sentenza, con la differenza che la seconda si basa su un assetto giurisdizionale asimmetrico che vede il giudice super partes, dotato di jus imperii, mentre il lodo trova il suo fondamento nell'ordinamento isonomico, fondato unicamente sull'autorevolezza della decisione, oltre che sull'eguaglianza e sul consenso di tutte le parti*» e che, in altri termini, «*la nuova normativa ha riconosciuto il c.d. "diritto naturale" dell'arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un dictum di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto*» (Cass. 14 gennaio 1999 n. 345, in *Giur. it.*, 2000, 71, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3038, ed in *Riv. arb.*, 1999, 90).

<sup>173</sup> Norma che, come noto, regolava – e regola tuttora – il procedimento speciale di liquidazione delle spese e degli onorari agli arbitri.

nella sfera privatistica (quello rituale essendo, invece, idoneo ad acquisire gli effetti tipici della sentenza giudiziale, con tutto ciò che ne deriva) <sup>(174)</sup>.

---

<sup>174</sup> È stato osservato, in particolare, che è «*orientamento consolidato della giurisprudenza di questa Corte regolatrice che il procedimento di liquidazione delle spese e degli onorari degli arbitri a norma dell'art. 814 c.p.c. può aver luogo solo nelle ipotesi di arbitrato rituale e non pure irrituale (il cui carattere negoziale comporta che il diritto al compenso va fatto valere con ordinaria azione di adempimento)*» (Cass., 13 marzo 1989, n. 1252, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 3. Nei medesimi termini, si vedano, *ex multis*, anche: Cass., 20 novembre 1979, n. 6054, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 11; Cass., 16 maggio 1983, n. 3367, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 5; Cass., 20 novembre 1993, n. 11489, in *Riv. arb.*, 1994, 277; Cass., 17 ottobre 1995, n. 10824, in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 1996, 3753; Pret. Salerno, 3 settembre 1993, in *Notiziario giur. lav.*, 1994, 434).

In modo ancor più chiaro, Cass., 8 settembre 1997, n. 8735 (in *Riv. arb.*, 1998, 705, ed in *Giur. it.*, 1998, 220), ha statuito – facendo espressamente riferimento allo «*indirizzo...ribadito di recente da questa sezione con le sentenze 10 luglio 1993 n. 7604, 22 aprile 1994 n. 3839, 17 ottobre 1995 n. 10824*» – che «*il procedimento speciale di liquidazione delle spese e degli onorari agli arbitri previsto dall'art. 814 c.p.c. per l'arbitrato rituale non è applicabile nemmeno in via analogica all'arbitrato irrituale, in quanto quest'ultimo è sfornito dell'elemento che caratterizza l'arbitrato rituale, ossia l'idoneità a divenire sentenza...*».

Di particolare interesse risulta, infine, Cass., 10 luglio 1993, n. 7604 (in *Riv. arb.*, 1994, 727, in *Foro it.*, 1993, I, 3037, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 312), dal momento che la Suprema Corte, nell'ambito di una motivazione particolarmente articolata, ha sottolineato proprio che il «*lodo rituale, per contro [rispetto, cioè, a quello irrituale], è atto ad assumere detto effetto [i.e. "l'efficacia di una sentenza"]*, con tutte le conseguenti implicazioni sia sulla preclusione di giudizi identici e sulle forme cautelative collegabili ad una sentenza, sia infine sull'integrazione di un grado di giudizio che incide sulla possibilità e modalità di impugnazione in fase di giurisdizione (v. Cass. 22 aprile 1989 n. 1929; cass. 29 novembre 1989 n. 5205)...» e che «*[p]uò anche ritenersi che vi sia un minimo comune denominatore tra le due forme arbitrali in esame o, se si vuole, anche un'unica radice tra le due figure (come è stato pur sostenuto in dottrina) sulla quale, però, si evidenzia la singolarità che distacca l'arbitrato rituale da quello a forma libera. Singolarità costituita, per l'appunto, dall'attitudine a divenire "sentenza" che esaurisce un grado di giurisdizione ordinaria, che è il riflesso di una originaria volontà delle parti giuridicamente rilevante e diversa da quella che regge l'arbitrato libero; della particolare tipicità del compromesso, o della clausola compromissoria, che si riflette sia sulla particolarità del rapporto tra le parti ed arbitri, sia sulla attività degli arbitri che agiscono a procedura vincolata e sul tipo di pronuncia ad essi richiesto. Nell'arbitrato irrituale, infatti, la volontà delle parti è esclusiva, non dipendendo dal potere statale; in quello rituale essa è diretta alla scelta di un procedimento che trova, però, la regolamentazione nella legge, seppure con la rinuncia del giudice ordinario*».

Contra, Trib. Firenze, 1 agosto 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3543, il quale – attribuendo rilievo determinante al fatto che «*il legislatore del '94 ha con puntigliosa riconsiderazione semantica, che implica una preventiva rielaborazione concettuale dell'istituto dell'arbitrato, eliminato dal titolo ottavo del libro VI del codice di procedura civile ogni riferimento alla parola "sentenza" con una scelta terminologica che non può rivestire mero valore formale*» – ha, con motivazione molto interessante, ritenuto applicabile il procedimento di cui all'art. 814 c.p.c. anche all'arbitrato irrituale, affermando che «*[n]on è quindi più possibile affermare che vi sia una caratterizzazione quale pronuncia giurisdizionale, ancorché privata, del lodo arbitrale il quale, nel caso di arbitrato rituale appunto, ha un'attitudine unicamente a diventare titolo esecutivo: il lodo, rituale od irrituale che sia, non è altro che un atto della privata autonomia...ed il primo ha come quid pluris la potenzialità di subire un accertamento pretorile con finalità esecutive*», sicché «*non vi è più un'esecutività legata alla sua equiparazione alla sentenza, ma da essa indipendente, così come accade per la cambiale, la lettera di vettura, la fede di deposito o la nota di pegno*». Nella

Quel che rileva, comunque, è che la giurisprudenza maggioritaria ha mostrato di aderire alla tesi c.d. “giurisdizionale”, prendendo, dunque, le mosse, al fine di risolvere le questioni devolute alla sua cognizione, proprio dalla considerazione secondo cui l’arbitrato rituale svolge, al pari del giudizio ordinario di cognizione, una funzione giurisdizionale e non meramente privatistica.

#### 4.2. La “svolta negoziale”.

Se, come si è detto, fino alla fine degli anni '90 la giurisprudenza poteva dirsi (quasi) pacifica nel riconoscere al procedimento arbitrale rituale e, in particolare, al lodo che ne è il prodotto, natura giurisdizionale, la situazione è radicalmente mutata a far tempo dall’anno 2000.

A tale proposito, rilievo centrale non può non essere riconosciuto alla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 527 del 3 agosto 2000 <sup>(175)</sup>, mediante la quale, come correttamente rilevato in dottrina, «la Cassazione...ha dato un colpo davvero ferale alla tesi giurisdizionale, anche sul piano interpretativo delle norme allora vigenti» <sup>(176)</sup>.

In particolare, con l’articolata pronuncia in discorso, la Suprema Corte ha attribuito particolare rilievo alle innovazioni introdotte con la riforma del 1994 (e,

---

motivazione in esame, il Tribunale di Firenze fa riferimento anche ad una sentenza delle Sezioni Unite del 1989 (si tratta di Cass., SS.UU., 3 luglio 1989, n. 3189, in *Riv. arb.*, 1991, 61, ed in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1084, nonché in *Giust. civ.*, 1990, I, 178): decisione, questa, che, in effetti, mostrava una certa “apertura” della giurisprudenza, ben prima della c.d. “svolta negoziale” del 2000, verso una equiparazione fra arbitrato rituale ed irrituale, con ciò, evidentemente, attraendo il primo nella sfera propria del secondo, ossia quella prettamente negoziale o privatistica.

<sup>175</sup> La si veda pubblicata (ed autorevolmente commentata) in: *Riv. arb.*, 2000, 699 ss. (con nota di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura dell’arbitrato»*); *Riv. dir. proc.*, 2001, 254 ss. (con nota di E.F. RICCI, *La «natura» dell’arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*); *Giust. civ.*, 2001, I, 761 ss. (con nota di G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*); *Corr. giur.*, 2001, 51 ss. (con premessa di C. CONSOLO e note di G. RUFFINI ed M. MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*); *Giur. it.*, 2001, 1107 ss. (con nota di G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*); *Foro pad.*, 2001, I, 34 ss. (con nota di M. RUBINO-SAMMARTANO, *Vittoria di tappa. Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*).

<sup>176</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 798-799.

soprattutto, alla espunzione dal testo normativo di qualsivoglia riferimento al termine “*sentenza arbitrale*”, sostituito con il termine “*lodo*”), idonee, a suo giudizio, a giustificare una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella fino a quel momento accolta dalla giurisprudenza maggioritaria <sup>(177)</sup>.

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in esame, ha fatto altresì richiamo ad alcuni precedenti di legittimità <sup>(178)</sup>, sempre relativi alla disciplina risultante dalla riforma del 1994, affermando di accogliere l’orientamento, che le Sezioni Unite attribuiscono alla (asseritamente) «*prevalente dottrina*», della «*natura privata dell’arbitrato rituale e del dictum che lo definisce*» <sup>(179)</sup>.

---

<sup>177</sup> Del resto, sono le stesse Sezioni Unite a riconoscere espressamente che «*in applicazione della disciplina originaria dell’arbitrato, anteriore alle riforme del 1983 e del 1994*», la Suprema Corte «*aveva affermato che dalla natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario dell’attività degli arbitri (i cui poteri decisori, perciò, si pongono su un piano sostitutivo di quelli del giudice ordinario, ed il cui lodo, una volta reso esecutivo dal pretore, equivale ad una sentenza avente efficacia esecutiva) consegue che lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario – e in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali – ovvero a quella del giudice amministrativo configura una questione di giurisdizione, essendo analoga quella inerente al riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e giudice amministrativo (cfr. Cass. S.U. 4 luglio 1981 n. 4360 e 12 ottobre 1983 n. 5922)*». Tuttavia – proseguono le Sezioni Unite – le «*“modifiche apportate” dalla novella del 1994 agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 Cod. proc. civ. con l’eliminazione anche del nomen di sentenza arbitrale, che nel testo originario del Codice, era attribuito al lodo dopo l’emanazione del decreto pretorile che lo dichiara esecutivo, sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell’investitura conferitagli dalle parti*»; e che di conseguenza, “*si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato*”, e, addirittura, di “*organi giurisdizionali*” (v. sent. 24 maggio 1995 n. 377 e ord. 26 aprile 1996 n. 377)». Evidente, dunque, appare il fatto che la c.d. “*svolta negoziale*” discende, stando alle parole usate dalle Sezioni Unite, dalle modifiche normative introdotte con la riforma del 1994.

<sup>178</sup> Le Sezioni Unite richiamano, innanzitutto, le «*sent. 24 maggio 1995 n. 377 e ord. 26 aprile 1996 n. 377*», la seconda delle quali, che risulta edita soltanto in massima (in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 636), ha avuto modo di affermare che la «*questione di difetto di giurisdizione degli arbitri - per essere la causa devoluta alla cognizione del giudice ordinario o di quello amministrativo - non è proponibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, nel corso del giudizio arbitrale, in quanto detto regolamento postula un procedimento davanti agli organi giurisdizionali dello Stato, tra i quali non rientrano gli arbitri, neanche dopo le modifiche della disciplina dell’arbitrato introdotte con la legge n. 25 del 1994*». Il primo riferimento, peraltro, deve essere inteso a Cass., SS.UU., 24 maggio 1995, n. 5690 (in *Giust. civ.*, 1995, I, 2365), così come rilevato dalla successiva Cass. 25 giugno 2001 n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511 ss.. Inoltre, vi è un richiamo anche a Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, *cit.*

<sup>179</sup> Restando da aggiungere che le Sezioni Unite si intrattengono anche nella confutazione – per vero, sia consentito, non particolarmente convincente – (di alcuni) degli «*argomenti sviluppati dalla dottrina minoritaria a sostegno dell’opposta concezione sulla natura giurisdizionale e del*

Correttamente si usa parlare di “svolta negoziale” perché, dopo la pronuncia in discorso, la giurisprudenza – che, fino a quel momento, era, come si è detto, orientata decisamente in favore della tesi c.d. “giurisdizionale” – ha accolto con convinzione la tesi c.d. “negoziale”, senza più abbandonarla per oltre due lustri<sup>(180)</sup>.

#### 4.3. La “contro-svolta” giurisdizionale.

Come si è detto sopra, l’orientamento giurisprudenziale consacrato con la c.d. “svolta negoziale” è stato accolto nelle pronunce intervenute successivamente alla già più volte ricordata sentenza delle Sezioni Unite n. 527/2000.

Tuttavia, non può non essere rilevato che, a fronte di una giurisprudenza di legittimità decisamente favorevole alla tesi privatistica dell’arbitrato, la Corte costituzionale si è dimostrata di avviso (almeno parzialmente) diverso, tanto che, già nel 2001<sup>(181)</sup>, ha statuito che gli arbitri rituali possono sollevare una questione

---

*lodo*»: senza considerare che, come si è detto, risulta arduo definire, nel 2000, «dottrina minoritaria» quella aderente alla tesi c.d. “giurisdizionale”.

<sup>180</sup> Senza pretesa di completezza, si vedano, in tal senso: Cass., SS.UU., 5 dicembre 2000, n. 1251, e Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, entrambe in *Corr. giur.*, 2001, 1448 ss. (con nota di C. CONSOLO e R. MURONI, *L’eccezione di arbitrato rituale come eccezione “di merito” e la supposta inammissibilità di competenza*, i quali analizzano, in chiave critica, il nuovo orientamento giurisprudenziale consacrato dalla pronuncia n. 527/2000, sottolineando, fra le altre cose, i risvolti pratici che una tale soluzione avrebbe avuto se avesse avuto modo di consolidarsi – ciò che, poi, è effettivamente avvenuto – quanto, ad esempio, all’esperibilità del rimedio del regolamento di competenza nonché ai rapporti tra arbitrato rituale ed irrituale); Cass., SS.UU., 1 dicembre 2000, n. 1240, in *DeJure*; Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Giur. it.*, 2011, I, 1107 ss.; Cass., SS.UU., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 9, 86; Cass., SS.UU., 25 giugno 2001, n. 9289, *cit.*; Cass., 30 agosto 2002, n. 12714, in *DeJure*; Cass., 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.*, 2006, 469 ss. (con nota di M. D’AMBROSIO, *cit.*); Cass., 3 luglio 2006, n. 15204, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 751 ss. (con nota di E. MARINUCCI, *L’impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*); Cass., 20 luglio 2006, n. 16718, in *Dejure*; Cass., 9 gennaio 2008, n. 178, i- n *Riv. dir. e proc. priv.*, 2009, 221 ss.

<sup>181</sup> Cost., 28 novembre 2001, n. 376. La si veda pubblicata in: *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss. (con nota di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*); *Riv. arb.*, 2001, 657 (con nota di A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*); *Foro it.*, 2002, I, 1648 ss. (con nota di R. ROMBOLI); *Giur. it.*, 2002, 689 ss. (con nota di G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*); *Corr. giur.*, 2002, 1009 ss. (con nota di M. FORNACIARI, *Arbitrato come giudizio a quo*); *Foro amm. CDS*, 2002, 36 ss. (con nota di R. IANNOTTA); *Foro pad.*, 2002, I, 2 ss.; *Riv. amm. R. it.*, 2001, 965 ss. (con nota di D. GIACOBBE); *Riv. trim. appalti*, 2002, 749 ss. (con nota di D.

incidentale di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa, e rimettere gli atti alla Corte costituzionale.

Conclusione, quella in discorso, cui la Corte costituzionale è giunta facendo richiamo alla «giurisprudenza di questa Corte secondo cui, per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettiva applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all’organizzazione della giurisdizione”, “posti in posizione super partes” (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966)”, aggiungendo che «[a]i limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell’arbitrato rituale, basta osservare che l’arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l’applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l’aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l’interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie». Inoltre, sempre nella sentenza in esame, viene sottolineato che il «dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell’itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti,

---

GIACOBBE, *La questione di costituzionalità nel procedimento arbitrale*; Riv. corte conti, 2001, 216 ss.; Riv. giur. edilizia, 2002, I, 61 ss.; Notiziario giur. lav., 2002, 139 ss.. Con riferimento alla sentenza in esame, si vedano anche i commenti di: E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l’efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in Riv. dir. proc., 2002, 351 ss.; G. RUFFINI, *Arbitro, diritto e Costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, 263 ss.; E. ODORISIO, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in Giur. cost., 2001, 4219 ss.; F. LUISO – F. AULETTA – B. CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. cost. n. 376 del 2001)*; F. DANOVI, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, in Giust. civ., 2002, II, 471 ss.; M. BOVE, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376)*, in Riv. crit. dir. priv., 2002, 305 ss.



*fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali - come ogni giudice - sono vincolati al dovere di interpretare le leggi secundum Constitutionem»: da ciò facendo discendere che, in “un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri - il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione - debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi».*

Trattasi, peraltro, di una pronuncia che, sul punto che qui interessa, ossia quello relativo alla natura dell'arbitrato, non può essere certamente letta in modo univoco, così come rilevato anche da una parte della dottrina <sup>(182)</sup>: del resto, come si è visto, è la stessa Corte a dichiarare espressamente di volere prendere in esame la questione sottoposta «*senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale*».

Comunque si voglia interpretare la pronuncia appena richiamata, il dato di fatto è che la Corte di Cassazione non si è lasciata influenzare dalla decisione del Giudice delle leggi: ed anzi, ha espressamente affermato che la predetta pronuncia non era idonea a condurre ad una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, volto a ravvisare nell'arbitrato un istituto di natura prettamente privatistica <sup>(183)</sup>.

---

<sup>182</sup> P. COMOGLIO, *Sub art. 1, cit.*, 33, ad esempio, rileva proprio che la «*Corte costituzionale, del resto, pur avendo riconosciuto la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale (cfr. C. cost., 28.11.2001, n. 376...), non si è pronunciata espressamente in ordine alla natura del lodo arbitrale. Da un lato, sancendo l'incostituzionalità della forma di arbitrato obbligatorio (in quanto rappresenterebbe una negazione della tutela giurisdizionale prevista dall'art. 102 cost.), pare escludere la natura giurisdizionale allo strumento arbitrale; dall'altro, però, sancendo l'applicazione di diverse garanzie e principi tipici della funzione giurisdizionale agli arbitri pare orientarsi in senso diametralmente opposto*».

<sup>183</sup> Cass. SS.UU., 25 giugno 2001, n. 9289, *cit.*, in cui viene espressamente dato atto che il «*collegio condivide - e ribadisce, quindi, in premessa - la richiamata giurisprudenza in tema di rapporti tra arbitri rituali e giudice amministrativo, non reputando che possano indurre ad una sua rimeditazione talune isolate critiche ad essa rivolte in dottrina né la recente pronuncia della Corte Costituzionale/sent.za n. 376 del 2001) che ha esteso agli arbitri la legittimazione a sollevare (in procedure di arbitrato rituale) l'incidente di costituzionalità*», posto che «*non è dato in effetti rinvenire, in quella pronuncia alcuna esegesi delle disposizioni sull'arbitrato rituale in contrasto o difforme da quella che è venuta consolidandosi nella giurisprudenza di questa Corte*

Un impatto ben diverso, invece, ha avuto un successivo arresto della Corte Costituzionale, la quale, con la (ormai celebre) sentenza n. 223/2013 <sup>(184)</sup>, ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 del codice di procedura civile, ferma la parte restante dello stesso art. 819-ter»: declaratoria, questa, volta a consentire la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda, «la cui necessità ai sensi dell'art. 24 Cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro» <sup>(185)</sup>.

La pronuncia in discorso risulta di particolare interesse, con riferimento al tema della natura dell'arbitrato, perché – dopo avere fatto richiamo ad una parte

---

di legittimità», non essendo desumibile dalla sentenza della Corte Costituzionale «una formale o sostanziale equiparazione degli arbitri ai giudici», tenendo anche conto che – «come significativamente sottolineato anche dalla Corte Costituzionale nella decisione in esame – per attuare l'incidente di costituzionalità è sufficiente che sussista l'esercizio di funzioni decisorie “attraverso l'applicazione della legge” ancorché da parte di “soggetti estranei all'organizzazione della giurisdizione”».

Tuttavia, successivamente, le medesime Sezioni Unite, con la nota sentenza n. 24153/2013, della quale ci si occuperà diffusamente più oltre, sono invece addivenute ad una conclusione opposta, affermando che «l'art. 819 bis c.p.c., al comma 1, n. 3, che prevede la possibilità per gli arbitri di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale...denota che gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale»: ed infatti, la norma in discorso non ha, sostanzialmente, fatto altro che recepire le indicazioni contenute nella sentenza n. 376/2001 della Corte Costituzionale.

<sup>184</sup> Cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Corr. giur.*, 2013, 1107 ss. (con nota di C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*), in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss. (con note di: E. D'ALESSANDRO, *Finalmente la Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; M. ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?; R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*), in *Riv. arb.*, 2014, 81 ss. (con note di A. BRIGUGLIO, B. SASSANI, S. MENCHINI e M. BOVE), in *Dir. & Giust.*, 2013, 984 ss. (con nota di F. VALERINI, *La translatio iudicii opera anche nei rapporti tra giudice e arbitro*), in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1330. Si veda, inoltre, il commento di C. RASIA, *La parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 291 ss..

<sup>185</sup> La incostituzionalità della norma in discorso era stata già prospettata, fra gli altri, da M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 14-15 (il quale, peraltro, prospettava la incostituzionalità anche dell'art. 817 c.p.c. «nella parte in cui esclude il vincolo, per l'arbitro, della decisione del giudice sulla competenza e non prevede l'impugnazione del lodo con il regolamento di competenza»).

qualificante della predetta sentenza del Giudice delle leggi n. 376/2001 <sup>(186)</sup> – la Suprema Corte sottolinea, sul piano della «*disciplina positiva dell'arbitrato*», che le norme introdotte con la riforma del 2006 «*confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica*», parlando di «*un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici*» <sup>(187)</sup>.

Non solo, ma la pronuncia in discorso si dimostra di particolare interesse pure con riferimento al tema dell'istruzione probatoria, dal momento che, come osservato in dottrina, l'operatività dell'istituto della *translatio iudicii* (o di un istituto analogo) anche ai rapporti tra arbitri e giudici <sup>(188)</sup> comporta anche <sup>(189)</sup>, nei confronti del giudice, «*la conservazione degli atti istruttori eventualmente assunti*» dall'arbitro poi dichiarato non competente <sup>(190)</sup>: ragione, questa, che – come meglio si vedrà nel prosieguo <sup>(191)</sup> – sembra deporre in favore della soluzione

---

<sup>186</sup> Viene, in particolare, sottolineato che «[q]uesta Corte, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione degli arbitri a sollevare questioni di legittimità costituzionale, ha riconosciuto che “l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie” e ha affermato che il giudizio degli arbitri “è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione» (sentenza n. 376 del 2001)».

<sup>187</sup> La Corte sottolinea, in particolare, che «[r]ilevano, al riguardo: l'art. 816-quinquies (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 cod. proc. civ. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso), l'art. 819-bis (nella parte in cui presuppone la possibilità per gli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale), l'art. 824-bis (che ricollega al lodo, fin dalla sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria)» e che, «[a]nche dall'esame della disciplina sostanziale emerge che, sotto molti aspetti, l'ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle dell'instaurazione della causa davanti al giudice. Infatti, il codice civile, sia in materia di prescrizione (artt. 2943 e 2945), sia in materia di trascrizione (artt. 2652, 2653, 2690, 2691), equipara espressamente alla domanda giudiziale l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale».

<sup>188</sup> Con riferimento all'istituto della *translatio iudicii* applicato in sede arbitrale, si vedano, da ultimo, le considerazioni di G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo*, cit., 965 ss.

<sup>189</sup> Punto questo, non pacifico, come meglio si vedrà nel prosieguo.

<sup>190</sup> C. RASIA, *La parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa*, cit., 299.

<sup>191</sup> Si veda il successivo cap. III, § 4.

secondo cui, in materia istruttoria, le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione devono essere considerate alla stregua di uno *jus commune*. Ed infatti, per il giudice togato risulterebbero altrimenti difficilmente utilizzabili le prove raccolte dall'arbitro senza rispettare le garanzie previste dal codice, così frustrando, almeno in parte, i benefici che l'applicazione della *translatio iudicii* potrebbe comportare.

Ciò premesso, e tornando alla questione relativa alla natura dell'arbitrato, deve essere considerato che questo arresto della Corte costituzionale non è rimasto, a differenza di quello del 2001, privo di effetti sull'orientamento, ormai consolidato, della giurisprudenza di legittimità successivo alla c.d. "svolta negoziale", probabilmente perché i tempi erano maturi per un *revirement* di tale orientamento, grazie anche alle modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato con la riforma del 2006, la quale, come si è visto, forniva spunti testuali nuovi rispetto al passato <sup>(192)</sup>.

Ed infatti, a distanza di pochi mesi <sup>(193)</sup>, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione <sup>(194)</sup>, con la nota ordinanza n. 24153/2013 (emessa in sede di regolamento di giurisdizione), hanno – con una pronuncia articolata e ben motivata <sup>(195)</sup> – dichiaratamente «rimediato» all'orientamento inaugurato dalla

---

<sup>192</sup> Già Cass., 21 ottobre 2011, n. 21894 (in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 10, 1495), peraltro, aveva preso atto delle novità introdotte con la riforma del 2006 e, in particolare, con l'art. 824-bis c.p.c., avendo tuttavia cura di affermare che il legislatore era, sostanzialmente, tornato alla disciplina *ante* riforma del 1994: per tal modo, non ponendosi in contrasto con la giurisprudenza successiva alla c.d. "svolta negoziale" la quale, come si è detto, aveva ravvisato nella disciplina introdotta nel 1994 una netta presa di posizione del legislatore in favore della tesi negoziale.

<sup>193</sup> Cass., SS.UU., 25 ottobre 2013, n. 24153, in: *Corr. giur.*, 2014, 85 ss. (con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*); *Riv. dir. proc.*, 2014, 1 ss., (con nota di C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*); *Foro it.*, 2013, I, 3407 ss. (con nota di E. D'ALESSANDRO); *Riv. dir. internaz.*, 2014, 927 ss.; *Diritto & Giustizia*, 2013, 10 dicembre.

<sup>194</sup> Non a caso, facendo espressamente riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 223/2013.

<sup>195</sup> In cui, in apertura, viene anche dato atto del fatto che, come sopra si è visto, la giurisprudenza di legittimità anteriore alla c.d. "svolta negoziale" «riteneva che l'*exceptio compomissi configurasse una questione di competenza*», dal momento che la «*contestazione delle attribuzioni del giudice ordinario, sotto il profilo della devoluzione della controversia alla cognizione di arbitri in forza di compromesso o clausola compromissoria, non implicava un problema di*

sentenza n. 527/2000 (ossia dalla pronuncia mediante la quale si era attuata la “svolta negoziale”) <sup>(196)</sup>, affermando che l’attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla *potestas iudicandi* del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione.

Per giungere ad affermare, in aperto contrasto con l’orientamento accolto dalla giurisprudenza per quasi tre lustri, la natura giurisdizionale dell’arbitrato, le Sezioni Unite – dopo un’ampia premessa relativa alla compatibilità di una simile soluzione con il dettato costituzionale – hanno riconosciuto particolare rilievo non solo all’intervento del legislatore del 2006, ma anche a quello del 1994 <sup>(197)</sup>, il quale, invece, come si è visto, era stato ritenuto dalla giurisprudenza precedente addirittura indicativo della volontà del legislatore di aderire alla tesi c.d.

---

*giurisdizione, bensì di competenza, in quanto riguarda una ripartizione di compiti nell’ambito del medesimo ordine giurisdizionale, e, pertanto, non era deducibile con istanza di regolamento preventivo di giurisdizione (Cass. S.U. n. 2149/84; n. 5568/1982; n. 1471/1976; n. 4360/81, n. 242/80; 1303/1987; n. 3767/1988)»; mentre, dalla c.d. “svolta negoziale” in poi, per la giurisprudenza «la pronuncia arbitrale ha assunto natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si è configurato quale deroga alla giurisdizione. Pertanto, il contrasto sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia per essere questa devoluta, per legge, alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo costituisce questione, non già di giurisdizione in senso tecnico, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria».*

<sup>196</sup> Come rilevato dalla dottrina, infatti, con il provvedimento in esame, le «Sezioni Unite tornano “all’antico”: abbandonando l’inquadramento negoziale dell’arbitrato (domestico e straniero) e riconducono l’eccezione di patto per arbitrato estero al difetto di giurisdizione» (L. BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*, in *Riv. arb.*, 2015, 318-319. Nel medesimo senso, si veda anche G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all’antico*, in *Corr. giur.*, 2014, 91 ss.).

<sup>197</sup> Si trova, infatti, scritto che la «normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni...sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall’ordinamento, affidata alla autonomia dei privati».

“privatistica” dell’arbitrato <sup>(198)</sup>. Ciò che, a ben vedere, dimostra quanto si è scritto commentando le novità legislative introdotte con la riforma del 1994, ossia che le modifiche apportate alla disciplina dell’arbitrato si prestavano ad essere interpretate e valorizzate tanto a sostegno della tesi c.d. “privatistica”, quanto a sostegno di quella c.d. “giurisdizionale”: pertanto, solo quando il legislatore e gli interpreti hanno fornito ulteriori chiavi di lettura – ed il riferimento, in particolare, deve essere inteso alla successiva riforma del 2006 nonché ai già richiamati arresti della Corte Costituzionale oltre che ad alcune aperture dei giudici di merito <sup>(199)</sup> – la giurisprudenza di legittimità è stata in grado di guardare alla riforma del 1994 “con occhi diversi”, conseguentemente mutando orientamento circa il tema della natura dell’arbitrato rituale.

Resta da aggiungere che l’orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite con la ordinanza n. n. 24153/2013 è stato recepito, e viene comunemente condiviso, dalla giurisprudenza successiva, sia di legittimità <sup>(200)</sup> che di merito <sup>(201)</sup>: ad oggi,

---

<sup>198</sup> Non essendo qui possibile dare conto delle ragioni che hanno condotto le Sezioni Unite ad attribuire particolare rilievo a determinate disposizioni introdotte, ovvero modificate, in occasione della riforma del 1994 e di quella del 2006, pare qui sufficiente fare richiamo alle disposizioni in cui sono stati rinvenuti «sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale» (e sulle quali, peraltro, ci si è già ampiamente intrattenuti in precedenza, allorché ci si è occupati, per l’appunto, delle novità introdotte con i predetti interventi del legislatore): quanto alle norme del c.p.c., gli artt. 816-*quinquies*, 819-*bis*, 824-*bis*, 819-*ter*, 825, 827, 829 (n. 8), 831 e, quanto alle norme del cod. civ., gli artt. 2652, 2653, 2819, 2943, 2945.

<sup>199</sup> Aperture alla tesi giurisdizionale che sono rinvenibili, in particolare, in Trib. Prato, 26 settembre 2011, in *Diritto e Giustizia online*, 2011, 25 ottobre, ed in Trib. Milano, 22 febbraio 2011, in: *Riv. arb.*, 2011, 294 ss. (con nota di E. MARINUCCI, *L’arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari*); *Corr. giur.*, 2011, 1139 ss. (con nota di L. SALVANESCHI, *Dall’equazione “impugnazione di bilancio=mai compromettibile” all’equazione “impugnazione di bilancio=sempre compromettibile”*); in *Foro. pad.*, 2012, I, 506 ss. (con nota di F. BELLINI, *Brevi note sui limiti dell’arbitrabilità delle impugnative assembleari*). Nella pronuncia da ultimo richiamata, in particolare, viene fatto espressamente riferimento al «mutato inquadramento legislativo dell’arbitrato che non è più una alternativa “privata” di soluzione delle liti, ma può essere configurato come un sistema processuale alternativo: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di “competenza degli arbitri” di cui all’art. 819 *ter* cpc e all’art. 817 cpc, nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell’art.819 *ter* cpc) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell’arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratta di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio “privato” contrapposto al rimedio pubblico tradizionale».

<sup>200</sup> Si vedano, fra le altre: Cass., 26 maggio 2015, n. 10800, in *Giust. civ. Mass.* 2015; Cass., 7 aprile 2015, n. 6909, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. 23 marzo 2015 n. 5809, in *dejure*; Cass., 25 febbraio 2015, n. 3804, in *dejure*; Cass., 13 agosto 2014, n. 17908, in *Giust. civ. Mass.*, 2014;

pertanto, si può dire che, almeno a livello giurisprudenziale <sup>(202)</sup>, la natura giurisdizionale dell'arbitrato sia stata ormai recepita.

---

Cass., 15 luglio 2014, n. 16164, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass., 18 giugno 2014, n. 13898, in *Guida al diritto*, 2014, 44, 53; Cass., 26 maggio 2014, n. 11634, in *Foro it.*, 2014, I, 2845 ss. (con nota redazionale di E. D'ALESSANDRO); Cass., 16 maggio 2014, n. 10804, in *dejure*; Cass., SS.UU., 13 febbraio 2014, n. 3311, in *dejure*; Cass., 7 febbraio 2014, n. 2806, in *dejure*; Cass., 7 febbraio 2014, n. 2804, in *dejure*; Cass., 20 gennaio 2014, n. 1005, in *dejure*.

Con riferimento ai precedenti ora richiamati, pare opportuno porre l'attenzione su Cass., 26 maggio 2014, n. 11634, la quale si rivela di particolare interesse perché, nel condividere espressamente le ragioni poste dalle Sezioni Unite a base della già più volte richiamata sentenza n. 24153/2013, sottolinea proprio il particolare rilievo attribuito all'intervento riformatore del 1994 a sostegno della tesi giurisdizionale (la Corte, infatti, dichiara di «[c]ondivide[re] appieno le affermazioni delle Sezioni unite sulla natura giurisdizionale del lodo pronunciato dopo le modifiche del 1994 ma prima delle successive modifiche normative del 2006»), arrivando ad affermare che «[a]nche prima della introduzione dell'art. 824 bis c.p.c. da parte del D.Lgs. n. 40 del 2006 gli effetti tra le parti del lodo arbitrale rituale erano equiparabili a quelli della sentenza. Ne consegue che degli effetti a lui favorevoli del lodo reso tra il creditore ed uno dei condebitori solidali prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006 può giovare anche l'altro condebitore solidale che non sia stato parte del giudizio arbitrale, applicandosi anche al lodo non impugnabile l'effetto espansivo della sentenza definitiva previsto dall'art. 1306 c.c., comma 2»: passaggio, quest'ultimo, che pare di particolare rilievo perché idoneo a ridurre di gran lunga l'importanza sistematica riconosciuta, come sopra si è detto, all'introduzione, nel 2006, dell'art. 824-bis c.p.c. Nei medesimi termini, si veda anche Cass., 7 aprile 2015, n. 6909, *cit.*, la quale, con riferimento all'ordinanza n. 24153/2013, ha osservato che, «[s]ulla base di tale nuova affermazione, avente valore centrale nella ricostruzione della disciplina dell'arbitrato, non soltanto in base alla legge del 2006..., ma anche con riguardo alla riforma del 1994, le Sezioni unite hanno messo in moto un vero e proprio processo di revisione interpretativa di quelle disposizioni (rispetto al *leading case* rappresentato dalla sentenza delle sezioni unite civili n. 527 del 2000 ed alle decisioni conseguenti ad esso) le cui implicazioni non sono state, allo stato, completamente esplorate».

<sup>201</sup> In tal senso, di vedano: App. Milano, 1 luglio 2014, n. 2518 (in *Giur. it.*, 2015, 172, con nota di E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello*, nonché in *Riv. arb.*, 2015, 83 ss., con nota di M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*); Trib. Roma, 4 giugno 2014, n. 12220, in *Redaz. Giuffrè*, 2014

<sup>202</sup> A livello dottrinale, infatti, come si è visto, residuano ancora margini di incertezza, anche se – è bene sottolinearlo – perfino uno dei più convinti, oltre che autorevoli, sostenitori della tesi privatistica dell'arbitrato è, proprio di recente ed anche alla luce del mutato orientamento giurisprudenziale, giunto a domandarsi, dando poi risposta positiva al quesito, «se non possa considerarsi ormai superata l'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato», sul presupposto che, ormai, la crisi della sovranità dello Stato moderno (e del potere giurisdizionale da esso esercitato: ed infatti – osserva l'Autore – «il tramonto del monopolio statale della giurisdizione si manifesta in modo particolarmente significativo sia nei confronti dei giudici stranieri, sia nei confronti degli arbitri, indipendentemente dalla nazionalità dell'arbitrato e dal luogo di pronuncia del lodo») deve portare ad una riconsiderazione proprio del concetto di “giurisdizione” (C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, *cit.*). Ne discende, secondo l'Autore, che si può parlare (seppure con la dovuta cautela), per l'arbitrato, sì di “giurisdizione” (nel senso “rivisitato”), ma di «giurisdizione dei privati» (da contrapporsi, cioè, alla «giurisdizione statale»).

## **5. Conclusioni.**

Alla luce di tutto quanto precede e, segnatamente, dell'esame dell'evoluzione del dato normativo, così come interpretato tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, a me pare che – a far tempo dall'entrata in vigore della riforma del 2006 – non sia più giustificato il dubitare della natura giurisdizionale dell'arbitrato.

Prima di allora, invece, il dato normativo risultava ben più equivoco: esemplare è il caso delle norme introdotte con la riforma del 1994, le quali – come si è visto – sono state valorizzate dalla giurisprudenza, dapprima, per sostenere la tesi c.d. “negoziale” dell'arbitrato e, solo di recente, per sostenere la tesi opposta, ossia quella c.d. “giurisdizionale”.

Ciò che rileva, comunque, è che, nell'indagine che verrà qui di seguito svolta, pare possibile porre, quale assunto di partenza, quello secondo cui l'arbitrato ha natura giurisdizionale, con tutto ciò che ne deriva (anche) sul piano dell'istruzione probatoria: del resto, come autorevolmente sottolineato dalla dottrina, «l'affermazione dell'efficacia giurisdizionale del lodo» risulta la «lente attraverso cui guardare l'intero sistema dell'arbitrato»<sup>(203)</sup>.

---

<sup>203</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 824-bis, cit.*, 791.



## CAPITOLO II: IL POTERE REGOLAMENTARE DELLE PARTI

### **1. Il potere delle parti di “stabilire...le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento” arbitrale ai sensi dell’art. 816-bis, I comma, c.p.c..**

Al fine di stabilire in che modo le parti possano incidere sulla disciplina del procedimento arbitrale, non si può che prendere le mosse dal dato testuale: l’art. 816-bis, I comma, prima parte, c.p.c., in particolare, prevede che esse “*possono stabilire nella convenzione d’arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all’inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*” arbitrale.

Il potere regolamentare delle parti ha ad oggetto lo svolgimento dell’intero procedimento arbitrale e, dunque, anche della fase dell’istruzione probatoria<sup>(204)</sup>: anzi, come rilevato dalla dottrina, la regolamentazione di tale fase risulta quella in cui – come meglio si vedrà oltre – la divaricazione fra l’estensione del potere regolamentare degli arbitri e quella del potere regolamentare delle parti risulta più marcata<sup>(205)</sup>.

---

<sup>204</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, 349; E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, ne *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994, 105-106; A. VILLA, *L’istruzione probatoria*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012, 139; A. STESURI, *Gli arbitri. Mandato, responsabilità e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2001, 67. *Contra*, nel senso, cioè, che sarebbe preferibile «un orientamento più cauto rispetto a quello della immediata e totale riconduzione dell’intera materia delle prove entro il dominio del comma 2° dell’art. 816, e quindi nell’ambito della signoria degli arbitri nel procedimento» (così M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, in *La nuova disciplina dell’arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 216). In particolare, come sottolineato dalla più autorevole dottrina, «l’ipotesi di una applicazione del 2° comma dell’art. 816 cod. proc. civ. al campo delle prove merita di essere coltivata soltanto in ordine alle modalità di forma, tempo, luogo delle istanze e in genere degli atti istruttori e in ordine ai poteri di iniziativa istruttoria, con drastica riduzione del dominio attribuito alla norma...» (così E.F. RICCI, *La prova nell’arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974, 89). Cfr. M. ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1016-1017, il quale limita la portata dell’art. 816-bis c.p.c., e dunque del potere regolamentare che essa contempla, esclusivamente ai «*profili procedurali dell’istruzione probatoria*» e non a quelli relativi ai profili della ammissibilità e della valutazione della prova (i quali saranno, pertanto, sottoposti ai «*medesimi limiti che l’ordinamento pone con riferimento al giudizio davanti al giudice*»).

<sup>205</sup> Per tale considerazione, si veda G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 439-440.

Del resto, non pare che si possa ritenere che la disciplina della fase istruttoria sia sottratta al potere regolamentare attribuito alle parti dall'art. 816-*bis* c.p.c. in ragione del fatto che, nel codice di rito, è presente una norma specifica che regola la (*rectius*, detta talune disposizioni relative alla) istruttoria arbitrale, ossia l'art. 816-*ter* c.p.c.: ed infatti, come meglio si vedrà nel prosieguo <sup>(206)</sup>, la formulazione di quest'ultima norma è a tal punto lacunosa <sup>(207)</sup> da risultare senza dubbio insufficiente per regolamentare, tantomeno in modo esaustivo, tale fase <sup>(208)</sup>.

L'art. 816-*ter* c.p.c., del resto, è una disposizione che «*condensa in un unico testo la disciplina dell'istruzione arbitrale, senza porsi – e risolvere – il problema di coordinare l'ampia libertà di imporre modelli processuali diversi da quelli del proc. ord. con le peculiarità della materia delle prove*» <sup>(209)</sup>.

Anzi, a ben vedere, proprio l'introduzione di una norma siffatta non fa altro che accreditare la tesi secondo cui il legislatore del 2006 ha inteso «*preservare (anche in ambito probatorio) la signoria delle parti e degli arbitri sullo «svolgimento del giudizio»*» <sup>(210)</sup>.

Ciò premesso, è bene sottolineare che l'art. 816-*bis* c.p.c. scolpisce in modo esemplare il ruolo centrale attribuito alle parti: sono queste ultime ad avere il potere di stabilire le norme che dovranno essere osservate dagli arbitri, i quali, sotto questo profilo, vengono ad assumere, rispetto alle prime, un ruolo subordinato, posto che non possono che limitarsi a dare esecuzione alle

---

<sup>206</sup> Si veda il successivo cap. IV.

<sup>207</sup> Trattasi di «*norma largamente lacunosa, tanto sotto il profilo della mancata piena attuazione della delega..., quanto se si considerano i molteplici profili dell'istruzione probatoria ch'essa ignora*» (A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 129).

<sup>208</sup> Con riferimento allo scarso contributo che può essere fornito, con riferimento alla regolamentazione della fase istruttoria, dall'art. 816-*ter* c.p.c., si vedano: M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2013, 127 ss.; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 349.

<sup>209</sup> C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, Cedam 2012, 2788.

<sup>210</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 711.*

disposizioni delle parti <sup>(211)</sup>, e residuale, dal momento che viene loro attribuito il potere regolamentare (la cui estensione, comunque, risulta sensibilmente ridotta rispetto a quello delle parti) solo a condizione, e nei limiti, in cui non venga esercitato dalle parti <sup>(212)</sup>.

Peraltro, la norma in esame, la cui valenza sistematica e programmatica risulta indiscutibile <sup>(213)</sup>, non trova, poi, ampia applicazione pratica, dal momento che, come noto, tendenzialmente le parti non si avvalgono, se non in minima parte, del potere di dettare le regole per lo svolgimento del procedimento arbitrale, sostanzialmente rimettendosi alle determinazioni degli arbitri ovvero richiamando le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione o previste da un regolamento arbitrale preconstituito <sup>(214)</sup>.

Il che, del resto, non deve stupire, perché, nel momento in cui le parti scelgono di fare ricorso allo strumento arbitrale, lo fanno perché sono consapevoli che nutriranno particolare fiducia negli arbitri che sceglieranno e, pertanto, è quasi fisiologico che poi si affidino, in tutto e per tutto, al loro giudizio, sia per quanto concerne la decisione finale, sia per quanto concerne le regole che verranno applicate nel corso del procedimento arbitrale.

---

<sup>211</sup> Essendo, l'alternativa, non quella di pretendere l'applicazione di regole differenti rispetto a quelle stabilite dalle parti, bensì, al più, quella di rinunciare al mandato.

<sup>212</sup> Come si vedrà al successivo cap. III, peraltro, il potere regolamentare attribuito alle parti è di gran lunga più esteso rispetto a quello (suppletivo) di cui dispongono gli arbitri.

<sup>213</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 120, con riferimento alla regolamentazione dello svolgimento del procedimento arbitrale parla, proprio prendendo le mosse dal disposto dell'art. 816-bis c.p.c., di «fenomeno essenzialmente convenzionale».

<sup>214</sup> Sottolineano lo scarso uso del potere in discorso, fra gli altri: G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.* 2006, 427; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 391, G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 389 ss.; F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2002, 4; M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 121; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 216; A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, 328 e 332; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, 700-701; A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato e le regole del procedimento*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 223.

Infine, va considerato che lo scarso utilizzo del potere in considerazione pare imputabile anche alle difficoltà cui va incontro il suo esercizio, dal momento che dettare delle regole prima dell'inizio del procedimento arbitrale comporta che le parti si trovino a dovere enucleare una serie di norme non al fine di indicare agli arbitri come comportarsi in una situazione già venutasi a creare, bensì "in astratto", senza sapere quale sarà l'evoluzione del procedimento arbitrale e, dunque, le esigenze che sorgeranno per il suo ordinato svolgimento: motivo per cui, come si vedrà meglio oltre, non è infrequente che le parti facciano riferimento, genericamente, alle norme del codice di rito <sup>(215)</sup>, che rappresentano un *corpus* completo ed idoneo a far fronte a (quasi) ogni eventualità.

### **1.1. Il *dies ad quem* per l'esercizio del potere regolamentare.**

Prima di passare ad analizzare l'estensione del potere regolamentare, ci si deve preliminarmente interrogare circa il termine entro il quale le parti devono esercitare tale potere, dal momento che, una volta che esso è spirato, queste ultime possono intervenire per dettare le regole cui gli arbitri dovranno attenersi solo ed esclusivamente a condizione che esse siano d'accordo fra loro e che vi sia, inoltre, l'accordo degli arbitri <sup>(216)</sup>, i quali, in caso contrario, saranno legittimati a rinunciare al mandato <sup>(217)</sup>.

---

<sup>215</sup> Il che comporta implicazioni molto differenti a seconda che il richiamo sia effettuato a tutte le norme che regolano l'intero processo ordinario di cognizione, oppure, come accade più di frequente, alle sole norme che regolano il procedimento arbitrale (artt. 806 ss.).

<sup>216</sup> G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1982, 461-464; 630; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 394; D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato. Rassegna ragionata di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Ipsoa, 1999, 107; M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole per lo svolgimento della procedura arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2011, 164-165. In giurisprudenza, si veda Cass., 4 maggio 2011, n. 9761, in *Banca dati Dejure*. Osserva C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1369, che è sì necessario il consenso degli arbitri, ma resta tuttavia ferma la «irrelevanza di un dissenso capriccioso o solo propter propriam opportunitatem».

<sup>217</sup> D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato, cit.*, 107-108; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 395; A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 334.

Del resto, la necessità che le regole vengano fissate *ex ante* risponde, benché sotto profili differenti, tanto all'interesse delle parti, quanto all'interesse degli arbitri, con la conseguenza che tale barriera preclusiva può essere aggirata solo allorché tutte le parti a tutela delle quali essa è posta siano d'accordo.

In particolare, essa risponde all'interesse delle parti, le quali, al fine di poter esercitare pienamente il diritto di difesa, devono necessariamente conoscere le regole del procedimento prima dell'inizio di quest'ultimo, così da potere predisporre, ed articolare, le rispettive strategie difensive <sup>(218)</sup>.

La previsione di un termine per l'esercizio del potere regolamentare, però, risponde anche – e soprattutto – all'interesse degli arbitri, i quali devono essere posti, prima di assumere l'incarico, nella condizione di sapere quali regole saranno chiamati ad applicare, così da potere scegliere se accettare, o meno, l'incarico medesimo <sup>(219)</sup>.

Ciò premesso, appare evidente che il nodo da sciogliere sia quello di stabilire cosa si intenda per «*inizio del giudizio arbitrale*», posto che non vi è una norma che individui espressamente tale momento, e gli interpreti si sono trovati a sostenere posizioni anche molto distanti fra loro <sup>(220)</sup>.

---

<sup>218</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 195. Sul punto, cfr. anche L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2003, 683, nt. 23.

<sup>219</sup> In tal senso, si veda Cass. 4 maggio 2011, n. 9761, *cit.*, la quale, nel sottolineare il carattere dispositivo (e, dunque, derogabile) della norma in esame, afferma – con riferimento alla disciplina previgente ma esprimendo principi applicabili anche nel vigore della disciplina attuale – che «*il limite temporale dell'inizio del procedimento [è] posto dall'art. 816 c.p.c., comma 2 [oggi, art. 816-bis c.p.c.], nell'interesse degli arbitri, i quali è giusto che sappiano prima di accettare l'incarico – momento cui generalmente si fa risalire, appunto, l'inizio del procedimento arbitrale – quali regole procedurali sono chiamati ad applicare, essendo tale informazione rilevante in vista della decisione se accettare o meno*». Per considerazioni analoghe, si vedano anche: M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 195; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 394-395; C. CECHELLA, *Disciplina*, *cit.*, 215; M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, *cit.*, 628; D. GIACOBBE, *La prova*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 746-747; D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, *cit.*, 107; A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato*, *cit.*, 224.

<sup>220</sup> Con riferimento ai termini di tale dibattito, fra gli altri, si vedano: G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, *cit.*, 697 ss.; S. SATTA, *Sub art. 816*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959 (rist. 1968), 275; M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, *cit.*, 628.

La posizione che, attualmente, sembra raccogliere il maggior numero di consensi è quella secondo cui l'inizio del giudizio arbitrale dovrebbe farsi coincidere con il momento della notifica della domanda di arbitrato <sup>(221)</sup>: in tal senso, del resto, militano diversi argomenti testuali rinvenibili nell'ordinamento.

In particolare, l'art. 669-*octies*, V comma, c.p.c., introdotto con la riforma del 1994 <sup>(222)</sup>, espressamente prevede che, quando la controversia rientra nella sfera di applicabilità di una convenzione di arbitrato, affinché si abbia «l'inizio del giudizio di merito», una parte «*deve notificare all'altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domande e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*».

Quanto previsto dalla norma da ultimo richiamata trova, poi, puntuale conferma anche in altre disposizioni, rinvenibili nel codice civile, pure introdotte o, comunque, modificate in occasione della riforma del 1994.

A questo proposito, merita di essere ricordato, innanzitutto, che agli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c. è stato aggiunto, con riferimento agli effetti "prenotativi" della domanda giudiziale, l'inciso secondo il quale «[a]lla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri» <sup>(223)</sup>.

---

<sup>221</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 333, nt. 37; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 195.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, Giuffrè, 1995, 877-878; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, 3944; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva, cit.*, 698.

<sup>222</sup> A tale proposito, si vedano il precedente cap. 1, par. 3.4., al quale espressamente si rimanda, nonché L. SALVANESCHI, *Sub art. 1 [art. 669-*octies* c.p.c.]*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995, 1 ss.

<sup>223</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di F. PADOVINI, *Sub art. 26*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995, 301 ss.

Merita, poi, di essere ricordato anche che gli artt. 2943, IV comma, e 2945, IV comma, c.c., con riferimento alla interruzione della prescrizione, precisano ora, rispettivamente, che la prescrizione è interrotta «*dall'atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*» e che «*la prescrizione non corre dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo*» non è più impugnabile <sup>(224)</sup>.

Infine, non può essere trascurato che, proprio di recente, il legislatore ha aggiunto all'art. 1284 c.c. due nuovi commi, il quarto ed il quinto: con il quarto, in particolare, ha espressamente previsto che, nel caso in cui le parti non ne abbiano determinato la misura, dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali <sup>(225)</sup>; con il quarto comma, invece, ha precisato – in linea con gli interventi normativi precedenti, dei quali si è dato conto da ultimo – che la «*disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale*».

Pare ravvisabile, dunque, la volontà del legislatore (per lo meno, a far tempo dal 1994) di ricollegare il momento in cui il procedimento arbitrale può dirsi pendente al momento in cui viene notificata la domanda di arbitrato, in analogia con quanto previsto per il giudizio ordinario di cognizione.

---

<sup>224</sup> Con riferimento a queste ultime modifiche, si vedano: L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss.; G. DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 2005, 165 ss.; C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 342; R. ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 579 ss.

<sup>225</sup> Sulle finalità e sui limiti di tale nuova disposizione, fra gli altri, si vedano: R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 62 ss.; P. TRIMARCHI, *Non convince il super-tasso contro l'abuso del processo*, ne *IlSole24Ore*, 30 settembre 2015, 45 ss.; A. ROMANO - G. FUSCHINO, *L'aumento del saggio in interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Foro it.*, 2015, V, 70 ss.

Ebbene, se l'affermazione che precede risulta difficilmente contestabile, a me pare che, tuttavia, non si possa non tenere in debito conto la peculiare articolazione cronologica attraverso cui si snoda, soprattutto nella sua fase introduttiva, il procedimento arbitrale: se si pone mente ad essa, si ricava che, affinché le parti possano accordarsi al fine di stabilire le "regole del gioco", è necessario un momento di confronto che, a ben vedere, non ha modo di esservi – o, comunque, non ha modo di esplicarsi utilmente – se non successivamente alla notifica della domanda di arbitrato.

Deve essere, infatti, considerato che, a meno che le parti non abbiano provveduto ad indicare in modo puntuale, nella convenzione di arbitrato, le norme che gli arbitri dovranno rispettare <sup>(226)</sup>, verosimilmente queste non avranno poi più avuto modo (né occasione) di confrontarsi al fine di esercitare il loro potere regolamentare prima dell'inizio del procedimento arbitrale: ciò, evidentemente, sempreché, per «*inizio del procedimento arbitrale*», si intenda inizio in senso "tecnico", ossia nel senso sopra descritto.

Pare, allora, maggiormente condivisibile la soluzione prospettata da altra parte della dottrina, la quale sottolinea che, proprio agli «*specifici fini dell'art. 816, 2° comma*» <sup>(227)</sup>, il momento iniziale dell'arbitrato dovrebbe essere individuato, «*in maniera senz'altro atecnica, ma proprio per questo assai più aderente alla natura dell'istituto*» e fatto coincidere con la «*prima riunione degli arbitri, nella quale il collegio è chiamato a darsi quelle regole di procedura che le parti non gli abbiano somministrato*»: del resto, come si diceva, fino a tale momento «*sarebbe ancora utile (e perciò riuscirebbe insensato negarla) una regolamentazione che provenisse dai contendenti*» <sup>(228)</sup>.

---

<sup>226</sup> Situazione, che, come si è già detto, peraltro ben di rado si verifica.

<sup>227</sup> Oggi art. 816-bis, I comma, c.p.c.

<sup>228</sup> G. DELLA PIETRA, *Procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 1997, 144-145. Nel medesimo senso, si veda anche M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 120-121.. Cfr. anche G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arb.*, 1996, 21 ss., il quale riconosce che l'ultimo comma dell'art. 669-*octies*



La soluzione da ultimo ricordata sembra la più equilibrata <sup>(229)</sup> perché, innanzitutto, mette le parti nella condizione di confrontarsi utilmente con riferimento alla scelta delle regole da impartire agli arbitri: ed infatti, il confronto si collocherà in un momento in cui la controversia sarà già insorta (sarà già noto, ad esempio, se si tratta di una questione di puro diritto, di una questione in cui gli aspetti fattuali sono particolarmente rilevanti o di una questione prettamente tecnica che richiede specifiche cautele sotto il profilo istruttorio) ed in cui le parti saranno, verosimilmente, già assistite dai rispettivi difensori <sup>(230)</sup>. Inoltre, la soluzione in esame consente comunque agli arbitri, i quali non hanno ancora accettato formalmente il mandato, ovvero lo hanno appena accettato (nel corso della medesima udienza), di conoscere in modo completo le regole dettate dalle parti al fine di decidere se accettare definitivamente, oppure rinunciare, al mandato.

---

c.p.c. «non può non avere il valore di norma generale», posto che «non si vede la ragione per la quale il legislatore debba ritenere che in questo caso il processo arbitrale comincia in un determinato modo e che, in altri casi, possa iniziare diversamente», tuttavia poi sembra limitare la portata di tale norma, quantomeno con riferimento agli «effetti processuali» della domanda e, comunque, sembra escludere che ciò rilevi con specifico riferimento alle «norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento (secondo la formula dell'art. 816 comma 2°)». Nel medesimo senso, si vedano anche: D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 746-747; C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 216; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007, 1339; D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, cit., 107. Sul punto, cfr. anche chi fa riferimento al momento in cui gli arbitri hanno accettato l'incarico e, dunque, il collegio si è costituito: R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816*, in *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 83; M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, cit., 628, il quale «ritiene che l'anteriorità, rispetto al giudizio arbitrale, vada intesa non come riferimento all'inizio del procedimento arbitrale valevole sul piano generale, costituito dalla notifica della domanda di arbitrato, ma con riferimento al momento in cui gli arbitri hanno accettato la nomina»; A. FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 320, nt. 3; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, Padova, Cedam, 2012, 49.

<sup>229</sup> Del resto, anche fra chi ritiene che il momento iniziale del procedimento arbitrale debba essere fatto coincidere, alla luce delle modifiche intervenute nel 1994, con il momento della notifica della domanda di arbitrato, riconosce che «sarebbe stato preferibile ancorare il momento ultimo per l'individuazione delle norme procedurali alla prima seduta del collegio» (F. CARPI, *Il procedimento*, cit., 878).

<sup>230</sup> Sottolinea, a questo proposito, F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, 481, che «lo sforzo di determinare le regole del gioco può essere effettuato dalle parti anche dopo che la controversia è insorta ed in prossimità della trattazione di essa, dunque in un momento nel quale esse acquistano maggiore consapevolezza delle peculiarità delle questioni controverse».

Resta da aggiungere, a sostegno della soluzione da ultimo prospettata, che essa – ancorché non particolarmente assonante con i già ricordati interventi riformatori del legislatore del 1994 – non risulta, comunque, sprovvista di un appiglio normativo: l'art. 820 c.p.c., infatti, seppure con specifico riferimento al termine per la pronuncia del lodo, fa decorrere tale momento «*dall'accettazione della nomina*» da parte degli arbitri <sup>(231)</sup>.

Il legislatore, dunque, nel momento in cui ha inteso stabilire il momento iniziale del procedimento arbitrale, ancorché allo specifico fine di farvi decorrere il termine entro il quale il lodo deve essere pronunciato e, dunque, entro il quale il medesimo procedimento arbitrale deve concludersi, lo ha individuato non in quello della notifica della domanda di arbitrato, bensì in quello della accettazione, da parte degli arbitri, della nomina.

Ne discende che la soluzione qui ritenuta preferibile, oltre a risultare, come si è visto, maggiormente conforme alle necessità delle parti e degli arbitri, può anch'essa giovare di un solido appiglio letterale.

## **1.2. La possibilità di prevedere che l'osservanza di talune forme sia imposta a pena di nullità ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.**

Stabilito il momento entro il quale le parti sono tenute ad esercitare il potere regolamentare loro riconosciuto dall'art. 816-*bis* c.p.c., merita di essere sottolineato, per chiarezza espositiva, che l'estensione di tale potere, sul cui contenuto si tornerà più oltre, si spinge fino a consentire alle parti di porre il rispetto delle forme da essi prescritte a pena di nullità: nullità che può condurre all'annullamento del lodo ove essa non venga previamente sanata.

A tale proposito, centrale è l'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c. <sup>(232)</sup>, il quale prevede che la corte di appello competente possa essere adita per far accertare e

---

<sup>231</sup> Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 45 e 49-50.

<sup>232</sup> Osservava, difatti, l'Andrioli (*Sub art. 829*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964, 919), con riferimento all'allora vigente art. 816, il cui contenuto, con le

dichiarare la nullità del lodo arbitrale «*se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata*».

Peraltro, merita di essere sottolineato che l'attuale formulazione della norma in discorso deriva dall'intervento riformatore del 2006, mentre, precedentemente, il n. 7 dell'art. 829 c.p.c. prevedeva che il lodo fosse affetto da nullità (solo) allorché, nel corso del procedimento arbitrale, non fossero state osservate «*le forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità, quando le parti ne avevano stabilita l'osservanza a norma dell'art. 816 e la nullità non è stata sanata*»: la modifica in discorso, che potrebbe apparire, a prima vista, marginale, risulta, invece fra le più rilevanti della riforma del 2006, per lo meno per quanto concerne il tema delle impugnazioni del lodo <sup>(233)</sup>.

Ed infatti, con la nuova formulazione della disposizione in esame, è stata concessa alle parti la facoltà di imporre il rispetto di determinate forme non solo nel caso in cui si tratti di forme già «*prescritte per i giudizi sotto pena di nullità*», bensì anche in qualsiasi altro caso, ossia anche con riferimento all'applicazione di forme non prescritte per i giudizi ordinari dal codice di rito, oppure di forme prescritte dal codice di rito, tuttavia non a pena di nullità: per tal modo, è stata ulteriormente ampliata la potestà regolamentare delle parti <sup>(234)</sup>.

---

dovute modifiche, è poi confluito nell'attuale art. 816-bis c.p.c., che «[i]l n. 7 [dell'art. 829 cod. civ.] rappresenta la proiezione dell'art. 816 nel campo della domanda di nullità». Sul punto, si veda anche A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 333.

<sup>233</sup> In tal senso, si veda C. PUNZI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 270-271. Cfr. anche M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *Judicium*, § 6, e L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 394.

<sup>234</sup> M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE – C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, IlSole24Ore, 2006, 94, osserva che la modifica in esame costituisce «una grossa novità (e diremmo positiva) perché nel sistema precedente le parti non potevano "creare" nullità, potendo i vizi del procedimento rilevare solo se vi era una doppia manifestazione di volontà normativa in ordine alla sanzione della nullità: prima quella del legislatore e poi quella delle parti; insomma nel sistema precedente la violazione delle regole procedurali fissate dalle parti determinava l'annullabilità del lodo solo se quelle regole riprendevano analoghe regole dettate per il processo statale». Sul punto, si veda anche G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 390-391.

Ne discende che, fermo il generale meccanismo della sanatoria delle nullità <sup>(235)</sup>, ciò che rileva è che, alle parti, è ora consentito di «*creare nullità non altrimenti previste*» <sup>(236)</sup>: potere, questo, che può riflettersi anche sotto il profilo della istruzione probatoria, potendo essere imposto dalle parti il rispetto anche di «*alcune regole in materia di assunzione delle prove*» <sup>(237)</sup>.

Le nullità previste dal codice di rito con riferimento al giudizio ordinario di cognizione, dunque, non possono trovare automatica applicazione nel procedimento arbitrale, facendo ingresso in quest'ultimo solo allorché siano le parti a volerlo: peraltro, come condivisibilmente osservato dalla giurisprudenza, ciò può avvenire anche nel caso in cui le parti non lo prevedano espressamente ma si limitino ad imporre agli arbitri di rispettare, in generale, le norme dettate dal codice di rito per i giudizi ordinari <sup>(238)</sup>. Del resto, fra tali norme rientrano anche quelle che prevedono il rispetto di determinate forme a pena di nullità e di tali norme le parti hanno chiesto che venisse fatta applicazione <sup>(239)</sup>.

Merita, poi, di essere sottolineato, trattandosi di aspetto particolarmente rilevante ai fini della presente indagine, che – come condivisibilmente rilevato dalla dottrina – il potere di imporre il rispetto di particolari forme, riconosciuto alle

---

<sup>235</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 829, II comma, c.p.c., la nullità deve necessariamente essere eccepita «*nella prima istanza o difesa successiva la violazione*», pena, per l'appunto, la sua sanatoria.

<sup>236</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 193.

<sup>237</sup> E. MARINUCCI, *Sub art. 829*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, 835. Cfr. anche D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 747.

<sup>238</sup> Osserva, in particolare, la giurisprudenza che «*la forma imposta a pena di nullità dall'ordinamento dello Stato per il processo ordinario non trasmigra solo per tale ragione nel processo arbitrale; il rilievo della nullità dell'atto difforme dovrà essere voluto dalle parti in sede di predeterminazione delle regole processuali. In diversi termini, l'inosservanza di forme prescritte per i giudizi sotto pena di nullità può determinare la nullità del lodo soltanto se le parti, prima del giudizio arbitrale, abbiano stabilito le regole procedurali cui attenersi, eventualmente anche mediante richiamo a quelle del giudizio ordinario. La nullità prefissata dalla legge, infatti, avrà rilievo soltanto se la forma prevista per l'atto a pena di nullità è voluta dalle parti nella determinazione consensuale delle forme processuali*» (Cass. 31 gennaio 2007 n. 2201, in *Banca dati Dejure*).

<sup>239</sup> In tal senso, si veda E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 10. *Contra*, nel senso, cioè, che le parti devono comunque prevedere espressamente la sanzione della nullità, non potendosi questa desumere dal richiamo alle norme codicistiche, si veda S. LA CHINA, *La nullità nei procedimenti arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 314.

parti, può esplicitarsi anche con riferimento alle norme relative alla assunzione dei mezzi di prova e non, invece, a quelle «*in materia di ammissibilità dei mezzi di prova, onere della prova e patti relativi all'efficacia delle prove, trattandosi di regole di diritto relative al merito della controversia*»<sup>(240)</sup>. Sussiste, infatti, un'evidente differenza fra le norme che regolano l'assunzione dei mezzi di prova e le norme che disciplinano, invece, la loro ammissione, la ripartizione dell'onere della prova nonché l'efficacia delle prove: solo le prime prevedono delle "forme" alle quali gli arbitri devono attenersi (ed il cui rispetto può essere previsto dalle parti a pena di nullità), mentre le seconde contengono gli aspetti "sostanziali" dell'istruzione probatoria (non a caso, del resto, le norme sull'assunzione dei mezzi di prova sono contenute nel codice di procedura civile, mentre le altre sono contenute nel codice civile)<sup>(241)</sup>.

Conseguentemente, la violazione delle norme che disciplinano l'ammissione dei mezzi di prova, la ripartizione dell'onere della prova nonché l'efficacia delle prove, essendo inquadrabile quale *error in iudicando* (e non già quale *error in procedendo*)<sup>(242)</sup>, può essere fatta valere solo ai sensi, e nei limiti, del novellato art. 829, III comma, c.p.c..

Risulta, invece, incensurabile, a prescindere da qualsivoglia disposizione delle parti, la valutazione degli arbitri avente ad oggetto le risultanze istruttorie,

---

<sup>240</sup> E. MARINUCCI, *Sub art. 829, cit.*, 835, nt. 269.

<sup>241</sup> Su questa bipartizione, e sulle ragioni che la giustificano, si veda L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, 29 ss.

<sup>242</sup> Come noto, infatti, la giurisprudenza, con riferimento al giudizio di cassazione, si mostra compatta nel ritenere che la violazione delle norme in discorso rientri fra gli *errores in iudicando*, deducibile ai sensi dell'art. 360, I comma, n. 3, c.p.c. (ossia «*per violazione o falsa applicazione di norme di diritto*»), e non fra gli *errores in procedendo*, deducibili ai sensi dell'art. 360, I comma, n. 4, c.p.c. («*per nullità della sentenza o del procedimento*»). In particolare, in più occasioni la Suprema Corte ha affermato che «*le norme poste dal codice civile in materia di onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi probatori attengono al diritto sostanziale: sicché, la loro violazione integra error in iudicando e non in procedendo nel giudizio di cassazione, con la conseguente ammissibilità di esame diretto degli atti da parte del giudice solo per la verifica dello svolgimento del giudizio in conformità al rito*» (Cass., 19 marzo 2014, n. 6332, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. Nel medesimo senso, si veda anche Cass., 4 febbraio 2000, n. 1247, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 239).

trattandosi di valutazione che investe il merito della controversia <sup>(243)</sup>: ed anzi, il sistema delle impugnazioni del lodo arbitrale si caratterizza (proprio) per la «assoluta assenza di una norma che prevede come motivo di impugnazione del lodo la sua erroneità in fatto, l'errore nella valutazione delle prove e risultanze processuali, la ricostruzione di una situazione o di uno svolgimento dei fatti che si voglia censurare come errata. Questo è uno dei più sicuri aspetti intrinseci della via arbitrale differenziatori rispetto alla via giudiziaria, in quanto nella prima non v'è strumento per lamentare la semplice ingiustizia della decisione, così come invece è per la via giudiziaria con l'appello» <sup>(244)</sup>.

Solo per completezza, trattandosi di un tema che interesserà nel prosieguo della presente indagine, allorché ci si intratterà sul potere regolamentare degli arbitri, deve essere osservato che – stante la formulazione dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c. – la sanzione della nullità pare poter essere imposta solo dalle parti nell'esercizio del loro potere regolamentare e non, invece, dagli arbitri nell'esercizio del potere suppletivo loro attribuito <sup>(245)</sup>, a meno che – pare di poter

---

<sup>243</sup> Sul punto, occorre fare riferimento al principio, pacifico, secondo il quale deve “ritenersi inammissibile l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale con la quale...si tenda in realtà ad ottenere un riesame del fatto deciso dagli arbitri o ad offrire una diversa interpretazione della volontà negoziale dei contraenti più favorevole alla parte che la prospetta” (Cass. 7 dicembre 2007 n. 25623, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 20, 76. Nel medesimo senso, tra le altre, si vedano: Cass. 10 settembre 2012 n. 15085, in *Diritto & Giustizia*, 2012, 11 settembre; Cass. 16 giugno 2010 n. 14574, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 3, 612; Cass. 8 giugno 2007 n. 13511, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9; Cass. 12 aprile 2007 n. 8798, in *Guida al diritto*, 2007, 23, 43; Cass. 25 luglio 2008 n. 20468, in *Guida al diritto*, 2008, 43, 49).

<sup>244</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè 2011, 250. Per considerazioni analoghe, si vedano anche: E. MARINUCCI, *Sub art. 829, cit.*, 835, nt. 269; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 771-772; M. BOVE, *La giustizia privata, cit.*, 189; M. CURATOLA, *L'impugnazione dei lodi arbitrali*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Iudica, Torino, Giappichelli, 2012, 218.

<sup>245</sup> In tal senso, si vedano: L.P. COMOGLIO, *Le prove civili, cit.*, 231; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 196 ss.; E. MARINUCCI, *Sub art. 829, cit.*, 836; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 704; G. RUFFINI, *Sub art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, Ipsoa, 2010, 2024; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012, 90. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 18; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 400; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 691; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, II, Padova, Cedam, 2010, 1121 ss..

aggiungere – non siano state le parti stesse a conferire espressamente agli arbitri il potere di imporre il rispetto delle forme a pena di nullità <sup>(246)</sup>.

### **1.3. Le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole dettate dalle parti.**

Al fine di valutare le conseguenze che derivano dal mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole dettate dalle parti ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c. <sup>(247)</sup>, deve essere tenuto distinto il caso in cui le parti si siano avvalse della facoltà di “rafforzare” il rispetto di tali regole mediante la espressa previsione della sanzione della nullità ex art. 829, I comma, n. 7, c.p.c., dal caso in cui, invece, le parti non se ne siano avvalse.

Nel primo caso, le conseguenze sono chiare, nel senso, cioè, che, come si è visto, salvo il caso in cui la nullità venga sanata, il mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole loro imposte comporta la possibilità, per la parte che vi abbia interesse, di ottenere che la corte d'appello competente annulli il lodo, con tutto ciò che ne consegue <sup>(248)</sup>. In particolare, ai sensi dell'art. 830, II comma, c.p.c., l'annullamento del lodo in accoglimento di un motivo di impugnazione fondato sul n. 7 dell'art. 829 c.p.c. <sup>(249)</sup> comporta – salvo, ovviamente, diverso accordo tra le parti – che il giudizio rescissorio sia devoluto alla corte di appello <sup>(250)</sup>. In tal caso, pare che, ricorrendone i presupposti, una volta ottenuto l'annullamento del lodo, le parti potrebbero, al più, esperire un'azione di responsabilità nei confronti degli arbitri, così da ottenere il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 813-*ter* c.p.c..

---

<sup>246</sup> S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, Cedam, 2008, 69.

<sup>247</sup> Sulla questione in esame, si vedano, da ultimo, le riflessioni di C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti*, *cit.*, 1370.

<sup>248</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 333.

<sup>249</sup> Così come nel caso in cui alla declaratoria di nullità del lodo la corte di appello pervenga in accoglimento di uno dei motivi di cui ai nn. 5, 6, 8, 9, 11, 12 del primo comma, oppure di cui al terzo, quarto o quinto comma dell'art. 829 c.p.c.

<sup>250</sup> A differenza di quanto avviene, invece, negli altri casi, in cui, invece, ai sensi dell'art. 830, III comma, c.p.c., torna ad applicarsi la originaria convenzione di arbitrato.

Nel secondo caso, invece, ferma l'irrilevanza, sul piano della validità del lodo arbitrale (posto che, come si è detto, la violazione delle forme imposte dalle parti può condurre alla nullità del lodo solo ove ciò sia espressamente previsto) <sup>(251)</sup>, della violazione posta in essere dagli arbitri <sup>(252)</sup>, pare che le parti non siano munite di particolari strumenti di tutela <sup>(253)</sup>: ed infatti, l'unica tutela astrattamente ipotizzabile è rappresentata dalla possibilità di chiedere agli arbitri, nella qualità di mandatari delle parti, il risarcimento del danno per non avere rispettato le istruzioni ricevute.

Tale ipotesi, tuttavia, sembra destinata a rimanere sul piano teorico, dal momento che la responsabilità degli arbitri, prevista dal predetto art. 813-ter c.p.c., è subordinata alla sussistenza degli stringenti requisiti di cui alla norma in esame: in particolare, nel caso in cui il lodo sia stato pronunciato, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto a condizione che si sia verificato «l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato» e, comunque, solo «per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta». Ebbene, se, come si è detto, ci si trova in una situazione in cui le parti non hanno posto le forme a pena di nullità, il lodo non potrà essere annullato in accoglimento del motivo n. 7 dell'art. 829 c.p.c.: il che, a ben vedere, pare precludere, in radice, alle parti di agire nei confronti degli arbitri nel caso in cui questi ultimi non abbiano rispettato le regole da esse dettate per lo svolgimento del procedimento arbitrale.

---

<sup>251</sup> In particolare, il «mancato rispetto delle regole procedurali fissate convenzionalmente non determina la nullità degli atti compiuti, e conseguentemente del lodo, se le parti non lo hanno espressamente previsto» (G. GARGIULO, *Libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 2016, 1188). Nel medesimo senso, si veda anche C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti*, cit., 1370.

<sup>252</sup> G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 465; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 87.

<sup>253</sup> Di tale questione si trova un accenno in S. SATTÀ, *Sub art. 816*, cit., 274, il quale, per il caso in cui non si possa fare applicazione del n. 7 dell'art. 829 c.p.c., afferma, senza peraltro intrattenersi poi sulle conseguenze, che «si tratterà di vedere, caso per caso, se l'inosservanza costituisca una deviazione sostanziale dai poteri concessi agli arbitri, o, meglio ancora, se le disposizioni formali condizionassero effettivamente il giudizio».



Del resto, anche a volere superare questo ostacolo, parrebbe, poi, non facile, per le parti, dimostrare, nell'ambito di una eventuale azione risarcitoria, di avere subito un danno e, tantomeno, procedere ad una sua precisa quantificazione.

## **2. Il potere regolamentare delle parti ed i suoi limiti, con specifico riferimento alla istruzione probatoria.**

Ancorché, come si è detto, il procedimento arbitrale si caratterizzi proprio per il fatto che possono essere le parti a disciplinarne lo svolgimento, deve essere rilevato che il potere regolamentare delle parti non è illimitato <sup>(254)</sup>: il che, ovviamente, vale anche ove le parti lo esercitino con riferimento alla disciplina dell'istruzione probatoria.

Peraltro, merita di essere fin d'ora precisato che, come osservato dalla dottrina, il potere regolamentare delle parti, sul punto, è abbastanza esteso, dal momento che queste ultime possono dettare regole non solo con riferimento alle modalità di acquisizione e di assunzione delle prove, ma anche con riferimento ai «*limiti di ammissibilità delle prove*» stesse ed alla «*relativa efficacia, che la legge espressamente a tali prove collega*» <sup>(255)</sup>.

---

<sup>254</sup> A tale proposito, si vedano le considerazioni di G. DE NOVA, *Disciplina legale*, cit., 423 ss., il quale si interroga sulla possibilità, per le parti, di dettare regole che derogano alla disciplina prevista per l'arbitrato dagli artt. 806 ss. c.p.c., fornendo una risposta parzialmente positiva (nel senso, cioè, che solo talune norme possono essere disapplicate per volontà delle parti). Sul punto, si vedano anche: M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, cit., 627, il quale osserva che il potere regolamentare delle parti si riferisce «*non alla disciplina dell'arbitrato che è dettata dal codice di rito ma al solo svolgimento del procedimento da parte degli arbitri per quanto non già regolato da detta disciplina speciale o da esso regolato ma derogabile*»; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 185 ss. Cfr. anche G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 691, la quale sembra, invece, escludere del tutto la possibilità, per le parti, di derogare «*alle specifiche prescrizioni di singole norme del titolo VIII del libro IV*», così come G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 385.

<sup>255</sup> In tal senso, si vedano: D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 745 e 751, la quale, con riferimento alla efficacia delle prove, sottolinea che, mentre gli arbitri non possono che attenersi alle disposizioni codicistiche, «*le parti potrebbero introdurre limitazioni alla suddetta efficacia, atteso che esse sono titolari della situazione giuridica controversa*»; F. CRISCUOLO, *La regolamentazione*, cit., 493 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 129 ss.; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 351; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 132, il quale, a titolo esemplificativo, fa riferimento all'ipotesi in cui

A questo proposito, merita, in particolare, adesione la tesi secondo cui le norme sulle prove – prescindendo, dunque, dal dibattito circa la loro appartenenza al diritto processuale, sostanziale ovvero ad un *tertium genus* <sup>(256)</sup>, che pare, in effetti, non determinante ai fini che qui rilevano – svolgono, sostanzialmente, una «funzione di garanzia», sicché i poteri delle parti, che sono le destinatarie di tale forma di tutela, di derogarvi risultano «estremamente estesi, potendo incidere in pressoché tutti i settori della prova: così in quello dell’acquisizione, restringendo o allargando il principio dispositivo; in quello dei limiti di ammissibilità, eliminando ad es. i divieti degli artt. 2721 ss. c.c.; in quello della valutazione escludendo l’efficacia legale di certe prove costituenti (ad es. della confessione), e così via» <sup>(257)</sup>.

---

le parti decidano di «attribuire a un determinato scritto l’efficacia di scrittura privata riconosciuta, seppur tale scritto non ne avrebbe si per sé le caratteristiche» (l’Autore, peraltro, si mostra particolarmente cauto con riferimento all’ipotesi in cui gli accordi fra le parti siano volti a «degradare» l’efficacia di una determinata prova, dovendosi vagliare l’ammissibilità di un simile accordo alla luce del disposto dell’art. 2698 c.c.). *Contra*, L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d’ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 823; M. ZULBERTI, *Querela di falso*, *cit.*, 1016-1017; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, Cedam, 2012, 2788; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, Vol. II, 238 (il quale, peraltro, osserva che dal rispetto delle disposizioni del codice civile, anche con riferimento al valore delle prove, sono dispensati gli arbitri autorizzati a decidere secondo equità); L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 432-435 (ritiene non derogabili le norme sulla valutazione delle prove, mentre pare più possibilista con riferimento a quelle relative ai limiti di ammissibilità delle prove medesime).

<sup>256</sup> Con riferimento alla questione in esame, sia consentito rimandare ai contributi di E.T. LIEBMAN, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 353 ss., e di V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, *ivi*, 8 ss.. Ciò che merita comunque di essere rilevato è che la complessità della questione relativa alla natura delle norme sulle prove, la cui soluzione risulta controversa, è dovuta principalmente alla tendenza, «tipica delle codificazioni di civil law», a «disciplinare in parte nel c.c. ed in altra parte nel c.p.c. determinati “istituti bifronte” (quali sono, appunto, le prove e il giudicato), che rappresentano in un certo senso il “ponte di passaggio tra il processo e il diritto soggettivo”» (L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, *cit.*, 31; il virgolettato è tratto dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al Re sul c.p.c., n. 6, V capoverso): proprio questa bipartizione fra norme “processuali” e norme “sostanziali”, infatti, rende particolarmente complicato riuscire ad inquadrarle in una categoria unitaria che riesca a non svilire né gli aspetti processuali, né gli aspetti sostanziali che le caratterizzano. Sul punto, si veda anche G. VERDE, *Prova (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, § 10. ss., il quale aggiunge che «le norme sulle prove risentono di evidenti difficoltà di inquadramento dovute all’incerta e quasi soggettiva delimitazione fra diritto sostanziale e diritto processuale».

<sup>257</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, *cit.*, 440. Sulla funzione di garanzia delle norme sulle prove, si vedano le considerazioni di G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, *cit.*, § 10.

Il che, del resto, risulta perfettamente in linea con la considerazione secondo cui, essendo titolari della situazione sostanziale oggetto della controversia devoluta alla cognizione degli arbitri (e trattandosi, peraltro, di diritti disponibili), le parti ben possono disporre di un potere regolamentare esteso, ben più ampio, dunque, di quello suppletivo riservato agli arbitri <sup>(258)</sup>.

## 2.1. (Segue) I limiti al potere regolamentare delle parti.

Il potere regolamentare delle parti previsto dall'art. 816-bis c.p.c., seppure certamente ampio, va tuttavia incontro a determinati limiti "generalisti", nel senso, cioè, che, da un lato, non possono essere previste regole incompatibili con la struttura e le caratteristiche essenziali del procedimento arbitrale (quali l'assenza, in capo agli arbitri, di poteri autoritativi) <sup>(259)</sup> e, dall'altro lato, deve essere rispettato il principio della «inderogabilità negoziale dei principi attinenti al c.d. "ordine pubblico processuale"» <sup>(260)</sup>. Inoltre, deve essere considerato che, essendo quello arbitrale un vero e proprio giudizio e dovendo rispondere a criteri di piena legittimità e liceità, tanto più ove si consideri che il prodotto di tale giudizio, ossia il lodo, è pienamente equiparato, ai sensi dell'art. 824-bis c.p.c., alla sentenza pronunciata dall'a.g.o., deve essere, comunque, escluso che le parti

---

<sup>258</sup> Sul punto, si veda il successivo cap. III, sub § 1.1.

<sup>259</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 746; E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, cit., 103 ss.; L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 823; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 691; A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 68; D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, cit., 108 e 112 ss.; R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816*, cit., 83.

<sup>260</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 228; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 301; E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, cit., 104; M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, cit., 628; F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 23; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 433 ss.; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 746; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2013, 728; M. ZULBERTI, *Querela di falso*, cit., 1015; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 691; C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 218; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, cit., 1339; R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816*, cit., 83; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 89; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 391-392; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 249 ss.

possano, in qualche modo, prevedere l'ammissibilità di prove illegittimamente acquisite <sup>(261)</sup>.

Con riferimento, invece, al tema maggiormente delicato, ossia quello relativo al rispetto dei principi di ordine pubblico processuale, va osservato che le parti, (anche) con riferimento alla fase istruttoria <sup>(262)</sup>, possono sì dettare le regole che dovranno essere seguite nello svolgimento del procedimento arbitrale, tuttavia risulta loro preclusa la possibilità di prevedere regole che, in qualche modo, si pongano in contrasto con tali principi <sup>(263)</sup>: con la conseguenza che qualsivoglia regola che si ponga in contrasto con questi ultimi non potrà che essere considerata «*nulla*» <sup>(264)</sup> e, dunque, *tamquam non esset* per gli arbitri, che saranno, pertanto, dispensati dalla sua osservanza.

In assenza di una definizione di ordine pubblico processuale, al pari di quanto avviene per l'ordine pubblico sostanziale, risulta centrale stabilire quali siano i principi che vi rientrano, non potendo esservi ricompresi, per ovvie ragioni, tutti i principi che regolano il processo ordinario di cognizione: così come, del resto, non è possibile, sul piano sostanziale, considerare tutte le norme imperative come rientranti nell'ambito dell'ordine pubblico sostanziale <sup>(265)</sup>.

---

<sup>261</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 351; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato, cit.*, 310; T. GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale, in Judicium*, § 4.

<sup>262</sup> Va segnalato, peraltro, che autorevole dottrina sembra, invece, ritenere che, con specifico riferimento all'istruttoria, i principi di ordine pubblico non siano idonei ad incidere in modo particolarmente rilevante sull'estensione del potere regolamentare delle parti, posto che «*il solo fatto di compromettere in arbitri una controversia (sempre salvo contraria prescrizione) implica un affidamento agli arbitri anche sotto il profilo dell'esperienza*» (S. SATTA, *Sub art. 816, cit.*, 276-277).

<sup>263</sup> In altri termini, «*tanto nella ipotesi in cui siano state stabilite, quanto in quella in cui non siano state stabilite dalle parti o dagli arbitri le regole da seguire nel procedimento, devono essere osservate le norme di ordine pubblico processuale e i principi da queste espresse...* » (così Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, *cit.*).

<sup>264</sup> C. CECHELLA, *Disciplina, cit.*, 218.

<sup>265</sup> In tal senso, pare opportuno ricordare che «*[l]'ordine pubblico sostanziale viene distinto da un'attenta dottrina dalle norme imperative. Il primo raggruppa infatti i principi fondamentali sostanziali dell'ordinamento, mentre le norme imperative hanno solo l'obiettivo di porre limiti all'autonomia contrattuale senza necessariamente coinvolgere i principi fondamentali dello Stato*» (M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato, cit.*, II, 1133). In altri termini, come pure osservato dalla dottrina, «*i due concetti*» devono essere considerati alla stregua di «*due cerchi*

A conferma di tale conclusione, si consideri che la legge delega 14 maggio 2005, n. 80, invitava a «*subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del secondo comma dell'art. 829 del codice di procedura civile alla esplicita previsione delle parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento*» e che, allorché si è trattato di dare esecuzione alla delega, la formulazione prescelta dal legislatore è stata quella secondo cui «*[l]’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l’impugnazione delle decisioni per contrarietà all’ordine pubblico*»<sup>(266)</sup>: il che concorre a dimostrare che l’ordine pubblico coincide non con le norme imperative, bensì con i «*principi fondamentali dell’ordinamento*», tanto sul piano sostanziale, quanto su quello processuale.

Esulando dalla presente indagine l’analisi dei limiti cui il potere regolamentare delle parti va incontro sul piano generale (e cioè, con riferimento alle norme che regolano il procedimento al di fuori della fase istruttoria in senso stretto), verranno qui di seguito illustrati i profili dell’ordine pubblico processuale che potrebbero venire in rilievo con specifico riferimento alla disciplina della sola fase istruttoria del procedimento arbitrale.

### **2.1.1. Il principio del contraddittorio.**

Il principio cardine<sup>(267)</sup> che deve permeare il procedimento arbitrale in ogni sua fase e che, pertanto, le parti devono rigorosamente rispettare anche nell’esercizio

---

*concentrici, dei quali il più ampio, quello relativo alla violazione di norme imperative, conterrebbe quello più limitato, cioè quel nucleo di norme, espressione dell’ordine pubblico, al cui violazione costituisce il “grado massimo di contrarietà all’ordinamento”»* (E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829, cit.*, 773 ss.).

<sup>266</sup> Art. 829, III comma, c.p.c.

<sup>267</sup> Tanto che, come osservato dalla dottrina, il «*principio del contraddittorio ha valore assoluto ed è quindi inderogabile dalle parti e non passibile di rinuncia*» (G. GARGIULO, *op cit.*, 1190).

del potere regolamentare è quello del contraddittorio <sup>(268)</sup>: tale principio, infatti, si trova espressamente richiamato proprio nell'art. 816-bis c.p.c. <sup>(269)</sup>, il quale impone che esso sia rispettato «in ogni caso» <sup>(270)</sup>, nonché nell'art. 829, I comma, n. 9, c.p.c., il quale rende passibile di annullamento il lodo che sia stato pronunciato senza rispettare il contraddittorio <sup>(271)</sup>.

Il principio in esame, peraltro, è certamente centrale nell'ambito di qualsivoglia forma di giudizio, tanto da avere trovato espresso riconoscimento sia nell'art. 101 c.p.c., recentemente modificato <sup>(272)</sup>, sia nell'art. 111, II comma, Cost. <sup>(273)</sup>:

---

<sup>268</sup> Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, *cit.*, sottolinea proprio che «la volontà delle parti potrà modellare, direttamente o indirettamente, il processo arbitrale ma essa incontrerà un limite invalicabile nella necessità di adeguare al principio del contraddittorio le forme offerte all'acquisizione degli elementi della decisione». In dottrina, si vedano: F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, *cit.*, 23-24; V. ANDRIOLI, *Commentario*, *cit.*, Vol. IV, 828; P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Vol. II, Torino, Utet, 1957, 491; C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale*, *cit.*, 114; 166; M. BOVE, *La giustizia privata*, *cit.*, 122; R. MARENGO, *Lo svolgimento*, *cit.*, 301; G.P. CALIFANO, *Spunti sul principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale rituale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 97 ss.; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, *cit.*, 186-187; N. PICARDI, *Manuale*, *cit.*, 727; A. STESURI, *Gli arbitri*, *cit.*, 71 ss.; C. CECHELLA, *Disciplina*, *cit.*, 225 ss.; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 695 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, *cit.*, 696 ss.; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 1340 ss.; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, *cit.*, 88-89; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, *cit.*, 130; A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 337 ss.; D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, *cit.*, 110 ss.; A. CARRATO – M. DI MARZIO – R. GIORDANO – F. LAZZARO – A. SCARPA, *Procedimento alternativi al rito ordinario*, Milano, Giuffrè, 2016, 495; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, *cit.*, Vol. II, 20 ss.; L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 373 ss.; A. CHIZZINI, *Arbitrato rituale, principio del contraddittorio e art. 101, secondo comma, cod. proc. civ.*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 207 ss.

<sup>269</sup> Sulla rilevanza della nuova formulazione dell'art. 816-bis c.p.c. e, più, in generale, sulla evoluzione storica della applicazione del principio del contraddittorio nell'ambito dell'arbitrato, si veda, da ultimo, il contributo di F. LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, 741 ss.

<sup>270</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 338.

<sup>271</sup> Sul punto, si veda G. BUGLIANI, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, 553, il quale osserva che il «riconoscimento della centralità del rispetto del principio del contraddittorio, del resto, emerge dallo stesso regime delle impugnazioni». Come correttamente rilevato dalla dottrina, in altri termini, «[l]'art. 829, I n. 9 c.p.c. costituisce l'esatto corrispondente di quanto dispone l'art., 816-bis, I c.p.c., in quanto...la nullità del lodo deriva dalla oggettiva violazione del principio del contraddittorio, e non dalla violazione delle norme che disciplinano il processo arbitrale». Cfr. anche A. CARRATO – M. DI MARZIO – R. GIORDANO – F. LAZZARO – A. SCARPA, *Procedimenti alternativi*, *cit.*, 495

<sup>272</sup> L'art. 45, XIII comma, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, in particolare, ha introdotto un nuovo comma, il secondo, all'art. 101 c.p.c., il quale, al fine di evitare decisioni c.d. «della terza

quest'ultima norma, in particolare, dispone che ogni processo (e, dunque, anche quello arbitrale, soprattutto alla luce della sua ormai conclamata natura giurisdizionale) <sup>(274)</sup> si deve svolgere «*nel contraddittorio tra le parti*».

Appare evidente, dunque, che la pregnanza del principio in esame va oltre il mero dato normativo: ed infatti, come sottolineato da autorevole dottrina, «*l'arbitrato è processo oppure non esiste, dice Fazzalari ed ha ragione. E dove vi è processo, vi deve essere contraddittorio, prima ancora che per i principi del giusto processo, costituzionali e sovranazionali, per ragione d'ordine naturale*» <sup>(275)</sup>.

Ne discende che il principio del contraddittorio «*ha da intendersi in senso assoluto*» e, dunque, esso non può «*essere soppresso neppure dal mutuo consenso delle parti*» <sup>(276)</sup>.

Ciò premesso sul piano generale ed astratto, quanto all'applicazione pratica di tale principio, la dottrina ha condivisibilmente rilevato che, «*il contraddittorio è rispettato se alle parti è consentito il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni e la collaborazione nell'accertamento dei fatti; se è consentito, perciò, di esporre i propri assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo, di*

---

via», prevede che «*[s]e ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*»: ennesima dimostrazione della rilevanza pregnante che il principio in esame riveste nell'ambito del nostro ordinamento (anche) processuale.

<sup>273</sup> Osserva G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 355, che proprio il richiamo contenuto nel novellato art. 816-bis c.p.c. concorre a collocare l'arbitrato «*in una evidente prospettiva costituzionale*».

<sup>274</sup> In questo senso, si veda G. GARGIULO, *op cit.*, 1190, la quale sottolinea proprio che «*il principio ha rilievo costituzionale anche nell'arbitrato*», dal momento che l'«*art. 111, 2° comma, Cost. lo riferisce infatti ad "ogni processo" ed in tale locuzione non può che rientrare anche il processo arbitrale, soprattutto dopo che le Sezioni Unite hanno riconosciuto la natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'arbitrato rituale*».

<sup>275</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 1, il quale richiama il pensiero di Fazzalari, illustrato, fra gli altri, ne *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 12 ss.

<sup>276</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 338.

*presentare...memorie, repliche e documenti, e di conoscere in tempo utili le istanze delle parti»* (277).

In termini analoghi si è espressa anche la giurisprudenza, la quale ha, a propria volta, sottolineato che, nell'ambito del procedimento arbitrale, può dirsi rispettato tale principio «*quando le parti hanno avuto la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di conoscere le prove e le risultanze del processo ed hanno ottenuto il termine per presentare memorie e repliche e di conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse»* (278).

Il rispetto del principio del contraddittorio, dunque, risulta centrale nel corso dell'intero procedimento arbitrale (279) e, quindi, anche con riferimento alla fase istruttoria (280): fase che rappresenta il cuore del procedimento, trattandosi di quella in cui viene effettivamente ricercata la verità (281).

Ne discende che, alle parti, è comunque vietato dettare regole che, in qualunque modo, precludano alle stesse di partecipare (e di interloquire con riferimento)

---

<sup>277</sup> S. D'ANDREA, *Procedimento*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 1997, 471. Nel medesimo senso, si vedano anche: G. BUGLIANI, *Note, cit.*, 555; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 1341; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 23.

<sup>278</sup> Cass., 26 maggio 2015, 10809, in *Giust. civ. Mass.*, 2015. Nel medesimo senso, *ex multis*, si vedano: Cass., 8 gennaio 2014, n. 131, in *Foro it.*, 2014, I, 1568; Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1.

<sup>279</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 2, sottolinea proprio che «*il principio del contraddittorio non è solo il limite alla libertà delle parti, od in mancanza loro degli arbitri, di regolare il procedimento, ai sensi dell'art. 816 c.p.c., ma è la leva stessa della flessibilità che caratterizza il procedimento*»: ed infatti, alle parti è riconosciuto il potere di intervenire sulle regole che gli arbitri dovranno rispettare se, ed in quanto, con il loro intervento non ledano il principio in esame.

<sup>280</sup> F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria, cit.*, 24; A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 339; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, 461 ss.; ID., *Sub art. 816-bis, cit.*, 375 ss.; V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, Cedam, 1983, 307 ss.; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 636 ss.; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 98 ss.; ID., voce *Liberio convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990, 6; ID., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 430 ss.

<sup>281</sup> Pertanto «*emerge l'esigenza che i contendenti debbano potere interloquire su ogni momento delle acquisizioni istruttorie*», pena la nullità del lodo (così G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 377).



alla ammissione ed alla assunzione dei mezzi di prova <sup>(282)</sup>, oltre che di confrontarsi sugli esiti di tali attività <sup>(283)</sup>. In altri termini, come sopra ricordato, l'accertamento dei fatti di causa, che costituisce, nella maggior parte dei casi, il punto centrale della controversia (essendo meno frequenti procedimenti arbitrali aventi ad oggetto questioni di "puro diritto", in cui i fatti risultino, cioè, sostanzialmente pacifici), deve avvenire nel più rigoroso rispetto del principio in esame <sup>(284)</sup>.

Come rilevato dalla dottrina, dunque, «*il principio del contraddittorio deve essere rispettato dagli arbitri anche nelle varie fasi dell'ingresso della prova nel processo, e cioè di deduzione, assunzione e valutazione critica*» <sup>(285)</sup>: tutto lo svolgimento della fase istruttoria, pertanto, deve essere improntato al più rigoroso rispetto del principio in esame.

Ne discende, con riferimento ad una fase particolarmente delicata del procedimento arbitrale, ossia quella della chiusura dell'istruttoria, che «*gli arbitri devono concedere un termine per la memoria dopo l'istruzione, anche se altri termini siano stati concessi anteriormente, salvo che le parti concordino la discussione orale della causa*» <sup>(286)</sup>: ciò che rileva, pertanto, è che, terminata l'assunzione dei mezzi di prova, le parti siano messe nella condizione di prendere posizione sugli esiti dell'istruttoria, a prescindere dal fatto che decidano di farlo in forma scritta, chiedendo termini per memorie, oppure oralmente, chiedendo la fissazione della

---

<sup>282</sup> In altri termini, «[p]er ciò che concerne in particolare l'istruzione probatoria, le parti devono poter assistere a tutte le fasi della stessa e devono poter dedurre le prove contrarie» (G. GARGIULO, *op cit.*, 1189).

<sup>283</sup> E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disci. Priv., Sez. Civile*, I, Torino, Utet, 1987, 399, sottolineata, con riferimento alla fase istruttoria, che «*il limite invalicabile è quello di non negare ai litiganti il diritto di assistere all'istruzione e di dire e contraddire in proposito*».

<sup>284</sup> Non condivisibile, pertanto, pare l'affermazione di quella dottrina secondo cui, «*poiché, anche agli arbitri, ed anzi in maggior misura che non al giudice ordinario, è concessa libertà di direzione processuale e di formazione del proprio convincimento, è da concludere che al principio del contraddittorio sono completamente estranee, anche nel giudizio arbitrale, le norme che regolano i poteri del giudice in materia di prove*» (G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato, cit.*, 474).

<sup>285</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 14.

<sup>286</sup> S. D'ANDREA, *Procedimento, cit.*, 471; G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, A cura di G. Arieta e F. De Santis, Padova Cedam, 2008, 876.

discussione orale, ovvero in forma “mista”, chiedendo, cioè, la fissazione dell’udienza di discussione una volta intervenuto lo scambio di memorie successivo alla chiusura dell’istruttoria.

Ciò che non è consentito, invece, è che tale confronto venga radicalmente escluso, anche allorché siano le parti medesime a disporre in tal senso: proprio perché una simile disposizione si porrebbe in contrasto con il principio del contraddittorio.

In conclusione, merita di essere sottolineato, al fine di valutare, nel caso di specie, la compatibilità delle regole dettate dalle parti con il principio del contraddittorio, che il mancato rispetto di quest’ultimo «*non è un vizio formale, ma di attività*», con la conseguenza che, affinché tale vizio possa ritenersi integrato, è necessario che si sia verificata una «*concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale*»: di talché, ciò a cui si deve avere riguardo non è tanto l’estrinsecazione formale del principio in discorso, quanto il fatto che, “in concreto”, alle parti sia stata «*assicurata la possibilità di esercitare su di un piano di eguaglianza le facoltà processuali loro attribuite, nel rispetto della regola audiatur et altera pars*»<sup>(287)</sup>. In altri termini, deve essere radicalmente escluso che alle parti sia concessa la facoltà di dettare regole che, in qualche modo, consentano agli arbitri di affidarsi a quella che autorevole dottrina ha definito «*istruttoria segreta*», ossia quella svoltasi senza la partecipazione attiva delle parti medesime<sup>(288)</sup> o,

---

<sup>287</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Foro it.*, 2016, I, 1817, secondo la quale «*l’omessa osservanza del contraddittorio non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce ex art. 829 c.p.c., comma 1, n. 9, implica una concreta compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa. Tale principio implica che alle parti del giudizio arbitrale deve essere assicurata la possibilità di esercitare su di un piano di eguaglianza le facoltà processuali loro attribuite, nel rispetto della regola audiatur et altera pars (fra le altre, Cass. 27 dicembre 2013, n. 28660)*». Nel medesimo senso, si vedano anche, in giurisprudenza, Cass., 31 gennaio 2007, n. 2201, *cit.*, e, in dottrina, G. GARGIULO, *op cit.*, 1189 ss.

<sup>288</sup> E.F. RICCI, *Contro l’istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.; A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 339.

comunque, senza che queste ultime siano state messe nella condizione di prendervi parte.

### 2.1.2. Il diritto di difesa ed il diritto alla prova.

Rilievo centrale ha poi il rispetto del diritto di difesa e, soprattutto, alla prova<sup>(289)</sup>, nel senso che, con riferimento allo svolgimento della fase istruttoria del procedimento arbitrale, le parti non possono comunque dettare regole che impediscano, ovvero che rendano eccessivamente gravoso, fornire la prova delle rispettive allegazioni<sup>(290)</sup>.

Come rilevato dalla dottrina, infatti, deve essere assicurato il «*diritto alla prova costituzionalmente garantito, come manifestazione essenziale del diritto di azione e del diritto di difesa, la cui attuazione concreta sussiste nella misura in cui le parti abbiano la possibilità di fornire nel giudizio, e dunque anche in quello arbitrale, la prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere*»<sup>(291)</sup>, oltre all'attribuzione alle parti del «*diritto di dedurre prove contrarie*»<sup>(292)</sup>

Ne discende che, senza dubbio, per le parti vi è, da un lato, l'impossibilità di procedere alla «*imposizione di limiti di prova assoluti (ossia di divieti in ordine alla possibilità di provare taluni fatti giuridici)*»<sup>(293)</sup> e, dall'altro lato, la possibilità di «*prevedere l'ammissibilità di mezzi di prova atipici ed autorizzare gli arbitri a disporli d'ufficio*»<sup>(294)</sup>, purché nel rispetto del buon costume<sup>(295)</sup>.

---

<sup>289</sup> G. ARIETA – L. MONTESANO, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, Giappichelli, 2000, 471. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto alla difesa*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 767 ss.

<sup>290</sup> R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816, cit.*, 84.

<sup>291</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 223. Nel medesimo senso, si vedano anche: F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 14-15; G. TOTA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 697.

<sup>292</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 15, il quale porta, come esempio, la *cross examination* di matrice anglosassone, consistente nel «*controinterrogatorio...fatto dall'avvocato della parte contro cui il teste è dedotto*».

<sup>293</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 697.

<sup>294</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento, cit.*, 310-311; C. RASIA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 2789; A. VILLA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 131. Cfr. anche S. LA CHINA, *L'arbitrato, cit.*, 188, il quale si dice incline a ritenere che «*in arbitrato possano avere ingresso, nelle forme di assunzione e acquisizione, orali e documentali, proprie del nostro sistema processuale, ogni sorta di fonti di*

Più complessa risulta, invece, la questione relativa alla possibilità (non di escludere del tutto la possibilità di fornire la prova di taluni fatti, bensì) di restringere, *ex ante*, il novero dei mezzi di prova cui le parti possono attingere al fine di dimostrare la corrispondenza al vero delle loro allegazioni: ed infatti, se è vero che, fornendo una risposta affermativa a tale quesito, si rischia inevitabilmente di ledere il diritto di difesa delle parti, è altrettanto vero che, come si è già detto, le disposizioni sulle prove hanno natura di norme di garanzia per le parti, sicché ci si chiede per quale ragione a queste ultime dovrebbe essere precluso (soprattutto ove si consideri che si tratta di controversie relativi a diritti disponibili) di disporne.

A fronte dei rilievi che precedono, se si osserva la problematica tenendo in considerazione unicamente il primo angolo visuale – ossia quello che si focalizza sulla tutela del diritto di difesa delle parti – non si può che condividere l'opinione di coloro che ritengono che le parti non possano «*escludere a priori taluni mezzi di prova, indipendentemente dalla loro ammissibilità o rilevanza, giacché tale esclusione violerebbe il diritto di difesa*»<sup>(296)</sup>: ciò, dal momento che – mentre ampliando, rispetto a quello previsto dal codice di rito per il giudizio ordinario di cognizione, il novero dei mezzi di prova ammissibili le parti finiscono per assicurare maggiore tutela al diritto di difesa e, più nello specifico, al diritto alla prova ed alla controprova, ponendo così un regolamento perfettamente in linea

---

*eventuale, potenziale, plausibile prova*», seppure, ovviamente, «*impregiudicato...l'apprezzamento della loro ammissibilità per ragioni sostanziali..., affidabilità e concludenza*».

<sup>295</sup> E. FAZZALARI, *Sub art. 816, cit.*, 104-105.

<sup>296</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento, cit.*, 310-311. Cfr. anche G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 133, il quale, peraltro, ritiene invece che una simile limitazione potrebbe essere introdotta con riferimento alla consulenza tecnica, a patto, peraltro, che le parti abbiano provveduto a costituire «*un collegio arbitrale con la partecipazione di tecnici*» (nel medesimo senso, si veda A. VILLA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 131).

con il rispetto di tali diritti – nell’ipotesi di un suo restringimento, le parti finirebbero per ledere tali diritti <sup>(297)</sup>.

Al contrario, se si osserva la problematica in esame tenendo in considerazione unicamente il secondo angolo visuale – ossia quello che si focalizza sulla libertà delle parti di rinunciare, nell’ambito del procedimento arbitrale, alle disposizioni sulle prove in quanto aventi funzione di garanzia per le parti medesime – non si può che condividere l’opinione di chi ritiene che «[n]on incontra...limite la scelta delle parti che, in ordine alle prove, restringa ad alcuni mezzi di prova il novero di quelli cui l’arbitro possa rifarsi (ad es., alla sola prova documentale)» <sup>(298)</sup>.

A me pare che la risposta al quesito in discorso non possa che muovere da due considerazioni, che devono essere tenute entrambe da conto: innanzitutto, quella secondo cui il rispetto dell’ordine pubblico processuale – e, nello specifico, del diritto di difesa (nella sua duplice articolazione di diritto alla prova e di diritto alla controprova) – si pone, come si è detto, quale limite all’esercizio del potere regolamentare delle parti, sicché, sul piano logico prima ancora che giuridico, quest’ultimo non può mai prevalere sul rispetto dell’ordine pubblico; in secondo luogo, quella secondo cui, nell’ambito del procedimento arbitrale, la volontà delle parti deve, comunque, essere tenuta in debita considerazione, rappresentando uno dei cardini dell’istituto medesimo.

Dalla combinazione delle due considerazioni ora illustrate discende, quale logica conseguenza, che la possibilità, per le parti, di restringere il novero dei mezzi di prova non può essere esclusa a priori (perché ciò si risolverebbe in una illegittima

---

<sup>297</sup> A medesime conclusioni perviene anche G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1982, 466, il quale, tuttavia, giustifica tale limitazione in ossequio alla «imparzialità ed [a]l libero convincimento del giudice».

<sup>298</sup> E. FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., 69, il quale precisa che «la libertà di apprezzamento dell’arbitro in ordine ai fatti vige all’interno e non al di là dell’ambito di prove stabilito». Nel medesimo senso, si vedano anche: G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 698; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 748; M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 129; V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 186-187; F. DANONI, *L’istruzione probatoria*, cit., 26. Cfr. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 436, la quale, entro certi limiti, ritiene ammissibile una simile disposizione delle parti.

frustrazione del potere regolamentare delle parti e, in definitiva, in un disconoscimento della loro signoria sul procedimento arbitrale). Tuttavia, sarà necessario valutare con estremo rigore, caso per caso, se tale limitazione incida, o meno, sul loro diritto di difesa, il quale, peraltro, deve essere considerato in senso sostanziale e non meramente formale: è evidente, infatti, che, se così non fosse, si finirebbe per considerare qualsivoglia limitazione dei mezzi di prova lesiva, almeno potenzialmente (o formalmente), del diritto di difesa <sup>(299)</sup>.

Pertanto, al fine di valutare la compatibilità con l'ordine pubblico processuale di regole, dettate dalle parti, volte a restringere il novero dei mezzi di prova ammissibili, sarà necessario operare una valutazione che tenga conto dell'insieme di regole che le parti medesime hanno imposto, ai sensi dell'art. 816-*bis* c.p.c., agli arbitri.

In altri termini, è da ritenere ammissibile una limitazione dei mezzi di prova nella misura in cui il diritto di difesa non risulti lesa e, dunque, l'insieme delle regole stabilito dalle parti consenta comunque, nel suo complesso, a ciascuna di esse di difendersi in modo pieno <sup>(300)</sup>.

A tale proposito, peraltro, per completezza, si impone una ulteriore considerazione, relativa al momento in cui le parti hanno esercitato il proprio

---

<sup>299</sup> Con riferimento al tema in esame, si veda l'approfondita analisi, con ampi richiami anche ai profili comparatistici, di M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., I, 273 ss., circa il c.d. «*arbitrato solo sui documenti*», posto che tale particolare forma di procedimento arbitrale (nelle sue diverse manifestazioni pratiche), in voga certamente più all'estero che non in Italia, implica che gli arbitri decidano solo sulla base della prova documentale: in tal caso, dunque, la riduzione del novero dei mezzi di prova è radicale. L'Autore, in particolare, si intrattiene (alle pagg. 277 e ss.) proprio sul possibile contrasto fra tale forma di arbitrato ed il rispetto del diritto di difesa delle parti.

<sup>300</sup> A mero titolo esemplificativo, pare di poter ritenere che la possibilità di impedire agli arbitri di fare ricorso ad un consulente tecnico – del fatto che ciò sia possibile, o non sia possibile, in quanto comportante anche una deroga dell'art. 819-*ter* c.p.c., che tale facoltà espressamente prevede, ci si occuperà al successivo cap. IV – non leda il diritto di difesa delle parti, a condizione, però, che venga altresì previsto un meccanismo di nomina dei membri del collegio arbitrale che assicuri la presenza di tecnici in possesso delle competenze necessarie per sopperire alla impossibilità di avvalersi di un ausilio tecnico. Sul punto, cfr. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 133, il quale, pur ritenendosi, in linea di principio, contrario a patti che restringano il novero dei mezzi di prova ammissibili, ritiene che ciò non valga con riferimento alla consulenza tecnica, a patto, peraltro, che le parti abbiano, per l'appunto, provveduto a costituire «*un collegio arbitrale con la partecipazione di tecnici*».

potere regolamentare: pare evidente che ben diversa è la consapevolezza circa il tipo di controversia che sarà devoluto alla cognizione del collegio arbitrale a seconda che tale potere venga esercitato in sede di stipulazione della clausola compromissoria, del compromesso ovvero in occasione della prima udienza del procedimento arbitrale. Nel senso, cioè, che il fatto che una controversia sia, ad esempio, prettamente documentale (e che, dunque, si possa fare a meno di ricorrere alla prova orale), può essere noto alle parti solo una volta che tale controversia sia insorta e non, dunque, allorché si trovino a stipulare la clausola compromissoria.

Conseguentemente, nella maggior parte dei casi, la legittimità (nel senso di conformità all'ordine pubblico processuale) di una clausola compromissoria che restringa il novero dei mezzi di prova ammissibili potrà essere valutata (anche, e soprattutto, dalle parti stesse) solo una volta insorta la controversia e, dunque, potenzialmente a distanza di diversi anni dal momento della sua stipulazione (mentre, nel caso in cui procedano a dettare le regole del procedimento una volta che la controversia sia già insorta, sarà, verosimilmente, possibile operare una valutazione immediata).

Da questa considerazione discende che la soluzione maggiormente consigliabile è nel senso che le parti facciano ricorso con estrema cautela al potere regolamentare, allorché intendano restringere il novero dei mezzi di prova ammissibili, in sede di stipulazione della clausola compromissoria, potendo, invece, farvi ricorso in modo maggiormente incisivo in sede di stipulazione del compromesso o, ancor di più, nel corso della prima udienza.

Appare evidente che, in tale prospettiva, centrale si rivelerà il ruolo degli arbitri, i quali, una volta in presenza del "quadro completo", ossia una volta noti il tipo di controversia sottoposto al loro esame nonché le regole dettate dalle parti (per quanto qui rileva, nel senso della limitazione alla ammissibilità di alcuni soltanto dei mezzi di prova), dovranno invitare le parti a modificare i loro accordi ove

ritengano che essi, in concreto, non siano compatibili con il diritto di difesa delle parti medesime <sup>(301)</sup>.

Nel caso in cui queste ultime non dovessero accogliere il predetto invito, gli arbitri non potrebbero che rinunciare al mandato: del resto, a prescindere dalla ravvisata violazione del diritto di difesa, non può non essere considerato che non può essere loro imposto di rendere una decisione senza potersi avvalere dei mezzi istruttori dagli stessi ritenuti necessari per formarsi un convincimento.

La soluzione qui sostenuta, del resto, pare preferibile anche tenuto conto del dato normativo e, in particolare, dell'art. 2698 c.c.. Questa norma, ancorché dettata con specifico riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, fornisce un indice sistematico a sostegno del fatto che, anche in presenza di diritti disponibili <sup>(302)</sup>, non è comunque consentito alle parti di accordarsi in modo tale da «rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto» <sup>(303)</sup>: cioè, non è preclusa la possibilità di stipulare tali accordi, purché essi non rendano alle parti eccessivamente difficile l'esercizio del proprio diritto.

La soluzione in esame risulta, inoltre, perfettamente coerente anche con la natura del procedimento arbitrale, dal momento che le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione sono tese a contemperare, da una parte, l'interesse a ricercare la verità (nel senso, cioè, di far coincidere, il più possibile, la verità processuale con quella materiale) e, dall'altra parte, l'interesse a non dissipare troppe risorse nella ricerca di tale verità, posto che esse sono limitate e,

---

<sup>301</sup> Non a caso, del resto, anche ove le parti abbiano previsto di ricorrere al c.d. «*arbitrato solo sui documenti*», l'accesso a tale forma arbitrato risulta precluso allorché, a seconda del regolamento arbitrale prescelto, gli arbitri o le parti, avvedendosi che la controversia non è idonea ad essere decisa senza l'ausilio di ulteriori mezzi istruttori, chiedano di tornare ad una regolamentazione "ordinaria" del procedimento arbitrale: sul punto, si veda M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., I, 273 ss.

<sup>302</sup> Così come è a dirsi nell'ambito dell'arbitrato, stante il chiaro tenore letterale dell'art. 806, I comma, c.p.c.

<sup>303</sup> In tal senso, si vedano: G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 132-133; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 186, nt. 13; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 131; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 698.



comunque, i relativi costi gravano sull'intera collettività<sup>(304)</sup>. Ebbene, non vi è chi non veda che, nel caso dell'arbitrato, l'eventuale protrarsi dell'istruttoria nonché i costi che essa comporta non sono destinati a ricadere sulla collettività, con la conseguenza che le parti, se lo ritengono opportuno, ben possono imporre agli arbitri di indugiare, oltre i limiti imposti per il processo ordinario di cognizione, nella ricerca della verità<sup>(305)</sup>, anche allorché ciò rallenti il procedimento o lo renda più oneroso<sup>(306)</sup>.

Resta da aggiungere, in conclusione, che, come rilevato dalla dottrina, il diritto alla prova subisce, nell'ambito del procedimento arbitrale, una inevitabile limitazione, derivante dalla natura stessa di quest'ultimo: ed infatti, se è vero – come è vero – che «rispetto del diritto alla prova significa effettiva acquisizione al processo dei mezzi di prova, anche con strumenti coattivi», è altrettanto vero che, come noto, gli arbitri sono, per loro natura, privi di poteri autoritativi e tale carenza non risulta neppure bilanciata da una disposizione di legge che consenta agli arbitri, come invece avviene in altri ordinamenti<sup>(307)</sup>, di avvalersi, in via generale, dell'ausilio dell'a.g.o.<sup>(308)</sup>. Sul punto, come si vedrà nel prosieguo, sicuramente

---

<sup>304</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, agli artt. 209 e 245 c.p.c., i quali attribuiscono al giudice il potere discrezionale di ridurre le liste di testimoni allorché ritenute sovrabbondanti ovvero nel caso in cui l'audizione di alcuni di tali testimoni sia ritenuta superflua: ciò, evidentemente, per non "sprecare" risorse per ascoltare e verbalizzare le deposizioni di testimoni ritenuti non indispensabili (con il rischio, trattandosi di valutazione meramente prognostica, che non vengano acquisite deposizioni utili al fine di accertare la verità).

<sup>305</sup> L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 824, sottolinea proprio l'importanza, soprattutto in sede arbitrale, della «ricerca della verità oggettiva dei fatti controversi».

<sup>306</sup> Del resto, come osservato dalla dottrina, «l'arbitrato mira decisamente alla verità reale dei fatti» (così S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 185).

<sup>307</sup> Si vedano, a tale proposito: F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 34-35; A.M. BERNINI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 1994, 77.

<sup>308</sup> Sul punto, si veda F. CARPI, *Profili del contraddittorio*, cit., 15, il quale osserva come, sotto questo profilo, «la disciplina positiva [sia] poco rispettosa del diritto alla prova»: ed anzi, trattasi di «uno dei punti carenti della nostra disciplina dell'arbitrato, perché proprio nella fase istruttoria manca un generale potere di collaborazione, presente in altri ordinamenti, come lo svizzero dove il tribunale può rivolgersi al giudice ordinario, con una norma generale che è stata definita una sorta di "clause parapluie"; o come l'auxilio judicial della legge spagnola; o come gli anglosassoni writs». Deve essere rilevato, peraltro, che il contributo da ultimo richiamato è stato redatto prima del 2006 e, pertanto, non può tenere conto del novellato art. 816-ter c.p.c., il quale, pur introducendo la possibilità, per gli arbitri, di ricorrere all'assistenza dell'a.g.o., la limita solo a talune determinate ipotesi (l'insoddisfazione dell'Autore circa la regolamentazione della

rilevante appare l'introduzione, nel 2006, del novellato art. 816-ter c.p.c., il quale, tuttavia, consente agli arbitri di chiedere, ed ottenere, l'assistenza dell'a.g.o. solo in talune ipotesi, specificamente individuate <sup>(309)</sup>.

### 2.1.3. Il principio di imparzialità del giudicante ed i suoi corollari.

Al fine di individuare i limiti cui va incontro il potere regolamentare delle parti, rilievo centrale non può non essere riconosciuto al principio di imparzialità del giudicante: non solo in quanto una delle peculiarità dell'arbitrato risiede proprio nel fatto che gli arbitri – a differenza di quanto avviene allorché la controversia venga portata davanti all'a.g.o. – sono, di regola <sup>(310)</sup>, scelti direttamente dalle parti, ma anche in quanto tale principio porta con sé taluni corollari che, a loro volta, incidono in maniera significativa sul potere regolamentare delle parti e sui suoi limiti. Ragioni, quelle appena ricordate, per cui la trattazione, sul punto, non potrà che essere maggiormente articolata.

**2.1.3.1.** Innanzitutto, deve essere rilevato, in linea generale, che le parti sono tenute, nell'esercizio del potere regolamentare, a rispettare il principio della terzietà ed imparzialità dell'arbitro, da intendersi, come osservato dalla dottrina,

---

collaborazione fra a.g.o. ed arbitri, peraltro, è rimasta immutata nonostante la introduzione dell'art. 816-ter c.p.c.: si veda F. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Judicium*, 4). Più di recente, e dunque alla luce della introduzione del nuovo art. 816-ter c.p.c., la dottrina ha, comunque, rilevato che tale norma rappresenta «un'occasione mancata per introdurre una maggiore collaborazione tra autorità giudiziaria e collegio arbitrale, al fine di meglio consentire l'esercizio del diritto alla prova allorché le parti scelgano quale strumento di risoluzione della controversia l'arbitrato» (M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 226, la quale fa espressamente riferimento all'ordine di esibizione ed all'ispezione, entrambi non rientranti nella sfera applicativa della norma in esame). Osserva C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 227, che l'ausilio dell'a.g.o. potrebbe risultare utile anche al fine di consentire il «giuramento, il cui fondamento, derivante dal rafforzamento che scaturisce dalla sanzione penale, può essere inficiato innanzi ai giudici privati».

<sup>309</sup> Peraltro, parte della dottrina non ha una visione così negativa di tale limitazione: ed infatti, pur riconoscendo che l'assistenza dell'a.g.o. potrebbe risultare utile anche in altri casi (come, ad esempio, al fine di imporre «ad una parte o a terzi di consentire il già negato accesso degli arbitri o dei consulenti in un luogo che essi ritengano rilevante ispezionare»), conclude che, cionondimeno, «non è nemmeno consigliabile appesantire il processo arbitrale di troppe occasioni di contatto e collegamento con l'apparato della giustizia ordinaria, che sempre hanno un costo in termini di tempo e di complicazioni» (così S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 191).

<sup>310</sup> Salvo il caso in cui la scelta sia rimessa ad un terzo ovvero all'autorità giudiziaria.

«come quella del giudice», ossia nel senso di «equidistanza fra gli interessi in conflitto ed indifferenza rispetto alla soluzione della controversia»<sup>(311)</sup>: il che è imposto non solo dalla necessità di rispettare l'ordine pubblico processuale, ma anche in quanto l'art. 815 c.p.c.<sup>(312)</sup>, proprio al fine di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante<sup>(313)</sup>, prevede espressamente l'applicabilità dell'istituto della riconsunzione anche agli arbitri<sup>(314)</sup>.

Peraltro, quella della terzietà ed imparzialità degli arbitri è una questione particolarmente delicata<sup>(315)</sup>, posto che essi, da un lato, esercitano una funzione

---

<sup>311</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale*, cit., 114. Cfr. anche: M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 128; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 387.

<sup>312</sup> Il quale, con la riforma del 2006, è stato modificato mediante l'espunzione del generico riferimento, quanto alle cause di riconsunzione, ai «*motivi indicati nell'art. 51*» c.p.c. e l'introduzione di una serie di ipotesi specifiche. In particolare, l'attuale formulazione della norma in discorso prevede che l'arbitro «*può essere riconsunto: 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha depresso come testimone*».

<sup>313</sup> Sul punto, si veda L. SALVANESCHI, *Sub art. 815*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 334 ss., la quale si intrattiene anche sull'evoluzione normativa della disciplina, lamentando un «*senso di insoddisfazione*» per l'attuale formulazione dell'art. 815 c.p.c., caratterizzato dalla previsione di un numero chiuso di ipotesi di riconsunzione, piuttosto che affidarsi ad una clausola generale. Nel medesimo senso, si vedano anche: G. VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al dir.*, 2006, 8, 82; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 387; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 89; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. I, 546.

<sup>314</sup> A. PROTO PISANI, *lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, 860. Sul punto, si vedano anche: F.P. LUISO, *In tema di riconsunzione degli arbitri e di dissenting opinion*, in *Riv. arb.*, 1992, 469 ss.; A. PAPI ROSSI, *La riconsunzione e la sostituzione degli arbitri*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, Giappichelli, 2012, 209 ss.

<sup>315</sup> E che, proprio per questo, è stata oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. A tale proposito, senza pretesa di completezza, si vedano: L. DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144 ss.; F. BENATTI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 131 ss.; E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss.; ID., *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, 1 ss.; L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 228-229; C. CONSOLO, *Arbitri di parte non neutrali?*, in *Riv. arb.*, 2001, 14 ss.; M. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, 481 ss.;

che – soprattutto alla luce della ormai conclamata natura giurisdizionale dell'arbitrato <sup>(316)</sup> – risulta, sostanzialmente, sovrapponibile a quella esercitata dal giudice togato; tuttavia, dall'altro lato, a differenza di quest'ultimo, sono, di norma (eccezion fatta per il caso in cui la nomina sia giudiziale o affidata ad un soggetto terzo), scelti direttamente (arbitri di parte) o indirettamente (presidente del collegio arbitrale) dalle parti medesime <sup>(317)</sup>.

Particolarmente delicata, in particolare, risulta la questione relativa alla posizione di terzietà ed imparzialità dell'arbitro di parte allorché la controversia sia devoluta alla cognizione di un collegio arbitrale, dal momento che egli viene nominato direttamente da una delle parti in causa <sup>(318)</sup>; meno problematica, sotto il profilo che qui rileva, appare, invece, l'ipotesi in cui vi sia un arbitro unico, posto che quest'ultimo, dovendo essere scelto di comune accordo dalle parti (o, comunque, nominato da un terzo ovvero dall'autorità giudiziaria), dovrebbe trovarsi in posizione di equidistanza rispetto alle parti.

Del resto, senza volere considerare le situazioni "patologiche" – che, peraltro, nella prassi pure si verificano – in cui ci si trova in presenza di arbitri di parte che agiscono più come difensori della parte che li ha nominati che non come arbitri (dando vita, nel caso di soccombenza della "loro" parte, a relazioni di minoranza

---

C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1179 ss.; M. CURTI, *Arbitrato irrituale e obbligo di imparzialità e terzietà dell'arbitro mandatario*, in *Nuova giust. civ. comm.*, 2002, II, 101 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. for.*, 1990, 283 ss.; C. SPACCAPELO, *Brevi note in tema di imparzialità-terzietà dell'arbitro nell'arbitrato irrituale*; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 318 ss.; ID., *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>316</sup> Si veda il precedente cap. I.

<sup>317</sup> La necessità di rinvenire soluzioni che consentano la costituzione di collegi arbitrali composti da arbitri terzi ed imparziali è molto sentita anche a livello internazionale: basti pensare alle «*Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*», predisposte dalla *International Bar Association*, le quali sempre più spesso trovano applicazione anche con riferimento all'arbitrato interno (le si veda pubblicate su *Riv. arb.*, 2015, 411 ss.).

<sup>318</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 815, cit.*, 335-336, sottolinea proprio che «[g]iudice e arbitro traggono quindi il potere di esercitare un'analogia funzione da fonti diverse», essendo tale considerazione sufficiente a comprendere «*perché la garanzia di imparzialità dei due organi non possa essere affidata a un sistema analogo*». Osserva G. VERDE, *Bastava solo, cit.*, 82, che, del resto, «*non bisogna dimenticare che, essendo il rapporto tra le parti e gli arbitri caratterizzato dalla fiducia, è ben difficile che una parte indichi un arbitro del quale non abbia conoscenza e con il quale non abbia avuto per il passato alcun rapporto*».

che hanno l'unico scopo di fornire ai difensori di quest'ultima un appiglio per tentare l'impervia via della impugnazione del lodo ai sensi degli artt. 828 ss. c.p.c.), resta comunque singolare che un soggetto che dovrebbe essere terzo ed imparziale, quale l'arbitro (ancorché) di parte, sia scelto da una delle parti in causa <sup>(319)</sup>.

Ne discende che il principio di imparzialità del giudicante deve essere calato nell'ambito dell'arbitrato, adattandolo alle sue peculiarità, soprattutto, come si è detto, ove le parti si rivolgano ad un collegio arbitrale da essi nominato (e non ad un arbitro unico ovvero ad un collegio arbitrale nominato da un terzo o dall'autorità giudiziaria): ebbene, in tal caso, l'imparzialità deve essere valutata non tanto con riferimento al singolo arbitro, quanto con riferimento al collegio arbitrale considerato nel suo complesso, con la conseguenza che, a fronte di due arbitri di parte che, verosimilmente, ben difficilmente potranno essere considerati del tutto indifferenti rispetto alla parte che li ha nominati, è essenziale la presenza di un terzo arbitro, che svolge la funzione di presidente del collegio, assolutamente equidistante rispetto alle parti in causa <sup>(320)</sup>.

Del resto, proprio al fine di assicurare il rispetto del principio della imparzialità del giudicante (nel senso anzidetto), il meccanismo di costituzione del collegio arbitrale è strutturato al fine di riequilibrare la situazione <sup>(321)</sup>, posto che i due arbitri scelti dalle parti sono poi tenuti, di norma, a nominare un terzo arbitro,

---

<sup>319</sup> Osserva P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato*, in *L'arbitrato: profili sostanziali*, rassegna coordinata da D. Alpa, Torino, Utet, 1999, 25, che gli arbitri, «per il compito ad essi affidato, se possono non essere neutral, debbono essere impartial».

<sup>320</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale*, cit., 114-115, rileva che «[l]'imparzialità dell'arbitro deve...essere valutata globalmente: pertanto, se l'arbitro è unico tale equidistanza va trovata nella persona dell'unico arbitro; se è collegiale, è da rintracciarsi in un bilanciamento delle posizioni dei singoli arbitri. In un'ipotesi del genere avremo allora un arbitro che potremmo contrassegnare da un segno + a favore di una parte ed un altro da un segno - a favore dell'altro. La somma è pari a zero, e quindi è sufficiente che sia il terzo arbitro ad essere equidistante dalle parti».

<sup>321</sup> C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 219, osserva che la «imparzialità, in un certo senso, è garantita dalla stessa consensualità della nomina, dovendo gli arbitri (o almeno la maggioranza degli arbitri, secondo lo schema imposto dagli artt. 809, comma I e 810, comma I c.p.c.) essere prescelti dalla volontà coincidente delle parti», sicché «[l]'essere l'arbitro individuato dal consenso delle parti è già sufficiente garanzia di imparzialità».

con funzione di presidente, il quale, dunque, si troverà in situazione di sostanziale equidistanza rispetto ad entrambe le parti.

**2.1.3.2.** Fermo quanto precede, ciò che, peraltro, pare maggiormente rilevante, sotto il profilo dell'istruzione probatoria, è il rispetto di uno dei corollari del principio in esame <sup>(322)</sup>, oltre che del principio del contraddittorio <sup>(323)</sup>, ossia il divieto di scienza privata del giudicante <sup>(324)</sup>.

Anche in questo caso, del resto, sembra che tale divieto – pur dovendo trovare applicazione in quanto afferente, comunque, all'ordine pubblico processuale – meriti di essere adattato alle peculiarità dell'istituto arbitrale, andando incontro ad un parziale temperamento <sup>(325)</sup>: è noto, infatti, che gli arbitri vengono non di rado scelti proprio per le loro particolari competenze tecniche <sup>(326)</sup> e, dunque, in quanto le parti confidano che il loro bagaglio conoscitivo gli consenta di rendere una decisione “migliore” rispetto a quella che sarebbe resa da un soggetto che, di tale bagaglio conoscitivo, è tendenzialmente sprovvisto, quale un magistrato, che è dotato di competenze squisitamente giuridiche <sup>(327)</sup>.

Orbene, se ciò non consente comunque che gli arbitri vengano dispensati dal rispetto del divieto di utilizzare la scienza privata <sup>(328)</sup>, deve comunque essere considerato che il divieto in esame subisce, già nell'ambito del processo ordinario

---

<sup>322</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 228 e nt. 312; A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 49 ss.

<sup>323</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 416; G. VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., 618.

<sup>324</sup> C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, cit., 2789; M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 128-129. *Contra*, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 480, il quale ritiene che le parti possano, nell'esercizio del loro potere regolamentare, derogare a tale principio.

<sup>325</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di: E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, Giuffrè, 1999, 587 ss.; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 745.

<sup>326</sup> Il che, come meglio si vedrà al successivo cap. IV, peraltro, incide, in modo particolare, anche sotto il profilo del potere degli arbitri medesimi di avvalersi, oppure di rifiutarsi di avvalersi, dell'ausilio di un consulente tecnico.

<sup>327</sup> Sul punto, si veda la particolareggiata analisi di A. PANZAROLA, *Arbitrato e «fatto notorio»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 603 ss.

<sup>328</sup> Più concessivo pare, sul punto, G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 133-136, il quale ritiene che l'arbitro «possa utilizzare le sue conoscenze private», purché lo faccia rispettando il contraddittorio, con la conseguenza che «se l'arbitro è a conoscenza di fatti rilevanti ai fini della decisione della controversia non è che non debba tenerne conto, ma deve comunicarli alle parti perché si possa sviluppare un corretto contraddittorio».

di cognizione, delle «*tradizionali deroghe*» – rappresentate dai «*fatti notori, ai quali vengono accostate com'è noto le regole di esperienza*» – che non possono non valere anche nell'ambito del procedimento arbitrale <sup>(329)</sup>.

Tali deroghe <sup>(330)</sup>, peraltro, per la ragione poco sopra ricordata, sembrano dover essere diversamente modulate, consentendone una maggiore estensione, nell'ambito del procedimento arbitrale <sup>(331)</sup>. In particolare: da un lato, «*per l'arbitro, il concetto di notorio può essere in certi casi più ampio, che per il giudice*», soprattutto allorché si abbia a che fare con la c.d. notorietà “locale”, che è ravvisabile nel caso in cui tutti gli arbitri provengano da un determinato luogo <sup>(332)</sup>; dall'altro lato, e soprattutto, con riferimento alle regole di esperienza, è possibile un «*allargamento della scienza degli arbitri, allorché essi siano stati scelti in relazione alle loro particolari conoscenze tecniche*» <sup>(333)</sup>.

Le parti, dunque, pur non potendo dettare regole che si pongano in contrasto frontale con il divieto di scienza privata (in quanto rientrante nell'ordine pubblico processuale), possono, comunque, autorizzare gli arbitri ad avvalersi

---

<sup>329</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 416.

<sup>330</sup> Con riferimento al fatto notorio, ed alle sue implicazioni processuali, si veda, di recente, il contributo di V. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 333 ss.

<sup>331</sup> Sottolinea D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 745, che deve, comunque, trattarsi di «*cognizioni comuni a tutto il collegio, non essendo, evidentemente, ammissibile che un solo componente di esso imponga la propria conoscenza tecnica sulla specifica materia*».

<sup>332</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 417, il quale conclude che, in tal caso, «*[n]on potrà pertanto esservi censura, se certi fatti vengono posti a base della decisione senza che di essi sia stata fornita la prova, qualora gli arbitri dimostrino che rientravano nella loro comune conoscenza*». Nel medesimo senso, si veda anche G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 135-136, il quale, peraltro, sottolinea come sia comunque necessario che gli arbitri rispettino in modo rigoroso il contraddittorio, portandole a conoscenza delle circostanze che essi ritengono notorie. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 236.

<sup>333</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 417. Per considerazioni analoghe, cfr. anche: T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, Utet, 1974, 890; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 135 ss. *Contra*, nel senso, cioè, della impossibilità di ipotizzare l'esistenza di un «*notorio arbitrale*» più ampio del «*notorio comune*», si vedano: C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 236; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 431. Per fare un esempio, se le parti, in presenza di una controversia relativa alla esecuzione di un contratto derivato, si affidano ad arbitri esperti di tale materia, questi potranno, ad esempio, fare ricorso alle loro conoscenze con riferimento ai meccanismi di *pricing* del derivato ovvero con riferimento ai requisiti richiesti affinché un derivato possa essere considerato di copertura: elementi, questi, la cui valutazione viene, davanti ad un giudice togato, solitamente rimessa ad un consulente tecnico d'ufficio.

dei fatti notori e delle regole di esperienza con maggior libertà rispetto al giudice togato, purché nei limiti delle particolari competenze che caratterizzano gli arbitri scelti nel caso di specie.

Ovviamente, resta comunque fermo il necessario rispetto del principio del contraddittorio e, dunque, allorché intendano fare ricorso, seppure nei limiti anzidetti, a determinati fatti notori o a talune regole di esperienza, è necessario che gli arbitri informino di ciò le parti, così da stimolarne il contraddittorio sul punto <sup>(334)</sup>.

**2.1.3.3.** Fermo quanto precede, merita di essere pure ricordato che, come osservato da autorevole dottrina, al principio della imparzialità degli arbitri si accompagna, quale suo «*corollario*», il principio della domanda, il quale impone che «*il giudizio sia suscitato ed individuato nella sua dimensione obiettiva dalla parte e non dal giudice, ancorché privato*» <sup>(335)</sup>: ne discende che le parti non potranno, in alcun modo, delegare agli arbitri il potere di delimitare il *thema decidendum* della controversia <sup>(336)</sup>, nonostante nutrano piena fiducia nei soggetti da essi appositamente selezionati al fine di dirimerla.

Sempre in ragione del fatto che le parti sono, e non possono che essere, le uniche in grado di delimitare il *thema decidendum*, peraltro, ad esso, così come individuato dalle parti, gli arbitri si devono scrupolosamente attenere, con l'ulteriore conseguenza che deve essere rispettato il principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. <sup>(337)</sup>.

Strettamente connesso al tema qui preso in esame, risulta quello – dibattuto in dottrina – relativo alla possibilità, per le parti, di conferire agli arbitri, in assenza di qualsivoglia disposizione che espressamente regoli tale eventualità <sup>(338)</sup>, poteri

---

<sup>334</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto alla difesa*, cit., 774-775.

<sup>335</sup> C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 219.

<sup>336</sup> C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 221.

<sup>337</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 120; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 386.

<sup>338</sup> Posto che, come noto, l'art. 816-ter c.p.c. non dice nulla (anche) con riferimento a tale aspetto dell'istruttoria arbitrale.



di indagine officiosi, così sottraendosi, o comunque limitando, l'applicazione dell'art. 115 c.p.c.

Merita, a questo proposito, di essere preliminarmente rilevato che, a ben vedere, sembra che la questione, così posta, non sia perfettamente inquadrata: le parti, infatti, attribuendo agli arbitri poteri di indagine officiosi, non imporrebbero una vera e propria deroga alla norma di cui all'art. 115 c.p.c., limitandosi a "riempirla" di significato alla luce delle peculiarità dell'istituto arbitrale.

In altri termini, l'art. 115 c.p.c., nel prevedere la generale applicazione del principio dispositivo <sup>(339)</sup> in luogo di quello inquisitorio, impone sì al giudice di «porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti», tuttavia fa comunque «[s]alvi i casi previsti dalla legge»: pertanto, calando la norma in esame nell'ambito di un procedimento regolato non solo dal legislatore, ma anche (e soprattutto) dalle parti stesse, le quali, in forza dell'art. 816-bis c.p.c., possono dettare, per l'appunto, le regole da seguire, il riferimento ai «casi previsti dalla legge» pare dover essere inteso come riferibile anche ai casi stabiliti dalle parti.

Del resto, non può non essere tenuto in considerazione il fatto che, nell'arbitrato, sembra meno pressante l'esigenza che ha condotto il legislatore a preferire il sistema dispositivo a quello inquisitorio, ossia quella di evitare che il giudicante diventi «meno equanime rispetto le singole parti in conflitto, tanto da finire per privilegiare una di esse», dal momento che, almeno di regola, sono le parti a scegliere gli arbitri e la scelta ricade fra soggetti di loro fiducia <sup>(340)</sup>.

Ne discende che la lettura preferibile sembra quella secondo cui l'art. 115 c.p.c. – dovendo comunque essere considerato un principio generale del processo civile – trova, di regola, puntuale applicazione, salvo che le parti, nell'esercizio del potere regolamentare loro riservato dall'art. 816-bis c.p.c., non decidano di attribuire agli

---

<sup>339</sup> *Rectius*, c.d. «dispositivo attenuato».

<sup>340</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 415. Nel medesimo senso, si veda anche E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 87 ss., il quale richiama il pensiero di E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962, 3 ss.

arbitri anche poteri officiosi di indagine <sup>(341)</sup>, così che il procedimento arbitrale sia regolato secondo logiche più o meno inquisitorie <sup>(342)</sup>.

Va, peraltro, rilevato che, come osservato dalla dottrina, è vero che il giudizio ordinario di cognizione è fondato sul principio dispositivo, ma è altrettanto vero che, al nostro ordinamento, non sono estranei giudizi che fanno, invece, applicazione, in misura più o meno ampia, del principio inquisitorio <sup>(343)</sup>, quali, a mero titolo esemplificativo, il rito del lavoro <sup>(344)</sup> ed il procedimento per la

---

<sup>341</sup> F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 26-27; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 390; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69; L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 823-824; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 222-223; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 130-131; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 436; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 350. *Contra*, in favore, cioè, di un generale ricorso, nell'ambito dell'istituto arbitrale, al principio inquisitorio, si veda S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 185, il quale giunge a tale conclusione valorizzando il fatto che: la disciplina speciale dettata in tema di arbitrato (artt. 806 ss. c.p.c.) non prevede alcuna norma di contenuto simile all'art. 115 c.p.c.; quest'ultima norma è posta nel titolo dedicato ai «poteri del giudice», che non è assimilabile all'arbitro, pur svolgendo un compito analogo. Sempre nel senso da ultimo illustrato e, dunque, nel senso della non applicabilità, salvo diversa disposizione delle parti, dell'art. 115 c.p.c., si vedano anche: M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 130; L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 383; G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 201; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 744 (seppure, quest'ultima, in tono maggiormente dubitativo); A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 68; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, cit., 2788. Nel senso che possano essere anche gli arbitri, nell'esercizio del loro potere regolamentare suppletivo, ad attribuirsi poteri di indagine officiosi, si veda C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 221.

<sup>342</sup> Non è infrequente, del resto, che, nell'ambito degli arbitrati amministrati, i regolamenti arbitrali attribuiscono agli arbitri poteri officiosi. A tale proposito, si vedano le considerazioni, supportate dal riferimento a numerosi regolamenti arbitrali, di: F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 27-28; L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 816 ss.. A mero titolo esemplificativo, si consideri che il Regolamento della Camera di Commercio Internazionale prevede che «il tribunale istruisce la causa nei termini più brevi, con tutti i mezzi appropriati» (art. 20, I comma) e che «alla luce di tale disposizione si suole attribuire agli arbitri anche la facoltà di assumere le iniziative istruttorie ritenute utili alla decisione» (A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 130), mentre il Regolamento di Arbitrato della Camera Arbitrale di Roma prevede che «l'arbitro può procedere all'assunzione dei mezzi di prova sia d'ufficio che su richiesta di parte, assicurando il pieno rispetto del principio del contraddittorio».

<sup>343</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 436-437.

<sup>344</sup> L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 816 ed 821-822, il quale sottolinea il «forte ruolo attivo del giudice» ai sensi dell'art. 421, II comma, c.p.c.. Anzi, come osserva M. BOVE, *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 913, «[n]on vi è dubbio che la caratteristica più rilevante del processo del lavoro o quantomeno quella che ha fatto più discutere in dottrina ed in giurisprudenza, stia in quel che suole vedersi come un rafforzamento del principio inquisitorio, ossia l'attribuzione al giudice di importanti poteri istruttori».

dichiarazione di fallimento <sup>(345)</sup>: dimostrazione, questa, che quello dispositivo non è un principio immanente ed ineludibile di ogni forma di giudizio.

Resta da aggiungere, in conclusione, che, anche nel caso in cui gli arbitri vengano muniti di poteri di indagine officiosi, il loro contributo non può mai, in ossequio al principio della domanda, incidere sulla delimitazione del *thema decidendum* <sup>(346)</sup>; inoltre, deve, comunque, essere fatta salva <sup>(347)</sup> l'applicazione del principio dell'onere di allegazione e di prova <sup>(348)</sup> e, comunque, del principio del contraddittorio <sup>(349)</sup>. Con riferimento a quest'ultimo profilo, in particolare, allorché agli arbitri vengano attribuiti poteri di indagine officiosi, ad essi dovrà comunque essere imposto – essendo nulla ogni eventuale previsione difforme delle parti – di concedere a queste ultime, facendo così «*applicazione, anche in materia arbitrale, di un principio simile a quello dell'art. 183, comma 8°, c.p.c.*», un

---

<sup>345</sup> Come osservato dalla giurisprudenza, infatti, il «*procedimento camerale per la dichiarazione di fallimento*» è «*improntato da regole procedurali diverse dal rito ordinario, in considerazione delle esigenze di speditezza che lo connotano e della sua natura inquisitoria*» (Cass., 10 dicembre, 2008, n. 28985, in *Guida al diritto*, 2009, 8, 59. Nel medesimo senso, si vedano anche: Cass., 28 maggio 2010, n. 13086, in *Dir. e Giust. online*, 2010; Cass., 14 novembre 2003, n. 17185, in *Fallimento*, 2005, 140). A questo proposito, si vedano anche: R. BELLÈ, *Istruttoria prefallimentare e trattazione giudiziale dell'insolvenza di impresa*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Vol. I, Torino, Utet, 2016, 597 ss.; F. CORDOPATRI, *Profili processuali dell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 35 ss.

<sup>346</sup> C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 221.

<sup>347</sup> Si fa riferimento, pertanto, al principio inquisitorio solo in senso formale.

<sup>348</sup> L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 823; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 416; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 744; F. DANОВI, *L'istruzione probatoria*, cit., 28; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, cit., 2789; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 252; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 436-437. *Contra*, nel senso, cioè, della non applicabilità, nel procedimento arbitrale, della regola dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., salvo che le parti non lo abbiano previsto espressamente, si veda M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 133. L'Autore, in particolare, rileva come il divieto di *non liquet*, che sta alla base della introduzione della regola dell'onere della prova, operi tanto per il giudice, quanto per gli arbitri, tuttavia – aggiunge – ciò non sarebbe sufficiente ad estenderne l'applicabilità anche al procedimento arbitrale. Ed infatti, ciò potrebbe accadere solo a condizione che «*detta regola sia di ordine pubblico o, al più, che essa non abbia alternative sul piano logico*»: ipotesi, queste, che vengono entrambe escluse dall'Autore. La prima, in quanto priva di «*appigli costituzionali*»; la seconda, in quanto un'alternativa logica vi è, potendo l'arbitro operare una valutazione di verosimiglianza delle allegazioni di una parte rispetto a quelle dell'altra e facendo, così, prevalere la prima, a prescindere dal fatto che l'onere della prova gravasse sull'una, oppure sull'altra.

<sup>349</sup> E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69; F. DANОВI, *L'istruzione probatoria*, cit., 28; L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova*, cit., 824; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 744; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 436-437; A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 68; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, cit., 2789; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, cit., 131.

termine per contraddire ed, eventualmente, dedurre i mezzi istruttori ritenuti necessari a fronte della predetta ammissione <sup>(350)</sup>.

### **3. La possibilità di imporre preclusioni ed il principio di concentrazione.**

Come noto, la disciplina dell'arbitrato non prevede, così come, invece, quella del giudizio ordinario di cognizione, una rigida scansione temporale che regoli lo svolgimento dell'istruttoria (ci si riferisce, innanzitutto, ai termini di cui all'art. 183, VI comma, c.p.c.): ne discende che centrale risulta la questione relativa alla applicabilità delle preclusioni previste per il giudizio ordinario di cognizione e, più in generale, alla possibilità, per le parti, di prevedere la fissazione di termini il cui rispetto sia posto a pena di decadenza.

Del resto, è evidente che, al fine di garantire un rapido <sup>(351)</sup> ed ordinato svolgimento del procedimento arbitrale <sup>(352)</sup>, e comunque in ossequio al principio di concentrazione degli atti processuali <sup>(353)</sup>, una regolamentazione sul punto risulta quantomai opportuna <sup>(354)</sup>, anche se la questione si dimostra

---

<sup>350</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 379.

<sup>351</sup> La dottrina ha condivisibilmente rilevato come la deformalizzazione del procedimento arbitrale, in realtà, non risulti affatto utile al fine di consentire di addivenire alla pronuncia del lodo nel più breve tempo possibile, posto che «l'idoneità dello strumento alla più rapida risoluzione delle liti...può essere agevolata piuttosto dalla previsione di un ordine ragionevolmente rigido che impedisca, una volta compiuta un'attività e consumata una fase, di ripetere quell'attività o di riprendere il cammino dall'inizio» (così E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo, cit.*, 1993, 3). In altri termini, «la morfologia di qualsiasi processo (inteso come una serie di passaggi in vista di un prodotto finale, la decisione) implica un qualche sistema di preclusioni, cioè di momenti passati i quali determinate attività non possono più essere svolte» (A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato, cit.*, 228).

<sup>352</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento, cit.*, 306, sottolinea proprio come «la previsione o meno di un sistema di preclusioni non pare indifferente ai fini dell'ordinato, razionale e sollecito svolgimento del processo».

<sup>353</sup> A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 35 ss.. Si segnala che, peraltro, altra autorevole dottrina ha ritenuto, sotto questo profilo, non determinante la previsione di preclusioni: E. ALLORIO, *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, Torino, Utet, 1973, CXII ss.; G. FABBRINI, *Preclusioni e processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1989, 327 ss.

<sup>354</sup> Osserva V. ANDRIOLI, *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. XIII, Torino, Utet, 1676, 568, che il meccanismo delle preclusioni è a tal punto rilevante al fine di garantire l'ordinato

particolarmente intricata, dal momento che la previsione di termini di decadenza è destinata ad incidere in modo determinante sulla posizione delle parti nel corso del procedimento arbitrale, influenzando soprattutto sulla loro strategia processuale, con possibili riflessi anche sul rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio <sup>(355)</sup>.

Ebbene, a tale proposito pare ormai opinione condivisa – tanto dalla dottrina <sup>(356)</sup>, quanto dalla giurisprudenza <sup>(357)</sup> – quella secondo cui le preclusioni previste per il giudizio ordinario di cognizione non operano automaticamente nel procedimento arbitrale, mentre maggiormente dibattuto è se le preclusioni siano compatibili con la natura e le peculiarità dell'arbitrato e se, dunque, le parti possano imporne comunque l'applicazione.

La risposta al quesito in esame pare dover essere affermativa <sup>(358)</sup>, anche se in dottrina si registrano opinioni discordanti circa le modalità con cui le parti devono prevedere l'applicabilità delle preclusioni <sup>(359)</sup>, a condizione, però, che i

---

svolgimento di qualsiasi giudizio da dover essere considerato «l'ingrediente di cui non si può fare a meno per costruire la nozione del processo, inteso come serie di atti delle parti e del giudice (in genere, degli organi giudiziari) cronologicamente ordinati in vista del provvedimento finale».

<sup>355</sup> Si pensi solo, a mero titolo esemplificativo, alla differenza che vi è fra il fatto che le parti corrano, o meno, il rischio di decadere dalla possibilità di chiedere l'ammissione di un mezzo di prova in quanto non dedotto quale prova contraria (art. 183, VI comma, n. 3, c.p.c.).

<sup>356</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio*, cit., 11; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, cit., 1340; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis*, cit., 393; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 359.

<sup>357</sup> Si veda, di recente, Cass. 4 giugno 2014, n. 12543, in *Guida al dir.*, 2014, 34-35, 38, secondo cui «il procedimento arbitrale è...ispirato alla libertà delle forme, con la conseguenza che...non si applica, né direttamente né indirettamente, il regime delle preclusioni stabilito dall'art. 183 c.p.c. (v. Cass. n. 12544/2013, n. 6517/2003)». Nel medesimo senso, si vedano, oltre ai precedente espressamente richiamati nel passaggio da ultimo riportato, anche Cass. 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Foro it.*, 2016, I, 1817; Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1620, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 327

<sup>358</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 120; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, cit., 1340; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis*, cit., 393; F. CARPI, *Profili del contraddittorio*, cit., 11-12.; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 390; G. GARGIULO, *op cit.*, 1186-1187; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 87. Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 26 ss., il quale specifica che possono essere introdotte preclusioni anche diverse, ed ulteriori, rispetto a quelle espressamente previste dal codice di rito.

<sup>359</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio*, cit., 11-12, osserva che, a suo giudizio, le parti dovrebbero espressamente prevedere l'applicabilità di tali preclusioni, precisando di «dubitare che le preclusioni siano automaticamente applicabili all'arbitrato, anche quando le parti, nella clausola compromissoria, nel compromesso o con atto separato, anteriore all'inizio del processo ex art. 816, comma II, c.p.c., abbiano fatto riferimento, tout court, alla disciplina del codice sul processo

termini assegnati, seppure posti a pena di decadenza, siano modulati così da non ledere in alcun modo il diritto alla prova, il principio del contraddittorio e, più in generale, i principi che rientrano nell'ordine pubblico processuale.

Ed infatti, non si vede per quale ragione – fermo, come si è detto, il rispetto dei predetti principi – le parti non potrebbero imporre regole che hanno lo scopo di rendere più ordinato ed “efficiente” il procedimento arbitrale, avvicinandolo, peraltro, sotto questo profilo, al giudizio ordinario di cognizione, il quale rappresenta, comunque, lo *standard* di riferimento per le parti e per i loro difensori.

Tale conclusione trova conferma nei precedenti giurisprudenziali che si sono occupati del tema, i quali, pur nell'escludere l'operatività “automatica”, nell'ambito del procedimento arbitrale, delle preclusioni previste per il giudizio ordinario di cognizione, hanno comunque cura di fare salva la possibilità, per le parti, di vincolare gli arbitri al rispetto delle regole previste per tale giudizio e, dunque, al rispetto anche delle preclusioni ivi previste. In tal senso, particolarmente chiara pare la pronuncia n. 1620 del 2000, in cui la Suprema Corte richiama il «*principio che nell'arbitrato rituale, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle regole del processo ordinario, le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 Cod. proc. civ. non trovano applicazione*»<sup>(360)</sup>: così riconoscendo, a contrario, che, ove invece le parti abbiano vincolato gli arbitri al rispetto delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, non potrebbero che trovare applicazione anche le preclusioni da esse previste.

Ne discende che la regola è quella della non applicabilità delle preclusioni (e, comunque, della non perentorietà dei termini assegnati), essendo tuttavia alle

---

*di cognizione*». *Contra*, nel senso, cioè, che il generico riferimento delle parti all'applicazione delle regole dettate per il processo ordinario di cognizione è sufficiente per rendere applicabili, anche nel procedimento arbitrale, le preclusioni previste per il giudizio ordinario di cognizione, si vedano: M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 90; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 27.

<sup>360</sup> Cass. 14 febbraio 2000 n. 1620, cit.

parti rimessa la facoltà, nell'esercizio del loro potere regolamentare, di prevederne l'applicazione.

#### **4. Le ipotesi di rinvio espresso delle parti alle norme contenute nel codice di rito.**

Nella prassi, quando le parti decidono di fare ricorso al potere regolamentare loro attribuito dall'art. 816-bis c.p.c., di frequente non si intrattengono nell'individuare specifiche regole per lo svolgimento del procedimento arbitrale, limitandosi – del tutto legittimamente <sup>(361)</sup> – a rinviare alle norme del codice di rito <sup>(362)</sup>.

Tuttavia, sul punto occorre operare un distinguo, dal momento che le parti usano fare riferimento, talvolta, alle sole norme del codice che regolano l'arbitrato (artt. 806 ss. c.p.c.), mentre, in altre occasioni, a tutte le norme che regolano il giudizio ordinario di cognizione: dal che discendono conseguenze ben differenti, anche sotto il profilo dell'applicabilità delle norme che regolano l'istruzione probatoria. In particolare, il rinvio alle sole norme che regolano l'arbitrato risulta, sostanzialmente, irrilevante, dal momento che, fra dette norme, vi è anche l'art. 816-bis c.p.c., con la conseguenza che, allorché le parti non esercitino (ulteriormente) il loro potere regolamentare, saranno gli arbitri a dover esercitare il potere suppletivo loro attribuito dalla medesima norma <sup>(363)</sup>: in altri termini, a meno che le parti, oltre al predetto richiamo, prescrivano il rispetto anche di talune norme specifiche (ulteriori rispetto a quelle di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.),

---

<sup>361</sup> E. FAZZALARI, *Sub art. 816, cit.*, 105-106.

<sup>362</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 201, la quale aggiunge che, seppure «raramente», accade che le parti richiamino non le norme del codice di rito, bensì un determinato regolamento di una camera arbitrale o di altro ente.

<sup>363</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 393.

esso non risulta idoneo ad incidere, limitandolo, sul potere regolamentare suppletivo degli arbitri <sup>(364)</sup>.

Viceversa, il generico richiamo alle norme del codice di rito che regolano il giudizio ordinario di cognizione risulta foriero di conseguenze ben più pregnanti, posto che, così facendo, le parti impongono agli arbitri di rispettare tali disposizioni, con il solo limite della loro compatibilità con l'istituto arbitrale <sup>(365)</sup>.

Nell'ipotesi da ultimo considerata, in sostanza, le parti impongono agli arbitri di applicare – per quanto qui maggiormente rileva, anche con riferimento alla fase istruttoria – tutte le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione che risultino compatibili con l'arbitrato: ne discende, a mero titolo esemplificativo, che, nonostante il richiamo in discorso, gli arbitri non potranno, comunque, fare applicazione delle disposizioni che presuppongono la sussistenza di un loro potere autoritativo <sup>(366)</sup>, posto che esse risultano incompatibili con l'istituto arbitrale.

Ai fini della presente indagine, che ha ad oggetto esclusivamente la fase istruttoria in senso stretto, occorre considerare unicamente le norme che tale fase disciplinano <sup>(367)</sup> e, pertanto, risulta sufficiente qui rinviare alla fase della trattazione che si occuperà della compatibilità delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione con il procedimento arbitrale <sup>(368)</sup>.

Ed infatti, deve essere rilevato – necessariamente anticipando la soluzione di questioni che verranno affrontate nel prosieguo – che gli arbitri, allorché le parti

---

<sup>364</sup> Tema, questo, sul quale ci si intratterà ampiamente al successivo cap. III.

<sup>365</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 393, osserva, sul punto, che il «rinvio alla disciplina del processo ordinario può comportare che nell'ambito del giudizio arbitrale si debbano osservare regole che, per consolidato orientamento, sarebbero invece estranee allo stesso, imponendo agli arbitri il rispetto di quelle scansioni temporali che sono tipiche del processo civile, ma non connotano di norma l'arbitrato».

<sup>366</sup> Potere di cui, come noto, gli arbitri sono sprovvisti.

<sup>367</sup> Disinteressandosi, dunque, di quelle che regolano gli altri aspetti, diversi da quelli istruttori, del giudizio ordinario di cognizione.

<sup>368</sup> Si veda, in particolare, il successivo cap. IV.



non abbiano esercitato il loro potere regolamentare, sono comunque tenuti, con riferimento alla fase istruttoria in senso stretto, a fare applicazione delle norme dettate, per lo svolgimento della medesima fase, con riferimento al giudizio ordinario di cognizione: ne discende che il fatto che le parti impongano (anche espressamente) l'applicazione di tali norme risulta, sostanzialmente, irrilevante, fermo che al rispetto di queste ultime gli arbitri sarebbero, nel silenzio delle parti, comunque tenuti <sup>(369)</sup>.

##### **5. Le ipotesi di rinvio espresso delle parti a regolamenti arbitrali precostituiti.**

Meno problematico risulta il caso in cui le parti, nell'esercizio del potere regolamentare di cui all'art. 816-bis c.p.c., facciano rinvio non alle norme del codice di rito <sup>(370)</sup>, bensì ad un regolamento arbitrale precostituito <sup>(371)</sup>: in tal caso, possono, in astratto, verificarsi due diverse ipotesi.

Allorché il regolamento contenga una serie di disposizioni che regolano espressamente la fase istruttoria, è a queste ultime che gli arbitri dovranno attenersi, senza potersene discostare.

Ove, invece, il regolamento taccia sul punto, gli arbitri si troveranno nella medesima condizione in cui si trovano allorché il potere regolamentare delle parti non sia stato esercitato, sicché non potranno – come si vedrà meglio nel prosieguo del presente lavoro – che fare applicazione, con riferimento alla fase istruttoria in senso stretto, delle norme dettate dal codice di rito per il giudizio

---

<sup>369</sup> Si veda il successivo cap. III.

<sup>370</sup> Nella doppia accezione sopra considerata: ai soli artt. 806 ss. ovvero, genericamente, alle norme che regolano il giudizio ordinario di cognizione.

<sup>371</sup> Il che, peraltro, si verifica ben di rado, come osservato da M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis, cit.*, 201. Cfr. anche E. FAZZALARI, *Sub art. 816, cit.*, 105.

ordinario di cognizione, fatta eccezione, anche in questo caso, per quelle che risultino incompatibili con l'istituto arbitrale <sup>(372)</sup>.

---

<sup>372</sup> Conseguentemente, anche in questo caso non si può che rinviare ai successivi capp. III e IV, nei quali verrà diffusamente trattato il tema della compatibilità delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione con il procedimento arbitrale.

### CAPITOLO III: IL POTERE REGOLAMENTARE DEGLI ARBITRI

#### 1. Il potere (subordinato) degli arbitri “di regolare lo svolgimento del giudizio...nel modo che ritengono più opportuno” ai sensi dell’art. 816-bis, II comma, c.p.c.

Le parti, come si è già sottolineato in apertura del precedente capitolo, ben di rado fanno uso del potere regolamentare loro attribuito: dunque, posto che il procedimento arbitrale, alla stregua di qualsiasi altro giudizio, deve essere disciplinato e che la disciplina dettata dagli artt. 806 ss. c.p.c. risulta alquanto scarna, l’art. 816-bis, II comma, c.p.c. pone rimedio all’inerzia delle parti attribuendo agli arbitri un potere regolamentare (suppletivo), mediante il quale essi sono chiamati a “regolare lo svolgimento del giudizio...nel modo che ritengono più opportuno”.

Il potere regolamentare degli arbitri, pertanto, proprio per la sua natura “suppletiva”, opera tanto nel caso in cui le parti si siano astenute del tutto dal dettare le regole del procedimento, quanto nel caso in cui abbiano provveduto a disciplinarne solo taluni aspetti: in quest’ultimo caso, ovviamente, il potere regolamentare degli arbitri potrà incidere unicamente sugli aspetti non espressamente regolamentati dalle parti <sup>(373)</sup>.

#### **1.1. La differente estensione del potere regolamentare delle parti e di quello (suppletivo) degli arbitri.**

Una volta individuati <sup>(374)</sup> i limiti imposti dall’ordinamento al potere regolamentare delle parti, è necessario chiedersi se ai medesimi limiti sia sottoposto anche il potere regolamentare di cui dispongono gli arbitri: in altri

---

<sup>373</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014, 336; E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, ne *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994, 106.

<sup>374</sup> Si veda il precedente cap. II.

termini, ci si deve chiedere se il potere regolamentare attribuito alle parti e quello attribuito agli arbitri abbiano la medesima estensione.

Ebbene, la risposta a tale, fondamentale, quesito non può che essere negativa, così come si ricava dal testo stesso dell'art. 816-bis c.p.c., il quale, dopo avere attribuito alle parti il potere di determinare «*le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento*», aggiunge che, allorché esse non si avvalgano di tale potere, gli arbitri hanno (nulla più che) la facoltà di «*regolare lo svolgimento del giudizio...nel modo che ritengono più opportuno*» e non, invece, che questi ultimi sono tenuti a stabilire essi stessi le norme da osservare.

Ne discende che, così come rilevato dalla dottrina, nel raffronto fra poteri delle parti e poteri degli arbitri, «*alle prime è consentito più di quanto sia consentito ai secondi*»<sup>(375)</sup>: il potere degli arbitri, dunque, è «*decisamente più limitato*», dal momento che a questi ultimi «*può essere riconosciuto il potere di dettare unicamente regole di mera tecnica processuale*»<sup>(376)</sup> o, comunque, di «*regolare solo le modalità di svolgimento del procedimento stesso e non le norme che lo disciplinano*»<sup>(377)</sup>.

La conclusione in discorso appare ancor più giustificata ove si consideri, oltre al dato testuale, anche quello sistematico, posto che le parti sono «*ammesse a disporre*

---

<sup>375</sup> G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 132. Nel medesimo senso, si vedano anche: G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 440; D. GIACOBBE, *La prova*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 740-741; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 434; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2013, 117; A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 336; R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816*, in *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 83; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 1997, 180; L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2003, 684; S. D'ANDREA, *Procedimento*, in *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997, 471; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, 3945.

<sup>376</sup> F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 26. Nel medesimo senso, si vedano anche: D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato. Rassegna ragionata di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Ipsoa, 1999, 109; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 251-252.

<sup>377</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 434; G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 389-390; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 180.

della situazione sostanziale oggetto dell'accordo compromissorio fino al punto da incidere sulla sua tutela (arg. ex artt. 822 e 829, comma 2, i quali consentono ai contendenti di individuare il criterio di giudizio che deve informare la decisione e di escludere l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto)», mentre « il potere regolamentare degli arbitri attiene unicamente alla strutturazione interna – o, se si preferisce, alla tecnica – del processo e non è in grado di condizionare neppure indirettamente l'efficacia delle regole che presiedono alla determinazione del contenuto della decisione»<sup>(378)</sup>: gli arbitri, infatti, non essendo titolari della situazione dedotta in giudizio, nell'esercizio del loro potere regolamentare non possono «incidere neppure indirettamente sulla vicenda sostanziale», dovendosi limitare, per l'appunto, a «creare regole di mera tecnica processuale»<sup>(379)</sup>.

La considerazione, del tutto condivisibile, da ultimo richiamata pare particolarmente rilevante con specifico riferimento alla presente indagine, dal momento che concorre a dimostrare la correttezza dell'affermazione, già anticipata e che meglio verrà dimostrata nel prosieguo, secondo cui il potere regolamentare degli arbitri, con specifico riferimento alla istruzione probatoria, risulta estremamente ridotto rispetto a quello attribuito alle parti<sup>(380)</sup>: ed anzi, probabilmente è proprio con riferimento alla regolamentazione della fase istruttoria che si coglie la profonda differenza fra il potere regolamentare attribuito, rispettivamente, alle parti ed agli arbitri.

Del resto, non potrebbe essere altrimenti, posto che senza dubbio lo svolgimento dell'istruttoria incide – salvo, ovviamente, che si abbia riguardo al suo mero svolgimento formale (tema, questo, con riferimento al quale, infatti, anche agli arbitri deve essere attribuita la facoltà di intervento ai sensi dell'art. 816-bis c.p.c.)

---

<sup>378</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 691.

<sup>379</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 180.

<sup>380</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 439-440, il quale osserva proprio come, a fronte di un potere regolamentare degli arbitri che risulta «sostanzialmente escluso dall'istruttoria», il potere regolamentare delle parti appare, sul punto, quantomai ampio.

– in maniera decisiva sul «*contenuto della decisione*», sul quale, come si è detto, solo le parti possono influire.

E alle parti è consentito influire (anche) sul «*contenuto della decisione*» perché esse, a differenza degli arbitri, essendo titolari della situazione sostanziale oggetto della controversia devoluta alla cognizione arbitrale <sup>(381)</sup>, possono spingersi fino a disporre di quest'ultima: pertanto, come è consentito alle parti di transigere la lite nel modo che più ritengono opportuno <sup>(382)</sup>, di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità, così dispensandoli dal rispetto delle regole di diritto relative al merito della controversia <sup>(383)</sup>, oppure di stabilire che il lodo pronunciato secondo diritto non sia impugnabile per *errores in iudicando* <sup>(384)</sup>, parimenti non può essere

---

<sup>381</sup> Situazione sostanziale che – è bene ricordarlo – non può che rientrare fra quelle disponibili, così come si ricava, *a contrario*, dall'art. 806 c.p.c., il quale prevede che le controversie arbitrabili sono quelle «*che non abbiano per oggetto diritti indisponibili*».

<sup>382</sup> Purché, ovviamente, sussistano le reciproche concessioni e gli ulteriori requisiti previsti dagli artt. 1965 ss. c.c.

<sup>383</sup> Sul punto, peraltro, si impone una precisazione, che tornerà utile anche nel prosieguo, nel senso, cioè, che autorizzare gli arbitri – ai sensi dell'art. 822 c.p.c. – a decidere secondo equità non equivale ad impedire loro di decidere, comunque, secondo diritto (o a dispensarli del tutto dal rispetto delle norme di diritto). Gli arbitri, dunque, potranno (e dovranno) fare applicazione delle norme di diritto, salvo che, nel caso concreto, ciò conduca a risultati ritenuti iniqui: solo in tal caso, agli arbitri sarà concesso di disapplicare il diritto al fine di far prevalere l'equità. In altri termini, l'equità si impone come regola di giudizio solo nei casi in cui l'applicazione di specifiche norme di diritto, alla luce delle particolari circostanze del caso concreto, conduca ad un risultato che risulti non equo.

<sup>384</sup> Si veda l'art. 829, III comma, c.p.c., il quale, anzi, a seguito della riforma, prevede ora che, allorché le parti nulla prevedano sul punto, il lodo non è impugnabile per *errores in iudicando*, dovendo l'impugnabilità per violazione delle regole di diritto essere espressamente prevista (salvi, ovviamente, i casi in cui essa è sempre consentita: si vedano i commi III e IV dell'art. 829 c.p.c.): prima della riforma del 2006, invece, la soluzione accolta dal legislatore era diametralmente opposta, nel senso, cioè, che, nel silenzio delle parti, il lodo era sempre impugnabile per *errores in iudicando*. Sulla applicazione della nuova disciplina – pur a fronte di una norma transitoria chiarissima nel prevedere che essa trovi applicazione a tutti i procedimenti arbitrali instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma, senza che abbia rilievo alcuno la data di stipulazione della clausola compromissoria, in applicazione dell'art. 5 c.p.c. ed in ossequio al principio della *perpetuatio jurisdictionis* (si veda l'art. 27, IV comma, del D.lgs. n. 40/2006) – si è, peraltro, aperto un dibattito che ha risvolti pratici quantomai rilevanti, tanto da avere imposto anche l'intervento delle Sezioni Unite. Orbene, pur non potendosi ripercorrere in termini esaustivi il dibattito in esame, sembra qui sufficiente sottolineare che la giurisprudenza si è divisa, venendo ad emergere: un primo orientamento che, sostanzialmente disapplicando la predetta norma transitoria, ritiene che la nuova disciplina debba applicarsi ai soli procedimenti arbitrali, instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma, che traggono origine da una clausola compromissoria anch'essa stipulata *post* 2006 (Cass., 19 aprile 2012, n. 6148; Cass., 3 giugno 2014, n. 12379; Cass., 18 giugno 2014, n. 13898; Cass., 19 gennaio 2015, n. 745; Cass., 19 gennaio 2015, n. 748; Cass., 28 ottobre 2015, n. 22007; App. Milano, 3 giugno 2016); ed un secondo orientamento che, invece, ha

precluso loro di dettare regole che, in qualche modo, siano idonee ad incidere sul contenuto della decisione finale.

Ciò non toglie, peraltro, che, come si è detto, anche il potere delle parti non risulta illimitato, dal momento che esse hanno sì la disponibilità del diritto, ma è altrettanto vero che, se hanno scelto di dirimere la controversia fra loro insorta facendo ricorso ad un procedimento arbitrale, ossia ad un giudizio il cui provvedimento finale risulta sostitutivo, ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c., della sentenza pronunciata dall'a.g.o., allora devono anche dettare delle norme idonee a non far venire meno la natura di processo che il giudizio arbitrale, seppure con le sue peculiarità, ha sempre avuto ed ha, a maggior ragione, in seguito all'ultima riforma ed ai più recenti orientamenti giurisprudenziali <sup>(385)</sup>.

## **1.2. Le modalità (anche temporali) di esercizio del potere regolamentare da parte degli arbitri.**

Fermo che, per le ragioni che verranno meglio illustrate nel prosieguo <sup>(386)</sup>, nel caso in cui le parti non abbiano esercitato il loro potere regolamentare, gli arbitri, con specifico riferimento all'istruzione probatoria, sono tenuti ad attenersi, tendenzialmente, alle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, deve comunque essere considerato che essi sono muniti, anche in tal caso, del potere di introdurre, seppure entro determinati limiti, regole che si discostino da tali norme.

---

fatto puntuale applicazione della norma transitoria, conseguentemente ritenendo la nuova disciplina applicabile a tutti i procedimenti arbitrali instaurati dopo l'entrata in vigore della riforma, a prescindere dalla data di stipulazione della clausola compromissoria (Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400; Cass., 17 settembre 2013, n. 21205; Cass., 25 settembre 2015, n. 19075; App. Firenze, 25 ottobre 2011; App. Milano, 18 aprile 2012; App. Milano, 7 novembre 2012; App. Milano, 14 luglio 2015). Le Sezioni Unite, di recente (Cass. SS.UU., 9 maggio 2016 nn. 9284 e 9341, in *Giur. it.*, 2016, 1449 ss.), hanno aderito al primo orientamento: con una sentenza che, tuttavia, si espone a numerosi rilievi critici, anche di natura costituzionale, sui quali non ci si può intrattenere nella presente sede per ragioni di spazio, tali per cui è legittimo presumere che la questione resterà dibattuta.

<sup>385</sup> Sul punto, non si può che rinviare a quanto esposto al precedente cap. I.

<sup>386</sup> Si veda il successivo § 4.

Orbene, con riferimento al momento iniziale a far tempo dal quale essi possono esercitare il loro potere regolamentare, non si può che rimandare a quanto si è già detto al capitolo precedente <sup>(387)</sup>, dal momento che – essendo il potere degli arbitri un potere suppletivo rispetto a quello delle parti – è evidente che esso può essere esercitato solo una volta che risulti assodato che queste ultime non si sono avvalse della facoltà di provvedere loro alla regolamentazione del procedimento arbitrale.

In particolare, volendo ritenere – come pare corretto e come, del resto, avviene nella prassi – che le parti possano liberamente esercitare il potere regolamentare loro attribuito fino al momento della prima riunione degli arbitri, in cui vi è la formale costituzione del collegio arbitrale, pare consequenziale che sia solo da tale momento, ossia dal momento in cui risulta accertato il mancato esercizio, da parte dei paciscenti, del potere regolamentare, che gli arbitri possono esercitare il loro potere suppletivo.

Ciò premesso quanto al momento a partire dal quale il potere regolamentare degli arbitri può essere da questi ultimi esercitato, non resta che da chiedersi in quale modo essi possano, da quel momento in poi, esercitarlo, posto che un limite temporale per l'esercizio di tale potere suppletivo non è espressamente previsto dall'art. 816-*bis* c.p.c. ma che, al tempo stesso, esso non può, certamente, essere esercitato senza alcun limite: ed infatti, gli arbitri sono comunque obbligati a rispettare il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa delle parti e, dunque, devono mettere queste ultime in condizione di conoscere le “regole del gioco” in tempo utile per potervisi adattare e, in particolare, per organizzare le proprie difese e mettere a punto la strategia difensiva <sup>(388)</sup>.

Ne discende che gli arbitri, allorché intendano, nei limiti in cui ciò è loro consentito, discostarsi dalla disciplina prevista dal codice di rito, devono

---

<sup>387</sup> Si veda il precedente cap. II, § 1.1., dedicato al *dies ad quem* per l'esercizio del potere regolamentare ad opera delle parti.

<sup>388</sup> L.P. COMOGLIO, *Note, cit.*, 684.



comunicare alle parti, in modo preciso, in che termini vi si discosteranno e dovranno farlo in tempo utile per evitare di coglierle alla sprovvista <sup>(389)</sup>.

Per le medesime ragioni, gli arbitri dovranno ottenere il consenso delle parti al fine di potere modificare, in corso di arbitrato, le norme che lo regolano <sup>(390)</sup>, dal momento che queste ultime hanno fatto legittimamente affidamento sul fatto che il procedimento arbitrale venisse regolato secondo determinate modalità (modulando, di conseguenza, la propria strategia difensiva) e, dunque, non è possibile – anche perché ciò rischierebbe di ledere i principi che sottendono al giusto processo – che gli arbitri le modifichino senza il loro consenso.

Soluzione, quella da ultimo prospettata, che pare preferibile, visto il suo equilibrio, rispetto alle due, più estreme, ipotizzate in dottrina: da un lato, quella secondo cui gli arbitri potrebbero modificare le regole del procedimento ogniqualvolta lo ritengano opportuno, senza alcun limite <sup>(391)</sup>; dall'altro, quella

---

<sup>389</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 638-639, osserva che consentire all'arbitro di «*fissare le regole processuali non già all'inizio ed una volta per tutte, bensì au fur et à mesure, e di modificarle lungo tutto l'arco del processo...vulnera il diritto di difesa di ciascuna parte e, suo tramite, il principio del contraddittorio...*»: l'osservazione è condivisibile ma probabilmente merita di essere temperata, nel senso, cioè, che è vero che gli arbitri, una volta iniziato il procedimento arbitrale, non possono modificare le regole senza alcun limite, tuttavia pare ammissibile che lo facciano in modo tale da consentire alle parti di essere messe a conoscenza di tale mutamento con il dovuto anticipo e, possibilmente, dando loro la possibilità di interloquire su tale modifica.

<sup>390</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 200-201.

<sup>391</sup> In tal senso, si vedano: L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, 230; A. FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 320-321; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012, 88; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 187; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1958, 292; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis, cit.*, 3944-3945. A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con un'esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»*, in *Riv. arb.*, 2013, 870. Per alcuni Autori, gli arbitri sarebbero liberi di modificare le regole del procedimento arbitrale ogniqualvolta lo ritengano opportuno (con il limite, ovviamente, del rispetto del contraddittorio), tuttavia sarebbero tenuti a fissare tali regole prima dell'inizio di quest'ultimo ove intendano applicare un rito predeterminato, anche ove si tratti di fare applicazione delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione: G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 191; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, 698-699; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis, cit.*, 3945-3946. A tale proposito, non manca chi sostiene che gli arbitri potrebbero «*anche adottare di fatto*

secondo cui gli arbitri dovrebbero, prima dell'inizio del procedimento arbitrale, indicare alle parti le regole che verranno applicate nel corso di tutto il procedimento arbitrale, senza possibilità alcuna di modificarle successivamente<sup>(392)</sup>. Le soluzioni più radicali, da ultimo richiamate, non convincono particolarmente, dal momento che, mentre il primo orientamento pare confliggente con il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti, comportando il rischio che esse vengano colte alla sprovvista, il secondo risulta di ben difficile applicazione pratica, posto che non si può pretendere che gli arbitri, *ex ante*, possano prevedere, e regolare, tutte le situazioni che potrebbero presentarsi nel corso del procedimento arbitrale.

Quanto alla forma mediante la quale il potere regolamentare degli arbitri deve essere esercitato, la soluzione più corretta pare quella per cui, seppure in assenza di una espressa previsione normativa, esso debba essere esercitato in forma scritta<sup>(393)</sup>: ciò, anche in tal caso, al fine di consentire alle parti di essere messe nelle condizioni di conoscere con certezza le regole che verranno applicate, a tutela del contraddittorio e del loro diritto di difesa. Ne discende che gli arbitri, nel corso della prima riunione, una volta preso atto del mancato esercizio del potere regolamentare ad opera delle parti, dovranno indicare, nel processo verbale di udienza, le norme che intendono seguire e, ove sopraggiunga una questione non prevista nel corso del procedimento, dovranno provvedere con ordinanza ad indicare quali norme verranno applicate.

---

*una disciplina del procedimento attraverso il loro comportamento»* (così M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole per lo svolgimento della procedura arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 630).

<sup>392</sup> In tal senso, invece, si vedano: D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, *cit.*, 107; G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, *cit.*, 692; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 216 ss.; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 303; E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, *cit.*, 106.

<sup>393</sup> D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, *cit.*, 109. *Contra*: M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, *cit.*, 88.

### 1.3. I limiti al potere regolamentare degli arbitri.

Come si è detto sopra, il potere regolamentare degli arbitri è significativamente meno esteso rispetto a quello delle parti, pertanto, per stabilire quali siano i limiti ai quali va incontro, si può iniziare con il dire che esso è sottoposto a tutti i limiti ai quali è sottoposto anche il potere regolamentare delle parti: ne discende che essi non potranno dettare regole che si pongano in contrasto con le norme di ordine pubblico processuale e, *in primis*, con il principio del contraddittorio<sup>(394)</sup>, oppure che risultino incompatibili con l'istituto arbitrale. Con riferimento a tale ultimo aspetto, deve dunque essere sottolineato che gli arbitri non possono attribuirsi prerogative che implicino la sussistenza di poteri coercitivi, non essendo essi muniti di simili poteri<sup>(395)</sup>: i limiti derivanti da tale carenza possono essere espressamente previsti, come nel caso dell'art. 818 c.p.c.<sup>(396)</sup>, che impedisce agli arbitri di concedere provvedimenti cautelari<sup>(397)</sup>, oppure devono essere desunti in via interpretativa<sup>(398)</sup>, come accade in altri casi<sup>(399)</sup>.

---

<sup>394</sup> M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 121-122; E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.; V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964, 825-826; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 233 ss.; G. DELLA PIETRA, *Procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 1997, 146; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 740-741; L.P. COMOGLIO, *Note*, cit., 684; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, cit., 196 ss.; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 188; ID., *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, 552 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 293 e 306; F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 23-24; A. STESURI, *Gli arbitri. Mandato, responsabilità e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2001, 70 ss.; F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, Torino, Utet, 1987, 399; G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, a cura di G. Arieta e F. De Santis, Padova, Cedam, 2008, 875 ss.; S. D'ANDREA, *Procedimento*, cit., 471 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2013, 728; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis*, cit., 3945-3946; G. RUFFINI – V. TRIPALDI, *Sub art. 816-bis*, cit., 188; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, cit., 699; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, Utet, 1991, 145 ss.

<sup>395</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 740-741; R. MARENCO, *Lo svolgimento*, cit., 302 ss.

<sup>396</sup> L'art. 818 c.p.c., infatti, è chiaro nel disporre che gli arbitri «non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge».

<sup>397</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 365.

<sup>398</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter*, cit., 429 ss., parla, a tale proposito, di «limiti strutturali». Sul punto, si vedano anche: F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 37 ss.; R. MARENCO, *Lo svolgimento*, cit., 303-304; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 144-145; V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, cit., 830.

Ciò premesso, volendocisi soffermare soprattutto sui limiti al potere regolamentare degli arbitri che possono venire in maggior rilievo con riferimento all'istruzione probatoria, deve essere considerato che ad essi, stante la chiara formulazione dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c. <sup>(400)</sup>, è preclusa la possibilità, che è invece attribuita alle parti, di imporre il rispetto di talune forme a pena di nullità, con la conseguenza che le regole da essi dettate non possono essere "rafforzate" in alcun modo <sup>(401)</sup>, a meno che – come si è detto – non siano state le parti ad attribuire espressamente agli arbitri tale potere <sup>(402)</sup>.

Inoltre, gli arbitri non possono dettare regole che si pongano in contrasto con il principio di collegialità, che – ove la parti abbiano deciso di devolvere la controversia alla cognizione di un collegio arbitrale – deve essere sempre rispettato <sup>(403)</sup>, salvo il caso, espressamente previsto dall'art. 816-ter, I comma, c.p.c., in cui l'istruttoria, o singoli atti di istruzione, siano delegati ad uno di essi.

Gli arbitri, poi, non possono «*sottrarsi alle regole di prova legale*» <sup>(404)</sup>, posto che, alla luce di quanto si è già illustrato <sup>(405)</sup>, solo alle parti è concesso incidere, e comunque entro determinati limiti, su tale aspetto.

Per le medesime ragioni, agli arbitri non è concesso, a differenza di quanto avviene per le parti <sup>(406)</sup>, incidere sul «*novero dei divieti e dei limiti posti*

---

<sup>399</sup> Di questi ultimi limiti ci si occuperà nel prosieguo, allorché ci si intratterrà sul tema della compatibilità delle norme dettate per il processo ordinario di cognizione con l'istituto arbitrale: si veda, in particolare, il successivo cap. IV.

<sup>400</sup> Sul punto, su veda quanto si è detto al precedente cap. II, § 1.2.

<sup>401</sup> A tale proposito, si vedano V. ANDRIOLI, *Sub art. 816, cit.*, 825, e G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 366, oltre a quanto si è scritto, ed agli Autori richiamati, al precedente cap. II, § 1.2.

<sup>402</sup> Si veda sempre il precedente cap. II, § 1.2.

<sup>403</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 419; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 750; L.P. COMOGLIO, *Note, cit.*, 684-685; ID., *Le prove civili, cit.*, 230-231; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato, cit.*, 316; F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria, cit.*, 39; V. ANDRIOLI, *Sub art. 816, cit.*, 826; C. PUNZI, *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 646 ss.; S. D'ANDREA, *Procedimento, cit.*, 473 ss.; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 713-714; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis, cit.*, 3947.

<sup>404</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 179, il quale giustifica tale conclusione sul presupposto che non vi sarebbe alcuna ragione per sottrarre all'operatività di tale disciplina, dettata per il giudice, un soggetto solo in quanto «*non stabilmente investito dell'amministrazione della giustizia*».

<sup>405</sup> Si veda il precedente cap. II.

all'ammissibilità dei mezzi di prova»<sup>(407)</sup>: non solo, ma, allorché il rilievo del limite o del divieto sia oggetto di eccezione in senso stretto, tale eccezione si impone anche nell'ambito del procedimento arbitrale, così come nel giudizio ordinario di cognizione<sup>(408)</sup>.

Oltre a ciò, gli arbitri non possono (auto)attribuirsi poteri di indagine officiosi<sup>(409)</sup>, essendo la possibilità di intervenire sull'art. 115 c.p.c. riservata alle sole parti<sup>(410)</sup>, sia perché, come si è visto, gli arbitri non possono dettare norme che siano idonee ad incidere sul «contenuto della decisione»<sup>(411)</sup>, sia, soprattutto, perché, come pure si è visto, l'art. 115 c.p.c., nel prevedere la generale applicabilità del

---

<sup>406</sup> Si veda sempre il precedente cap. II.

<sup>407</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 179, il quale, a tale proposito, fa riferimento «al divieto di giuramento decisorio su fatto non decisivo ovvero, per chi vi dà ingresso, di giuramento suppletorio in difetto di semiplena probatio (art. 1736 c.c.), al divieto di giuramento su fatti relativi a diritti indisponibili, su fatti illeciti, su contratto per la validità del quale sia indispensabile la prova scritta e per negare le emergenze di un atto pubblico (art. 2739 c.c.), ai limiti alla prova testimoniale dei negozi a' sensi degli artt. 2721 ss. c.c., alle incapacità soggettive di cui agli artt. 2737 c.c. e 246 c.p.c.». Osserva P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007, 1731, che, con riferimento «ai limiti soggettivi ed oggettivi di ammissibilità delle prove testimoniali, essi sono per lo più espressione di istanze superiori di giustizia e di equità, alle quali gli arbitri non possono – in assenza di reali controindicazioni normative e di ragioni pressanti per ritenere il contrario – sottrarsi».

<sup>408</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 179-180.

<sup>409</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 222-223; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 743; V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, cit., 828; F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, cit., 27; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 136-137. *Contra*, C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 221, il quale ritiene che gli arbitri debbano provvedere «in sede di predeterminazione delle forme di svolgimento dell'arbitrato».

<sup>410</sup> Peraltro, merita di essere ricordato che, come si è visto al precedente cap. II, § 2.1.3., parte della dottrina ritiene che gli arbitri siano “naturalmente” muniti di poteri, più o meno estesi, officiosi di indagine e che, pertanto, non sia necessario che tali poteri siano attribuiti loro dalle parti né, tantomeno, che essi se li (auto)attribuiscano. In tal senso, fra gli altri Autori già richiamati, si vedano: E.F. RICCI, *La prova*, cit., 93 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 230; A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 68-69; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 185-186 (il quale sottolinea che tale soluzione risulta coerente con il fatto che «l'arbitrato mira decisamente alla verità reale dei fatti» e che non vi è «quella ragione di timore e sospetto che induce le parti a diverso e più guardingo atteggiamento verso il giudice statale»). *Contra*, si veda G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 136, il quale ritiene che gli arbitri siano sprovvisti di poteri di indagine officiosi, posto che «un potere di indagine presuppone che il protagonista dell'istruttoria sia dotato di poteri imperativi e coercitivi, e gli arbitri ne sono privi per definizione»: pertanto, ciò che gli arbitri possono, al più, fare è «prospettare alle parti temi di indagine e l'opportunità di chiarire o provare fatti, perché, in mancanza, si dovrebbe risolvere la lite applicando il principio dell'onere della prova». Sul punto, cfr. anche P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1731.

<sup>411</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, cit., 691.

principio dispositivo, fa comunque «[s]alvi i casi previsti dalla legge» e, in tali “casi”, in ambito arbitrale, devono essere fatti rientrare anche quelli previsti dalle parti nell’esercizio del loro potere regolamentare <sup>(412)</sup>.

Ebbene, con riferimento a quest’ultimo aspetto, appare evidente che la possibilità di derogare al principio dispositivo <sup>(413)</sup> può essere attribuita solo a chi sia munito del potere di dettare le norme che dovranno regolare il procedimento arbitrale (essendo queste equiparabili alla «legge» cui fa riferimento il primo comma dell’art. 115 c.p.c.), ossia alle parti, e non a chi, invece, come gli arbitri, di tale potere sia sprovvisto, potendo solo «regolare lo svolgimento del giudizio».

Sempre con riferimento all’art. 115 c.p.c., merita di essere sottolineato anche che il potere regolamentare degli arbitri non può incidere neppure sulla norma contenuta nell’ultimo inciso del primo comma, con la conseguenza che l’arbitro è tenuto a fare puntuale applicazione del principio di non contestazione <sup>(414)</sup> «né più né meno di come applicherebbe regole codicistiche o giurisprudenziali di inversione sostanziale dell’onere della prova» <sup>(415)</sup>, così come il giudice togato <sup>(416)</sup>. A tale proposito, peraltro, non può sfuggire che l’applicazione del principio di non contestazione nell’ambito in un giudizio che è caratterizzato dalla tendenziale assenza (salvo diversa disposizione delle parti o, in certi limiti, degli arbitri) di

---

<sup>412</sup> A tale proposito, si veda quanto si è scritto al precedente cap. II, § 2.1.3.3.

<sup>413</sup> Deroga al principio dispositivo ma, a ben vedere, come si è detto al precedente cap. II, § 2.1.3.3., non all’art. 115 c.p.c., posto che si tratta solo di una sua applicazione nell’ambito di un giudizio, quello arbitrale, la cui disciplina (i.e. la «legge» alla quale fa riferimento l’incipit della norma in esame) è dettata, oltre che dal legislatore, anche (e soprattutto) dalle parti.

<sup>414</sup> Il principio di non contestazione ha origine giurisprudenziale ma è stato codificato con la Legge 18 giugno 2009 n. 69, la quale ha introdotto nell’art. 115, I comma, c.p.c. la precisazione per cui il giudice deve porre a fondamento della decisione (anche) «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita». Sul punto, si veda A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.

<sup>415</sup> A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 873 ss., il quale si sofferma anche sulle questioni applicative che sorgono allorché ci si trovi ad applicare il principio di non contestazione in sede arbitrale. In tal senso, si vedano anche: L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter*, cit., 430-431; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 235-236 (il quale sottolinea che l’applicazione del principio di non contestazione si impone in quanto esso è codificato nell’art. 115 c.p.c. e, dunque, trova «collocazione fra le disposizioni generali contenute nel libro I del codice di procedura civile»).

<sup>416</sup> Osserva G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 134, che, anzi, «come e anzi più che nel processo ordinario, nell’arbitrato le parti ben possono porre fuori dall’indagine probatoria taluni fatti con la scelta di darli per pacifici».

preclusioni potrebbe andare incontro a talune difficoltà, soprattutto quanto alla individuazione del momento entro il quale la parte è onerata di contestare i fatti allegati dalla controparte: è, pertanto, consigliabile che, nel “regolamento” del procedimento, venga espressamente disciplinato il funzionamento del meccanismo della non contestazione, mediante l’individuazione del momento oltre il quale la contestazione è ritenuta tardiva e, dunque, inefficace <sup>(417)</sup>.

La portata del problema in discorso, tuttavia, pare destinata a ridursi allorché dovesse consolidarsi il principio secondo cui la parte è onerata di contestare i fatti allegati dalla controparte nella «*prima difesa utile*» <sup>(418)</sup>: ed infatti, anche ove l’articolazione del procedimento arbitrale non ricalchi quella del giudizio ordinario di cognizione, non vi sarebbero particolari difficoltà ad individuare la «*prima difesa utile*» in cui la parte che vi ha interesse è onerata di assolvere all’onere di contestazione.

---

<sup>417</sup> Sulla applicazione del principio di non contestazione nell’arbitrato, si vedano le considerazioni di: C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 236; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, Cedam, 2012, 2789; C. CAVALLINI, *La non contestazione nell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55 ss. (il quale si intrattiene anche sul tema, decisamente interessante, relativo al «*controllo in sede impugnatoria della motivazione del lodo, nella parte in cui il collegio arbitrale pone a fondamento del decisum la...prova desunta dalla ritenuta non specifica contestazione del relativo fatto*»).

<sup>418</sup> La dottrina ha rilevato che deve “*ritenersi che il principio introdotto (rectius: riconosciuto) nell’art. 115 c.p.c. debba essere coordinato con le regole già esistenti e, dunque, l’onere di contestazione vada adempiuto con la prima difesa utile*” (G. BUFFONE, *L’onere di contestazione nella Legge 69/2009*, in *Altalex.it*, 5 ottobre 2009, nt. 6). Nel medesimo senso, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare – sia prima che dopo la codificazione del principio di non contestazione ad opera del legislatore – che «*ogni volta che sia posto a carico di una delle parti (attore o convenuto) un onere di allegazione (e prova), l’altra ha l’onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo, in mancanza, ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto*» (Cass., 27 febbraio 2008, n. 5191, ne *Il civilista*, 2010, 2, 33. Nei medesimi termini, si vedano anche: per la giurisprudenza di legittimità, Cass., 14 gennaio 2007, n. 1540, ne *Il civilista*, 2010, 2, 34; Cass., 13 giugno 2005, n. 12636, in *Foro it.*, 2006, I, 1492; Cass., 5 marzo 2003, n. 3245, in *Arch. civ.*, 2003, 909; per la giurisprudenza di merito, Trib. Arezzo, 2 luglio 2012, in *Redaz. Giuffrè*, 2012; Trib. Varese, Sez. I, 14 ottobre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1, 94; Trib. Rovereto, 3 dicembre 2009, in *Giur. merito*, 2010, 5, 1326).

Allo stesso modo, poi, gli arbitri non potranno dettare norme che incidano sulla ripartizione dell'onere della prova e, dunque, sull'applicazione dell'art. 2697 c.c. (419).

Una volta individuati i limiti, stringenti, ai quali è sottoposto il potere regolamentare degli arbitri, non resta che da illustrare quale sia la sua estensione residua con specifico riferimento all'istruzione probatoria in senso stretto.

Ebbene, alla luce di quanto si è fino a qui detto, appare evidente che gli arbitri, non essendo titolari della situazione sostanziale oggetto della controversia ed essendo autorizzati, ai sensi dell'art. 816-bis c.p.c., semplicemente a «regolare lo svolgimento del giudizio», non possono che limitarsi ad intervenire sugli aspetti meramente procedurali dell'istruttoria, al fine di rendere – ove lo ritengano opportuno – il procedimento arbitrale, sotto questo aspetto, più snello e deformalizzato (420).

In altri termini, gli arbitri devono «limitarsi a creare regole di mera tecnica processuale, che attengano cioè al puro svolgimento dell'attività di ammissione e di assunzione, ma non sovvertano né i limiti legali della prova, né i criteri di valutazione predefiniti dal legislatore» (421).

---

<sup>419</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 743; L. SALVANESCHI, *Sub art. 819-ter*, cit., 432. La necessità del rispetto dell'onere della prova è molto sentita: tanto che, anche chi sostiene che gli arbitri siano naturalmente muniti di poteri di indagine officiosi, precisa comunque che il «riconoscere all'arbitro il potere di iniziativa istruttoria non attenua però l'importanza dell'onere della prova, inteso sia come regola di attività delle parti sia come regola di giudizio per gli arbitri» (S. LA CHINA, *L'arbitrato*, 186).

<sup>420</sup> A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 870-871, sottolinea che l'ordinamento abilita «gli arbitri a disciplinare autonomamente il procedimento in senso stretto e cioè il giudizio nel senso limitato del modus procedendi, e perciò, in materia di prova, soltanto l'ammissibilità sul piano formale e le modalità di assunzione o acquisizione al processo, e non tutto il resto e cioè quel che attiene al giudizio in senso proprio (ripartizione dell'onere, valutazione della prova ecc....)».

<sup>421</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 180. Nei medesimi termini, si vedano: D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 743; F. DANONI, *L'istruzione probatoria*, cit., 26; A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 85 (il quale osserva, in particolare, che «il potere istruttorio degli arbitri...attiene essenzialmente alle modalità di forma, tempo, luogo delle istanze e in genere degli atti istruttori, rimanendo il potere di apprezzamento delle prove del tutto identico a quello previsto dal codice per il giudice ordinario»).



Ne discende che il potere regolamentare degli arbitri risulterà estremamente limitato <sup>(422)</sup> e potrà esplicarsi solo con riferimento alle «*norme che attengono alla disciplina dell'assunzione delle prove*», purché, comunque, come sopra si è detto, non si tratti di norme poste a tutela di interessi considerati di ordine pubblico e, dunque, soprattutto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa delle parti <sup>(423)</sup>.

Sostanzialmente, gli arbitri potranno, dunque, «*regolare il tempo ed il modo dell'assunzione*» e, più in generale, «*disciplinare le modalità di risoluzione delle varie questioni che insorgono*» nel corso del procedimento arbitrale: a mero titolo esemplificativo <sup>(424)</sup>, essi potranno derogare agli artt. 202 e 205 c.p.c., mentre, proprio in quanto norma posta a tutela del diritto di difesa delle parti, non potranno derogare all'art. 206 c.p.c. <sup>(425)</sup> e, dunque, impedire che le parti assistano all'assunzione, ovvero all'art. 207 c.p.c., così da escludere la verbalizzazione dell'assunzione dei mezzi di prova <sup>(426)</sup>.

Peraltro, pur potendo, nei limiti anzidetti, stabilire di disapplicare le «*disposizioni meramente ordinatorie che sono previste per l'istruttoria civile*», agli arbitri è comunque consentito, ove lo ritengano opportuno per un «*ordinato svolgimento del procedimento*», farne applicazione <sup>(427)</sup>: ed anzi, come meglio si vedrà nel prosieguo, a meno che non dispongano diversamente, essi saranno tenuti a fare applicazione (anche) di tali disposizioni di natura ordinatoria.

Le norme di carattere ordinatorio sulle prove, tuttavia, non sono tutte racchiuse negli artt. da 202 a 209 c.p.c., sicché, al di fuori di queste norme, sulle quali ci si è

---

<sup>422</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 311.

<sup>423</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 743. Osserva G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 132, che gli arbitri «*possono soltanto disporre sulle modalità di assunzione delle prove, sempre nel rigoroso rispetto del contraddittorio*».

<sup>424</sup> E salvo quanto si dirà al successivo cap. IV, con riferimento a ciascun singolo mezzo di prova.

<sup>425</sup> Con specifico riferimento alla applicabilità dell'art. 206 c.p.c. all'arbitrato, si veda anche E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria*, cit., 703 ss.

<sup>426</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 743. Nel medesimo senso, si veda. G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 419 ss.

<sup>427</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 419.

già intrattenuti, l'interprete – ogniqualvolta si trovi davanti ad una disposizione che regola l'assunzione di un mezzo di prova – è chiamato a valutare, caso per caso, se la disposizione in esame abbia carattere meramente ordinatorio e se, dunque, possa essere derogata dall'arbitro. A mero titolo esemplificativo, si può dunque ricordare che, come rilevato dalla dottrina, gli arbitri possono derogare all'art. 103 disp. att. c.p.c., attribuendosi così la facoltà di ridurre, ancorché non si versi in «*casi di urgenza*», il termine di sette giorni per l'intimazione al testimone<sup>(428)</sup>. Allo stesso modo, non sembra che vi siano ostacoli a che gli arbitri derogino ad altre norme di carattere meramente ordinatorio, quali gli artt. 84, 87 e 103-*bis* disp. att. c.p.c., in quanto riferibili alla mera gestione del procedimento e, dunque, rientranti nella disponibilità del potere regolamentare degli arbitri.

Sul versante opposto, vi sono una serie di norme, pur contenute nel codice di rito, che gli arbitri non solo non devono applicare, ma che non possono neppure essere da questi applicate, in quanto incompatibili con l'istituto arbitrale: trattasi, per stare alle disposizioni contenute negli artt. da 202 a 209 c.p.c.<sup>(429)</sup>, degli artt. 203 e 204 c.p.c., dal momento che gli arbitri non sono muniti del potere, rispettivamente, di disporre prove delegate e di chiedere rogatorie ad autorità consolari ed estere<sup>(430)</sup>.

#### **1.4. Il principio di libertà delle forme.**

Nell'ambito della regolamentazione del procedimento arbitrale, grande rilievo è riconosciuto al c.d. "principio di libertà delle forme"<sup>(431)</sup>, secondo cui «*gli arbitri*

---

<sup>428</sup> Si vedano, sul punto, le considerazioni di G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 421.

<sup>429</sup> E salvo, ancora una volta, quanto si dirà al successivo cap. IV.

<sup>430</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato*, 192-193; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 420-421; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 245-246. Sul punto, peraltro, si veda quanto si dirà al successivo cap. IV.

<sup>431</sup> Viene, solitamente, affermato che «[n]el procedimento arbitrale vige il principio della libertà delle forme, espressione dell'autonomia che l'ordinamento riconosce alla volontà delle parti nella determinazione delle regole processuali» (G. GARGIULO, *op. cit.*, 1186. A questo proposito, si veda anche T. GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, in *Judicium*, § 3.).

*non sono tenuti all'osservanza delle norme del codice di procedura civile relative al giudizio ordinario di cognizione, a meno che le parti non vi abbiano fatto esplicito richiamo nel conferimento dell'incarico arbitrale»* <sup>(432)</sup>.

Il principio in esame, che ha raccolto ampi consensi non solo, come si è visto, in giurisprudenza ma anche in dottrina <sup>(433)</sup>, valorizzando la differenza fra l'arbitrato ed il giudizio ordinario di cognizione, soprattutto quanto alla deformalizzazione del primo rispetto al secondo <sup>(434)</sup>, implica, dunque, che gli arbitri, a meno che le parti non abbiano espressamente disposto diversamente, non sono tenuti a rispettare le norme dettate dal codice di rito per il giudizio ordinario di cognizione, essendo unicamente tenuti a rispettare il fondamentale principio del contraddittorio.

In applicazione di detto principio, parte della dottrina è giunta ad affermare che, salvo diversa disposizione delle parti, *«in arbitrato non s'applica la disciplina delle preclusioni e dei termini prevista per il giudizio ordinario, come non si applicano le norme in tema di modificazione delle domande, né quelle concernenti le c.d. vicende anomale del processo (interruzione, sospensione, successione, ed estinzione), la contumacia, e così via»* <sup>(435)</sup>.

Da quest'ultimo orientamento interpretativo, ormai consolidato, la giurisprudenza si è discostata ben di rado: in tal senso, nota è una sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Roma, la quale, partendo dal presupposto, peraltro non chiaramente espresso, secondo cui *«il modello – l'archetipo –*

---

<sup>432</sup> Cass., 28 febbraio 2014, n. 4808, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. Nel medesimo senso, si vedano anche: Cass., 4 giugno 2014, n. 12543, in *Guida al dir.*, 2014, 34-35, 38; Cass., 10 luglio 2013, n. 17099, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1974; Cass., 17 febbraio 2011, n. 3917, in *Riv. arb.*, 2011, 653.

<sup>433</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 328 ss.; G. DELLA PIETRA, *Procedimento, cit.*, 147; S. MERZ, *Manuale pratico della prova civile*, Padova, Cedam, 2012, 1268 ss.; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 202; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato, cit.*, 304 ss.; A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-bis, cit.*, 3944.

<sup>434</sup> Osserva C. CECHELLA, *Disciplina, cit.*, 225, che la *«libertà delle forme potrà poi plasmare i mezzi istruttori, non solo deformalizzando le regole di assunzione delle prove tipizzate dal legislatore, ma pure consentendo l'accesso al giudizio di prove atipiche»*.

<sup>435</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-bis, cit.*, 330-331.

dell'attività cognitiva processuale è rappresentato dal codice di procedura civile»<sup>(436)</sup>, è giunta ad affermare che sarebbero applicabili tutte le «norme del codice di rito, anche nel procedimento arbitrale, in mancanza di contraria volontà delle parti espressa o nel compromesso, o nella clausola compromissoria o in scritto successivo e comunque anteriore all'inizio del procedimento arbitrale, o di esplicita disposizione del collegio arbitrale che chiarisca le diverse norme che intenda applicare: art. 816 c.p.c.»<sup>(437)</sup>.

Quest'ultimo orientamento, seppure condivisibile nella sua premessa, che pare essere quella secondo cui, non avendo le parti e gli arbitri nulla disposto, il modello di riferimento non può che essere quello previsto dal codice di rito<sup>(438)</sup>, diviene meno condivisibile nella parte in cui si riferisce, indiscriminatamente, alle norme del codice di rito che disciplinano l'intero giudizio ordinario di cognizione: ed infatti, come si vedrà nel prosieguo, una simile soluzione, che si giustifica con specifico riferimento alle norme che regolano l'istruttoria, stante la loro peculiarità, ben difficilmente può essere trasposta a tutte le altre fasi del procedimento arbitrale, pena lo "snaturamento" del medesimo, che finirebbe per ridursi ad essere un mero "doppione" del giudizio ordinario<sup>(439)</sup>.

Ciò premesso, a me pare che, del principio di libertà delle forme, si sia fatto un uso, a volte, eccessivo: come se esso rappresentasse il "lasciapassare" per consentire di superare qualsivoglia formalità<sup>(440)</sup>.

---

<sup>436</sup> Così viene interpretata la pronuncia in discorso da A. FUSILLO, *Norme processuali*, cit., 319.

<sup>437</sup> App. Roma, 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.*, 1996, 317.

<sup>438</sup> Non a caso, del resto, con riferimento alla pronuncia in esame, A. FUSILLO, *Norme processuali*, cit., 319, afferma che l'«interpretazione» fornita dalla Corte di Appello risulta «apparentemente persuasiva», salvo poi sottolineare che essa «incontra numerosi ostacoli sia per ciò che attiene all'esegesi dell'art. 816 c.p.c. sia dal punto di vista del coordinamento con le norme ritenute applicabili».

<sup>439</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al fatto che gli arbitri sarebbero, in assenza di diverse previsioni in tal senso, vincolati all'applicazione dell'art. 183 c.p.c. con tutte le sue scansioni temporali: sul punto, peraltro, si innesterebbe il tema della possibilità, o meno, per gli arbitri di applicare le preclusioni o di imporre termini a pena di decadenza, posto che il funzionamento della c.d. "appendice scritta" di cui al sesto comma della norma da ultimo richiamata funziona se, ed in quanto, operino le preclusioni ivi previste.

<sup>440</sup> Sul punto, si veda E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 1 ss.

Ed allora, pare da condividere la posizione assunta dalla più attenta dottrina <sup>(441)</sup>, nel senso che il principio della libertà delle forme debba senza dubbio trovare applicazione nell'arbitrato, ma che, tuttavia, quanto alla sua estensione, si impongano talune riflessioni e, soprattutto, sia necessario un suo ridimensionamento: fermo che, come si vedrà meglio oltre, tale principio non può trovare applicazione, se non in misura estremamente ridotta, con riferimento all'istruttoria arbitrale, posto che le norme sulle prove sono (almeno per la maggior parte) poste a tutela di interessi superiori e, dunque, ad esse gli arbitri non possono derogare, se non in limiti ristrettissimi.

In particolare, sembra che l'equivoco di fondo, che ha condotto ad una estensione (talvolta abnorme) del principio in esame, sia da ricercare nel fatto che quest'ultimo è stato interpretato come volto non a sottrarre il procedimento arbitrale al "formalismo" tipico del giudizio ordinario di cognizione <sup>(442)</sup>, quanto a sottrarlo proprio dalla necessaria applicazione di "forme" (o regole) prestabilite: tuttavia, così non può essere, non potendo il principio in esame essere inteso «*come eventualità che il processo arbitrale si svolga senza il rispetto di regole*», dal momento che «*se così fosse risulterebbe divelta alla radice la struttura medesima del processo, ch'è concatenazione di regole, di atti da esse valutati, di posizioni soggettive da esse desunte*» <sup>(443)</sup>.

Un riflesso di tale ultima considerazione è che il principio di libertà delle forme non può essere neppure utilizzato al fine di attribuire agli arbitri «*il potere di fissare le regole processuali non già all'inizio ed una volta per tutte, bensì au fur et à mesure, e di modificarle lungo tutto l'arco del processo*» posto che, per tal modo, «*la "libertà di forme" viene identificata con una discrezionalità (non dico arbitrio) sine die*», il che, tuttavia, «*vulnera il diritto di difesa di ciascuna parte e, suo tramite, il principio*

---

<sup>441</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 637 ss.

<sup>442</sup> Osserva E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 638, che la finalità del principio in esame è quella di «*liberare il processo arbitrale da quello che si ritiene un eccesso di "formalismo" del processo giurisdizionale civile; di regolare l'arbitrato in modo più snello e duttile*».

<sup>443</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 637-638.

*del contraddittorio...»* <sup>(444)</sup>: sul punto, peraltro, pare che una tale rigidità rischi di essere eccessiva – e, pertanto, l’affermazione da ultimo riportata, pur astrattamente condivisibile, meriti di essere temperata alla luce di quanto si è fino a qui scritto – in quanto, come si è detto <sup>(445)</sup>, spesso può risultare difficile individuare, *in limine*, le norme che dovranno regolare l’intero procedimento arbitrale (potendo sempre sopraggiungere questioni processuali imprevedibili). Ed allora, se è condivisibile l’affermazione secondo cui gli arbitri dovrebbero, per quanto possibile, procedere *in limine* ad indicare alle parti – per quanto qui rileva, con riferimento alla fase istruttoria – quali norme, fra quelle aventi carattere meramente ordinatorio, non troveranno applicazione, pare che non si possa impedire loro, ove, nel corso del procedimento arbitrale, dovesse presentarsi la necessità di prendere posizione sull’applicazione, integrale o parziale, di una norma diversa da quelle sulle quali gli arbitri si erano già espressi, di esercitare nuovamente il potere regolamentare, prendendo posizione sulla specifica questione.

Nell’esercizio “integrativo” del loro potere regolamentare, peraltro, gli arbitri sono tenuti, così da preservare il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa della parti, oltre che per evitare, sul piano pratico, qualsivoglia inconveniente, a mettere le parti a conoscenza della loro decisione di disapplicare (ovvero, di applicare solo parzialmente) una norma avente carattere ordinatorio con modalità e tempi tali da consentire a queste ultime di adeguare la loro condotta processuale (dunque, pare di poter dire, con ordinanza resa con congruo anticipo rispetto all’incombente processuale da svolgere).

---

<sup>444</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 637-638. Sul punto, si vedano anche E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo*, cit., 3-4; R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 303 (il quale sottolinea che, una volta scaduto il *dies ad quem*, «successive e frammentarie disposizioni degli arbitri comprometterebbero l’ordinato – e prevedibile – svolgimento del contraddittorio»).

<sup>445</sup> Si vedano, in particolare, il precedente § 1.2. nonché il precedente cap. II.

A mero titolo esemplificativo, volendo considerare uno dei casi già richiamati sopra <sup>(446)</sup>, allorché il collegio arbitrale, non avendo disposto nulla sul punto fino a quel momento, intenda, nel corso del procedimento, disapplicare (parzialmente) l'art. 103 disp. att. c.p.c., prevedendo un termine diverso da quello di sette giorni ivi previsto, dovrà, con l'ordinanza istruttoria mediante la quale ammette la prova orale, indicare alle parti in che termini l'art. 103 disp. att. c.p.c. non troverà applicazione, così che le parti possano tenerne conto al fine di procedere all'intimazione dei testimoni.

Peraltro, non si può non rilevare come la portata del problema in esame sia, sul piano pratico, alquanto limitata, dal momento che, come si è visto, il potere regolamentare degli arbitri è, con riferimento alla fase istruttoria, estremamente ridotto: sicché, anche quando questi ultimi decidano di farne uso, non potranno che limitarsi a disapplicare (in tutto o in parte) solo norme aventi carattere meramente ordinatorio, le quali, proprio per la loro natura, incidono solo in modo marginale sullo svolgimento del procedimento stesso e, dunque, difficilmente possono portare a questioni relative al rispetto del principio del contraddittorio, del diritto di difesa delle parti o, più semplicemente, ad arrecare qualsivoglia pregiudizio alle parti medesime.

### **1.5. I termini di decadenza ed il principio di concentrazione.**

Come si è visto, alle parti è consentito, nell'esercizio del potere regolamentare previsto dall'art. 816-*bis* c.p.c., imporre il rispetto di termini a pena di decadenza e, come pure si è visto, tale previsione pare quantomai opportuna per consentire un ordinato svolgimento del procedimento arbitrale, nel rispetto del principio di concentrazione degli atti processuali <sup>(447)</sup>.

---

<sup>446</sup> Si veda il precedente § 1.3.

<sup>447</sup> Si veda il precedente capitolo II, § 3.

Ciò premesso, non resta che da chiedersi se, in assenza di qualsivoglia indicazione, sul punto, ad opera delle parti, anche agli arbitri sia consentito, nell'esercizio del potere suppletivo loro riservato dal medesimo art. 816-bis c.p.c., fare altrettanto.

Come pure si è già ricordato, del resto, la questione in esame riveste un rilievo centrale nell'ambito della presente indagine, posto che lo svolgimento dell'istruttoria è influenzato in modo determinante dalla presenza, ovvero dalla assenza, di termini perentori <sup>(448)</sup>: ciò, con particolare riferimento proprio al «regime delle istanze istruttorie», posto che, come osservato dalla dottrina, «la definitiva formulazione di esse incide...sull'efficienza delle difese delle parti, condizionata dalla possibilità di conoscere i rispettivi apparati probatori» <sup>(449)</sup>.

Orbene, sul punto pare condivisibile l'orientamento secondo cui anche gli arbitri possono <sup>(450)</sup> imporre il rispetto di termini perentori <sup>(451)</sup>, purché rendano di ciò edotte le parti <sup>(452)</sup>, in modo tale che esse non possano essere colte di sorpresa <sup>(453)</sup>: diversamente, infatti, verrebbe intaccato il loro diritto di difesa e, più in generale, si avrebbe una lesione del principio del contraddittorio <sup>(454)</sup>.

---

<sup>448</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni illustrate al precedente capitolo II, §. 3.

<sup>449</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 310.

<sup>450</sup> G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, cit., 699; G. GARGIULO, *Libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 2016, 1194. *Contra*, D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 741.

<sup>451</sup> Cfr. però G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, cit., 390, il quale afferma che devono essere le parti ad autorizzare gli arbitri ad imporre anche termini perentori.

<sup>452</sup> G. GARGIULO, *op cit.*, 1194-1195, la quale osserva che, diversamente, potrebbe verificarsi la violazione del diritto di difesa delle parti.

<sup>453</sup> Osserva A. ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2015, 769, che «il tribunale arbitrale non deve mai sorprendere le parti, deve al contrario imporsi di essere prevedibile, sia nelle scelte e decisioni interinali, sia nel lodo».

<sup>454</sup> In tal senso, si veda R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 308, il quale osserva pure che, comunque, «ove l'eccessiva brevità del termine assegnato dagli arbitri renda impossibile lo svolgimento della relativa attività processuale, non può negarsi, alla parte che ne abbia ricevuto pregiudizio, il rimedio della impugnativa del lodo per invalidità derivata, sotto il profilo della violazione del principio del contraddittorio». Nel medesimo senso, si vedano: M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto alla difesa*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 770-771; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva*, cit., 699 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, Padova, Cedam, 2012, 26 ss.; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda,



In tal senso si è espressa, anche di recente, la giurisprudenza di legittimità, la quale – in un caso in cui il collegio arbitrale aveva dichiarato una parte «*decaduta dalla facoltà di articolare i propri quesiti e le proprie richieste istruttorie*», senza tuttavia che la perentorietà dei termini, assegnati alle parti, fosse stata, *in limine*, prevista da queste ultime né dagli arbitri – ha ritenuto che il collegio avesse, con ciò, violato il principio del contraddittorio: per quanto qui rileva, la Suprema Corte ha affermato che «*non vi è dubbio che gli arbitri, nel regolare il miglior ordine del procedimento, possano assegnare alle parti dei termini per precisare i quesiti, depositare documenti ed istanze probatorie, produrre memorie ed esporre le loro repliche, nonché fissare tali termini a pena di decadenza*», facendo discendere la violazione del principio del contraddittorio dal fatto che gli arbitri avessero considerato i termini «*come termini perentori...senza, tuttavia, che esistesse né alcuna previsione in tal senso nella convenzione d'arbitrato o in un atto scritto separato, né la previa qualificazione dei termini come perentori nel regolamento processuale che gli arbitri si siano dati, né comunque una specifica avvertenza al riguardo rivolta alle parti al momento della concessione di quei termini, in tal modo essendo essi rimasti ingiustificatamente inadempienti al loro dovere di conoscere compiutamente i punti di vista di tutte le parti del procedimento*»<sup>(455)</sup>.

La conclusione in esame risulta, del resto, in linea con quanto osservato dalla dottrina, la quale ha correttamente posto in evidenza il fatto che, essendo le parti e gli arbitri legati dal contratto di arbitrato, risulterebbe «*contrario a qualsiasi regola di correttezza e buona fede (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.), nonché di logica contrattuale*» che ad una parte (i compromittenti) sia consentito imporre all'altra (gli arbitri) il rispetto di un termine per adempiere l'obbligazione su di essa gravante (si tratta

---

Milano, Ipsoa, 2007, 1339; A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato e le regole del procedimento*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 227-228. *Contra*, nel senso, cioè, della impossibilità, per gli arbitri, di fissare termini di decadenza, si veda D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, cit., 109; M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 89-90; R. VACCARELLA – G. VERDE, *Sub art. 816*, cit., 84 (ancorché questi ultimi si esprimano in tono dubitativo).

<sup>455</sup> Cass. 21 gennaio 2016, n. 1099, in *Foro it.*, 2016, I, 1817.

del termine per la pronuncia del lodo) <sup>(456)</sup> ma che la medesima parte, allo stesso tempo, sia lasciata «libera di disporre del tempo per attività proprie ma da cui l'altra parte non può prescindere» <sup>(457)</sup>.

Ciò non vuol dire che le parti non possono, nell'esercizio – seppur tardivo – del loro potere regolamentare, accettare che, ad esempio, una domanda ovvero, per quanto qui maggiormente rileva, un'istanza istruttoria tardivamente introdotta possano essere esaminate dal collegio arbitrale: in tal caso, tuttavia, facendo applicazione dei principi sopra esposti, sarà necessario che gli arbitri esprimano il proprio consenso e, ove richiedano una proroga del termine per poter deliberare anche sulle ulteriori richieste, questa non potrà essergli negata dalle parti <sup>(458)</sup>.

#### **1.6. Le conseguenze del mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole da essi stessi dettate.**

Il codice di rito non fa discendere alcuna conseguenza dal mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole da essi stessi dettate: si ripropone, pertanto, una situazione analoga a quella – di cui ci si è già occupati <sup>(459)</sup> – che si verifica allorché gli arbitri non facciano applicazione delle regole dettate dalle parti, ove queste ultime non abbiano avuto l'accortezza di “rafforzarle” mediante la previsione della espressa sanzione di nullità, la quale apre la via dell'impugnabilità del lodo ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 7, c.p.c..

Trattasi, comunque, di una situazione foriera di conseguenze meno gravi rispetto a quella che si viene a creare allorché gli arbitri non rispettino le regole dettate dalle parti.

---

<sup>456</sup> Ed infatti, non va dimenticato che la facoltà di prorogare *ex officio* il termine per il deposito del lodo è limitato alle ipotesi tassative previste dall'art. 820, IV comma, c.p.c.

<sup>457</sup> A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato*, cit., 228. Sul punto, si veda anche C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 29-30, il quale sottolinea che gli arbitri, in caso di mancato rispetto del termine per il deposito del lodo, possono essere chiamati a risponderne in sede risarcitoria.

<sup>458</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, Padova, Cedam, 2012, 30.

<sup>459</sup> Si veda il precedente cap. II, § 1.3.

In primo luogo, perché gli arbitri, nel caso di specie, non hanno violato le regole dettate da coloro che sono titolari della situazione giuridica controversa, oltre che loro mandanti, ossia le parti, bensì unicamente le regole che essi stessi si sono imposti.

In secondo luogo, perché, come si è visto, il potere regolamentare degli arbitri, soprattutto con riferimento alla fase istruttoria, è decisamente più limitato rispetto a quello delle parti, sicché l'eventuale violazione avrà ad oggetto norme di carattere meramente ordinatorio e, quindi, ben poco rilevanti nell'ottica del rispetto dei diritti delle parti e, più in generale, del contenuto della decisione <sup>(460)</sup>. Ciò che maggiormente rileva, comunque, è che, a meno che le parti non abbiano espressamente conferito agli arbitri il potere di imporre il rispetto delle forme a pena di nullità <sup>(461)</sup>, «eventuali violazioni di forme stabilite dagli arbitri non sono, di per sé, passibili di essere addotte in sede di impugnazione» <sup>(462)</sup>.

Anche in questo caso, dunque, pare che la violazione delle regole sia destinata a rimanere priva di qualsivoglia sanzione, non potendo essere fatta valere in sede di impugnazione, né potendo giustificare un'azione di responsabilità a carico degli arbitri, fermo il disposto dell'art. 813-ter, III comma, c.p.c., il quale, come noto, prevede che, se il lodo è stato pronunciato, una simile iniziativa possa essere assunta «soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta».

Resta da aggiungere che la difficoltà di ipotizzare una sanzione per il mancato rispetto, da parte degli arbitri, delle regole che essi stessi si sono imposti non pare comportare, diversamente da quanto ritenuto da parte della dottrina, che «tale non osservanza possa costituire in realtà una implicita modifica da parte di essi delle

---

<sup>460</sup> A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 870.

<sup>461</sup> Si veda quanto si è scritto al precedente cap. II, § 1.2., nonché i contributi ivi citati.

<sup>462</sup> G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 187-188; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 293; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, Morano, 1953, 311-312.

*proprie regole»* <sup>(463)</sup>: ed infatti, la violazione sussiste comunque, ancorché l'ordinamento non metta a disposizione delle parti uno strumento idoneo a sanzionarla <sup>(464)</sup>.

## **2. Il divieto di fare uso della scienza privata ed il notorio nel procedimento arbitrale.**

Con riferimento al divieto di fare uso della scienza privata, e del correttivo rappresentato dal notorio <sup>(465)</sup>, non si può che rimandare alle considerazioni già formulate con riferimento alla peculiare applicazione di tale divieto nell'ambito di un giudizio, il procedimento arbitrale, in cui sono le parti a scegliere i giudicanti fra soggetti di loro fiducia e, spesso, fra soggetti dotati di particolari conoscenze o competenze tecniche <sup>(466)</sup>.

Ciò premesso, pare condivisibile l'opinione di chi, in assenza di qualsivoglia indicazione proveniente dalle parti, ritiene che gli arbitri possano <sup>(467)</sup>, nell'esercizio del loro potere regolamentare, allentare le maglie del divieto <sup>(468)</sup>, riconoscendosi la facoltà di fare ricorso ai fatti notori in modo più ampio rispetto a quanto è consentito al giudice togato, purché si tratti di «*cognizioni comuni a*

---

<sup>463</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole*, cit., 630-631, il quale, peraltro, tempera tale affermazione, aggiungendo che «[i]n assenza di obiezione alla modifica ad opera delle parti, la variazione in esame appare legittima».

<sup>464</sup> Sul punto, si veda E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo*, cit., 10-11, il quale, ritenendo inammissibile una simile soluzione, afferma che la violazione delle regole dettate dalle parti o dagli arbitri «assume rilievo per l'inderogabilità unilaterale del principio di consensualità posto a fondamento dell'arbitrato», sicché «non può trovare un trattamento diverso da quello riservato ai principi di ordine pubblico la cui violazione, per comune opinione, vizia il procedimento e la sentenza anche in difetto di una espressa comminatoria».

<sup>465</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di: A. PANZAROLA, *Arbitrato e «fatto notorio»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 603 ss.; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, Giuffrè, 2000, 450; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 723.

<sup>466</sup> Si veda il precedente cap. II, § 2.1.3.

<sup>467</sup> *Contra*, fra gli altri, C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 236, il quale ritiene, come si è detto, che l'art. 115 c.p.c. debba trovare integrale applicazione anche nel procedimento arbitrale, data la sua «collocazione fra le disposizioni generali contenute nel libro I del codice di procedura civile».

<sup>468</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 86.

tutto il collegio, non essendo, evidentemente, ammissibile che un solo componente di esso imponga la propria conoscenza tecnica sulla specifica materia»<sup>(469)</sup>.

### **3. La carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri e l'ipotesi di ricorso all'istituto dell'istruzione preventiva.**

Come si è ripetuto più volte, una delle caratteristiche dell'istituto arbitrale è che gli arbitri, a differenza dei giudici togati, non sono muniti di poteri coercitivi, né tali poteri possono essere attribuiti loro dalle parti (e, tantomeno, è consentito agli arbitri di autoattribuirseli) nell'esercizio del potere regolamentare di cui all'art. 816-bis c.p.c.: come efficacemente osservato dalla dottrina, dunque, essi hanno «*la bilancia, ma non la spada*»<sup>(470)</sup> e ciò può rappresentare un *vulnus* non indifferente con riferimento al diritto di difesa, e soprattutto al diritto alla prova (ed alla controprova), delle parti, non potendo disporre di quei mezzi di prova che gli arbitri, proprio in quanto sforniti di tali poteri, non possono assumere<sup>(471)</sup>. A tale situazione, il legislatore ha posto parziale rimedio mediante l'introduzione, nel 2006, dell'art. 816-ter c.p.c.; tuttavia continua a non essere previsto, all'interno del nostro ordinamento, alcun meccanismo che consenta agli

---

<sup>469</sup> D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 745. Nel medesimo senso, si veda G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 135-136.

<sup>470</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 15. A medesime conclusioni perviene G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 715

<sup>471</sup> Osserva M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter cit.*, 223, con riferimento alla formulazione dell'art. 816-ter c.p.c., che «una disciplina non completa come quella attualmente prevista non può non incidere sullo stesso diritto alla prova costituzionalmente garantito, come manifestazione essenziale del diritto di azione e del diritto di difesa, la cui attuazione concreta sussiste nella misura in cui le parti abbiano la possibilità di fornire nel giudizio, e dunque anche in quello arbitrale, la prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere». Sul punto, cfr. anche F. CARPI, *Profili del contraddittorio, cit.*, 14 ss., il quale sottolinea che si deve «considerare il diritto alla prova come una manifestazione essenziale della garanzia dell'azione e della difesa, la cui attuazione concreta esiste nella misura in cui le parti abbiano la possibilità di fornire la prova in giudizio dei fatti costitutivi del diritto fatto valere. In qualunque giudizio e quindi anche in quello arbitrale» e che «rispetto del diritto alla prova significa effettiva acquisizione al processo dei mezzi di prova, anche con strumenti coattivi». In termini analoghi, si esprime anche F. TOMMASEO, *Patto compromissorio e conciliazione nella consulenza tecnica preventiva: osservazioni a margine dell'art. 696-bis, cod. proc. civ.*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 825

arbitri di chiedere, al di fuori delle ipotesi specificamente individuate in tale norma, l'assistenza dell'a.g.o.

Gli interpreti, pertanto, hanno tentato di sopperire a tale carenza <sup>(472)</sup>: in particolare, autorevole dottrina ha suggerito di fare ricorso all'istituto dell'istruzione preventiva.

La soluzione in discorso è stata elaborata, principalmente, da Tarzia <sup>(473)</sup>, il quale, preso atto della assenza <sup>(474)</sup>, nel nostro ordinamento, di qualsivoglia norma che permetta agli arbitri di ottenere l'ausilio dell'a.g.o. in materia di istruzione probatoria <sup>(475)</sup>, ha rilevato come l'art. 818 c.p.c. consenta, in via generale, «l'esperibilità della tutela cautelare, in tutta la sua estensione, davanti al giudice, nonostante la controversia sia compromessa in arbitri, penda già o non ancora il giudizio arbitrale» <sup>(476)</sup> e che ciò vale anche con riferimento «all'istruzione preventiva». Da ciò discende che, consentendo il ricorso all'istruzione preventiva solo allorché sussista il requisito dell'urgenza, «nel senso comunemente inteso, come pericolo di perdere la fonte di prova», si andrebbe incontro ad una «grave discriminazione», che potrebbe esporsi anche a rilievi di legittimità costituzionale <sup>(477)</sup>, dal momento che le «prove non disponibili dagli arbitri, per il difetto di poteri coercitivi, ... potrebbero essere assunte dal giudice, e quindi utilizzate dagli arbitri, sol quando ricorresse il

---

<sup>472</sup> D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 742.

<sup>473</sup> Si veda G. TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, 719 ss.: contributo, questo, dal quale è tratto il pensiero dell'Autore di seguito riassunto nonché le citazioni ivi riportate. Il medesimo Autore, peraltro, ha avuto modo di ribadire la propria posizione anche dopo l'entrata in vigore della riforma del 1994 (si veda G. TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nel arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, 476 ss.). Sul punto, si vedano anche le considerazioni di G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 716 ss.

<sup>474</sup> La soluzione in discorso è stata elaborata prima dell'introduzione dell'art. 816-ter c.p.c., tuttavia essa resta valida anche oggi, seppure solo con riferimento alle situazioni che non ricadono nella sfera di operatività della norma in discorso.

<sup>475</sup> A tale proposito, si vedano anche D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 742; P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato*, ne *L'arbitrato: profili sostanziali*, rassegna coordinata da G. Alpa, Torino, Utet, 1999, 31; A.M. BERNINI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 1994, 77.

<sup>476</sup> Sul punto, si veda anche l'attuale art. 669-quinquies c.p.c. il quale espressamente prevede che «[s]e la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito».

<sup>477</sup> Dal momento che si verificherebbe una evidente «irragionevolezza della diversità di trattamento delle due situazioni».

*requisito dell'urgenza», nel senso anzidetto, mentre «resterebbero...estraneae al processo arbitrale, e non vi potrebbero essere introdotte neppure per la via indiretta dell'acquisizione giudiziaria, se quel requisito non sussistesse». In altri termini, secondo Tarzia, sarebbe inspiegabile la ragione per cui alla carenza di poteri coercitivi degli arbitri si potrebbe ovviare solo nel caso in cui l'assunzione della prova, da parte dell'a.g.o., sia ritenuta urgente, restando preclusa in tutti gli altri casi.*

La soluzione prospettata dall'Autore, dunque, è quella di considerare il requisito dell'urgenza in maniera più elastica, nel senso, cioè, di ammettere il ricorso all'istruzione preventiva anche in tutti quei casi in cui, pendente il procedimento arbitrale, la carenza di poteri coercitivi degli arbitri sia idonea a far ritenere che la prova non possa essere raccolta per via della mancata, ma necessaria, cooperazione del terzo <sup>(478)</sup>. A tale proposito, è stato da altra parte della dottrina soggiunto che un ulteriore argomento a sostegno della tesi in esame è quello per cui, volendosi attenere al requisito della "urgenza", nell'arbitrato «vi è un'urgenza specifica legata allo spirare del termine ex art. 820 c.p.c.» <sup>(479)</sup>.

Il ricorso all'istituto dell'istruzione preventiva – soluzione che ha raccolto il consenso di parte della dottrina <sup>(480)</sup> – appare condivisibile e, nonostante risulti in

---

<sup>478</sup> In tal senso, osserva Tarzia, si può ritenere che «il "fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni" (art. 692 cit.) sia riferibile qui non solo ai casi consueti, che attengono prevalentemente a stati di salute del teste, ma anche ad altre situazioni a lui facenti capo, come il rifiuto, espresso o tacito, di comparire davanti agli arbitri: un rifiuto che, in difetto della possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo (ex art. 255 c.p.c.) determina una "mancanza" dei testi al processo arbitrale, certa ancor più che fondatamente temuta. Questa mancanza, previamente contestata all'arbitro, ben potrebbe legittimare la parte a richiedere l'assunzione del teste da parte del giudice, così da consentire poi l'acquisizione del verbale al giudizio arbitrale (ex art. 698 c.p.c.)». Le medesime considerazioni, sottolinea sempre l'Autore, valgono anche con riferimento all'accertamento tecnico ed all'ispezione giudiziale di cui all'art. 696 c.p.c.

<sup>479</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 177.

<sup>480</sup> Si vedano, in tal senso, fra gli altri: G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 716 ss; C. CECHELLA, *Disciplina, cit.*, 227; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 176-177; L. SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *riv. arb.*, 1993, 617 ss.

parte “superato” dall’introduzione dell’art. 816-ter c.p.c. <sup>(481)</sup>, il quale introduce talune forme di assistenza dell’a.g.o. agli arbitri in materia di istruzione probatoria, risulta ancora munita di una certa utilità avuto riguardo ai casi in cui la predetta norma non può trovare applicazione, come, ad esempio, con riferimento all’accertamento tecnico ed alle ispezioni giudiziali di cui all’art. 696 c.p.c.

Ciò detto, deve essere comunque rilevato che la dottrina maggioritaria si è sempre dimostrata poco incline ad ammettere una simile soluzione, sottolineando come si tratterebbe di fare applicazione di un istituto, quello dell’istruzione preventiva appunto, «per un’ipotesi ben lontana dalla previsione del legislatore», che va, inoltre, incontro ad un «ostacolo costituito dalla mancanza di qualsiasi relazione tra arbitro e giudice ordinario» e che «poggia sulla assimilazione del processo arbitrale al processo ordinario» nonostante essi andrebbero tenuti «ben distinti» <sup>(482)</sup>. Non solo, ma, più in generale, è stato affermato che gli arbitri non hanno neppure il potere di delegare per l’assunzione della prova l’a.g.o. del luogo in cui l’assunzione deve avvenire, posto che tale strumento «presuppone l’emanazione di un’ordinanza ad hoc del giudice che ha ammesso la prova (art. 203 c.p.c.) e, realizzando una forma di collaborazione interna tra giudici ordinari, implica un vincolo giuridico del giudice delegato rispetto al giudice delegante, vincolo che non

---

<sup>481</sup> Cfr. G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 716 ss., la quale sottolinea che la disciplina prevista dall’art. 819-ter c.p.c. «risulta applicabile alla sola testimonianza, non avendo il legislatore previsto analogo meccanismo di assistenza giudiziaria in presenza di terzi restii ad ottemperare a un ordine di esibizione ovvero a consentire l’accesso a determinati luoghi», sicché, «in tali ipotesi, non resterà che ritenere tuttora operante la proposta interpretativa poco sopra riferita, e ammettere dunque la possibilità che gli arbitri ricorrano – anche in difetto del presupposto dell’“urgenza” – all’istruzione preventiva innanzi all’a.g.o. ai sensi dell’art. 696».

<sup>482</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 136-137, il quale, peraltro, osserva che il problema appare «superato» in seguito alla introduzione dell’art. 816-ter c.p.c., consentendo agli arbitri di chiedere l’ausilio dell’a.g.o. Come si è detto, peraltro, se è vero che la norma in discorso consente di ovviare in parte alla mancanza di poteri coercitivi da parte degli arbitri, non pare in grado di sopperirvi completamente (così come osservato, fra gli altri, da S. LA CHINA, *L’arbitrato, cit.*, 191). Nel medesimo senso, si vedano anche D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 742-743; R. MARENGO, *Lo svolgimento, cit.*, 312.



sussiste nei confronti degli arbitri»<sup>(483)</sup>: conferma, questa, del fatto che, tendenzialmente, la dottrina esclude che si possano instaurare forme di collaborazione tra arbitri ed a.g.o. ulteriori rispetto a quelle espressamente previste.

Ebbene, nonostante la condivisibilità dei rilievi mossi da coloro che si oppongono alla applicazione dell'istituto dell'istruzione preventiva, soprattutto con riferimento al fatto che tale soluzione rappresenti, in una qualche misura, una vera e propria "forzatura", posto che l'istituto in discorso è stato concepito per finalità differenti da quella qui in esame, non pare che simili rilievi siano ostativi al suo utilizzo, dal momento che, a ben vedere, anche in questo caso si tratterebbe di assicurare al processo una prova che, altrimenti, andrebbe perduta, con conseguente lesione di diritti costituzionalmente garantiti quale il diritto di difesa ed il diritto alla prova (ed alla controprova).

Se dunque, la soluzione di consentire il ricorso all'istruzione preventiva risulta condivisibile, resta da sottolineare che tale strumento deve, comunque, essere utilizzato con parsimonia perché – come osservato dalla dottrina – introdurre ipotesi di contatto fra arbitri ed a.g.o. non è necessariamente positivo, comportando «un costo in termini di tempo e complicazioni»<sup>(484)</sup>, soprattutto in un caso, come quello in esame, in cui si tratta di "adattare" un istituto nato per essere utilizzato in fattispecie differenti.

Ciò premesso, pare che una soluzione appagante potrebbe essere, *de jure condendo*, quella già fatta propria – fra gli altri<sup>(485)</sup> – dall'ordinamento elvetico

---

<sup>483</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 245-246. Sul punto, cfr. anche: V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, cit., 830-831; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 714.

<sup>484</sup> S. LA CHINA, *L'arbitrato*, 191. *Contra*, C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 227, il quale ritiene che «sarebbe stato auspicabile (ma la riforma ha taciuto), la previsione di una collaborazione del giudice» ulteriore rispetto a quella, limitata ad un determinato numero di ipotesi tassativamente individuate, di cui all'art. 816-ter c.p.c.

<sup>485</sup> Disposizioni analoghe sono, peraltro, presenti anche in altri ordinamenti. In tal senso, meritano, in particolare, di essere ricordati: il § 1050 della ZPO tedesca; il § 589 della ZPO austriaca; l'art. 21 della legge brasiliana sull'arbitrato (quanto ai profili comparatistici, si vedano: E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 952, nt. 1; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 202;

(<sup>486</sup>): il nuovo codice di procedura civile svizzero, infatti, all'art. 375 (<sup>487</sup>), dopo avere precisato, al primo comma, che è il tribunale arbitrale a procedere «*lui stesso all'assunzione delle prove*», aggiunge che esso «*può chiedere la collaborazione del tribunale statale competente ai sensi dell'articolo 356 capoverso 2 per assumere prove o effettuare altri atti giudiziari. Con il consenso del tribunale arbitrale tale collaborazione può essere chiesta anche da una parte*» (secondo comma) e che «*[g]li arbitri possono partecipare agli atti procedurali del tribunale statale e porre domande*» (terzo comma).

Tale disposizione, che si colloca nel medesimo solco già tracciato dalla Legge Federale sul Diritto Internazionale Privato (LDIP) (<sup>488</sup>), istituisce una stretta collaborazione fra gli arbitri e l'a.g.o. (<sup>489</sup>), tanto che non solo i primi possono rivolgersi ai secondi per «*assumere prove o effettuare altri atti giudiziari*», ma è addirittura loro concesso di partecipare all'assunzione della prova, così da preservare il principio della immediatezza, al fine ultimo di evitare che essi si trovino a dover decidere sulla base di prove assunte da soggetti terzi (nel caso di specie, dal giudice togato), i quali non partecipano poi alla decisione finale.

L'intervento del legislatore del 2006, con l'introduzione dell'art. 816-ter, si è, in effetti, mosso nel senso di instaurare una collaborazione fra arbitri ed a.g.o., tuttavia lo ha fatto in modo "timido": la direzione, tuttavia, sembra quella corretta e, pertanto, si deve sperare che, in occasione del prossimo intervento normativo, vi sia occasione per ampliare tale forma di collaborazione, così da

---

G. TARZIA, *Istruzione preventiva*, cit., 719 ss.; A.M. BERNINI, *Prime riflessioni*, cit., 77; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 264).

<sup>486</sup> Così come già suggerito da F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 674-675.

<sup>487</sup> Rubricato "[a]ssunzione delle prove e collaborazione del tribunale statale".

<sup>488</sup> Il cui art. 184 così dispone: «*[i]l tribunale arbitrale procede lui stesso all'assunzione delle prove*» (I comma); «*[s]e per l'esecuzione della procedura probatoria è necessaria l'assistenza delle autorità giudiziarie dello Stato, il tribunale arbitrale o, con il suo consenso, una parte può chiedere la collaborazione del giudice del luogo di sede del tribunale arbitrale; questo giudice applica il suo proprio diritto*» (II comma).

<sup>489</sup> Sul punto, si vedano: G. TARZIA, *Assistenza e non interferenza*, cit., 476; A.M. BERNINI, *Prime riflessioni*, cit., 77.

avvicinare il nostro ordinamento, fra gli altri, a quello svizzero, il quale, sul punto, rappresenta senza dubbio un modello da imitare.

**4. La disciplina probatoria prevista per il processo ordinario quale *jus commune* applicabile in assenza di diversa (o di parziale) disposizione delle parti e, in via subordinata, degli arbitri.**

Una volta accertati i limiti cui sono sottoposti, rispettivamente, il potere regolamentare delle parti e quello (suppletivo) degli arbitri, resta da chiedersi cosa accada allorché, come di sovente accade, né le prime, né i secondi, si preoccupino di dettare le regole che disciplineranno la fase istruttoria in senso stretto: tema, questo, che, seppure trattato, per ovvie ragioni logiche, in chiusura del presente capitolo, rappresenta, invece, una questione centrale ed ampiamente dibattuta <sup>(490)</sup> nonché, a ben vedere, la pietra d'angolo della presente trattazione.

Tanto è vero che alla soluzione – peraltro, già anticipata a più riprese – di tale, fondamentale, questione si perverrà facendo puntuale applicazione dei principi e, più in generale, delle considerazioni che si sono ampiamente illustrati nei due capitoli che precedono e, in particolare, proprio nel primo capitolo: si tratta, dunque, della “chiusura del cerchio”, ossia della parte del presente elaborato che, sostanzialmente, conferisce un senso profondo alle parti che precedono, soprattutto a quella dedicata ad indagare, in chiave storico-evolutiva, la natura del procedimento arbitrale, con tutte le sue implicazioni <sup>(491)</sup>.

**4.1.** Ciò premesso, non si può che prendere le mosse dalla posizione assunta da autorevole dottrina, la quale – con orientamento qui pienamente condiviso, ed anzi rafforzato, come si vedrà, dall'ormai assodata natura giurisdizionale

---

<sup>490</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 425, parla, a tale proposito, di «tema classico, talmente ricco di snodi problematici da non poter essere evitato».

<sup>491</sup> Il successivo cap. IV, infatti, sarà dedicato a fare applicazione delle conclusioni alle quali si è, fino a qui, pervenuti, verificando come esse debbano declinarsi con riferimento a ciascun singolo mezzo di prova.

dell'arbitrato – sostiene, ancorché facendo leva su motivazioni non sempre assonanti, che, in assenza di diverse disposizioni da parte dei compromittenti e degli arbitri, l'istruzione probatoria debba essere regolata facendo applicazione delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione <sup>(492)</sup>, in quanto compatibili con l'istituto arbitrale <sup>(493)</sup>.

In particolare, l'Autore che, più di tutti, ha dedicato attenzione al tema – Edoardo Ricci <sup>(494)</sup> – è giunto alla conclusione secondo cui la «disciplina dell'ordinario processo civile» risulta «degnata di recezione, ovunque non emergano controindicazioni precise», che egli individua, sostanzialmente, in due ipotesi, ossia quella in cui l'applicazione di tali norme sia «impossibile (per mancanza dei mezzi che sarebbero

---

<sup>492</sup> In tal senso, seppure con differenti sfumature, si sono espressi: E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974, 13 ss.; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 171; T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, Utet, 1974, 891; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 411 ss. e 439; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 425 ss.; A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 870-871; F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, cit., 21 ss.; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, cit., 202; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema cit.*, 301 ss.; C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino, Utet, 2005, 148; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 46; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 1990, 151 ss.; M. ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1016; A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 67-68; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, 187 ss.; R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 304; S. SPECCHIA, *L'arbitrato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2013, 46. Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 237-238, il quale attribuisce particolare rilievo alla collocazione delle diverse norme: con la conseguenza che gli arbitri sarebbero chiamati a rispettare le norme sulle *probationes probatae* nonché le norme sulla ammissibilità delle *probationes probandae*, la cui disciplina è contenuta nel codice civile, mentre – salva diversa disposizione delle parti – sarebbero liberi di non applicare le norme relative al *modus procedendi* per l'assunzione delle *probationes probandae* (e le relative norme sanzionatorie). Meno chiara appare la posizione di P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1730-1731 e di G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 304 ss. e soprattutto 314-317 (il quale, dapprima, sembra sostenere che, se le parti non hanno previsto espressamente l'applicabilità delle norme codicistiche, possono discostarsene in modo anche sensibile, salvo poi, con riferimento alla fase istruttoria, affermare che «il procedimento arbitrale si svolge, "mutatis mutandis", come il giudizio ordinario», richiamando le norme sull'istruttoria dettate, per l'appunto, per il giudizio ordinario di cognizione). N. PICARDI, *Manuale*, cit., 728, precisa, peraltro, che, in assenza di diversa disposizione delle parti o degli arbitri, l'applicazione del I e del II libro del codice di rito richiede, comunque, il benessere delle parti, ancorché le norme contenute in tali libri «assumono la funzione di schema processuale sussidiario, ma che dovranno essere comunque adattati alle peculiari della procedura arbitrale».

<sup>493</sup> Come si è detto al precedente § 1.4., vi è una isolata giurisprudenza (App. Roma, 6 novembre 1995, n. 3198, cit.) secondo cui le norme del codice di rito sarebbero, in assenza di diversa disposizione delle parti e degli arbitri, applicabili, in quanto compatibili, al giudizio arbitrale nel suo complesso (e, dunque, non solo alla fase istruttoria).

<sup>494</sup> Il cui pensiero è trasfuso, con esemplare chiarezza, nella monografia dal titolo *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974.

*necessari allo scopo») e quella in cui essa risulti «illecita (per la presenza di appositi divieti)»: in entrambi i casi, infatti, si tratta di regole «incompatibili» con l'istituto arbitrale<sup>(495)</sup>.*

Il pensiero dell'Autore, che verrà poi ampiamente ripreso allorché ci si intratterrà sull'analisi dei singoli mezzi di prova<sup>(496)</sup>, risulta particolarmente rilevante in quanto, pur essendo stato compiutamente formulato nell'ormai lontano 1974, esso poggia su una motivazione che non solo è ancora attuale ma che, anzi, proprio alla luce della più recente evoluzione normativa ed interpretativa<sup>(497)</sup>, risulta oggi più che mai condivisibile: non a caso, del resto, Edoardo Ricci è da sempre stato<sup>(498)</sup> uno dei più convinti (e, oggi si può dirlo senza timore di essere smentiti, lungimiranti) sostenitori della tesi giurisdizionale dell'arbitrato, ancor prima che gli interventi del legislatore (in particolar modo, quello del 2006) e i successivi arresti della Corte Costituzionale, prima, e della Suprema Corte, poi<sup>(499)</sup>, facessero sì che la tesi da lui sostenuta divenisse diffusa a tal punto da dirsi, ormai, un dato acquisito.

Edoardo Ricci, infatti, giunge ad affermare la "naturale" applicabilità delle norme che regolano l'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione anche all'arbitrato sul presupposto che le prove acquisite nel corso del procedimento arbitrale sono volte a condurre ad una decisione che è destinata ad acquisire, esattamente come la sentenza pronunciata dall'a.g.o., l'efficacia di giudicato<sup>(500)</sup>.

Come si confida di avere ormai ampiamente dimostrato nel primo capitolo, del resto, sussiste un rapporto di alternatività fra il giudizio ordinario ed il

---

<sup>495</sup> E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 13 ss.

<sup>496</sup> Si veda il successivo cap. IV.

<sup>497</sup> Di cui si è dato ampiamente conto al precedente cap. I.

<sup>498</sup> Si vedano, in tal senso, i numerosi contributi richiamati al precedente cap. I.

<sup>499</sup> Si veda il precedente cap. I, § 4.

<sup>500</sup> Nello stesso senso si esprime A. STESURI, *Gli arbitri, cit.*, 67-68, il quale ritiene che sia alle norme del codice di rito che l'arbitro debba guardare, proprio sul presupposto che «[l']obiettivo dell'arbitrato è proprio» quello di «raggiungere un giudicato, il che lo pone come una valida alternativa al giudizio ordinario».

procedimento arbitrale, entrambi volti a condurre al medesimo risultato <sup>(501)</sup>: ed è qui che si comprende a fondo la correlazione essenziale fra natura del procedimento arbitrale e disciplina dell'istruttoria arbitrale, che ha giustificato una così ampia trattazione del tema in apertura del presente lavoro <sup>(502)</sup>.

Proprio prendendo le mosse da tale rapporto di alternatività e di equivalenza <sup>(503)</sup> – che discende dalla ritenuta natura giurisdizionale dell'arbitrato e che, viceversa, come pure si è visto, non può che essere negato da coloro che aderivano (e dai pochi che ancora aderiscono) alla tesi negoziale, in quanto questi ultimi sostengono la ontologica differenza fra tali due strumenti, essendo l'arbitrato destinato a rimanere confinato nell'alveo prettamente privatistico <sup>(504)</sup> – Edoardo Ricci giunge ad affermare che il contenuto di entrambe le decisioni, tanto quella pronunciata dal giudice togato, quanto quella pronunciata dagli arbitri, debba essere determinato facendo applicazione delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione <sup>(505)</sup>, con il solo limite della compatibilità delle medesime con la struttura e le peculiarità del giudizio arbitrale e dei limiti cui sono sottoposti i poteri degli arbitri <sup>(506)</sup>.

---

<sup>501</sup> Osserva, sul punto, E.F. RICCI, *La prova*, cit., 14, che le «regole fissate dal legislatore con lo sguardo rivolto alla verifica del thema probandum da parte della autorità giudiziaria hanno nel sistema un valore paradigmatico, sì da attrarre per forza di cose la attenzione dell'interprete quante volte si debba risolvere una controversia attraverso il formarsi di un giudicato: l'arbitrato, per il semplice fatto di tendere a sua volta a quest'ultimo fine, ponendosi rispetto al processo ordinario in rapporto di alternatività come suo equivalente, offre all'applicazione di tale concetto il più adatto dei terreni: e quando si dice che ogni differenza con la disciplina della lite presso l'autorità giudiziaria deve essere appositamente motivata, si enuncia l'unico canone interpretativo capace di sorreggere l'indagine».

<sup>502</sup> A tale questione, del resto, è dedicato interamente il precedente cap. I.

<sup>503</sup> Sottolineata anche da F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 22. M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 221-222, parla, con riferimento al rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario di cognizione, «dell'equivalenza di risultati ottenibili e dell'alternatività tra i due strumenti di risoluzione della controversia».

<sup>504</sup> Il che risulta con particolare chiarezza dalle parole di A. FUSILLO, *Norme processuali*, cit., 322-323, sulle quali si tornerà nel prosieguo.

<sup>505</sup> N. PICARDI, *Manuale*, cit., 729, sottolinea, infatti, che «[q]uanto all'istruttoria, gli arbitri svolgono una funzione analoga a quella del giudice».

<sup>506</sup> Sul punto, fra gli altro, si vedano anche: A. STESURI, *Gli arbitri*, cit., 68 ss.; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 171.

Peraltro, a ben vedere, è proprio questa considerazione, che affonda le proprie radici nella natura stessa dell'arbitrato e nel rapporto fra quest'ultimo ed il giudizio ordinario <sup>(507)</sup>, a consentire all'Autore di superare la questione relativa alla mancanza, nella disciplina contenuta negli artt. 806 ss. c.p.c., di «*regole di rinvio*» espresso alle norme che regolano il giudizio ordinario di cognizione <sup>(508)</sup>: nel senso, cioè, che spostandosi sul piano delle caratteristiche ontologiche ed intrinseche dell'istituto, si pone su un piano diverso, e certamente prevalente, rispetto al piano "formale" dell'assenza di un preciso riferimento normativo.

Come si diceva, è sufficiente tenere a mente l'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale di cui si è dato conto nel primo capitolo per avvedersi del fatto che le conclusioni ora esposte non possono che risultare, oggi, ancora più rafforzate che non nel 1974 <sup>(509)</sup>.

Ed infatti, va, in primo luogo, considerato che la soluzione in discorso è maggiormente convincente oggi che non nel 1974 in quanto essa poggia su un assunto, quello della natura giurisdizionale del lodo, che, come si confida di avere ormai dimostrato, allora non era certamente pacifico e, anzi, era contestato da più parti: del resto, nel 1974, e dunque prima perfino dell'intervento normativo del 1983 <sup>(510)</sup>, il lodo non era neppure idoneo a produrre effetti vincolanti tra le parti fino a che non fosse stato munito di *exequatur* dal pretore.

---

<sup>507</sup> A tale proposito, si consideri che C. CAVALLINI, *La non contestazione*, cit., 55, seppure al fine di giustificare l'applicabilità, al procedimento arbitrale, del principio di non contestazione di cui alla seconda parte del primo comma dell'art. 115 c.p.c., valorizza proprio la («*ormai ineluttabile*») «*funzione "sostitutiva" che l'arbitrato rituale si propone di assumere, soprattutto (per alcuni) dopo la recente riforma del 2006, rispetto al modello di tutela dei diritti "offerto dall'A.g.o...."*». Non solo, ma l'Autore sottolinea proprio che «*nessun "distinguo" si pone tra l'attività di «giudizio» del giudice e quella dell'arbitro, nella comune e identica esplicitazione della funzione giurisdizionale (cioè di jus dicere rispetto ad un "diritto fatto valere" con osservanza dei requisiti essenziali di ogni forma di tutela – in ambito contenzioso – dei diritti)*».

<sup>508</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 14.

<sup>509</sup> Così come condivisibilmente rilevato da L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 427, la quale ritiene che la conclusione cui è pervenuto Edoardo Ricci «*si imponga oggi con forza maggiore rispetto ad allora*». Nel medesimo senso, si veda anche F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria*, cit., 22.

<sup>510</sup> Mediante il quale, *inter alia*, all'art. 823 c.p.c. è stato aggiunto un nuovo ultimo comma, ai sensi del quale «*[i]l lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima*

Da allora, tuttavia, il dato normativo è ampiamente mutato <sup>(511)</sup>, conferendo al lodo, *ex se*, l'efficacia dapprima (meramente) vincolante fra le parti e, da ultimo, con l'introduzione dell'art. 824-bis c.p.c. <sup>(512)</sup>, espressamente «*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*». La giurisprudenza, dal canto suo, dopo avere inizialmente accolto la tesi giurisdizionale, la ha abbandonata <sup>(513)</sup> per quasi tre lustri, nel periodo compreso fra la c.d. "svolta negoziale" e la c.d. "controsvolta giurisdizionale", ma, a partire dal 2013, la ha riaccolta – grazie anche alla "spinta" della giurisprudenza costituzionale <sup>(514)</sup> – con convinzione e, dunque, oggi è ferma nel ritenere la natura giurisdizionale dell'arbitrato e la sua funzione pienamente sostitutiva del (oltre che la sua fungibilità rispetto al) giudizio ordinario <sup>(515)</sup>.

Già solo sotto questo profilo, può dirsi che la tesi in discorso poggia oggi su basi ancor più solide che non in passato.

Ma non solo. Infatti, dal 1974 ad oggi, il rapporto di piena "alternatività" ed "equiparabilità" <sup>(516)</sup> tra arbitrato e giudizio ordinario è stato ulteriormente riconosciuto ed enfatizzato a livello normativo.

---

*sottoscrizione*», ed è stato espunto il motivo di nullità contenuto nell'art. 825 c.p.c., ai sensi del quale il lodo, ove non depositato nel termine perentorio di cinque giorni dalla pronuncia, doveva considerarsi nullo.

<sup>511</sup> Osserva G. VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al dir.*, 2006, 8, 84, che «*la disciplina finora vigente [e cioè, fino al 2006] si era mossa su di una sottilissima linea di confine, sfruttando ogni spazio per conservare la natura privata dell'istituto, pur dando al lodo una rilevanza diversa da quella propria dei negozi del diritto civile*».

<sup>512</sup> Cfr. F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 22.

<sup>513</sup> Ritenendola, per lo più, non compatibile con le modifiche introdotte in occasione della riforma del 1994: posizione, questa, peraltro non condivisibile sotto plurimi profili (si veda il precedente cap. I, §. 4.2.).

<sup>514</sup> Il riferimento, in particolare, è a Cost., 28 novembre 2001, n. 376, ed a Cost., 19 luglio 2013, n. 223.

<sup>515</sup> Si veda il precedente cap. I, § 4.3.

<sup>516</sup> Come osservato dalla dottrina, del resto, «*è proprio il principio di alternatività tra i due giudizi che, anche laddove l'uno esclude l'altro, segnala in modo chiaro che al raggiungimento di un risultato dotato degli stessi effetti non possono che concorrere regole del tutto analoghe di formazione del convincimento dell'organo chiamato ad esprimere la decisione*» (così L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 428). La medesima Autrice, peraltro, prima della riforma del 2006, aveva già avuto modo di fare riferimento alla «*via dell'equiparazione tra giustizia ordinaria ed arbitrato, sicuramente percorsa dal legislatore negli ultimi anni ed in particolare con la l. n. 25 del 1994*» (L. SALVANESCHI, *Sub art. 3 [Art. 808 c.p.c.]*, in G. TARZIA - R. LUZZATTO - E.F. RICCI,



Si pensi all'introduzione dell'art. 819-ter c.p.c. <sup>(517)</sup>, il quale, nell'accogliere – almeno, secondo l'interpretazione maggiormente diffusa <sup>(518)</sup>, ancorché non pacifica <sup>(519)</sup> – la tesi delle c.d. “vie parallele”, implica che, nel caso in cui le parti

---

*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995, 29.

<sup>517</sup> Norma che, peraltro, come si è detto, è ritenuta dalla dottrina quella che, oltre all'art. 824-bis c.p.c., «*lascia trasparire con più chiarezza l'attribuzione al fenomeno arbitrale di caratteri giurisdizionali*», dal momento che risolve «*in termini di competenza la dibattuta questione dei rapporti tra giudici ed arbitri*» (così F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 515): con specifico riferimento alla norma in esame, si veda il precedente cap. I, § 3.5.

<sup>518</sup> F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 788, ad esempio, sottolinea che «*il nostro legislatore ha confermato i rapporti fra arbitro e giudice secondo il modello delle c.d. vie parallele, che si caratterizza per i seguenti elementi: non vi è la priorità di una rispetto all'altra; la pendenza della controversia in una sede non impedisce la proposizione della domanda nell'altra; il raccordo fra le due vie avviene attraverso le rispettive decisioni*». Nel medesimo senso, fra gli altri, si vedano: M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 357 ss.; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1180 ss.; B. CAPPONI, *Sub art. 819-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009, 877-878; G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 501 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 375 ss.

<sup>519</sup> La questione è alquanto complessa e non è possibile affrontarla in modo approfondito nella presente sede. Tuttavia, merita comunque di essere sottolineato che, secondo altra parte (seppure minoritaria) della dottrina, nel nostro sistema non sarebbe stato accolto il principio delle c.d. “vie parallele”, bensì quello, opposto, della litispendenza c.d. “a senso unico” o “zoppa”, secondo il quale, una volta che è stato adito il collegio arbitrale, verrebbe automaticamente esclusa, fino a che gli arbitri non si sono pronunciati, la *potestas iudicandi* dell'a.g.o.. In particolare, è stato sostenuto che il combinato disposto degli artt. 819-ter ed 817, I comma e II comma, c.p.c. farebbe sì che, «*per l'ipotesi di attuale concorrenza fra sede arbitrale ed altra sede, la competenza degli arbitri a giudicare della convenzione e quindi della propria competenza non solo non è esclusa, ma esclude concorrenti poteri di giudicarla*» (S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 172; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 23; E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 272). In forza di tale orientamento, la lettura combinata, in particolare, dell'art. 819-ter c.p.c. con l'art. 817, II comma, c.p.c., comporterebbe che, «*quanto al giudice civile di fronte a cui sia stata proposta domanda da chi più non voglia l'arbitrato e perciò ne contesti la convenzione, egli potrà giudicarla solo se non venga attivato l'arbitrato, e solo allora potrà trattenerla e rendere sentenza affermando o negante la propria competenza*» (S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 173). Non solo, ma il «*principio della prevalenza dell'arbitrato rispetto al giudizio statale*» sarebbe «*confermato, a scampo di equivoci, dall'art. 819-ter c.p.c.*», essendo il primo comma di detta norma «*chiaro sul punto, affermando la priorità riconosciuta agli arbitri: la norma prevede che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice. Dunque, anche quando sia già instaurato un processo civile, è possibile rivolgersi agli arbitri. Se invece il procedimento arbitrale è già iniziato, ciò preclude che si possa discutere davanti ai giudici statali della convenzione di arbitrato: la legge prevede che in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi a oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato (art. 819-ter, comma 3, c.p.c.)*» (V. SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2013, 564). Rappresentando, in termini ancor più incisivi, il principio in parola, la dottrina, sempre avuto riguardo alle norme vigenti, ha rilevato che «*[c]’è un meccanismo di*

non siano d'accordo circa la riconducibilità della controversia alla sfera di applicabilità della convenzione di arbitrato, la medesima lite possa pendere, contemporaneamente, davanti agli arbitri ed al giudice: il che, come ha osservato autorevole dottrina, «presuppone...che il prodotto finale dei due giudizi non solo porti a un risultato di valenza del tutto equiparabile, come oggi ben chiarisce l'art. 824-bis cod. proc. civ., ma anche che il prodotto stesso si formi attraverso l'applicazione degli stessi principi nell'una o nell'altra sede»<sup>(520)</sup>.

Sempre con riferimento all'art. 819-ter c.p.c., va poi considerato che, con la più volte richiamata sentenza n. 223/2013, la Corte Costituzionale ha dichiarato la «illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 del codice di procedura civile», così da consentire la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda, «la cui necessità ai sensi dell'art. 24 Cost. sembra porsi alla stessa maniera, tanto se la parte abbia errato nello scegliere tra giudice ordinario e giudice speciale, quanto se essa abbia sbagliato nello scegliere tra giudice e arbitro». Ebbene, tale pronuncia, sulla quale ci si è già ampiamente intrattenuti<sup>(521)</sup>, è particolarmente rilevante in quanto sottolinea proprio «l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica», in quanto l'ordinamento «riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione (ove assunta nel rispetto delle norme del codice di procedura civile) ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici».

---

*risoluzione preventiva del conflitto, inserito nell'ultimo comma dell'art. 819-ter» c.p.c., in base al quale «pendente il processo arbitrale, qualora una delle parti adisca il giudice statale sia per fare accertare l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale sia, a nostro avviso, per far decidere la controversia in base al presupposto che la convenzione d'arbitrato sia invalida o inefficace, il giudice non deve dichiarare la litispendenza, ma deve pronunciare l'inammissibilità della domanda» (G. VERDE, Lineamenti, cit., 23).*

<sup>520</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 428.

<sup>521</sup> Si veda il precedente cap. I, § 4.

Il che, come pure si è già sottolineato, incide non solo sulla questione della natura e della funzione dell'arbitrato, ma anche, direttamente, sulla questione dell'istruttoria, in quanto, come osservato dalla dottrina, l'operatività dell'istituto della *translatio iudicii* (o di un istituto analogo) <sup>(522)</sup> anche ai rapporti tra arbitri e giudici, dovrebbe comportare pure, nei confronti del giudice, «*la conservazione degli atti istruttori eventualmente assunti*» dall'arbitro poi dichiarato non competente <sup>(523)</sup>: affinché ciò sia possibile, tuttavia, è necessario che gli arbitri abbiano condotto l'istruttoria facendo applicazione di una disciplina che, ancorché non perfettamente sovrapponibile con quella dettata per il giudizio ordinario di cognizione, risulti, comunque, compatibile con quest'ultima. Diversamente, infatti, per il giudice togato risulterebbe ben difficile, se non addirittura impossibile, utilizzare le prove raccolte dagli arbitri, così frustrando, almeno in parte, i benefici che l'applicazione della *translatio iudicii* (o di un istituto analogo) dovrebbe comportare.

Le considerazioni appena svolte con riferimento alla declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c. ben si attagliano anche ad una recente modifica normativa, sulla quale pure ci si è già ampiamente intrattenuti nel primo capitolo: trattasi dell'introduzione, con il D.l. 12 settembre 2014 n. 132 <sup>(524)</sup>, del c.d. "arbitrato di prosecuzione", il quale si caratterizza per la possibilità, a determinate condizioni, di far "trasmigrare" la causa, pendente davanti al tribunale ovvero alla corte di appello, dall'a.g.o. ad un collegio arbitrale costituito *ad hoc*, nonché di fare "ritrasmigrazione" la medesima causa dagli arbitri all'a.g.o.

Appare evidente che un simile meccanismo – ancorché, come si è visto, è dubbio che possa parlarsi, tecnicamente, di *translatio iudicii* – può reggersi solo se, ed in

---

<sup>522</sup> Infatti, come si è visto, l'interpretazione maggiormente condivisa è quella secondo cui la sentenza della Corte Costituzionale non comporti, necessariamente, l'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*, imponendo, più semplicemente, che gli effetti della domanda proposta nella sede errata vengano fatti comunque salvi.

<sup>523</sup> C. RASIA, *La parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 299.

<sup>524</sup> Convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014 n. 162.

quanto, fra i due strumenti di risoluzione della controversia vi sia quel rapporto di alternatività, di equivalenza e di fungibilità già posto da Edoardo Ricci a fondamento della propria tesi: implica, cioè, il riconoscimento di una piena fungibilità della giustizia togata rispetto a quella arbitrale, la quale trova conferma nel fatto che il legislatore senta la necessità, nella medesima sede, di sottolineare, benché in modo del tutto ridondante, vista l'applicabilità degli artt. 824-bis ed 825 c.p.c., che *“il lodo ha gli stessi effetti della sentenza”*.

Come accade con riferimento al meccanismo della *translatio iudicii*, l'introduzione della fattispecie in esame – che, a ben vedere, risulta molto più rilevante sul piano teorico ed in chiave di un'interpretazione sistematica della disciplina dell'arbitrato <sup>(525)</sup> che non sul piano pratico, non avendo avuto, e non essendo verosimilmente destinata ad avere, alcun successo applicativo <sup>(526)</sup> – si dimostra particolarmente importante proprio con riferimento al tema dell'istruttoria, dal momento che, come osservato dalla dottrina, *«[i]l riferimento alla “prosecuzione” permette di spiegare meglio che le prove acquisite producono effetti anche nel giudizio arbitrale, senza degradare ad argomenti di prova»*, nel senso, cioè, che *«[r]elativamente alle prove, il particolare meccanismo di “prosecuzione” del processo, desumibile dall'inciso “restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda*

---

<sup>525</sup> G. FREZZA, *Trascrizione della domanda di arbitrato (alla luce della l. n. 162 del 2014 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 2013)*, in *Riv. arb.*, 2015, 65-66, proprio facendo riferimento alla sentenza n. 223/2013 della Corte Costituzionale nonché al c.d. “arbitrato di prosecuzione”, sottolinea come tali interventi dimostrino *«[l]’attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione, come dire “sostitutiva” della giustizia pubblica»*.

<sup>526</sup> Osserva A.A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 475, che *«non occorre un occhio molto allenato per intuire che, con ogni probabilità, l'art. 1 cit. sia destinato a ben scarse fortune: è infatti esperienza comune che, tra le parti di una causa in corso, ve ne sia quasi sempre almeno una alla quale la lentezza della procedura non dispiace, o almeno non dispiace abbastanza da accettare di sobbarcarsi, per ovviarle, i costi immediati di un arbitrato, tanto più se collegiale. Quand'anche, poi, si desse l'infrequente caso di contendenti concordi sull'utilità di una definizione da parte di un arbitro, essi dovrebbero saggiamente preferire di abbandonare la lite in corso e promuovere un arbitrato di diritto comune, anziché far impiego del bizzarro marchingegno di nuova introduzione: il che, peraltro, era perfettamente possibile anche prima del decreto-legge»*.

*giudiziale”, porta a ritenere che esse manterranno la loro efficacia propria, senza degradare a meri argomenti di prova ex art. 116 c.p.c., come normalmente avviene»* <sup>(527)</sup>.

In altri termini, il meccanismo di “trasmigrazione” della causa da una sede all’altra, e viceversa, impone che il materiale probatorio sia stato acquisito con meccanismi e modalità omogenee, ancorché non perfettamente sovrapponibili, sia nella fase “arbitrale” che in quella svoltasi davanti all’a.g.o.

Il rapporto di alternatività e di fungibilità fra arbitrato e giudizio ordinario, sulla cui base Edoardo Ricci è pervenuto alla soluzione sopra descritta, come rilevato dalla dottrina, trova conferma anche in quei casi – sui quali non hanno inciso né le recenti riforme né l’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale – in cui è ravvisabile un potere concorrente degli arbitri e dell’a.g.o. e la scelta degli uni, o dell’altra, dipende dal soggetto che agisce in giudizio: è il caso, ad esempio, dell’azione volta ad ottenere la declaratoria della nullità di un contratto contenente la clausola compromissoria, che deve essere deferita alla cognizione degli arbitri, allorché ad agire sia uno dei paciscenti, oppure dell’a.g.o., ove invece ad agire sia un terzo ai sensi dell’art. 1421 c.c.. Ciò comporta che *«la decisione appartenga al potere decisorio concorrente di due organi e, anche se non si tratta della medesima azione, in ragione della differenza soggettiva richiamata, la decisione stessa non può che formarsi nei due ambiti di giudizio sulla base delle stesse regole, pena la lesione di principi di rango costituzionali, quindi il diritto di difesa e quello di uguaglianza nel trattamento di situazioni non dissimili»* <sup>(528)</sup>.

Fermo tutto quanto precede, resta un punto da chiarire: se, come si è detto, l’applicabilità della disciplina, dettata per regolare l’istruttoria del giudizio ordinario di cognizione, anche nel giudizio arbitrale si fonda sulla condivisa natura giurisdizionale e sulla alternatività delle due vie per giungere al

---

<sup>527</sup> L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L. 162/2014)*, in *Judicium*, 12 febbraio 2015, 1, nt. 3, e 8. Sul punto, si veda anche F. CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1146.

<sup>528</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 428.

medesimo risultato, ossia quello di ottenere una pronuncia idonea ad acquisire l'efficacia di giudicato, ci si chiede come sia allora possibile che le parti (e, in minima misura, gli arbitri) abbiano facoltà di apportare talune deroghe a detta disciplina <sup>(529)</sup>.

La domanda è legittima.

Ed infatti, se quel che conta è il fatto che una decisione che è destinata a fare stato a tutti gli effetti, soggettivi ed oggettivi, debba essere resa all'esito di un accertamento svolto secondo determinati criteri e con talune garanzie (che ne assicurino, il più possibile, la correttezza sostanziale), ci si chiede come da questo modello ci si possa discostare, fermo che esso è posto a tutela dell'ordinamento in sé, oltre che delle parti (le quali possono disporre solo della loro situazione sostanziale). Come osservato dalla dottrina, del resto, «*la funzione della prova è appunto quella di fornire strumenti per il conseguimento*» della «*verità*» e «*nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti rilevanti*»: il che risulta «*molto importante perché attiene all'individuazione di una condizione necessaria di giustizia e di legalità delle decisioni giudiziarie*» <sup>(530)</sup>.

Ebbene, qui si annida il passaggio maggiormente delicato, dovendosi temperare, come spesso accade allorché si abbia a che fare con l'istituto arbitrale, l'esigenza di lasciare sfogo alla libertà delle parti con la necessità di assicurare che il lodo, essendo dotato dei medesimi effetti della sentenza pronunciata dall'a.g.o. e, dunque, idoneo a produrre effetti che si riflettono non

---

<sup>529</sup> Si veda il precedente cap. II nonché il § 1.3. del presente cap. III.

<sup>530</sup> M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, Vol. XVI, Torino, Utet, 1997, 16 ss., il quale sottolinea che «*tutte le volte che una norma fa dipendere una conseguenza giuridica dal verificarsi di un fatto, essa non viene correttamente e giustamente applicata se quel fatto non si è verificato, ossia se non si ha un accertamento veritiero delle circostanze che integrano quel fatto*» e che, «*[d]a questo punto di vista, la verità dei fatti si configura come una garanzia di legalità della decisione giudiziaria*». Sul punto, si vedano anche: E.T. LIEBMAN, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 358; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990, 9 ss.

solo nella sfera giuridica delle parti medesime, si fonda su un accertamento svolto nel rispetto di determinate garanzie <sup>(531)</sup>.

A me pare che il punto di equilibrio esista e consenta di tenere insieme la tendenziale applicabilità della disciplina dettata per il giudizio ordinario di cognizione con la possibilità che le parti (e, in misura decisamente ridotta, gli arbitri) esercitino la loro potestà regolamentare.

In particolare, merita di essere ricordato, a tale proposito, che, come sottolineato dalla dottrina, le norme sulle prove sono norme che, essenzialmente, svolgono una «*funzione di garanzia*», sicché i poteri delle parti, che sono le destinatarie di tale forma di tutela, di derogarvi risultano «*estremamente estesi*»: poteri che, peraltro, come osservato dalla medesima dottrina, non possono comunque consentire una deroga delle norme «*sostanziali che servono a decidere la lite*» <sup>(532)</sup>.

Ne discende che le parti, in quanto titolari del diritto (disponibile) devoluto alla cognizione degli arbitri, ben possono derogare, come si è visto, a quelle norme che sono poste, esclusivamente, a garanzia della loro posizione <sup>(533)</sup>.

Viceversa, alle parti non è consentito incidere su quelle norme il cui rispetto è, invece, volto a determinare il contenuto della decisione <sup>(534)</sup> e, per quanto possibile, a garantirne la correttezza (nei termini anzidetti), posto che ciò si

---

<sup>531</sup> Osserva C. CECHELLA, *Disciplina*, cit., 230, che «[l]’autonomia privata, nel fissare le forme del processo arbitrale, può forgiare e affidare agli arbitri un processo a cognizione piena e non un processo a cognizione sommaria, essendo le forme di tutela presupponenti un tale tipo di cognizione sottratte per legge agli arbitri».

<sup>532</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 440.

<sup>533</sup> A. SIRACUSANO – A. MERONE, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, 3951, osservano, richiamando Cass., 22 novembre 1970, n. 2466, che «le norme del codice di procedura civile in materia d’incapacità a testimoniare e i limiti di ammissibilità della prova testimoniale contenuti negli artt. 2721 ss. c.c., possono essere eluse dalle parti dispensando gli arbitri dall’osservarle, poiché dettate nel loro interesse».

<sup>534</sup> Osserva A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 870-871, che l’ordinamento abilita «gli arbitri a disciplinare autonomamente il procedimento in senso stretto e cioè il giudizio nel senso limitato del *modus procedendi*, e perciò, in materia di prova, soltanto l’ammissibilità sul piano formale e le modalità di assunzione o acquisizione al processo, e non tutto il resto e cioè quel che attiene al giudizio in senso proprio (ripartizione dell’onere, valutazione della prova ecc....)». Nel medesimo senso, F. AULETTA, *L’istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell’arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1124, sottolinea come le norme sulle prove abbiano natura differente rispetto alle altre norme procedurali, riguardando «la formazione del giudizio più che [lo] svolgimento del processo».

porrebbe in contrasto con i principi costituzionali, innanzitutto con quello di uguaglianza fra situazioni non dissimili di cui all'art. 3 Cost.: si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso proposto in precedenza e, in particolare, alla posizione dei terzi che risulti incisa dagli effetti (riflessi) prodotti da una decisione che dichiari la nullità di un contratto contenente una clausola compromissoria. Ebbene, non vi è chi non veda come la posizione di questi terzi risulterebbe tutelata nel caso in cui il giudizio che ha condotto alla predetta declaratoria di nullità si fosse svolto davanti all'a.g.o., mentre non lo risulterebbe – o, comunque, non in termini equivalenti – se tale declaratoria fosse stata pronunciata all'esito di un procedimento arbitrale in cui le parti avessero previsto una regolamentazione dell'istruttoria che da quella dettata per il giudizio ordinario di cognizione si discostasse in maniera rilevante (tanto da incidere, cioè, sul contenuto della decisione).

Stante proprio la rilevanza costituzionale della questione, pare allora che il meccanismo tramite cui limitare la potestà regolamentare delle parti sia quello, già anticipato allorché di tale potere ci si è occupati, di prevedere un ampio ricorso al limite derivante dal necessario rispetto dei principi di ordine pubblico.

Ne discende che, allorché ci si interroghi sul fatto che una determinata norma del codice di rito possa essere convenzionalmente derogata, ci si deve chiedere se tale norma sia posta a garanzia esclusiva delle parti oppure se incida sul contenuto della decisione <sup>(535)</sup>: nel primo caso, la deroga potrà essere ammessa, facendo così prevalere l'interesse delle parti; nel secondo caso, invece, tale deroga dovrà essere vietata facendo prevalere, così, l'interesse dell'ordinamento.

Peraltro, dovendosi intendere l'interesse dell'ordinamento nel senso anzidetto, ciò comporta che le norme poste a garanzia della giustizia della decisione non

---

<sup>535</sup> Sul punto, si vedano le osservazioni di P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1731, il quale, con riferimento «ai limiti soggettivi ed oggettivi di ammissibilità delle prove testimoniali», sottolinea che tali limiti «sono per lo più espressione di istanze superiori di giustizia e di equità, alle quali gli arbitri non possono – in assenza di reali controindicazioni normative e di ragioni pressanti per ritenere il contrario – sottrarsi».



possono essere derogate allorché le parti intendano ridurre tale garanzia, mentre nulla osta a che intervengano ove il risultato sia quello di estenderla: una sorta di inderogabilità *in peius* ma derogabilità *in melius*.

Quanto al potere regolamentare degli arbitri, poi, resta da aggiungere che esso, come si è visto, con riferimento alla fase istruttoria è quantomai limitato e, dunque, non pare che esso sia idoneo a derogare a norme del codice di rito che possano incidere sul contenuto della decisione, sicché non pare che si ponga neppure la questione relativa alla sua compatibilità con la normale applicabilità, all'arbitrato, della disciplina sull'istruttoria prevista per il giudizio ordinario di cognizione.

Alla soluzione fatta propria da Edoardo Ricci, e di cui si è dato fino a qui conto, è pervenuta una parte significativa della dottrina, la quale, peraltro, in taluni casi si è avvalsa di ragioni non pienamente conformi con le sue <sup>(536)</sup>.

In particolare, vi è chi ha valorizzato il fatto che ad essa si debba giungere in quanto «*le regole non possono essere stabilite strada facendo, e le uniche che possono essere rinvenute previamente sono proprio quelle fissate dal codice; e perché non può ammettersi...uno svolgimento casuale e disordinato*» <sup>(537)</sup>. In altri termini, è stata, in questo caso, valorizzata non tanto la natura e la funzione dell'arbitrato, quanto la necessità che un processo, per essere tale, sia disciplinato da regole precise e tali regole devono essere stabilite *in limine*: quello arbitrale è un processo e, dunque, la sua «*struttura...è concatenazione di regole, di atti da esse valutati, di posizioni soggettive da esse desunte*», sicché, dovendo comunque essere individuate tali regole, «*il processo deve, in caso d'iniziale silenzio di parti ed arbitro, ritenersi assoggettato, per analogia, alla disciplina della giurisdizione*» <sup>(538)</sup>. Del resto, così come le parti (e, in misura molto ridotta, gli arbitri) sono libere di dettare le regole del procedimento arbitrale, esse sono anche libere di non dettarle, con la

---

<sup>536</sup> A tale proposito, si vedano le osservazioni di M. ZULBERTI, *Querela di falso*, cit., 1016-1017.

<sup>537</sup> R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 304.

<sup>538</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 640.

conseguenza che, almeno con riferimento alla istruttoria in senso stretto, troveranno applicazione, in quanto compatibili con l'arbitrato, le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione: in altri termini, «[t]anto peggio per le parti e per l'arbitro se – prima le une, poi l'altro – non esercitino tempestivamente i poteri loro conferiti», posto che, così facendo, «essi perdono l'occasione di fare dell'arbitrato uno strumento meno ingombrante e più efficace del processo giurisdizionale»<sup>(539)</sup>.

Con motivazione che non si discosta molto da quella da ultimo ricordata, parte della dottrina ha poi valorizzato il fatto che il legislatore ha dettato, con riferimento all'arbitrato, una disciplina dell'istruttoria quantomai scarna dando per «presupposto che, di regola, prova e istruzione probatoria anche nell'arbitrato siano regolare dalle disposizioni dei nostri due codici»: ne discende che «le prove a cui si fa riferimento nell'arbitrato sono quelle indicate nel codice civile» e che «al codice civile bisogna risalire per stabilire l'efficacia probatoria e i criteri di valutazione delle singole prove e al codice di procedura civile per individuare il modello processuale da tener presente per una corretta introduzione delle prove nel processo arbitrale»<sup>(540)</sup>. Anche in questo caso, dunque, non viene dato rilievo alla natura del procedimento arbitrale ed all'attività svolta dagli arbitri, quanto, piuttosto, al fatto che un processo debba essere caratterizzato, *ex ante*, da una precisa disciplina e che, in assenza di diversa determinazione, questa non possa che essere individuata in quella dettata per il giudizio ordinario di cognizione<sup>(541)</sup>.

---

<sup>539</sup> E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme»*, cit., 640.

<sup>540</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 132. Considerazioni analoghe si ritrovano anche in L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 236-237, il quale, seppure in tono che pare dubitativo, afferma che «il silenzio delle parti sulle norme da osservare nel procedimento dovrebbe rendere quantomeno naturale ed automatico, per gli arbitri, l'obbligo di rispettare in linea di principio, fra le “norme di diritto” applicabili, anche quelle “processuali” sull'ammissibilità, sulla deduzione e sull'assunzione delle prove».

<sup>541</sup> Peraltro, il rilievo della natura dell'arbitrato viene comunque ad emergere quando, nell'intrattenersi sul fatto che il medesimo principio non troverebbe applicazione nel caso dell'arbitrato irrituale, l'Autore giustifica tale affermazione sottolineando che «[l]'attività degli arbitri irrituali ha bisogno di istruttoria, non diversamente da qualsiasi attività umana in cui bisogna conoscere prima di operare. Ma è l'istruttoria che normalmente si conduce in funzione della conclusione di un negozio, non al fine dell'emanazione di un giudizio».

Ciò che maggiormente rileva, comunque, è la soluzione cui la dottrina in esame è pervenuta, essendo le motivazioni addotte, in effetti, tutte valide (ancorché quella facente leva sulla natura dell'arbitrato assicuri quella sistematicità che la rende maggiormente convincente), nel senso, cioè, che «*il procedimento arbitrale è, in linea generale, disciplinato dai principi che regolano il processo civile ordinario*», sicché «*in esso, in quanto siano applicabili e sempre che l'osservanza non ne sia stata espressamente o tacitamente esclusa, hanno vigore le norme del codice di procedura civile*»<sup>(542)</sup> e che, in altri termini, ancorché «*manchi una norma di rinvio espresso alle regole del processo civile ordinario in materia di prove*», si deve comunque ritenere che «*proprio queste ultime siano da recepire dai giudicanti privati – in guisa di jus commune – finché risultino compatibili con il sistema alternativo di risoluzione della lite voluto dagli antagonisti*», con la conseguenza che l'applicazione delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione incontra i soli limiti della «*impossibilità*», quando «*gli arbitri difettino dei mezzi che sarebbero altrimenti necessari allo scopo*», e della «*illegittimità*», quando all'azione degli arbitri «*si frappongano apposite proibizioni*»<sup>(543)</sup>.

Resta da aggiungere che, come si è già anticipato, la soluzione del problema sembra prescindere dalla questione relativa alla natura delle norme sulle prove<sup>(544)</sup> e, dunque, se esse debbano essere considerate riconducibili, in tutto o in parte, alla sfera processuale, alla sfera sostanziale ovvero costituiscano una sorta di *tertium genus*<sup>(545)</sup>, rilevando, piuttosto, il dato che le caratterizza: l'essere – eccezion fatta per le sole norme di carattere meramente ordinario, destinate a

---

<sup>542</sup> R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema*, cit., 302.

<sup>543</sup> F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 171.

<sup>544</sup> Diversamente da quanto sembra ritenere G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1988, 503.

<sup>545</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 190. F. DANONI, *L'istruzione probatoria*, cit., 25 osserva che le norme sulle prove «*presentano invero notoriamente una natura composita e una commistione di aspetti sostanziali e processuali (ne costituisce riprova anche la collocazione formalmente bipartita della relativa disciplina, in parte contenuta nel codice civile e in altra parte nel codice di rito). Il diritto probatorio affonda del resto le sue radici nel diritto sostanziale, per poi estrinsecarsi in concreto attraverso lo strumento del processo*».

regolare, sul piano eminentemente pratico, lo svolgimento del procedimento arbitrale – norme che, da una parte, sono volte a determinare il contenuto della decisione e, dall'altra parte, svolgono la funzione di garanzia a tutela delle parti e, più in generale, dell'ordinamento.

A tale proposito, merita però di essere ricordato che autorevole dottrina (Punzi) – pur pervenendo, sostanzialmente, alla soluzione qui prospettata – valorizza la natura delle norme sulle prove e, dunque, la loro collocazione: in particolare, mentre le norme collocate nel codice civile, riguardanti le *probationes probatae* nonché l'ammissibilità delle *probationes probandae*, dovrebbero essere comunque applicate dagli arbitri, quelle contenute nel libro II del codice di rito, relative alle modalità di assunzione delle *probationes probandae*, non dovrebbero trovare applicazione, salvo diversa disposizione delle parti <sup>(546)</sup>.

Come si diceva, la tesi da ultimo richiamata conduce ad una soluzione sostanzialmente sovrapponibile a quella proposta da Edoardo Ricci, limitando il potere degli arbitri di discostarsi dalle norme sulle prove, sostanzialmente, alle sole norme del codice di rito che regolano l'assunzione (sotto il profilo del relativo «*modus procedendi*» e dell'applicazione delle norme sanzionatorie <sup>(547)</sup>). Tuttavia, secondo la tesi qui in esame, ciò vale con riferimento al solo arbitrato di diritto: ed infatti, l'ancorare il dovere di rispettare le norme sulle prove (quantomeno sotto i profili in esame) al dovere degli arbitri di decidere secondo

---

<sup>546</sup> Osserva, in particolare, C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 237 ss. che «*se per le "probationes probatae" l'intero regime positivo è inserito nel codice civile e viene ad integrare quelle regole di diritto che l'arbitro, chiamato a giudicare secondo diritto, deve, in ogni caso, osservare, per le "probationes probandae" è devoluto al libro II del codice di procedura civile non solo il modo di formazione della prova, ma anche la normativa degli effetti di natura sanzionatoria*». Ne discende che «*le probationes probatae hanno un regime sostanziale, che deve essere comunque rispettato dagli arbitri chiamati a giudicare secondo diritto*». La conclusione cui perviene l'Autore, pertanto, è quella secondo cui, negli «*arbitrati di stretto diritto*», devono «*essere rispettate in ogni caso le norme sulle probationes probatae e quelle sull'ammissibilità delle probationes probandae e, solo se espressamente prescritte dalle parti nel patto compromissorio, quelle sul modus procedendi per la loro assunzione e le relative norme sanzionatorie*».

<sup>547</sup> Profilo, quest'ultimo, che, peraltro, riveste ben scarso rilievo, vista l'assenza, in capo agli arbitri, di poteri coercitivi.

diritto, comporta che, allorché gli arbitri siano stati autorizzati a decidere secondo equità *ex art. 822 c.p.c.*, essi non sono più tenuti a rispettare, fra le regole di diritto, neppure le norme sulle prove <sup>(548)</sup>.

La tesi sostenuta da Punzi, particolarmente interessante, merita, peraltro, talune brevi annotazioni.

Innanzitutto, essa dimostra come la posizione assunta con riferimento alla natura del procedimento arbitrale finisca per influenzare la soluzione della maggior parte delle questioni relative all'arbitrato, compresa quella oggetto della presente trattazione: non a caso, Edoardo Ricci e Carmine Punzi <sup>(549)</sup>, pur giungendo ad una soluzione sostanzialmente analoga, sono stati costretti a percorrere due vie fra loro incompatibili, dal momento che il primo ha fondato il proprio ragionamento su un assunto – quello della natura giurisdizionale dell'arbitrato e della sua alternatività rispetto al giudizio ordinario, essendo anche il lodo destinato a passare in giudicato esattamente come la sentenza pronunciata dall'a.g.o. – che è stato sempre fermamente negato dal secondo <sup>(550)</sup>.

Inoltre, non pare del tutto condivisibile l'affermazione secondo cui l'autorizzazione a decidere secondo equità svincoli del tutto gli arbitri dal rispetto delle norme sulle prove <sup>(551)</sup>, anche a volere considerare le norme sulle

---

<sup>548</sup> Ed infatti, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 239, dopo avere esposto la tesi di cui sopra si è detto con riferimento all'arbitrato di diritto, prosegue affermando che «*il problema deve essere risolto in senso opposto per gli arbitrati di equità in relazione ai quali deve riconoscersi la piena libertà degli arbitri rispetto al regime legale delle prove*».

<sup>549</sup> Fra i più convinti sostenitori, l'uno della tesi giurisdizionale, l'altro della tesi negoziale, dell'arbitrato: si veda il precedente cap. I.

<sup>550</sup> Salvo un “ammorbidente” della posizione proprio di recente: si veda C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3 ss., mediante il quale – come osservato da autorevole dottrina – si è avuto, da parte di Punzi, «*un significativo avvicinamento al compianto Edoardo Ricci*» (così F. CARPI, *Note su arbitrato, cit.*, 2015, 1148). Sul punto, si vedano anche le interessanti riflessioni di N. PICARDI, *Manuale, cit.*, 742 ss.; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007.

<sup>551</sup> Con riferimento al rapporto fra norme processuali ed arbitrato di equità, si vedano P. PETRONE – A.M. MATTEUCCI, *Giudizio di equità*, in *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997, 303-305. Osserva W. RUOSI, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, Utet, 2010, 3291, che «*[p]er quanto riguarda l'assunzione probatoria nell'arbitrato di equità, non si riscontrano diversità di*

prove come ordinarie norme di diritto <sup>(552)</sup>. Ed infatti, autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità non significa svincolarli, *sic et simpliciter*, dal rispetto delle norme di diritto, bensì solo consentire loro di discostarsene allorché l'applicazione, nel caso concreto, di queste ultime conduca a risultati ritenuti dagli arbitri iniqui: ne discende che parrebbe più corretto affermare che gli arbitri siano comunque vincolati al rispetto delle norme sulle prove, avendo però la possibilità di discostarsene ove esse conducano a risultati iniqui. Per tal modo, le differenze fra arbitrato di diritto ed arbitrato di equità, sotto questo profilo, verrebbero ridimensionate, anche perché riesce difficile ipotizzare casi in cui l'applicazione delle norme sulle prove (che, come si è detto, rivestono, sostanzialmente, funzione di garanzia sia per le parti che per l'ordinamento, nell'accezione sopra descritta) sia idonea a produrre effetti iniqui.

In conclusione, pare di potersi affermare che la tesi della applicabilità, nel silenzio delle parti (e, per quanto può rilevare, degli arbitri), delle norme che disciplinano l'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione, oltre che autorevolmente sostenuta, risulti pienamente convincente e, dunque, meriti di essere condivisa: fra le diverse ragioni addotte a sostegno di tale tesi, e delle quali si è dato fino a qui conto, peraltro, ritengo di condividere maggiormente quella fatta propria da Edoardo Ricci.

Ciò, dal momento che la valorizzazione della natura e della funzione dell'arbitrato, quali ragioni che conducono alla applicazione delle predette

---

*poteri istruttori degli arbitri di equità, da quelli di puro diritto, né si può sostenere che in un giudizio si miri a risultanze più veritiere, che nell'altro. Basta a dirimere la questione sul punto la consapevolezza che la natura dell'equità non attiene alla fase istruttoria, in punto di accertamento del fatto, quanto al momento applicativo della norma, sostituita dal principio equitativo, che rimane estraneo all'accertamento del fatto».*

<sup>552</sup> Osserva F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, cit., 1123, seppure con specifico riferimento al tema della consulenza tecnica d'ufficio, che i profili relativi all'applicabilità di tale istituto nell'arbitrato risultano sostanzialmente insensibili rispetto al fatto che si tratti di un arbitrato di diritto ovvero di equità, posto che il «*criterio di giudizio ex bono et aequo non soltanto attiene al merito piuttosto che al rito, ma in aggiunta appare strettamente conferente alla "deliberazione", secondo la rubrica dell'art. 822 c.p.c., ossia al solo momento del "decidere" (art. 829 cpv. c.p.c.)*».

norme, conferisce alla soluzione in discorso quel sostegno sistematico che ne consente un'applicazione generalizzata, che prescinde, cioè, dall'assenza di richiami espliciti, negli artt. 806 ss. c.p.c., alle norme del libro II del codice di rito, e che non comporta distinzioni fra arbitrato di diritto ed arbitrato di equità.

**4.2.** La soluzione che, come si è detto, pare preferibile, è tuttavia avversata da parte della dottrina, la quale esclude che, nel silenzio delle parti (e degli arbitri), «l'applicabilità delle norme del c.p.c. debba imporsi come tale, con i caratteri di un automatismo»: di talché, l'«invocabilità di talune norme o di taluni istituti propri del processo ordinario di cognizione potrà, tutt'al più, configurarsi nei limiti di un mero richiamo analogico, spesso emergente caso per caso come implicito e scontato dai provvedimenti ordinatori, che gli arbitri, in forza del comma 2 del cit. art. 816 [oggi art. 816-bis c.p.c.], assumano in concreto, al fine di instaurare compiutamente il contraddittorio fra le parti ed organizzare le fasi susseguenti di trattazione e/o istruzione»<sup>(553)</sup>.

La conseguenza, per quanto maggiormente rileva ai fini della presente indagine, è che, «nel caso in cui le parti nulla dispongano, i veri signori della fase istruttoria sono gli arbitri, i quali non sono tenuti al rispetto delle regole dei codici per la disciplina delle prove»<sup>(554)</sup>.

A dimostrazione di quanto si è detto al precedente § 4.1. con riferimento alla stretta correlazione fra natura del procedimento arbitrale ed applicazione delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, deve essere considerato che

---

<sup>553</sup> L.P. COMOGLIO, *Note, cit.*, 691. Nel medesimo senso, si vedano: S. SATTA, *Sub art. 816*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959 (rist. 1968), 277; S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007, 1342-1343. Sempre in senso analogo, ancorché con riferimento, più in generale, alle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione (dunque, non con specifico riferimento alle regole che disciplinano l'istruttoria), si vedano: M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole, cit.*, 631; A. FUSILLO, *Norme processuali, cit.*, 322-323. In tono dubitativo, sembra esprimersi invece L. BIANCHI, *Arbitrato e verifica della scrittura privata*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 842 ss., soprattutto nt. 10.

<sup>554</sup> G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria, cit.*, 187-188: si noti, peraltro, che, pur prendendo le mosse da questa premessa, l'Autore, nel prosieguo (pagg. 190 ss.), tempera sensibilmente tale affermazione.

parte della dottrina che sostiene la tesi qui illustrata è giunta ad affermare che «tutte quelle norme processuali che trovano la loro radice genetica nella natura giurisdizionale dell'attività svolta dal giudice non potranno essere applicate al processo arbitrale», posto che l'«attività cognitiva degli arbitri...non ha natura giurisdizionale...bensì si svolge solo ed esclusivamente sul piano contrattuale»<sup>(555)</sup>: partendo da una premessa opposta rispetto a quella fatta propria dalla maggior parte dei sostenitori della tesi della applicabilità “automatica” delle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione<sup>(556)</sup>, dunque, si giunge, coerentemente, ad una soluzione opposta rispetto a quella sostenuta da questi ultimi.

La premessa da cui muovono i sostenitori della tesi qui presa in considerazione, tuttavia, risulta oggi, per le ragioni già ampiamente illustrate<sup>(557)</sup>, ben difficilmente sostenibile, il che non può che travolgere l'intero sillogismo che su tale premessa poggia: del resto, risulta arduo sostenere che le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione non possano trovare applicazione “automatica” in ragione del fatto che l'arbitrato, a differenza del giudizio ordinario, ha natura prettamente contrattuale, quando il legislatore, suffragato dall'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie, mostra di avere ormai pienamente riconosciuto la natura giurisdizionale dell'arbitrato.

Altri, invece, sono giunti a sostenere la soluzione qui presa in esame senza negare la funzione pienamente sostitutiva dell'arbitrato rispetto alla giustizia togata: e lo hanno fatto sulla base di una diversa riflessione, quella per cui sarebbe da escludere «il valore paradigmatico...delle regole per l'accertamento del fatto di cui all'ordinario giudizio di cognizione tutte le volte che il provvedimento finale tenda alla formazione del giudicato», dal momento che «lo schema procedimentale di cui al

---

<sup>555</sup> A. FUSILLO, *Norme processuali*, cit., 323.

<sup>556</sup> Come si è visto al precedente § 4.1., infatti, vi sono anche Autori che non giustificano la propria adesione alla tesi della automatica applicabilità delle norme che disciplinano il giudizio ordinario di cognizione facendo riferimento alla natura del procedimento arbitrale.

<sup>557</sup> Si veda il precedente cap. I.



*secondo libro del codice rappresenta solo uno dei possibili modelli, ben potendo il risultato finale (cioè il giudicato sostanziale) raggiungersi anche per altra via»* <sup>(558)</sup>.

L'argomentazione in discorso risulta, ad oggi, sicuramente maggiormente condivisibile rispetto a quella prospettata poco sopra (non negando la natura giurisdizionale dell'arbitrato e la sua funzione sostitutiva rispetto alla giustizia togata), tuttavia non pare, comunque, in grado di scalfire la soluzione proposta, fra gli altri, da Edoardo Ricci, dal momento che, se è vero che esistono altri "modelli" <sup>(559)</sup> che possono condurre al giudicato, è altrettanto vero che ciò non fa venire meno affatto il ruolo paradigmatico svolto dalle norme contenute nel II Libro del codice di rito. In altri termini, i procedimenti speciali sono disciplinati mediante norme, in qualche misura, derogatorie rispetto a quelle dettate per il giudizio ordinario di cognizione, il che dimostra proprio come quest'ultimo sia il *corpus* di riferimento per ogni forma di giudizio <sup>(560)</sup>.

Del resto, non si può non rilevare come, a ben vedere, anche chi esclude che possa sussistere un automatismo fra mancanza, o incompletezza, delle regole dettate dalle parti (o dagli arbitri) ed applicazione, in quanto compatibili, delle norme dettate per l'istruttoria del giudizio ordinario di cognizione, giunga, tendenzialmente, alla conclusione che, quale modello di riferimento, gli arbitri si avvarranno della disciplina dettata per quest'ultimo: in altri termini, anche coloro che non aderiscono alla tesi sostenuta nel presente elaborato, riconoscono, quantomeno, che le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione

---

<sup>558</sup> L. BIANCHI, *Arbitrato*, cit., 843 ss., nt. 10, il quale richiama l'attenzione sul «c.d. giudizio camerale sui diritti» e sul giudizio sommario di cognizione di cui all'art. 702-bis c.p.c..

<sup>559</sup> Oltre a quello di cui al libro II del codice di rito.

<sup>560</sup> Si consideri, ad esempio, che il giudizio regolato dall'art. 702-bis – al quale fa riferimento la dottrina richiamata sopra – è "sommario" proprio rispetto a quello regolato dal libro II del codice di rito, a dimostrazione del fatto che è a quest'ultimo che bisogna guardare come modello quando la legge – ovvero, nel caso del giudizio arbitrale, le parti – non disponga diversamente. A conferma di ciò, è sufficiente osservare l'art. 702-ter, III comma, c.p.c., il quale prevede che, ove ritenga che «*le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria*», il giudice è tenuto a fissare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e, in tal caso, «*si applicano le disposizioni del libro II*» del codice di rito: a dimostrazione del fatto che, ove non sussistano i particolari requisiti che consentono l'applicazione della disciplina speciale di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c., è al libro II che si deve fare riferimento.

rappresentino il modello di riferimento, al quale gli arbitri, di regola, si atterranno <sup>(561)</sup>.

Non solo, ma, chi sostiene – quantomeno in linea di principio – la non applicabilità automatica delle norme sulle prove dettate per il giudizio ordinario di cognizione, non è infrequente che poi giunga, sostanzialmente, ad una conclusione che non si discosta molto da quella propria della tesi avversata. In particolare, pur affermando la non estensibilità della disciplina codicistica all'arbitrato, parte della dottrina precisa che gli arbitri non dovrebbero discostarsi dai «*criteri di valutazione delle prove*» previsti dal codice di rito, in quanto rispondenti «*essenzialmente ad esigenze di ordine logico (oltre che giuridico), le quali debbono essere rispettate anche dai giudici privati, se non si vuole fare del processo arbitrale un iter il cui esito finale sia affidato alle circostanze del caso*»; viene, inoltre, precisato che medesime considerazioni valgono per la «*rilevanza delle prove*»; poi, quanto alla «*ammissibilità delle prove*», viene sottolineato che vale «*la considerazione che l'arbitrato...è pur sempre ambito nel quale far operare canoni di giustizia*», pertanto «*gli arbitri dovrebbero attenersi ai requisiti di ammissibilità delle prove richiesti per il processo di cognizione piena*» <sup>(562)</sup>. Un margine di manovra più ampio viene, invece, attribuito agli arbitri con riferimento alla assunzione delle prove <sup>(563)</sup>, anche se, in conclusione, si perviene comunque ad affermare che «*non si può non essere obiettivi e non considerare che le modalità di acquisizione delle prove nel corso di un*

---

<sup>561</sup> L.P. COMOGLIO, *Note, cit.*, 685. Osserva G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria, cit.*, 194, che gli arbitri «*saranno naturaliter spinti ad aderire all'impostazione che è offerta loro dal legislatore*», anche perché tali norme, «*oltre che rispondere ad esigenze di carattere giuridico, assolvono anche alla funzione pratica di rendere quanto più celere e fruttuosa l'acquisizione di ogni elemento di prova ed è evidente che quella sarà, nella quasi totalità dei casi, la strada seguita anche dai giudici privati*». Sul punto, cfr. anche G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva, cit.*, 700-701.

<sup>562</sup> G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria, cit.*, 191-193, il quale, peraltro, sotto il profilo dell'ammissibilità delle prove, formula una considerazione interessante: osserva che, sul punto, talune deroghe «*potrebbero, entro opportuni limiti, concepirsi*» allorché si tratti di deroghe *in bonam partem*, ossia volte ad ampliare l'ammissibilità dei mezzi di prova, mentre sarebbero sempre precluse, anche perché confliggente con il diritto di difesa delle parti, le deroghe *in malam partem*, ossia quelle tese a restringere l'area dell'ammissibilità.

<sup>563</sup> Giungendo ad ipotizzare, ad esempio, la possibilità di dare ingresso ad «*una prova testimoniale anche senza previa formulazione dei capitoli di prova*».

*processo non possono più di tanto discostarsi dagli schemi predisposti dal codice di rito»*<sup>(564)</sup>.

In conclusione, dunque, pare che, per le ragioni illustrate sopra, la tesi che nega l'applicabilità "automatica" all'arbitrato delle norme che disciplinano l'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione non sia da condividere.

**4.3.** L'accoglimento della tesi secondo cui le norme che regolano l'istruttoria davanti all'a.g.o. devono trovare, salve le (pur limitate) deroghe di cui si è detto fino a qui, applicazione anche nel giudizio arbitrale, comporta che, ove gli arbitri non dovessero attenervisi, il lodo sarebbe impugnabile in quanto pronunciato in violazione di norme di diritto che attengono al merito della controversia: ed infatti, come rilevato dalla dottrina, *«la violazione delle norme in materia di prove costituisce violazione di regole di diritto e non mero vizio processuale»*<sup>(565)</sup>.

Sul punto, peraltro, non può non essere considerato che, salvo il caso in cui le parti si siano avvalse della facoltà di imporre il rispetto delle forme a pena di nullità<sup>(566)</sup>, una simile violazione sembra destinata, il più delle volte, a rimanere priva di sanzione<sup>(567)</sup>, sia in forza del disposto dell'art. 829, II comma, c.p.c. che in forza dell'art. 829, III comma, c.p.c.

Infatti, mentre la prima norma impone alla parte di eccepire nella *«prima istanza o difesa successiva la violazione»*, pena la sanatoria del vizio, la seconda prevede che, a meno che non sia espressamente prevista dalle parti (o dalla legge), l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto risulta preclusa. Ne

---

<sup>564</sup> G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria*, cit., 193.

<sup>565</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 432. Della medesima Autrice, si veda anche *Sub art. 829*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 914, in cui viene sottolineato che, fra le regole di diritto relative al merito della controversia, vanno ricomprese *«anche tutte le disposizioni in materia di onere della prova, efficacia e ammissibilità dei mezzi di prova, in quanto si tratta di vizi che, “nonostante derivino da violazione di norme in senso lato ‘processuali’, incidono sul contenuto del giudizio di merito, rilevando per i loro riflessi sulla soluzione dei così detti ‘sillogismi preparatori’ sul fatto”*». Nel medesimo senso, si veda anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, Giuffrè, 2009, 252.

<sup>566</sup> Cfr. art. 829, I comma, n. 7, c.p.c.

<sup>567</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 432-433.

discende, che, nella maggior parte dei casi, «una via impugnatoria avverso opzioni sorprendenti o sperequate degli arbitri nel delicatissimo settore della prova è aperta sempre attraverso il sindacato della vulnerazione del contraddittorio e/o dell'ordine pubblico processuale»<sup>(568)</sup>: pertanto, solo nel caso in cui la violazione delle norme in discorso produca effetti a tal punto lesivi per i diritti delle parti da integrare una violazione delle norme di ordine pubblico o, comunque, del contraddittorio<sup>(569)</sup>.

Ciò che, peraltro, non fa venire meno la sussistenza della violazione in discorso<sup>(570)</sup>: semplicemente, essa non è sempre ritenuta dall'ordinamento tale da condurre all'annullamento del lodo<sup>(571)</sup>.

---

<sup>568</sup> A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 872.

<sup>569</sup> In tal caso, infatti, il lodo può essere impugnato – a prescindere da qualsivoglia manifestazione di volontà in tal senso delle parti – ai sensi dell'art. 829, I comma, n. 9, c.p.c., oppure dell'art. 829, II comma, ultima parte, c.p.c.

<sup>570</sup> A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova*, cit., 871 ss.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 432-433. Sul punto, cfr. anche E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo*, cit., 10.

<sup>571</sup> Cfr. però le considerazioni di P.L. NELA, *Sub art. 829*, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007, 1871-1872.

## CAPITOLO IV: IL DATO NORMATIVO E I SINGOLI MEZZI DI PROVA

Giunti a questo punto della trattazione, si possono dare per assodati taluni dati, dai quali prendere le mosse per proseguire nell'analisi: il primo è che, nella maggior parte dei casi, né le parti, né gli arbitri, fanno uso del potere regolamentare loro attribuito dall'art. 816-*bis* c.p.c. <sup>(572)</sup>; il secondo è che, in tal caso, devono trovare applicazione, per quanto concerne l'istruttoria, le norme che disciplinano il giudizio ordinario di cognizione.

Nel presente capitolo, ci si intratterà, dunque, nella illustrazione delle modalità mediante le quali – in assenza di specifiche disposizioni delle parti e degli arbitri – questi ultimi sono tenuti a regolare la fase istruttoria del procedimento arbitrale, con particolare riferimento a ciascun singolo mezzo di prova.

### **1. La disciplina dell'istruzione probatoria nel procedimento arbitrale contenuta nell'art. 819-*ter* c.p.c. (e nell'art. 820 c.p.c.).**

Se è vero che la disciplina dell'istruttoria arbitrale risulta quantomai lacunosa, tanto che, come si è visto, centrale è il tema relativo alle modalità mediante le quali colmare tali lacune, è altrettanto vero che, volendocisi occupare dei temi sopra brevemente tratteggiati, non si può che prendere le mosse dall'art. 816-*ter* c.p.c. <sup>(573)</sup>: norma, questa, che, con tutti i suoi limiti, contiene le poche norme che il legislatore ha dedicato, per l'appunto, all'istruttoria arbitrale.

---

<sup>572</sup> O, al più, si limitano a fare rinvio alle norme del codice di rito dettate per il giudizio ordinario di cognizione: il che, tuttavia, ai fini che qui rilevano risulta, sostanzialmente, irrilevante, come si è già dimostrato al precedente cap. III, § 4.

<sup>573</sup> Norma, questa, introdotta dal legislatore in occasione della riforma del 2006 ed all'interno della quale è stato trasfuso (anche) il contenuto del previgente art. 816, V comma c.p.c. (il quale prevedeva che «[g]li atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri a uno di essi») nonché del previgente art. 819-*ter* c.p.c. (il quale disponeva che: «[g]li arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono»).

A tale proposito, merita fin d'ora di essere rilevato, trattandosi di circostanza che riguarda la scelta di fondo che sta alla base dell'art. 816-ter c.p.c., che il legislatore fa espressamente richiamo – anche ove ciò appaia del tutto superfluo, come si vedrà nel prosieguo – ad *“istituti probatori tipici”* e ciò, come sottolineato da autorevole dottrina, risulta particolarmente importante, avendo *«il pregio (non indifferente) di rendere del tutto naturale e assai più agevole agli arbitri – anche nel totale (e frequente) silenzio delle parti, circa la determinazione delle norme del procedimento che essi devono osservare – il rischiamo delle corrispondenti disposizioni normative del processo ordinario, entro i limiti di compatibilità strutturale...nonché con il rispetto dei principi inderogabili del “giusto procedimento” arbitrale»* <sup>(574)</sup>.

### **1.1. La facoltà di delega dell'istruttoria o di singoli atti di istruzione.**

L'art. 816-ter, I comma, c.p.c. prevede, innanzitutto, che *«[l]’istruttoria o i singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi»*.

L'attuale formulazione della norma in discorso è frutto della riforma del 2006, posto che il precedente art. 816, V comma, c.p.c. prevedeva unicamente la possibilità di delegare ad uno dei membri del collegio arbitrale lo svolgimento di singoli atti istruttori, e non l'intera istruttoria: innovazione, questa, che è stata salutata da una parte della dottrina con favore, in quanto ritenuta foriera di *«evidenti benefici pratici in termini di speditezza e di semplificazione»* <sup>(575)</sup>, tuttavia la gran parte degli interpreti ne ha fornito, e continua a fornirne, un giudizio decisamente sfavorevole <sup>(576)</sup>.

La verità è che, come subito si vedrà, l'istituto della delega in materia istruttoria è stato, da sempre (e dunque, indipendentemente dalle modifiche introdotte con la

---

<sup>574</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010, 244.

<sup>575</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 243.

<sup>576</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, Cedam, 2010, 838, il quale afferma che il legislatore avrebbe dovuto approfittare dell'occasione per eliminare del tutto la facoltà di delega. Del resto, l'istituto delle delega istruttoria in sede arbitrale era stata fortemente criticata da autorevole dottrina già prima del 2006: in tal senso, fra gli altri, si veda E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974, 133-134.

riforma del 2006), oggetto di forti critiche da parte degli interpreti: critiche che, peraltro, non sembrano affatto infondate.

Ed infatti, non si può non considerare che delegare, ad alcuni soltanto dei membri del collegio arbitrale, lo svolgimento di taluni atti istruttori, e a maggior ragione di «*tutta l'attività in materia di raccolta delle prove*»<sup>(577)</sup>, comporta una evidente «*eccezione al principio della collegialità dell'arbitrato*»<sup>(578)</sup>, che, come si è già avuto modo di sottolineare, rappresenta invece un principio rilevante, di cui si deve fare applicazione ogniqualvolta ciò sia possibile<sup>(579)</sup>.

Non solo, ma la delega comporta una vistosa deroga al principio di immediatezza<sup>(580)</sup>, dal momento che rimettere l'assunzione di taluni mezzi di prova ad alcuni soltanto dei membri del collegio arbitrale comporta, quale necessaria conseguenza, che «*le prove non siano raccolte da tutte le persone che devono decidere*»<sup>(581)</sup>: gli arbitri che non hanno partecipato all'assunzione, dunque, saranno costretti a basarsi su ciò che è stato verbalizzato dall'arbitro delegato

---

<sup>577</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010, 217.

<sup>578</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 421. Nel medesimo senso, si vedano anche: S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè 2011, 190; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 257. Con particolare riferimento al particolare atteggiarsi del principio di collegialità nell'ambito del procedimento arbitrale, si veda C. PUNZI, *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 646 ss.

<sup>579</sup> Si veda il precedente cap. III, § 1.3.

<sup>580</sup> R. MARENCO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 797: deroga che, sottolinea l'Autore, «*suscita qualche perplessità in arbitrato*». Sul punto, cfr. anche G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, in A. BRIGUGLIO - B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Vol. III, Tomo II, *Arbitrato*, Padova, Cedam, 2009, 711 ss.; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella, Torino, Utet, 358. Con riferimento al principio in esame, si veda l'approfondita analisi svolta da C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, Padova, Cedam, 242.

<sup>581</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 59-60, il quale riteneva che l'istituto della delega rappresentasse un «*grave attentato*» al principio della immediatezza già con riferimento alla disciplina previgente (la quale, come si è detto, consentiva la delega dei soli atti di istruzione): considerazione, questa, che, pertanto, vale a maggior ragione oggi, posto che l'art. 816-ter c.p.c. prevede espressamente che oggetto di delega possa essere, addirittura, l'intera istruttoria. Sul punto, si vedano anche: M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 217, nt. 4.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 438.

(<sup>582</sup>), il che li priva, nella maggior parte dei casi, di taluni elementi conoscitivi, così creando un'asimmetria informativa fra arbitri deleganti ed arbitro delegato (<sup>583</sup>).

Inoltre, va rilevato che il ricorso alla delega non pare neppure perfettamente in linea con il mandato conferito dalle parti agli arbitri: è vero, infatti, che l'istituto della delega è espressamente previsto dalla disciplina che regola l'arbitrato, di talché gli arbitri possono liberamente avvalersi di tale facoltà, tuttavia è altrettanto vero che le parti hanno scelto di sottoporre la controversia alla cognizione di un collegio arbitrale, piuttosto che a quella di un arbitro unico, il che non può non essere tenuto presente dagli arbitri medesimi nell'espletamento del loro mandato (<sup>584</sup>).

Infine, il ricorso alla delega potrebbe esporre a rilievi con riferimento al principio di imparzialità e terzietà del giudicante (<sup>585</sup>), dal momento che il rispetto di tale principio è garantito dalla composizione del collegio arbitrale nel suo complesso (<sup>586</sup>). Di talché, ove lo svolgimento di singoli atti di istruzione (e, a maggior ragione, dell'intera istruttoria) sia affidato ad un arbitro di parte, ciò potrebbe far

---

<sup>582</sup> Come osservato da una parte della dottrina, la scelta di mantenere l'istituto della delega «*pare infelice in quanto fa venir meno l'essenziale consecutio tra raccolta delle prove e decisione*», tanto che essa giunge ad affermare che «*chi non abbia ascoltato le prove testimoniali non possa né debba decidere. Ciò neppure qualora le deposizioni testimoniali venissero...integralmente trascritte, in quanto "l'audizione diretta" del testimone è insostituibile ai fini della determinarne l'attendibilità*» (M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole per lo svolgimento della procedura arbitrale*, in M. Rubino Sammartano, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 629).

<sup>583</sup> Richiama M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 837, il «*principio, ormai frequentemente trascurato, in base al quale chi non abbia ascoltato le prove non può decidere*».

<sup>584</sup> Sul punto, si veda M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 257.

<sup>585</sup> Di cui ci si è già ampiamente occupati al precedente cap. II, § 2.1.3.

<sup>586</sup> Evidente essendo che, in molti casi, gli arbitri di parte saranno, per loro natura, «*meglio disposti*» nei confronti della parte che li ha nominati. Con riferimento alla particolare conformazione dell'organo giudicante collegiale, correttamente G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1982, 502, osserva che il collegio arbitrale «*si manifesta come una persona complessa sicché la sua volontà è la risultante delle volontà ei suoi membri, così come la sua attività, e non quella delle singole persone fisiche che lo compongono*».



sorgere più di un dubbio: ed anzi, autorevole dottrina è perfino giunta a «*dubitare della costituzionalità della norma*»<sup>(587)</sup> sotto il profilo qui preso in esame.

Ebbene, pare che parlare di incostituzionalità della norma risulti eccessivo, non fosse altro perché, come si è visto<sup>(588)</sup>, quello della terzietà ed imparzialità degli arbitri (anche di quelli di parte) è uno dei principi cardine dell'arbitrato, a presidio del quale è posto anche l'istituto della ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c.<sup>(589)</sup>: pertanto, o si afferma – così contraddicendo apertamente il principio ora ricordato – che gli arbitri di parte non sono terzi ed imparziali (e che, pertanto, ad essi non può essere attribuita alcuna delega), oppure la delega a taluni soltanto dei membri del collegio arbitrale (come si è detto, tutti, almeno formalmente, terzi ed imparziali) non può far sorgere alcun dubbio di costituzionalità. Del resto, sarebbe incoerente, sul piano sistematico, prevedere la ricusabilità dell'arbitro facendo espressamente riferimento all'art. 51 c.p.c., e dunque ai medesimi casi previsti per i giudici togati, salvo poi non ritenerlo sufficientemente terzo ed imparziale da poter essere delegato ad effettuare atti istruttori<sup>(590)</sup>.

Ne discende che, a ben vedere, il legislatore, ritenendo opportuno mantenere la facoltà per gli arbitri di avvalersi dell'istituto della delega, non poteva fare nulla di diverso di quello che ha fatto.

Certo è che, come si è già sottolineato, passando dal piano teorico al piano pratico, sulla terzietà ed imparzialità dell'arbitro di parte è legittimo nutrire, per

---

<sup>587</sup> S. SATTA, *Commento al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1971, 276. Sul punto, si vedano anche: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli 1997, 184; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 358; S. LA CHINA, *op. cit.*, 190.

<sup>588</sup> Si veda il precedente cap. II, § 2.1.3.

<sup>589</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 713; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 243.

<sup>590</sup> Certo è che non pare affatto inverosimile – (anche e soprattutto) tenuto conto dell'abuso che si tende, ormai, a fare del rimedio impugnatorio – che la parte, risultata soccombente (anche) in ragione di una prova assunta dall'arbitro nominato dalla controparte, lamenti tale (asserito) vizio davanti alla corte di appello: con riferimento a tale, condivisibile, riflessione, si veda M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 258.

lo meno in taluni casi, più di qualche riserva <sup>(591)</sup>: conseguentemente, pare che la soluzione migliore sia, anche solo per fugare dubbi, quella di rilasciare la delega in favore del presidente del collegio arbitrale, ossia di quello, fra i tre, che viene considerato (perché è, stante le sue modalità di nomina) al di sopra di ogni sospetto <sup>(592)</sup>.

Fermo quanto precede, non pare che vi siano ostacoli allorché le parti, onde fugare, in radice, qualsivoglia questione, decidano – così rinunciando ad una (peraltro, ipotetica) riduzione dei costi e della durata del procedimento, ma ristabilendo il pieno rispetto del principio di immediatezza e di collegialità <sup>(593)</sup> – di privare gli arbitri della facoltà di avvalersi della delega oppure, al più, di impedire che la delega possa essere rilasciata in favore di un arbitro di parte, consentendo, conseguentemente, che ad essere delegato sia il solo presidente del collegio arbitrale <sup>(594)</sup>.

Considerati i limiti che mostra l'istituto in esame, pare che – anche ove le parti non impongano alcun limite agli arbitri – sia quantomai opportuno che questi

---

<sup>591</sup> Si veda il precedente cap. II, §2.1.3.

<sup>592</sup> Sul punto, si veda L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 438-439. Pare opportuno segnalare che, in dottrina, vi è anche chi suggerisce di rilasciare la delega in favore di due dei tre arbitri (M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 258): soluzione, questa, che, tuttavia, pare scarsamente appetibile, comportando, comunque, la partecipazione della maggior parte dei membri del collegio.

<sup>593</sup> V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, in *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964, 830; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 438; S. LA CHINA, *op. cit.*, 190; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 837; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010, 3950; S. RINALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007, 1358; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli - C. Consolo - L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 201; D. GIACOBBE, *La prova*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Zanichelli, 2009, 750; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 358. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 243; E.F. RICCI, *La prova*, cit., 133; M. PACCOIA, M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 254.

<sup>594</sup> Previsione, quest'ultima, che pare – nei casi in cui le parti intendano comunque lasciare agli arbitri la possibilità di fare ricorso all'istituto della delega – quantomai consigliabile, in quanto idonea ad evitare, per lo meno, che si verifichino situazioni di squilibrio tali da potere incidere, anche solo potenzialmente, perfino sulla terzietà ed imparzialità del giudicante. Peraltro, anche volendo prescindere dal rischio anzidetto, sembra comunque evidente che una simile previsione risulterebbe utile in quanto idonea ad allontanare qualsivoglia sospetto o, come si è detto, a fornire alla parte soccombente un pretesto per impugnare il lodo: il tutto a vantaggio della stabilità di quest'ultimo.

ultimi facciano ricorso alla delega con estrema parsimonia <sup>(595)</sup> e, dunque, privilegino, ogniqualvolta sia possibile, il principio di collegialità. Inoltre, è preferibile che la delega riguardi, comunque, l'assunzione di «*prove per così dire semplici*» e, inoltre, sarebbe buona prassi che l'assunzione delle prove costituenti, ed *in primis* delle testimonianze <sup>(596)</sup>, fosse registrata «*su supporto audio-visivo, in modo tale che possano essere riviste dal Collegio Arbitrale in fase di decisione*», così da ridurre il più possibile gli effetti della assunzione in assenza di taluni arbitri <sup>(597)</sup>.

Ne discende che il ricorso all'istituto della delega deve essere ridotto all'essenziale, ossia a quei soli casi in cui esso possa effettivamente portare dei benefici allo svolgimento del procedimento arbitrale: trattasi, cioè, dei casi in cui l'incombente istruttorio da svolgere abbia un rilievo limitato nell'ottica della decisione, oppure riguardi aspetti meramente formali dello svolgimento dell'istruttoria, tali per cui sarebbe sostanzialmente inutilmente oneroso e complicato radunare tutti i membri del collegio arbitrale.

Resta, però, da chiedersi quale possa essere l'oggetto della delega e, in particolare, se essa possa riguardare la sola assunzione dei mezzi di prova, oppure anche la decisione sulla loro ammissione e rilevanza.

Sul punto, la dottrina è divisa <sup>(598)</sup>.

Secondo un primo orientamento, «*attesa la necessaria collegialità del giudizio privato, la delega riguarderà unicamente l'assunzione delle prove e, più in generale, il compimento di attività a contenuto puramente ordinatorio, non implicanti l'esercizio di*

---

<sup>595</sup> Osserva S. LA CHINA, *op. cit.*, 190, che «*è sempre preferibile, per la serietà dell'istituto, che la collegialità operi anche e specialmente in quel momento delicatissimo dell'istruttoria che è la formazione della prova orale e cioè ascolto e verbalizzazione*».

<sup>596</sup> Ma lo stesso vale, ad esempio, anche per l'interrogatorio formale, che riveste, nel procedimento arbitrale, un ruolo determinante, che poco ha a che vedere con quello che è chiamato a svolgere davanti all'a.g.o.

<sup>597</sup> M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 258, il quale, peraltro, correttamente osserva che, anche adottando simili accorgimenti, resta comunque «*l'impossibilità fisica di porre ulteriori domande e/o chiarimenti, se non riconvocando il teste*».

<sup>598</sup> Sul punto, si vedano G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 201.

*funzioni decisore o comunque valutative, come tali riservate al collegio»: conseguentemente, ove gli arbitri travalichino tali limiti, «il successivo lodo dovrà reputarsi affetto da un vizio di costituzione dell'organo giudicante, e l'impugnazione per nullità sarà dunque esperibile (ex art. 829, comma 1, n. 7)»<sup>(599)</sup>. Non solo, ma, come pure osservato dalla dottrina che aderisce all'orientamento in discorso, «diversamente ragionando, si porrebbero delicati profili di coordinamento nell'ipotesi di una successiva diversità di opinioni da parte del collegio in sede di pronuncia del lodo»<sup>(600)</sup>.*

Secondo un altro orientamento, invece, con la delega verrebbe attribuito all'arbitro un potere molto più esteso rispetto a quello della mera assunzione dei mezzi di prova: nel senso, cioè, che l'attuale formulazione dell'art. 816-ter c.p.c., «avvicinando l'arbitro più al giudice delegato del giudizio di cognizione di primo grado del codice del 1865 che al giudice istruttore del codice del 1940, conferisce all'arbitro delegato dal collegio anche il potere di ammettere le prove, oltre che di curarne l'assunzione»<sup>(601)</sup>.

---

<sup>599</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 713-714, la quale aggiunge che, pertanto, non è ammissibile che «l'arbitro delegato...abbia altresì facoltà di decidere autonomamente in ordine all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova richiesti, ovvero di pronunziarsi sulle questioni incidentali eventualmente insorte in sede istruttoria». Nel medesimo senso, si vedano anche: E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1954, 472; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830; F. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 39; A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012, 139; T. GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, in *Judicium*, § 4.. Condivisibilmente, EF. RICCI, *La prova, cit.*, 60, osserva che «configurerebbe dunque una violazione di legge la nomina di un istruttore con l'incarico di provvedere sulla stessa ammissibilità delle prove a volta a volta richieste, sia pure con riserva di ogni controllo collegiale a posteriori».

<sup>600</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 39.

<sup>601</sup> C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 424 (sul punto, più di recente, si veda anche ID., *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 239-240). Nel medesimo senso, cfr. anche: G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 201; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3950; S. RINALDI, *op. cit.*, 1358; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 358; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova Cedam, 2012, 2789. In termini non particolarmente differenti, si veda anche T. CARNACINI, Voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, Utet, 1974, 885, il quale attribuisce all'arbitro delegato il potere di «risolvere gli incidenti relativi all'esecuzione dell'ordinanza di delega, che siano sollevati nel corso dell'assunzione, in merito, ad es., all'ammissibilità di questo o quel testimone, all'influenza di questa o quella produzione» (nel medesimo senso, si veda anche S. LA CHINA, *op. cit.*, 190). Sul punto, cfr. L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.* 439, la quale, pur ritenendo astrattamente

A me pare che la soluzione da preferire sia la prima, dal momento che, come si è visto, quello della collegialità è un principio il cui rispetto deve essere, per quanto possibile, assicurato e, pertanto, la norma che consente di derogarvi non può che essere interpretata in senso restrittivo: dunque, se è possibile che uno o più arbitri siano delegati a svolgere attività eminentemente pratiche, aventi ad oggetto la sola assunzione delle prove, di certo non è possibile che ad essi sia rimessa la decisione sulla ammissibilità delle prove, posto che ciò lederebbe senza dubbio il predetto principio.

Fermo tutto quanto precede, volendo sugli aspetti meramente pratici, pare opportuno sottolineare che, ove gli arbitri ritengano di fare ricorso all'istituto della delega, è necessario – salvo il caso limite in cui ad essere delegata sia l'intera istruttoria – che i «*singoli atti di istruzione*» siano specificamente individuati <sup>(602)</sup>, così come lo siano «*i poteri dell'arbitro delegato*» <sup>(603)</sup> e che, come espressamente previsto dalla norma, ad essere delegato siano uno, o più, dei membri del collegio arbitrale, essendo pertanto esclusa – dalla maggior parte, ancorché non da tutta, la dottrina <sup>(604)</sup> – «*la possibilità di prove delegate e di rogatoria internazionali*» <sup>(605)</sup>: conseguentemente, ove se ne presenti la necessità, non

---

ammissibile la delega anche con riferimento all'ammissione delle prove, invita gli arbitri a non fare uso di tale facoltà, aggiungendo che, ove proprio intendano farlo, abbiano almeno l'accortezza di delegare il presidente e mai un arbitro di parte.

<sup>602</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 422; E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 60; T. CARNACINI, *Voce Arbitrato, cit.*, 885; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 714; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 359; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 749; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 184.

<sup>603</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op cit.*, 506, il quale sottolinea, con riferimento alla delega, che tale specificità è necessaria «*perché sono gravi le conseguenze che dalla incertezza così dell'effettivo suo conferimento che dei suoi limiti possono derivare*».

<sup>604</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 853-854, in particolare, osserva che è «*ritenuto da ampia dottrina che la formulazione della norma escluderebbe la possibilità di ricorrere a rogatorie internazionali e a prove delegate. Opinione che non si condivide, in quanto la norma ha per oggetto l'assunzione della prova nell'ambito del collegio arbitrale e non risulta aver l'intenzione di escludere il ricorso dell'arbitro a prove da assumersi dal giudice ordinario*». A tale proposito, con particolare riferimento agli effetti che potrebbero prodursi in seguito alla pronuncia della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 376/2001 (sulla quale ci si è già ampiamente intrattenuti al precedente cap. I, § 4.), si veda M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 254.

<sup>605</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 422. Nel medesimo senso, si vedano anche: T. CARNACINI, *voce Arbitrato, cit.*, 885 e 890; E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 61; G. SCHIZZEROTTO, *op cit.*, 506; C.

potranno che essere gli arbitri a recarsi presso il luogo in cui assumere la prova<sup>(606)</sup>.

## **1.2. L'assistenza giudiziaria del presidente del tribunale della sede dell'arbitrato.**

La disposizione più importante, con riferimento all'istruzione probatoria, introdotta dal legislatore del 2006 è sicuramente quella di cui al terzo comma dell'art. 816-ter c.p.c., in forza della quale, allorché un testimone si rifiuti di comparire davanti agli arbitri, questi ultimi, «quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione»<sup>(607)</sup>.

Allo stesso tempo, però, la norma in discorso rappresenta, come si è avuto modo di sottolineare in più occasioni, una vera e propria «occasione mancata per introdurre una maggiore collaborazione tra autorità giudiziaria e collegio arbitrale, al fine di meglio consentire l'esercizio del diritto alla prova allorquando le parti scelgano quale strumento di risoluzione della controversia l'arbitrato»<sup>(608)</sup>: il che è ancor più rimproverabile ove si consideri che il legislatore era stato espressamente delegato anche ad introdurre, proprio con riferimento all'istruzione probatoria, «adeguate forme di assistenza giudiziaria»<sup>(609)</sup>.

---

PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 246 e 262; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, Utet, 1991, 145; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 359; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 714-715; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 749-750; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 40; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 312; S. LA CHINA, *op. cit.*, 192; C. RASIA, *op. cit.*, 2789; W. RUOSI, *Sub art. 816-ter, in Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, Utet, 3290.

<sup>606</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 715.

<sup>607</sup> Trattasi, comunque, della «novità più importante», in materia di istruttoria arbitrale, introdotta con la riforma del 2006 (P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, ne Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007, 1732).

<sup>608</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 226. Nel medesimo senso, si vedano anche G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 204.

<sup>609</sup> Di diverso avviso sono, fra gli altri, R. MARENGO, *Processo, cit.*, 797, e G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 717, i quali sembrano esprimere un giudizio maggiormente positivo sul punto.

Ferma questa necessaria premessa di carattere generale, deve poi essere considerato, scendendo nello specifico, che la norma in discorso risulta carente sotto più profili, posto che si limita a prevedere la possibilità, per gli arbitri, di chiedere al presidente del tribunale di ordinare la comparizione del testimone renitente, senza nulla aggiungere, se non che, in tal caso, ai sensi del quarto comma, il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza <sup>(610)</sup>.

Ebbene, i problemi applicativi che sono sorti non sono affatto irrilevanti ed è, pertanto, su questi che ci si deve intrattenere.

Innanzitutto, è opportuno precisare che, stando alla formulazione della norma, pare che la facoltà degli arbitri di chiedere l'ausilio dell'a.g.o. non sia subordinata alla presenza di un'istanza di parte <sup>(611)</sup> e, anzi, sia rimessa del tutto al loro insindacabile giudizio: l'art. 816-ter, III comma, c.p.c., infatti, fa espressamente riferimento ad un giudizio di "opportunità", che è integralmente rimesso agli arbitri <sup>(612)</sup>.

Peraltro, non ci si può esimere dal rilevare che una simile disposizione non individua il piano con riferimento al quale deve essere volta tale valutazione di opportunità: non va dimenticato, infatti, che, se un teste si è rifiutato di

---

<sup>610</sup> Osserva G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 718, che il termine per la pronuncia del lodo resta sospeso dalla data dell'ordinanza con cui gli arbitri chiedono l'intervento all'a.g.o. e non da quella, successiva, del provvedimento con cui il presidente del tribunale ordina la comparizione del teste (nel medesimo senso, *ex multis*, si vedano: G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 205; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2011, 167; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1733; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 264-265). Inoltre, si consideri che, secondo L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.* 444-445, si tratta di «sospensione del termine per la pronuncia del lodo e non del procedimento», di talché «si può quindi pensare che nel frattempo gli arbitri possano comunque, in funzione dell'effettività della tutela arbitrale, dare ingresso allo svolgimento di ulteriori incumbenti istruttori». Quanto alle questioni che potrebbero sorgere nel caso in cui l'udienza arbitrale fissata per l'assunzione della testimonianza dovesse, per qualsiasi ragione, essere rinviata, si veda P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1734-1735.

<sup>611</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 226-227, la quale osserva che tale «opportunità...sembra semplicemente coincidere con la rilevanza della prova, la cui verifica non involge margini di discrezionalità».

<sup>612</sup> Osservano F. DANОВI, *op. cit.*, 34, e G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, 428, che le parti potrebbero, però, escludere, nell'esercizio del loro potere regolamentare, la possibilità di fare ricorso al meccanismo di assistenza giudiziaria previsto dalla norma in esame, a tutela della riservatezza che l'arbitrato deve assicurare.

comparire, ciò significa che è stato prima intimato e, prima ancora, che il collegio arbitrale ha ritenuto che i capitoli di prova articolati dalla parte istante fossero ammissibili e rilevanti.

Ora, ci si chiede se vi sia un margine affinché gli arbitri – che, come si è detto, hanno già formulato un giudizio di ammissibilità e rilevanza circa la prova – possano, alla luce della mancata comparizione del testimone, ritenere che non sia “opportuno” insistere (chiedendo l’ausilio dell’a.g.o.) e, dunque, in ultima analisi rinunciare alla relativa assunzione.

Ebbene, parte della dottrina ha ritenuto che tale margine non vi sia, dovendosi far coincidere il giudizio sulla ammissibilità e rilevanza con quello sulla opportunità della richiesta all’a.g.o., con la conseguenza che, una volta ammessa, gli arbitri devono poi anche insistere per l’assunzione della prova <sup>(613)</sup>: tale considerazione, che pure parrebbe convincente, sembra però porsi in contrasto con il dato normativo, che sottolinea la mera “possibilità” per gli arbitri di formulare la richiesta all’a.g.o., valorizzando, cioè, il fatto che la valutazione di opportunità vada condotta con riferimento al caso concreto.

Ed allora, sembra che agli arbitri sia lasciato un margine di manovra, nel senso, cioè, che, come osservato da altra parte della dottrina, essi potranno, a fronte del rifiuto opposto dal testimone, rinunciare all’assunzione della prova: il che, pare di potersi ipotizzare, avverrà quando l’assunzione risulti superflua alla luce dei «risultati già raggiunti in sede istruttoria» <sup>(614)</sup>, oppure allorché gli arbitri reputino che l’assunzione del testimone sia sì rilevante, ma non a tal punto da giustificare

---

<sup>613</sup> R. MARENGO, *Processo*, cit., 797

<sup>614</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 227. Ritengono che tale discrezionalità sussista, fra gli altri, anche: G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 717-718; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 444 (la quale ritiene che il legislatore abbia voluto invitare alla «ponderazione» nel ricorso a tale istituto); F.P. LUISO, *Diritto processuale*, cit., 167; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 361; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2013, 127; F. DANOVI, *op. cit.*, 34.



l'aggravio, sia in termini di tempo che di costi, che il ricorso all'a.g.o. certamente produrrebbe sul procedimento arbitrale <sup>(615)</sup>.

L'art. 816-ter, III comma, c.p.c. non si occupa neppure degli aspetti procedurali, sicché, nel silenzio della norma, pare che gli arbitri debbano emettere un'ordinanza, da depositare, presso la cancelleria del tribunale competente, unitamente alla precedente intimazione al testimone rimasta senza seguito e ad un'istanza, rivolta al presidente, in cui chiedono a quest'ultimo di munire di *exequatur* la predetta ordinanza <sup>(616)</sup>.

A tale proposito, merita di essere sottolineato, trattandosi di un aspetto rilevante sul piano pratico, che gli arbitri non pare debbano indicare nell'ordinanza la data dell'udienza in cui si procederà all'assunzione della testimonianza <sup>(617)</sup>, posto che – non essendo certi i tempi necessari affinché il presidente del tribunale concederà l'*exequatur* – vi sarebbe il rischio che quest'ultimo provveda troppo a ridosso della data prevista, così rendendo impossibile l'intimazione del teste nei tempi necessari, oppure che gli arbitri, per evitare tale eventualità, fissino un

---

<sup>615</sup> Si pensi al caso in cui, sul medesimo capitolo di prova, vengano ammessi più testimoni, aventi posizioni sostanzialmente coincidenti, indicati dalla medesima parte: orbene, l'audizione di tutti i testi può essere ritenuta astrattamente rilevante dal collegio arbitrale, tuttavia non vi è nulla di strano se, allorché uno di essi dovesse rifiutarsi di comparire, gli arbitri si “accontentassero” di sentire solo gli altri. Ciò, ovviamente, salvo che la mancata presentazione, nel caso concreto, appaia agli arbitri “sospetta”, magari alla luce di quanto riferito da altri testimoni: si imporrà, allora, il ricorso all'a.g.o. al fine di ottenere la comparizione del testimone medesimo. Su quest'ultimo punto, si veda R. DANOVI, *op. cit.*, 34.

<sup>616</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 227; F.P. LUISO - B. SASSANI, *Sub art. 816-ter*, ne *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 287; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 718; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 361.

<sup>617</sup> *Contra*, G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 204; S. RINALDI, *op. cit.*, 1360; C. RASIA, *op. cit.*, 2789.

termine estremamente distante <sup>(618)</sup>, così, però, prolungando ingiustificatamente la durata del procedimento arbitrale <sup>(619)</sup>.

Una volta munita di *exequatur* l'ordinanza del collegio arbitrale, il testimone dovrà essere intimato ai sensi degli artt. 250 c.p.c. e 103 disp. att. c.p.c. <sup>(620)</sup>, sempre che ad essi le parti (o gli arbitri) non abbiano deciso di apportare talune modifiche (nei limiti in cui ciò è loro concesso) <sup>(621)</sup>.

Fermo tutto quanto precede, la questione maggiormente delicata riguarda l'applicabilità, nel caso in cui il testimone si rifiuti di comparire, dell'art. 255 c.p.c., posto che ciò parrebbe presupporre la sussistenza, in capo agli arbitri, di poteri autoritativi (di cui essi, come noto, sono invece sprovvisti).

Ebbene, pur essendo stato autorevolmente sostenuto che, nonostante l'intervento dell'a.g.o., agli arbitri non potrebbe comunque essere riconosciuto il potere di irrogare pene pecuniarie e di disporre l'accompagnamento coatto del testimone, soprattutto in assenza di una specifica previsione in tal senso <sup>(622)</sup>, a me pare che una simile soluzione finisca per svilire del tutto l'innovazione introdotta nel 2006:

---

<sup>618</sup> In tal senso, si vedano G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 718 e P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1734: quest'ultimo, inoltre, aggiunge che neppure l'ordine di comparizione dovrebbe indicare una data, essendo tale provvedimento sostanzialmente "aperto" e potendo, dunque, essere poi liberamente utilizzato dagli arbitri anche per udienza successive. *Contra*, nel senso, cioè, che gli arbitri devono indicare la data dell'udienza fissata per l'assunzione del teste, si veda G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Milano, Ipsoa, 2007, 5878.

<sup>619</sup> Si consideri, infatti, che, ai sensi dell'art. 816-ter, IV comma, c.p.c., il termine per la pronuncia del lodo resta sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza.

<sup>620</sup> F.P. LUIO, *Diritto processuale, cit.*, 167; C. RASIA, *op. cit.*, 2789; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291.

<sup>621</sup> Trattasi, del resto, di disposizioni poste, tendenzialmente, a tutela del terzo che viene intimato e, pertanto, non nella disponibilità delle parti (e, tantomeno, degli arbitri).

<sup>622</sup> Nel senso della inapplicabilità dell'art. 255 c.p.c., si vedano: G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 426-427 (il quale aggiunge che, conseguentemente, non potrà trovare applicazione neppure l'art. 106 disp. att. c.p.c. e afferma che potrebbe essere utile fare ricorso all'istituto dell'istruzione preventiva, così come suggerito da Tarzia); E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, Giuffrè, 2006, 88; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 262-263; L.P. COMOGLIO, *Le prove, cit.*, 243. A tale proposito, particolarmente interessante risulta la posizione di quella parte della dottrina secondo cui, ad essere applicato, dovrebbe essere l'art. 650 c.p., dal momento che «il provvedimento con il quale il presidente del tribunale ordina la comparizione del testimone dinanzi agli arbitri rientra tra i provvedimenti legalmente dati dall'Autorità per ragioni di giustizia» (così G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 5879. Nel medesimo senso, fra gli altri, si vedano anche: C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 264; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 205; S. RINALDI, *op. cit.*, 1361).

ed infatti, in assenza di qualsivoglia sanzione, l'intervento dell'a.g.o. si ridurrebbe, sostanzialmente, ad operare sul piano della mera *moral suasion*, sul presupposto – peraltro, non certo dimostrato, né dimostrabile – che l'intervento del presidente del tribunale possa indurre il testimone renitente a presentarsi (<sup>623</sup>).

Ed allora, si deve convenire con altra parte della dottrina, secondo cui, «*sebbene la norma non lo precisi, si deve ritenere che, qualora il teste non si presenti nonostante l'ordine giudiziale, egli incorra in tutte le conseguenze previste dall'art. 255 Codice procedura civile*» (<sup>624</sup>), questo essendo l'unico modo per rendere efficace la previsione di cui all'art. 816-ter, III comma, c.p.c.

### **1.3. La testimonianza scritta.**

L'istituto della testimonianza scritta risulta quantomai “singolare” e non riesce a non essere percepito come una sorta di “corpo estraneo” all'interno del nostro ordinamento.

Del resto, trattasi di un mezzo di prova che risulta alieno alla nostra tradizione giuridica e che, infatti, è stato recepito (relativamente) di recente, sul modello

---

<sup>623</sup> Peraltro, per esperienza personale, l'intervento del presidente del tribunale risulta idoneo ad esercitare una certa influenza sul testimone, anche solo sul piano del timore riverenziale.

<sup>624</sup> F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, 517. Nel medesimo senso, si vedano anche: M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 227; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3951; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 444; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 361; S. LA CHINA, *op. cit.*, 191; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 34; L. DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1166 ss.; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291; A. VILLA, *op. cit.*, 135; F.P. LUIO – B. SASSANI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 287. Più dubbioso, invece, appare P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1735-1736. Con riferimento al tema in esame, interessante risulta la posizione di chi ritiene che gli arbitri siano tenuti a «*ricorrere ancora una volta al presidente del tribunale affinché questi ordini una nuova intimazione ovvero disponga l'accompagnamento coattivo del teste, eventualmente condannandolo al pagamento della pena pecuniaria*» (così G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 718-719. In termini analoghi, si vedano anche: F.P. LUIO, *Diritto processuale, cit.*, 167; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 851; S. RINALDI, *op. cit.*, 1361).

degli *affidavits* <sup>(625)</sup> diffusi nei sistemi di *common law* <sup>(626)</sup>, quale «*eco di suggestioni derivanti dall'esperienza comparatista*» <sup>(627)</sup>.

Nel nostro ordinamento, infatti, la testimonianza scritta è stata, dapprima, introdotta, in occasione della riforma del 1994, con riferimento all'arbitrato <sup>(628)</sup>, venendo, solo di recente <sup>(629)</sup>, recepita anche nella disciplina dettata per il giudizio ordinario di cognizione, mediante l'introduzione degli artt. 257-*bis* c.p.c. e 103-*bis* disp. att. c.p.c. <sup>(630)</sup>.

Allo stesso modo, il medesimo istituto ha trovato applicazione anche in ordinamenti vicini rispetto al nostro, come quello francese: in particolare, nel nuovo codice di procedura civile, agli artt. da 200 a 203, viene prevista la possibilità di fare ricorso alla testimonianza scritta <sup>(631)</sup>.

Ciò che rileva è che, nonostante, come si è visto, l'istituto in discorso sia stato ormai recepito nel nostro ordinamento (da ultimo, anche nel libro II del codice di rito), ad esso si fa ricorso con estrema parsimonia, tanto in sede arbitrale <sup>(632)</sup> quanto davanti all'a.g.o.: ed anzi, da più parti si è perfino dubitato della sua compatibilità con il nostro ordinamento.

---

<sup>625</sup> Con riferimento al piano comparatistico, si veda l'analisi svolta da A. FABBI, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi "non esperti") e arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2011, 416 ss., il quale si intrattiene anche sulla differenza fra la «*testimonianza scritta propriamente detta (che negli ordinamenti di common law è nota, in buona approssimazione, sotto il nome di affidavits)*» ed i «*diversi istituti dei witness statements e delle depositions*».

<sup>626</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 424; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 267, nt. 773; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 182; P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato, ne L'arbitrato: profili sostanziali*, rassegna coordinata da G. Alpa, Torino, Utet, 1999, 31; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 266.

<sup>627</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 32.

<sup>628</sup> Art. 819-*ter* c.p.c. in vigore prima della riforma del 2006.

<sup>629</sup> Con l'art. 46, VIII comma, della Legge 18 giugno 2009 n. 69.

<sup>630</sup> Sul punto, fra gli altri, si vedano: C. ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 849 ss.; E. PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 869 ss.

<sup>631</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 267, nt. 773; S. LA CHINA, *op. cit.*, 198; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 183, nt. 37; P. GAGGERO, *op. cit.*, 31-32.

<sup>632</sup> Ci si riferisce, peraltro, al solo arbitrato domestico, essendo noto che il ricorso alla testimonianza scritta risulta, invece, molto diffuso nell'ambito dell'arbitrato internazionale.

In particolare, autorevole dottrina si è dimostrata estremamente critica fin dalla introduzione della possibilità di assumere la testimonianza in forma scritta <sup>(633)</sup>, sottolineando come essa integrerebbe una «palese violazione del contraddittorio» e, dunque, dell'art. 24, II comma, Cost.: tanto da ritenere «prevedibile (ed augurabile)» che la previsione venga dichiarata anticostituzionale dalla Corte Costituzionale <sup>(634)</sup>.

In altri termini, è stato osservato che «essa, oltre a violare i principi dell'immediatezza e dell'oralità della testimonianza, sembra sottrarre l'assunzione della prova alla garanzia costituzionale del contraddittorio, ben potendo la dichiarazione essere compilata dal teste in assenza delle parti e dei difensori, senza che questi interloquiscano nella formazione della prova» <sup>(635)</sup>. Non solo, ma essa, venendo assunta in assenza delle parti, «integra una palese violazione del diritto di difesa, segnatamente con riferimento al diritto alla prova contraria», inoltre «non fornisce adeguate garanzie di veridicità e autenticità della deposizione e conseguentemente anche di attendibilità della stessa» <sup>(636)</sup>.

Pur senza giungere a ritenere a ritenere l'istituto contrastante con la Carta costituzionale, anche il resto della dottrina si è, per lo più, attestata su una posizione fortemente critica <sup>(637)</sup>, giungendo a definire la testimonianza scritta

---

<sup>633</sup> E.F. RICCI - W. RUOSI, *Sub art. 12 [Art. 819-ter]*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, Cedam, 1995, 116, i quali definiscono la disposizione in esame «[i]mprovvida (per non dire di peggio)».

<sup>634</sup> E.F. RICCI - W. RUOSI, *Sub art. 12 [Art. 819-ter]*, *cit.*, 117, secondo i quali, pertanto, gli arbitri avrebbero dovuto, quantomeno, «non fare uso dei poteri loro concessi dal legislatore». Sul punto, cfr. anche: G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, *cit.*, 206; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, *cit.*, Vol. II, 266; F. DANOVI, *op. cit.*, 32-33; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, *cit.*, Vol. I, 852; D. GIACOBBE, *La prova*, *cit.*, 765-766; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3951; S. RINALDI, *op. cit.*, 1361-1362.

<sup>635</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, *cit.*, Vol. II, 266. Nel medesimo senso, si vedano A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3951; D. GROSSI, *Prova testimoniale*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997, 483.

<sup>636</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 32, il quale osserva che, «in effetti, soltanto l'immediatezza del confronto tra il teste e l'organo giudicante può assicurare la possibilità di scernere la genuinità della prova». Nel medesimo senso, si veda anche P. GAGGERO, *op. cit.*, 31.

<sup>637</sup> In tal senso, fra gli altri, si vedano: G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, *cit.*, 711; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, *cit.*, 243-244; A. STESURI, *Gli arbitri. Mandato, responsabilità e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2001, 80; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 137 (il quale ritiene dubbia la sua compatibilità con il principio del contraddittorio); M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, *cit.*, 265-266; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in AA.VV., *Studi in*

«un simulacro di prova, destinato a ledere ulteriormente il diritto delle parti alla prova»<sup>(638)</sup> e, conseguentemente, ad invitare gli arbitri a limitarne l'uso in modo significativo, sostanzialmente solo quale *extrema ratio*, ossia nei casi in cui non sia altrimenti possibile l'audizione diretta del testimone<sup>(639)</sup>, oppure in presenza di «*controversie semplici, con risposte semplici*» ed a condizione che i testimoni «*siano pronti, su richiesta, ad effettuare un controllo nel contraddittorio delle parti ed a consentirne la discussione in sede decisoria*»<sup>(640)</sup>.

A ben vedere, del resto, è proprio quest'ultimo l'aspetto determinante al fine di garantire il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, così scongiurando il rischio di qualsivoglia rilievo di natura costituzionale: la possibilità, cioè, per l'arbitro, una volta avuto modo di prendere visione del documento contenente la dichiarazione del teste, di disporre l'audizione per poter assumere la testimonianza in modo "tradizionale".

Tale aspetto è a tal punto rilevante che, non a caso, sia l'art. 257-bis, VIII comma, c.p.c. che l'art. 203 del codice di rito francese, a differenza dell'art. 816-ter, II comma, c.p.c., prevedono espressamente tale possibilità<sup>(641)</sup>: sul punto, peraltro, pare di potersi affermare che, pur essendo gli arbitri sforniti di poteri coercitivi, essi potrebbero, in applicazione dell'art. 257-bis, VIII comma, c.p.c., chiedere la comparizione del testimone e, ove questi dovesse rifiutarsi di comparire, chiedere l'assistenza dell'a.g.o. ai sensi dell'art. 816-ter, III e IV comma, così da rendere l'istituto meno passibile di rilievi di natura (anche) costituzionale.

---

onore di Crisanto Mandrioli, Tomo, II, Milano, Giuffrè, 1995, 873; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 267; A. VILLA, *op cit.*, 136. *Contra*, L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 441-442, la quale giudica positivamente la testimonianza scritta, pur mettendone in evidenza il limiti.

<sup>638</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 852.

<sup>639</sup> In tal senso, si vedano: G. TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nel arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, 477; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 266.

<sup>640</sup> F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 17. Sul punto, cfr. anche G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 206.

<sup>641</sup> Condivisibilmente, dunque, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 267 ss., osserva che l'istituto della testimonianza scritta è stato recepito anche dal codice di rito per il giudizio ordinario di cognizione ma «*con maggiori cautele e temperamenti rispetto alla disciplina arbitrale*».

Deve, comunque, essere aggiunto che, pur in un quadro di critiche accese nei confronti di questo mezzo istruttorio, vi è anche chi non ha ravvisato alcun profilo critico nel recepimento, da parte del nostro ordinamento, della testimonianza scritta, osservando che trattasi di «una realtà ammessa dalla giurisprudenza e dalla dottrina ormai da tempo, anche presso il giudice ordinario» e che, al più, il fatto che la dichiarazione del testimone sia resa al di fuori del contraddittorio delle parti «si rifletterà esclusivamente nel minore valore decisivo, indiziario o di argomento di prova, che essa potrà avere rispetto la testimonianza che gli arbitri abbiano assunto viva voce»<sup>(642)</sup>.

A prescindere dal giudizio che si può fornire del mezzo di prova in esame (che si espone a critiche più che giustificate), ritengo che la considerazione da ultimo riportata sia più che condivisibile: nel senso, cioè, che starà agli arbitri, nell'esercizio del potere di libero apprezzamento delle prove, valutare, senza particolari vincoli, la testimonianza resa per iscritto, attribuendole, valorizzando le peculiarità del caso concreto, un determinato valore.

Appare evidente che, in una simile ottica, particolarmente rilevante risulti il ruolo svolto dagli arbitri, i quali sono chiamati a fare ricorso a tutte le loro capacità induttive e deduttive per cercare di comprendere quanto una dichiarazione possa essere attendibile, pur non potendo assistere alla deposizione del testimone: a mero titolo esemplificativo, dovranno tentare di comprendere – basandosi sul contenuto della dichiarazione scritta – se sia verosimile che quanto vi si trova scritto (avuto anche riguardo alla forma ed alla

---

<sup>642</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 425-426. Sul valore da attribuire a questo particolare mezzo di prova, inferiore rispetto a quello della testimonianza orale, si vedano anche: G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 137-138; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 359-360; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 766; A. VILLA, *op cit.*, 136; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 206-207; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 266; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 33; F. CARPI, *Il procedimento, cit.*, 889; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 266; D. GROSSI, *op. cit.*, 483; S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 837; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2013, 729; C. RASIA, *op. cit.*, 2789. *Contra*, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 183, il quale osserva che, essendo ormai «tipizzata», la testimonianza scritta «non può che valere quanto una qualsiasi altra prova nominata, testimonianza orale inclusa».

terminologia utilizzate) sia stato redatto dal testimone, oppure “suggerito” dai legali della parte; così come dovranno sforzarsi di verificare se, pur non ricorrendo alcuna delle fattispecie di incompatibilità con il ruolo di testimone, il soggetto chiamato a rilasciare la dichiarazione possa avere un qualche interesse, anche solo di fatto, a rendere una dichiarazioni che non rispetti, in tutto o in parte, il reale svolgimento dei fatti.

In altri termini, non potendo avere a disposizione il testimone e non potendo, quindi, trarre alcuna informazione dalla comunicazione non verbale, non potranno che prestare particolare attenzione a tutti gli altri elementi a loro disposizione per valutare l’attendibilità e, dunque, la credibilità del testimone.

Nel caso in cui residuino dei dubbi, peraltro, gli arbitri – ove la prova in discorso risulti particolarmente importante nell’ambito della formazione del loro convincimento – dovranno, come si è detto sopra, chiedere la comparizione personale del testimone al fine di potere assumere la testimonianza in forma orale e, ove quest’ultimo si rifiuti di presentarsi, chiedere l’assistenza dell’a.g.o. ai sensi dell’art. 816-ter, III comma, c.p.c.

Fermo quanto precede, un altro limite dell’istituto in discorso – che peraltro si lega a quanto si è da ultimo illustrato – è ravvisabile nel fatto che, prevedendo l’art. 816-ter c.p.c. una forma di assistenza giudiziaria solo con riferimento al testimone renitente e non con riferimento al testimone che si rifiuti di fornire le proprie risposte scritte alle domande formulate dagli arbitri, non pare che tale mancata cooperazione comporti, a suo carico, sanzioni né che gli arbitri abbiano modo di obbligarlo a collaborare, non potendo trovare applicazione, come invece avviene davanti all’ag.o., l’art. 255 c.p.c. <sup>(643)</sup>, espressamente richiamato dall’art. 257-bis, VI comma, c.p.c.

Ed allora, pare che gli arbitri possano avvalersi – seppure facendo ricorso ad una sua interpretazione estensiva – della facoltà prevista dall’art. 257-bis, VIII comma,

---

<sup>643</sup> G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 206.



c.p.c.: norma, questa, che, come noto, consente all'a.g.o. di disporre la comparizione del testimone (anche) una volta esaminata la dichiarazione, rilasciata da quest'ultimo, mediante la quale comunica di avvalersi della facoltà, prevista dall'art. 257-*bis*, V comma, c.p.c. <sup>(644)</sup>, di astenersi dal prestare la propria collaborazione. Pare, infatti, che il rifiuto di fornire le proprie risposte per iscritto sia equiparabile al rilascio, da parte del testimone, della predetta dichiarazione, con conseguente applicabilità, per l'appunto, dell'ottavo comma della norma in esame.

A quel punto, ove il testimone continui a rifiutarsi di comparire, sarà facoltà degli arbitri avvalersi dell'ausilio dell'a.g.o. ai sensi dell'art. 816-*ter*, III comma, c.p.c. <sup>(645)</sup>.

Ciò premesso, quanto alle modalità mediante le quali assumere la testimonianza scritta, anche in questo caso si dovrà fare riferimento – ove le parti o gli arbitri non abbiano esercitato il loro potere regolamentare, nei limiti in cui ciò gli è consentito <sup>(646)</sup> – alle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, in quanto compatibili.

A mero titolo esemplificativo, non potrà trovare applicazione l'inciso, contenuto nell'art. 103-*bis*, I comma, c.p.c., secondo cui il modulo inviato al testimone deve contenere, *inter alia*, «*l'ammonimento del testimone ai sensi dell'articolo 251 del codice e la formula del giuramento di cui al medesimo articolo*», dal momento che, nell'ambito del procedimento arbitrale, i testimoni non prestano giuramento: sarà, pertanto, «*sufficiente che gli arbitri ricordino ai testimoni che la loro falsa testimonianza, ove sia decisiva per la soluzione della lite, potrà essere fonte di loro responsabilità per danni in sede civile*» <sup>(647)</sup>.

---

<sup>644</sup> Da leggere in combinato disposto con l'art. 249 c.p.c.

<sup>645</sup> A questo proposito, si veda il precedente § 1.2.

<sup>646</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III.

<sup>647</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 138. Nel medesimo senso, si veda A. VILLA, *op cit.*, 135.

Con riferimento al mezzo di prova in esame, non resta da aggiungere che parte della dottrina ha affermato che l'introduzione, in occasione della riforma 2006, della possibilità per gli arbitri, salvo che la convenzione di arbitrato disponga diversamente, di «*compiere atti istruttori*» anche in luoghi diversi rispetto alla sede dell'arbitrato ed anche all'estero<sup>(648)</sup>, con la «*ampia possibilità di raccogliere la prova ovunque*» che ne deriva, avrebbe finito per «*svuota[re] di contenuto il possibile ricorso alla testimonianza scritta*»<sup>(649)</sup>: in realtà, a me pare che, se è vero che tale previsione<sup>(650)</sup> potrebbe comportare una limitazione del ricorso all'istituto in discorso, essa non sia comunque idonea a renderlo del tutto inutile. Ed infatti, non è detto che gli arbitri, posti davanti all'alternativa se recarsi presso il luogo in cui si trova il testimone oppure accontentarsi di una testimonianza scritta, preferiscano sempre la prima alternativa; inoltre, vi sono arbitri che prediligono, in ogni caso, la testimonianza scritta e, dunque, si avvarranno della facoltà prevista dall'art. 816-ter, II comma, c.p.c., a prescindere dalle circostanze del caso concreto.

#### **1.4. La richiesta di informazioni alla Pubblica Amministrazione.**

L'art. 816-ter, VI comma, c.p.c. prevede ora, espressamente, che gli arbitri possono chiedere alla Pubblica Amministrazione «*atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio*».

L'aggiunta di questa disposizione, nel 2006, appare opportuna<sup>(651)</sup>, posto che, in passato, a fronte di chi riteneva che tale potere, ancorché non espressamente

---

<sup>648</sup> Art. 816, III comma, c.p.c.

<sup>649</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 218. In termini analoghi, si veda anche G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 711, nt. 4. Sul punto, si tengano presenti anche le considerazioni di E.F. RICCI - W. RUOSI, *Sub art. 12 [Art. 819-ter], cit.*, 117, i quali sottolineano come il suo impiego potrebbe risultare «*nell'arbitrato particolarmente comodo, soprattutto quando il teste risiede lontano dal luogo nel quale il procedimento arbitrale si svolge*».

<sup>650</sup> Previsione la cui portata innovativa pare, peraltro, quantomai ridotta, così come osservato da L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.* 440-441.

<sup>651</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 30.

previsto, dovesse essere comunque riconosciuto agli arbitri <sup>(652)</sup>, vi era chi, al contrario, lo negava recisamente <sup>(653)</sup>, non essendo gli arbitri dotati del potere autoritativo: peraltro, il primo orientamento era di gran lunga maggioritario, tanto che parte della dottrina ha rilevato come l'intervento riformatore si sia rivelato, sul punto, «scarsamente innovativo» <sup>(654)</sup>.

Per quanto qui maggiormente rileva, comunque, pare che il legislatore del 2006 abbia fatto «tesoro della necessità di tener distinto il discorso relativo alla carenza negli arbitri dello *ius imperii*, da quello concernente la possibilità di utilizzare dati probatori acquisiti attraverso la spontanea collaborazione del terzo, quale la P.A., a cui gli arbitri possono oggi certamente richiedere informazioni scritte» <sup>(655)</sup>.

A ben vedere, infatti, nel caso di specie gli arbitri non sono chiamati ad utilizzare poteri coercitivi, di cui non sono dotati, bensì a chiedere alla Pubblica Amministrazione informazioni, nulla di più <sup>(656)</sup>: tanto è vero che all'arbitro – così come, del resto, all'a.g.o. – non sono attribuiti strumenti per reagire all'eventuale omessa risposta da parte dell'autorità interpellata <sup>(657)</sup> e, correttamente, la dottrina ha osservato come si debba essere indotti «a configurare il provvedimento

---

<sup>652</sup> R. MARENGO, *Processo*, cit., 797-798; E.F. RICCI, *La prova*, cit., 53; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2000, I, 669; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 244; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 864; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., Vol I, Torino, Utet, 1987, 399; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 760; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 175-176.

<sup>653</sup> T. CARNACINI, voce *Arbitrato*, cit., 890.

<sup>654</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 409; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 424-425; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 264.

<sup>655</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 233. Un giudizio positivo circa l'intervento del legislatore è stato espresso, fra gli altri, anche da: M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 864, e da G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 145, il quale, in particolare, ha sottolineato anche che tale innovazione rappresenta «un ulteriore tassello che avvicina l'arbitro al giudice statale».

<sup>656</sup> Per tale, condivisibile, considerazione, si veda G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 428.

<sup>657</sup> E. FAZZALARI, voce *Arbitrato*; cit., 399; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 760; S. LA CHINA, *op. cit.*, 200; A. MASSARI, voce *Esibizione delle prove*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, Utet, 1968, 849; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 428; R. MARENGO, *Processo*, cit., 798; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 244; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 272 ss.; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 726-727; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 201-202; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1739-1740; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 365.

*in esame ancora come semplice invito o richiesta più che alla stregua di vero e proprio ordine»* <sup>(658)</sup>.

Viene così, subito, ad emergere in tutta la sua chiarezza il limite principale del mezzo istruttorio in discorso, dal momento che gli arbitri sono costretti a confidare nello spontaneo adempimento da parte dell'autorità interpellata, la quale «*non ha alcun obbligo di rispondere, salva la L. 241/1990 sul diritto di accesso agli atti della P.A.*» <sup>(659)</sup>.

Fermo quanto precede, la disposizione in esame impone un'ulteriore riflessione, dal momento che l'art. 816-ter, VI comma, c.p.c. richiama, dal punto di vista del contenuto, oltre che del tenore letterale, l'art. 213 c.p.c. <sup>(660)</sup>: tuttavia, a differenza di quest'ultima norma, il sesto comma dell'art. 816-ter c.p.c. non contiene la precisazione che tale potere può essere esercitato anche d'ufficio. La dottrina, allora, si è interrogata circa il fatto che tale omissione sia stata, o non sia stata, volontaria, nel senso, cioè, che il legislatore abbia voluto subordinare l'esercizio di tale potere all'istanza di una parte <sup>(661)</sup>.

La soluzione che pare preferibile – ancorché non pacifica <sup>(662)</sup> – è quella secondo cui l'istanza di parte non sia necessaria <sup>(663)</sup>, anche perché, in effetti, l'art. 816-ter, VI comma, c.p.c. prevede espressamente che «*gli arbitri possono chiedere*», sicché, a ben vedere, la precisazione che possano farlo ancorché senza che vi sia l'istanza di parte, e cioè d'ufficio, risulterebbe ridondante.

---

<sup>658</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 31.

<sup>659</sup> G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. II, Padova, Cedam, 2015, 30.

<sup>660</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 447; M. BOVE, *La giustizia*, cit., 127.

<sup>661</sup> Sul punto, si vedano le considerazioni di: P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1739; R. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 31; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 447.

<sup>662</sup> Quanto alla necessità dell'istanza di parte, si veda: L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 447.

<sup>663</sup> In tal senso, si vedano: C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 272 ss.; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 234; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 201-202; F. DANOVI, *op. cit.*, 31; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 726-727; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1739; A. VILLA, *op. cit.*, 134; S. LA CHINA, *op. cit.*, 200.

### 1.5. Derogabilità delle disposizioni contenute nell'art. 816-ter c.p.c.

Da quanto si è fino a qui esposto, e da quanto si vedrà ulteriormente nel prosieguo, si ricava che la disciplina prevista dall'art. 816-ter c.p.c. è, in larga parte, derogabile per volontà delle parti <sup>(664)</sup>.

Non pare condivisibile, dunque, l'orientamento, sostenuto da parte della dottrina, secondo cui «*in nessun caso l'esercizio del potere delle parti di dettare le norme applicabili al procedimento potrebbe essere inteso a sottrarre alla disciplina codicistica sull'arbitrato, e dunque allo stesso art. 816-ter, l'efficacia cogente che le è propria*» <sup>(665)</sup>.

Del resto, trattasi di norme, per lo più, meramente dispositive, volte ad attribuire agli arbitri taluni poteri e facoltà che, tuttavia, possono essere dalle parti in larga misura limitati o esclusi <sup>(666)</sup>.

Il che è già stato dimostrato, e verrà ulteriormente dimostrato, nel corso della presente indagine: ogniqualvolta si consente alle parti di limitare, in qualche modo, tali poteri e facoltà, infatti, a ben vedere non si fa altro che introdurre una deroga all'art. 816-ter c.p.c.

Ed allora, andando con ordine, deve essere ricordato che, con riferimento al primo comma, si è già detto che, condivisibilmente, la dottrina maggioritaria ritiene che le parti possano impedire agli arbitri di fare ricorso alla delega dell'istruttoria o di singoli atti di istruzioni in favore di uno o più membri del collegio arbitrale; oppure, quantomeno, impedire loro che la delega venga

---

<sup>664</sup> In tal senso, si veda l'approfondita analisi di G. DE NOVA, *op. cit.*, 423 ss., il quale si intrattiene sulle norme che, fra quelle di cui agli artt. 806 ss. c.p.c., sono derogabili.

<sup>665</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 713.

<sup>666</sup> Osserva, del tutto condivisibilmente, G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 186, portando ad esempio proprio l'art. 816-bis, che «*le regole sull'istruzione probatoria specificamente disposte dal legislatore in materia arbitrale sono di natura tendenzialmente facoltizzante: come tali, non si tratta di regole strettamente correlate alla natura arbitrale del giudizio e, conseguentemente, derogabili per concorde decisione delle parti*».

rilasciata in favore degli arbitri di parte, piuttosto che – come invece consigliabile – al presidente del collegio arbitrale <sup>(667)</sup>.

Quanto al secondo comma, non pare vi siano ostacoli a che le parti precludano agli arbitri la possibilità di fare ricorso alla testimonianza scritta, visti anche i limiti intrinseci che caratterizzano tale mezzo di prova <sup>(668)</sup>.

Venendo al terzo ed al quarto comma, i quali prevedono il meccanismo di assistenza giudiziaria per il caso di testimone renitente, si è già detto <sup>(669)</sup> che le parti possono escludere che ad esso gli arbitri facciano ricorso, così da preservare la riservatezza del procedimento arbitrale <sup>(670)</sup>, mentre non pare che le parti possano, in qualche modo, incidere sulla sospensione automatica del termine per la pronuncia del lodo, essendo tale termine fissato nell'esclusivo interesse degli arbitri ed essendo necessitato dal fatto che l'intervento dell'a.g.o. potrebbe comportare tempi irragionevolmente lunghi e, soprattutto, difficilmente prevedibili *ex ante*.

Il quinto comma, come si vedrà meglio nel prosieguo <sup>(671)</sup>, può essere derogato nei limiti in cui, a patto che gli arbitri siano dotati delle necessarie competenze tecniche, le parti possono prevedere che ad essi sia preclusa la facoltà di avvalersi di consulenti tecnici <sup>(672)</sup>.

Infine, pure il sesto comma pare derogabile, in quanto nulla osta a che le parti impediscano agli arbitri di chiedere alla Pubblica Amministrazione di fornire informazioni scritte circa atti e documenti, nella disponibilità di quest'ultima, che è necessario acquisire al giudizio <sup>(673)</sup>.

Ciò che deve essere, tuttavia, sottolineato è che l'ampia facoltà di deroga alla disciplina contenuta nell'art. 816-ter c.p.c. deve essere esercitata nel rispetto di

---

<sup>667</sup> Sul punto, si veda il precedente § 1.1.

<sup>668</sup> Sul punto, si veda il precedente § 1.3.

<sup>669</sup> Sul punto, si veda il precedente § 1.2.

<sup>670</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, 428.

<sup>671</sup> Sul punto, si veda il successivo § 8.

<sup>672</sup> Come si vedrà, peraltro, il divieto imposto dalle parti non potrà, comunque, essere assoluto.

<sup>673</sup> Sul punto, si veda il precedente § 1.4.

quanto si è detto, a suo tempo, con riferimento alle modalità di esercizio del potere regolamentare delle parti <sup>(674)</sup>: pertanto queste ultime dovranno comunicare agli arbitri, *in limine*, di quali poteri e facoltà intendono privarli, così che questi siano messi nelle condizioni di conoscere le caratteristiche e le criticità del mandato che sono chiamati ad accettare, così da poter compiere una scelta consapevole.

Ne discende che, ove le parti nulla dichiarino *in limine* ed intendano poi, nel corso del procedimento arbitrale, introdurre talune limitazioni ai poteri ed alle facoltà attribuiti agli arbitri dall'art. 816-ter c.p.c., potranno farlo solo a condizione che questi ultimi prestino il loro consenso, dal momento che ciò è idoneo ad incidere sulla esecuzione del mandato loro conferito: si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui, sopravvenuta la necessità di farsi assistere da un consulente tecnico, le parti, che fino ad allora nulla avevano detto sul punto, abbiano la pretesa di impedire agli arbitri di procedere alla nomina del consulente per limitare i costi del procedimento arbitrale. Non vi è dubbio che una modifica così rilevante della disciplina del procedimento arbitrale non possa essere apportata se non con il consenso di coloro che di tale ausilio intendono avvalersi, ossia, per l'appunto, gli arbitri.

#### **1.6. La proroga del termine per la pronuncia del lodo ai sensi dell'art. 820, IV comma, sub a) e b), c.p.c.**

A completamento della (scarna) disciplina circa l'istruttoria arbitrale, il legislatore ha previsto che, salvo diversa disposizione delle parti, il termine per la pronuncia del lodo è prorogato, ai sensi dell'art. 820, IV comma, c.p.c., di n. 180 giorni nel caso in cui «*debbono essere assunti mezzi di prova*» oppure «*se è disposta consulenza tecnica d'ufficio*», con la precisazione che tale proroga è concessa «*per non più di una volta nell'ambito di ciascuno di essi*».

---

<sup>674</sup> Si veda il precedente cap. II, § 1.1.

La previsione in discorso risulta certamente utile, soprattutto nell'ottica di semplificare e velocizzare lo svolgimento del procedimento arbitrale, ancorché non determinante, posto che, anche in sua assenza, gli arbitri potrebbero comunque chiedere alle parti la concessione della proroga del termine per la pronuncia del lodo e, anzi, in forza del novellato art. 816-*bis* c.p.c., potrebbero anche rivolgersi direttamente ai loro difensori, senza neppure necessità di interpellare le parti.

### **1.7. Conclusioni sulla (scarna) disciplina contenuta nel codice di rito.**

Il giudizio sull'art. 816-*ter* c.p.c. (ben poco essendovi da dire con riferimento all'art. 820 c.p.c.) non può che essere articolato, dal momento che, da un lato, non si può non riconoscere che il legislatore si sia, finalmente, mosso nella direzione giusta, tuttavia, dall'altro lato, si deve altresì rilevare che – pur a fronte di una legge delega che lo invitava a razionalizzare la disciplina dell'arbitrato <sup>(675)</sup> – è stata persa una grande occasione per risolvere talune delle questioni che, soprattutto con riferimento all'istruttoria arbitrale, continuano a non trovare una soluzione univoca <sup>(676)</sup>.

Correttamente, dunque, la dottrina ha osservato come si tratti di un articolo «*tutt'altro che completo*» <sup>(677)</sup> e che «*il legislatore abbia perduta l'ennesima occasione per potenziare al meglio il rapporto fra arbitri e giudici ordinari, che soprattutto nel terreno dell'assunzione probatoria si sarebbe rivelato utile, essendo com'è noto tale settore uno dei più deboli dell'arbitrato*» <sup>(678)</sup>.

---

<sup>675</sup> La legge 14 maggio 2005 n. 80, in particolare, prevedeva l'introduzione di «*una disciplina dell'istruzione probatoria, con la previsione di adeguate forme di assistenza giudiziaria*». Sul punto, si veda P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1731-1732.

<sup>676</sup> A tale proposito, cfr. M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 219 ss., la quale elenca in modo puntuale le questioni che avrebbero potuto trovare una soluzione univoca e che, invece, non sono state in alcun modo trattate dal legislatore. A tale proposito, si vedano anche le considerazioni di: C. RASIA, *op. cit.*, 2788; E. ODORISIO, *op. cit.*, 264

<sup>677</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 183.

<sup>678</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 409.



In particolare, il legislatore non ha colto l'occasione di procedere con «una riscrittura della disciplina dell'istruttoria arbitrale», con la conseguenza che la «nuova istruttoria arbitrale non presenta dunque una decisiva rivoluzione, ma solo alcune novità»<sup>(679)</sup>.

Per quanto maggiormente rileva, non si è, infatti, introdotto, eccezion fatta per la pur rilevante possibilità di ottenere l'intervento del presidente del tribunale nel caso del testimone renitente, «quell'auspicabile rapporto di collaborazione», tra arbitri ed a.g.o., che la più attenta dottrina ha da sempre auspicato, addirittura prima della riforma del 1994<sup>(680)</sup>.

In conclusione, dunque, nonostante le buone intenzioni e talune novità interessanti ed utili introdotte, non si può non condividere la valutazione della dottrina<sup>(681)</sup>, la quae ha osservato come «questa norma sia del tutto insufficiente a chiarire tutti gli aspetti dell'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale, aspetti che, di conseguenza, devono essere inquadrati secondo un'interpretazione sistematica da trarre da quei pochi appigli normativi che si hanno a disposizione»<sup>(682)</sup>.

## **2. La prova documentale.**

Un ruolo centrale, in qualsivoglia forma di giudizio (e, dunque, anche in quello arbitrale), è svolto dalla prova documentale, che rappresenta uno degli strumenti

---

<sup>679</sup> P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1732.

<sup>680</sup> F. CARPI, *Il procedimento, cit.* 873 ss., il quale ricorda come l'introduzione di una norma che consenta agli arbitri di chiedere l'assistenza dell'a.g.o. in ogni caso in cui essi lo ritengano opportuno fosse già nei «suggerimenti emersi dal congresso internazionale di Cadenabbia del 1955 che avevano un precedente nell'art. 1782 del motu proprio di Pio VII, che consentiva alla parte più diligente di adire il giudice, affinché prestasse il suo "sussidio" tutte le volte nelle quali occorreva "fare atti di coazione"»: convegno, questo, al quale prese parte anche Carnacini (si vedano AA.VV., *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato (Cadenabbia-Milano, 3-6 giugno 1954)*, a cura del Centro nazionale per la difesa e prevenzione sociale, Milano, 1956). A tale proposito, si veda anche S. RINALDI, *op. cit.*, 1358.

<sup>681</sup> Proprio di recente, G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 974, ha sottolineato che il «nostro arbitrato» risulta «poco appetibile...per l'operatore straniero» anche (e soprattutto) «per la mancanza...nei nostri arbitri di adeguati poteri cautelari e istruttori».

<sup>682</sup> M. BOVE, *La giustizia, cit.*, 127.

più immediati ed efficaci per accertare la verità: pertanto, «[c]ome nel giudizio ordinario, anche in quello arbitrale trova cittadinanza la prova documentale, il cui utilizzo non si differenzia affatto da quello che ne viene fatto davanti al giudice ordinario»<sup>(683)</sup>.

Ne discende che, anche se la disciplina contenuta negli artt. 806 ss. c.p.c. non prevede nulla a tale proposito, non sembra che, per lo meno per quanto concerne l'aspetto "fisiologico" dell'acquisizione e dell'utilizzo delle prove documentali<sup>(684)</sup>, sussistano particolari criticità, posto che, quanto alle modalità di acquisizione e di valutazione, ci si rifà – in assenza di disposizioni diverse ad opera delle parti e degli arbitri, nei limiti in cui ciò è loro concesso<sup>(685)</sup> – alle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione<sup>(686)</sup>: conseguentemente, i documenti verranno acquisiti dal collegio arbitrale mediante deposito, tendenzialmente presso la sede dell'arbitrato<sup>(687)</sup>, e verranno poi da quest'ultimo valutati, nel rispetto delle norme codicistiche.

A tale proposito, merita di essere sottolineato che, nella prassi, spesso sul punto intervengono gli arbitri, *in limine*, con il loro potere regolamentare<sup>(688)</sup>, certamente ampio per quanto riguarda l'assunzione delle prove in discorso<sup>(689)</sup>, prevedendo precise modalità di acquisizione al fine di rendere maggiormente efficiente lo svolgimento del procedimento arbitrale.

Pertanto, quale notazione conclusiva, non può non essere ricordato, per completezza, che, a ben vedere, la prova documentale non esaurisce la propria potenziale influenza sul procedimento arbitrale con il passaggio in giudicato del

---

<sup>683</sup> A. STESURI, *op. cit.*, 81. Per la medesima considerazione, si vedano anche: S. LA CHINA, *op. cit.*, 199; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 259.

<sup>684</sup> E salvo quanto si vedrà, nel prosieguo, con riferimento agli aspetti "patologici" dell'acquisizione e dell'utilizzo delle prove documentali.

<sup>685</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III.

<sup>686</sup> A. VILLA, *op. cit.*, 132-133; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 750 ss., la quale sottolinea come ciò valga anche con riferimento all'efficacia dei documenti.

<sup>687</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 199.

<sup>688</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 140.

<sup>689</sup> G. BUGLIANI, *op. cit.*, 193.

lodo, dal momento che essa «più dare luogo ad impugnazioni del lodo per revocazione, qualora gli arbitri abbiano deciso in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza (rectius: il lodo), ai sensi del combinato disposto dell'art. 831, 1° co., e 395, n. 2, c.p.c.»<sup>(690)</sup>.

## **2.1. Il riconoscimento tacito e la verifica della scrittura privata.**

Fermo quanto si è detto, in generale, circa la compatibilità della prova documentale con l'arbitrato, ci si deve ora intrattenere sugli istituti, pur sempre relativi a tale mezzo di prova, che, per qualsivoglia ragione, creano talune difficoltà allorché li si voglia adattare allo svolgimento ed alle caratteristiche strutturali del procedimento arbitrale.

Innanzitutto, merita particolare attenzione l'istituto del riconoscimento tacito e quello della verifica della scrittura privata, regolati dagli artt. 214 ss. c.p.c.

Quanto al primo di essi, ossia al riconoscimento tacito della scrittura privata di cui all'art. 215 c.p.c., deve essere fin da subito rilevato che la compatibilità con l'arbitrato di tale istituto non è pacificamente ammessa, tuttavia, come subito si vedrà, non pare che essa presenti particolari criticità<sup>(691)</sup>: pertanto, per quanto qui maggiormente rileva, la parte avrà l'onere di disconoscere la scrittura privata alla prima occasione successiva rispetto alla produzione, altrimenti essa dovrà ritenersi a tutti gli effetti riconosciuta ai sensi dell'art. 2702 c.c.

A questo proposito, deve essere rilevato che coloro che ritengono che il meccanismo di cui all'art. 215 ss. c.p.c. non possa trovare applicazione automatica all'arbitrato valorizzano il fatto che quello del riconoscimento tacito

---

<sup>690</sup> A. STESURI, *op. cit.*, 74. Nel medesimo senso, si veda anche S. LA CHINA, *op. cit.*, 199.

<sup>691</sup> Quanto all'ipotesi di riconoscimento della scrittura privata ai sensi del n. 1 dell'art. 215 c.p.c., ossia per essere il soggetto cui è attribuita la scrittura rimasto contumace, pare qui sufficiente rilevare che la dottrina maggioritaria ritiene che l'istituto della contumacia non sia compatibile con l'arbitrato, escludendo dunque anche tale forma di riconoscimento; tuttavia, vi è anche un orientamento minoritario che ritiene compatibile con l'arbitrato l'istituto della contumacia ed applicabile l'art. 215, I comma, n. 1. Si vedano, da ultimo: nel primo senso, L. BIANCHI, *Arbitrato e verifica della scrittura privata*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 839 ss.; nel secondo senso, invece, M. ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1011 ss.

rappresenta solo uno dei metodi con cui procedere al riconoscimento di una scrittura privata, sicché, a meno che non siano state le parti o gli arbitri a prevederne espressamente l'applicabilità, gli arbitri possono «dare per riconosciute le scritture o quando agli atti vi sia la prova del riconoscimento oppure quando questo riconoscimento sia desumibile dal comportamento complessivo della parte interessata e, quindi, inevitabilmente all'atto della deliberazione del lodo»<sup>(692)</sup>.

Quest'ultimo orientamento, tuttavia, non convince per diverse ragioni.

In primo luogo, in quanto si è già detto che – nel silenzio delle parti (e, per quanto di loro competenza, degli arbitri) – devono trovare applicazione, in quanto compatibili, le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, comprese, dunque, le norme in discorso, non ravvisandosi alcun ostacolo alla loro applicazione anche nell'arbitrato<sup>(693)</sup>.

In secondo luogo, perché, a ben vedere, escludere rilevanza al riconoscimento tacito ed attribuirlo al comportamento complessivo della parte non pare particolarmente coerente, dal momento che il riconoscimento tacito è, a sua volta, fondato su un comportamento, ancorché omissivo<sup>(694)</sup>: conseguentemente, ben difficilmente la condotta della parte che, a fronte della produzione di un documento ad essa riferibile ad opera della controparte, nulla eccepisca, potrà essere ritenuta non integrante un comportamento implicante il riconoscimento del documento medesimo.

In terzo luogo, perché, se si ammettesse che il fatto che il documento sia, o non sia, riconosciuto possa essere reso noto alle parti solo al momento della deliberazione del lodo, ciò potrebbe comportare una lesione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, dal momento che una parte potrebbe avere

---

<sup>692</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 140-141. Negano l'applicabilità del meccanismo del riconoscimento tacito anche: C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 247; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 260.

<sup>693</sup> M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1020.

<sup>694</sup> Ed anzi, a ben vedere, proprio il mancato disconoscimento del documento rappresenta il più evidente fra i comportamenti della parte che non intenda, per l'appunto, disconoscere il documento medesimo.

confidato nel fatto che il documento da essa prodotto, e riferibile alla controparte, in assenza di qualsivoglia rilievo sia dato per riconosciuto, comportandosi di conseguenza (ad esempio, non formulando capitoli di prova circa quanto si trova riflesso nel documento dato per riconosciuto dalla controparte).

Infine, resta da considerare che la soluzione qui criticata non consentirebbe, comunque, di attribuire, seppure in sede di deliberazione del lodo, l'efficacia propria dell'art. 2702 c.c., posto che il riconoscimento non potrebbe comunque dirsi avvenuto in forza di una disposizione di legge (*in thesi*, inapplicabile), sicché il «*valore probatorio circa la provenienza della scrittura privata, quale conseguenza del riconoscimento, non potrebbe così vincolare l'arbitro, ma rientrerebbe al più nel campo della libera valutazione*»<sup>(695)</sup>.

Mi pare, dunque, che il meccanismo del riconoscimento tacito debba trovare applicazione pure nell'arbitrato<sup>(696)</sup>, anche perché trattasi di uno strumento, a ben vedere, congeniale alla celerità cui deve (o, quantomeno, dovrebbe) essere improntato il procedimento arbitrale, consentendo di mettere dei punti fermi, in tempi brevi, quantomeno sulla riferibilità dei documenti alle parti: una volta prodotto, il documento, se non disconosciuto alla prima occasione successiva alla produzione<sup>(697)</sup>, è dato per riconosciuto, senza che, sul punto, si possa tornare successivamente.

Senza considerare, poi, che, se tale meccanismo non operasse e, dunque, alla parte fosse consentito di disconoscere il documento senza limiti, rischierebbe di prodursi, anche in questo caso, una lesione del contraddittorio e del diritto di difesa, posto che la parte che dava per riconosciuto il documento si troverebbe, inevitabilmente, "spiazzata".

---

<sup>695</sup> M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1022.

<sup>696</sup> Si veda D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 751-752, la quale si intrattiene anche a dimostrare la non divisibilità delle argomentazioni utilizzate da parte della dottrina per giungere ad affermare la non applicabilità, nel procedimento arbitrale, dell'istituto del riconoscimento tacito. Nel medesimo senso, si vedano: M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1020 ss.; L. BIANCHI, *op. cit.*, 845 ss.; Coll. arb. Roma, 25 febbraio 2005, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 710.

<sup>697</sup> L. BIANCHI, *op. cit.*, 846.

Inoltre, non può non essere considerato che, non trovando applicazione il meccanismo di riconoscimento tacito, gli arbitri si troverebbero di fronte ad una questione di difficile soluzione ogniqualvolta venisse prodotta una scrittura privata non tempestivamente disconosciuta ma neppure espressamente riconosciuta: in tal caso, infatti, senza l'ausilio di regole legali che consentano loro di considerarla tacitamente riconosciuta, gli arbitri non potrebbero che trovarsi in una situazione di forte incertezza circa il valore probatorio da attribuire a tale documento <sup>(698)</sup>.

Fermo che il meccanismo del riconoscimento tacito della scrittura privata deve ritenersi compatibile con l'arbitrato, non resta ora che da chiedersi cosa accada allorché la parte, alla quale la scrittura è attribuita o contro la quale è prodotta, proceda al disconoscimento della scrittura medesima e la parte che l'ha prodotta, intendendo comunque valersene, ne chieda, ai sensi dell'art. 216 c.p.c., la verificaione <sup>(699)</sup>.

Ebbene, con riferimento alla compatibilità del giudizio di verificaione, non è rinvenibile fra gli interpreti, una posizione condivisa: cionondimeno, se è vero che c'è chi nega la sussistenza di tale compatibilità <sup>(700)</sup>, la dottrina maggioritaria è favorevole al fatto che, ove ne sussistano le condizioni, gli arbitri possano procedere con il giudizio di verificaione <sup>(701)</sup>.

---

<sup>698</sup> Sul punto, cfr. le considerazioni e le riflessioni di M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1021.

<sup>699</sup> A tale proposito, si veda il recente contributo di L. BIANCHI, *op. cit.*, 839 ss.

<sup>700</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, *cit.*, 141.

<sup>701</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, *cit.*, Vol. II, 247 ss.; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 38-39; S. LA CHINA, *op. cit.*, 199; L. DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1175; A. GIUSSANI, *La verificaione in via incidentale della scrittura privata nel procedimento arbitrale rituale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 419 ss.; V. DENTI, *La verificaione delle prove documentali*, Torino, Utet, 1957, 168; L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 5; T. CARNACINI, *op. cit.*, 892; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, Cedam, 2008, 150; F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 41; C. RASIA, *op. cit.*, 2791; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, *cit.*, 260-261; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4.

La questione in esame, peraltro, imporrebbe di intrattenersi sul tema, che pure è rilevante, relativo alla natura del giudizio di verifica della scrittura privata. Tuttavia, per ragioni di spazio, non ci si può che limitare a ricordare che, sul punto, vi sono due orientamenti tradizionali che si fronteggiano: un primo orientamento, secondo cui ci si troverebbe in presenza di un «*giudizio tendente all'accertamento con forza di giudicato della provenienza del documento*»; ed un secondo orientamento, secondo cui il giudicante si limiterebbe a «*risolvere unicamente una questione di carattere istruttorio, al fine di rendere utilizzabile nel processo quel documento*»<sup>(702)</sup>. Del resto, è evidente che ammettere la verifica della scrittura privata, anche nell'ambito del procedimento arbitrale, sarà molto più agevole ove si aderisca – come a me pare preferibile – al secondo orientamento<sup>(703)</sup>, dal momento che si tratterebbe di attribuire all'arbitro la decisione di un mero «*incidente istruttorio*», nulla di più, né di diverso.

Fermo quanto precede, stando alla disciplina prettamente arbitrale, pare che rilievo decisivo debba essere attribuito – come, in effetti, fa la dottrina maggioritaria – alla arbitrabilità, o meno, della questione in discorso, valorizzando così anche le intenzioni del legislatore, che ha inteso ampliare la sfera della compromettibilità, disancorandola dal concetto di transigibilità e legandola, invece, a quello di disponibilità dei diritti.

Ed infatti, deve essere considerato che, prima della riforma del 2006, la formulazione dell'art. 806 c.p.c. faceva espressamente riferimento alla compromettibilità delle sole controversie che potevano formare «*oggetto di transazione*» e la questione della autenticità della scrittura privata non era

---

<sup>702</sup> Per un approfondimento circa i due orientamenti in discorso, con ampi richiami dottrinali, si veda, da ultimo, L. BIANCHI, *op. cit.*, 846 ss.

<sup>703</sup> Osserva, ad esempio, S. LA CHINA, *op. cit.*, 199, nell'ammettere la verifica ad opera degli arbitri, che il disconoscimento, dal quale scaturisce poi la necessità della verifica, è «*una semplice affermazione di un fatto – la sottoscrizione non è mia, non la riconosco come apposta dall'autore mio dante causa – e la verifica in via incidentale altro non è che una valutazione critica su un documento condotta con l'ausilio di altre prove e documenti*».

considerata transigibile, con conseguente non compromettibilità di quest'ultimo<sup>(704)</sup>.

Tuttavia, la questione – ancorché non transigibile – doveva, invece, ritenersi disponibile e, «sotto tale profilo, la lettera della legge è chiara nel prevedere la piena disponibilità di effettuare un riconoscimento tanto espresso che tacito (art. 214 s.): insomma, la libera scelta delle parti (una di esse produce la scrittura e l'altra non la disconosce, ovvero espressamente la riconosce) influisce in modo determinante sull'originarsi dell'effetto (la certezza sulla provenienza della sottoscrizione)»<sup>(705)</sup>.

Orbene, facendo oggi, come si diceva, l'art. 806 c.p.c. riferimento al criterio della disponibilità e non a quello della transigibilità, e non avendo la controversia in discorso «per oggetto diritti indisponibili», non si vedono ostacoli all'ammissibilità, anche nell'arbitrato, della verifica della scrittura privata<sup>(706)</sup>.

## 2.2. La querela di falso.

Gli interpreti si sono sempre dimostrati contrari alla compatibilità della querela di falso con l'arbitrato<sup>(707)</sup> e pare che, nonostante la ormai assodata natura giurisdizionale di quest'ultimo, la soluzione non possa, comunque, mutare.

In particolare, vi sono due ostacoli che si frappongono all'ammissibilità della querela di falso: il primo è di natura processuale, in quanto l'art. 221, III comma,

---

<sup>704</sup> In tal senso, prima della riforma, si vedano: E.F. RICCI, *La prova*, cit., 58; A. STESURI, *op. cit.*, 82; R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 311-312; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 1990, 153. In tono dubitativo, invece, prima della riforma, si esprimeva: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 178.

<sup>705</sup> L. BIANCHI, *op. cit.*, 854.

<sup>706</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 434; F. DANOVI, *op. cit.*, 38-39; A. VILLA, *op. cit.*, 133; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 247 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 861-862; C. RASIA, *op. cit.*, 2791; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 260-261.

<sup>707</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 861-862; E.F. RICCI, *La prova*, cit., 55-56; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 177; S. D'ANDREA, *Procedimento*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997, 479; S. LA CHINA, *op. cit.*, 199-200; A. CARRATO - M. DI MARZIO - R. GIORDANO - F. LAZZARO - A. SCARPA, *Procedimento alternativi al rito ordinario*, Milano, Giuffrè, 2016, 496; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 261; A. VILLA, *op. cit.*, 133-134; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 250-251; F. DANOVI, *op. cit.*, 37-38; A. STESURI, *op. cit.*, 82; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 753; C. RASIA, *op. cit.*, 2790-2791; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4.



c.p.c. prevede la necessaria partecipazione del p.m. e tale partecipazione risulta strutturalmente incompatibile con il giudizio arbitrale <sup>(708)</sup>.

Il secondo, invece, è di natura sostanziale, dal momento che, tanto prima quanto dopo il 2006, *“il giudizio sulla falsità del documento rimane materia non arbitrabile in quanto materia indisponibile”* <sup>(709)</sup>, posto anche che gli arbitri non sono pubblici ufficiali e, pertanto, non possono *«conferire certezza»* circa la verità del documento <sup>(710)</sup>.

In una simile situazione, l'unica via che risulta percorribile allorché una parte proponga querela di falso è quella per cui gli arbitri dovranno, in applicazione dell'art. 222 c.p.c., dapprima, interpellare la parte che ha prodotto il documento per verificare se voglia avvalersene e, in caso di risposta positiva, valutarne la rilevanza. Ove, a quel punto, risulti necessario procedere alla querela di falso, gli arbitri non potranno che rimettere la questione all'a.g.o., sospendendo il procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 819-bis, I comma, n. 2, c.p.c. <sup>(711)</sup>.

In altri termini, gli arbitri dovranno comportarsi sulla falsariga di quanto previsto, per il caso in cui la querela di falso sia proposta in grado di appello, dall'art. 355 c.p.c., il quale dispone che *«il giudice, quando ritiene il documento impugnato rilevante per la decisione della causa, sospende con ordinanza il giudizio e fissa alle parti un termine perentorio entro il quale debbono riassumere la causa di falso*

---

<sup>708</sup> Trattandosi, anzi, di *«presenza non...concepibile del giudizio arbitrale»* (G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 433). Nel medesimo senso, si vedano anche: E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 56; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 37-38; A. VILLA, *op. cit.*, 134; M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1023; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 753; A. STESURI, *op. cit.*, 82; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 179; S. LA CHINA, *op. cit.*, 200; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 261; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 479.

<sup>709</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 250-251; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 753; M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1022 ss.

<sup>710</sup> D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 753; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 261.

<sup>711</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 250-251; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 37-38; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 141; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 433-434; A. CARRATO - M. DI MARZIO - R. GIORDANO - F. LAZZARO - A. SCARPA, *op. cit.*, 496; E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 56; S. LA CHINA, *op. cit.*, 200; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 261; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 754; C. RASIA, *op. cit.*, 2791; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4. Sul punto, si vedano le interessanti considerazioni di M. ZULBERTI, *op. cit.*, 1026 ss., il quale si interroga, fornendo al quesito risposta affermativa, circa l'applicabilità, nel caso di specie, delle norme di cui agli artt. 819 ed 819-bis, I comma, n. 2, c.p.c.

*davanti al tribunale*»: pertanto, una volta interpellata la parte che ha prodotto il documento circa la sua volontà di rinunciare alla produzione ed avere, in caso di risposta affermativa, accertato la rilevanza del documento impugnato ai fini della decisione, il giudice d'appello – così come, del resto, gli arbitri – è tenuto, se del caso, a sospendere il procedimento, disponendo che le parti propongano apposita domanda davanti al tribunale competente<sup>(712)</sup>.

### **3. La prova testimoniale.**

Come osservato dalla dottrina, la prova testimoniale «*non ha mai fatto sorgere problemi di ammissibilità, ma tutt'al più questioni relative alla sua pratica attuazione nel processo legate alla mancanza dello ius imperii degli arbitri, il che ha comunque finito per limitare la portata pratica di tale tipo di prova*»<sup>(713)</sup>: conseguentemente, gli arbitri hanno da sempre fatto ricorso a tale mezzo di prova, anche se, è innegabile, essendo sprovvisti di qualsivoglia potere autoritativo ed alla luce delle difficoltà cui è da sempre andato incontro il ricorso all'istruzione preventiva<sup>(714)</sup>, non sempre con risultati particolarmente fruttuosi.

In particolare, per quanto qui maggiormente rileva, gli arbitri si trovavano nell'impossibilità di reagire al rifiuto del testimone di presentarsi, non potendo disporre l'accompagnamento coatto né sanzionarlo in alcun modo.

Sul punto, un importante ausilio è stato fornito loro dal legislatore del 2006, il quale, come si è detto<sup>(715)</sup>, ha attribuito agli arbitri il potere di chiedere assistenza all'a.g.o., quantomeno per reagire nel caso del testimone renitente<sup>(716)</sup>.

---

<sup>712</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 251-252.

<sup>713</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 424. Sul punto, si veda anche A. VILLA, *op cit.*, 134.

<sup>714</sup> Si veda il precedente cap. III, § 3.

<sup>715</sup> Si veda il precedente § 1.2, anche con riferimento al dibattito circa l'applicabilità, o meno, dell'art. 255 c.p.c. nel caso in cui il testimone persista nella sua condotta e, dunque, continui a non presentarsi nonostante il provvedimento reso dal presidente del tribunale.

<sup>716</sup> Critico, sul punto, si dimostra G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 426, il quale sottolinea che la norma di cui all'art. 816-ter, III comma, c.p.c. «*sembra una panacea nei confronti del maggiore*

Una volta ottenuta la comparizione del testimone, gli arbitri procedono – salvo che le parti, o gli arbitri stessi, si siano avvalsi del potere regolamentare, nei limiti ampiamente descritti <sup>(717)</sup> – all’assunzione della testimonianza facendo riferimento, in quanto compatibili, alle norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione e, dunque, agli artt. 244 ss. c.p.c. <sup>(718)</sup>. E dunque, merita di essere sottolineato che dovrà trovare applicazione, in quanto certamente compatibile con l’arbitrato e trattandosi di norma avente natura «cogente», l’art. 244 c.p.c., il quale, nell’imporre alla parte di specificare i fatti da dedurre a prova testimoniale in articoli separati, svolge «*il duplice scopo di consentire all’avversario di formulare i capitoli di prova contraria indicando i propri testimoni e di dare modo al giudice di valutare se la prova richiesta sia concludente e pertinente*» <sup>(719)</sup>.

Certo è che, come si è detto, la disciplina dettata per il giudizio ordinario di cognizione dovrà essere adattata alle peculiarità dell’arbitrato, con conseguente inapplicabilità delle norme ritenute incompatibili con quest’ultimo.

La valutazione di compatibilità andrà fatta caso per caso, tuttavia pare utile ricordare, a mero titolo esemplificativo, che davanti agli arbitri i testimoni non giurano, essendo «*sufficiente che gli arbitri ricordino ai testimoni che la loro falsa testimonianza, ove sia decisiva per la soluzione della lite, potrà essere fonte di loro responsabilità per danni in sede civile*» <sup>(720)</sup>: il che, del resto, a seguito della nota

---

*ostacolo all’assunzione della prova testimoniale nell’arbitrato, ma di fatto non lo è*», dal momento che, per l’Autore, non potrebbe, comunque, trovare applicazione l’art. 255 c.p.c., con la conseguenza che non vi sarebbe modo di costringere il testimone a presentarsi ove questo non si faccia “intimidire” dall’invito del presidente del tribunale.

<sup>717</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III.

<sup>718</sup> D. GROSSI, *op. cit.*, 483, secondo cui non vi sarebbe dubbio che «*le disposizioni del codice di procedura civile (art. 244 ss. cod. proc. civ.) in tema di prova risultino applicabili*». *Contra*, M. PACCOIA, *L’istruzione probatoria*, *cit.*, 264.

<sup>719</sup> G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 203-204. *Contra*, F. CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1152, il quale ritiene che l’articolazione dei capitoli nel rispetto dell’art. 244 c.p.c. non sia necessaria «*a condizione che siano specificati in modo chiaro e non generico i fatti e le persone chiamate a ricostruirli, di tale che sia garantito il diritto di difesa*».

<sup>720</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 138. Sul punto, si vedano anche: M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 849; A. STESURI, *op. cit.*, 78; N. PICARDI, *op. cit.*, 729; S. LA CHINA, *op. cit.*, 195; D. GROSSI, *op. cit.*, 483.

sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 1995, risulta conforme a ciò che, dal 1995 in poi, avviene, o dovrebbe avvenire, davanti all'a.g.o. <sup>(721)</sup>.

### **3.1. L'efficacia della prova testimoniale nell'arbitrato.**

Facendo applicazione del principio che costituisce il cardine della presente indagine, la soluzione alla questione relativa all'efficacia della prova testimoniale – così come, del resto, delle altre prove assunte nel corso del procedimento arbitrale <sup>(722)</sup> – è obbligata, nel senso della applicabilità, in quanto compatibili, delle medesime norme previste per il giudizio ordinario di cognizione: così, troveranno applicazione tutti i «vincoli relativi all'apprezzamento della prova, con particolare riferimento alla piena autorità dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata e riconosciuta, della confessione, del giuramento (e del rifiuto di giurare)» <sup>(723)</sup>.

Sotto tale profilo, dunque, non sembrano ravvisabili particolari differenze fra i vincoli cui sono sottoposti i giudici togati e quelli cui sono sottoposti gli arbitri.

### **3.2. I limiti di ammissibilità della prova testimoniale.**

Quanto ai limiti di ammissibilità della prova testimoniale <sup>(724)</sup>, deve essere premesso che le conclusioni cui si perverrà potranno essere adottate anche con riferimento alla ammissibilità degli altri mezzi di prova, venendo la questione trattata avuto riguardo alla prova testimoniale per il semplice motivo che tale

---

<sup>721</sup> Come noto, la pronuncia in discorso ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 251, Il comma, c.p.c. nella parte in cui sottoponeva il testimone al vincolo del giuramento (a tale proposito, cfr.: M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 265; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 204; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 849).

<sup>722</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 20-207; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 499; G. BUGLIANI, *op. cit.*, 191-192: quest'ultimo, inoltre, sostiene, come si è già ricordato, che, sotto il profilo della ammissibilità, un certo margine sia riconosciuto agli arbitri, purché il risultato sia di favorire l'acquisizione delle prove (parla, infatti, di derogabilità, seppure entro certi limiti, *in bonam partem* e di inderogabilità *in malam partem*).

<sup>723</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 78 ss.; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 253.

<sup>724</sup> Così come con riferimento al tema dell'efficacia delle prove acquisite dagli arbitri, di cui si è detto al precedente § 3.1.

mezzo di prova, sotto il profilo in discorso, si presenta caratterizzato dalla disciplina maggiormente stringente.

Ciò detto, ritengo che, tanto con riferimento ai limiti di ammissibilità oggettiva (di cui agli artt. 2721 ss. c.c.), quanto ai limiti di ammissibilità soggettiva (di cui all'art. 246 c.p.c.), la già più volte ricordata natura delle norme sulle prove, soprattutto ove considerata alla stregua della ormai conclamata natura giurisdizionale dell'arbitrato, non possa che condurre a ritenere applicabili tali limiti – salvo lo spazio di manovra consentito alle parti e, in misura estremamente ridotta, agli arbitri nell'esercizio del loro potere regolamentare <sup>(725)</sup> – anche nell'ambito del procedimento arbitrale <sup>(726)</sup>.

Come correttamente rilevato da autorevole dottrina, infatti, le norme relative alla «utilizzabilità» delle prove «hanno rilievo anche fuori del processo e influenzano il modo di porre e di costruire i rapporti sostanziali», pertanto si deve ritenere «che gli artt. 2721 ss. c.c. si applicano anche nel processo arbitrale (e con loro gli altri articoli di legge che fissano limiti alla utilizzazione della testimonianza)» <sup>(727)</sup>.

Del resto, come pure rilevato da autorevole dottrina, anche a voler limitare il discorso «ai divieti sotto il profilo politico più discutibili», ossia proprio «quelli relativi

---

<sup>725</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III. Deve, comunque, essere ricordato che la dottrina, quanto ai «casi di ammissibilità oggettiva (art. 2721 ss. c.c.) e soggettiva (art. 246 c.p.c.) della prova», ritiene che tali «norme sull'ammissione siano applicabili anche in arbitrato in quanto poste a tutela delle parti»: ciò, a conferma del fatto che, come si è detto al precedente cap. III, § 4., esse possono essere derogate, seppure nei limiti imposti dal rispetto delle norme di ordine pubblico processuale, dalle parti (in quanto destinatarie della tutela medesima) ma non dagli arbitri (che, invece, risultano del tutto estranei).

<sup>726</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 81 ss.; R. MARENGO, *Lo svolgimento*, cit., 310; A. VILLA, *op. cit.*, 131; A. STESURI, *op. cit.*, 81; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 764; S. LA CHINA, *op. cit.*, 196; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 179; C. RASIA, *op. cit.*, 2789; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 263. *Contra*, seppure parzialmente e, comunque, in tono dubitativo, si veda F. CARPI, *Note*, cit., 1152, il quale ritiene superabili i limiti di cui all'art. 246 c.p.c. e di cui all'art. 2721 c.c., mentre si dice dubbioso circa quelli di cui agli artt. 2722 e 2723 c.c. ed esclude categoricamente che si possa «ammettere una testimonianza per provare un atto o contratto per il quale la legge prescrive lo scritto ad substantiam» (in termini non dissimili, cfr. anche: G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 497; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 479).

<sup>727</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 139. Nel medesimo senso, si veda anche P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1731. Osserva C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 259-260, che, «scelto l'arbitrato di stretto diritto, gli arbitri dovranno osservare le norme sostanziali sul divieto e sui limiti di ammissibilità della prova».

*alla prova testimoniale posti dagli artt. 2722 e 2725, 2° comma, cod. civ. o dagli artt. 245 e 246 cod. proc. civ.», resta il fatto che non vi è ragione – vista l'identità della funzione svolta dall'a.g.o. e dagli arbitri nonché la particolare natura delle norme sulle prove <sup>(728)</sup> – per differenziare il regime del procedimento ordinario di cognizione da quello dell'arbitrato: di talché, «[q]uella diffidenza verso la testimonianza di certi soggetti o verso la testimonianza in genere, ovvero quell'intento di favorire il più possibile la prova scritta, che presiedono alle norme in parola, non possono non farsi avvertire più, solo perché si sostituisce all'autorità giudiziaria un giudice occasionale; e un sistema che sia dominato da tali orientamenti deve restarvi fedele anche nell'arbitrato, se non vuole peccare di incoerenza» <sup>(729)</sup>.*

Resta, peraltro, da aggiungere che la soluzione qui caldeggiata risulta oggi più che mai necessaria: ed infatti, «l'attuale omologazione della disciplina della testimonianza nel processo arbitrale a quella del processo civile...induce a ritenere che il testimone nei due processi, ormai, si pone nella stessa, identica maniera», tanto che egli «deve essere un terzo non interessato, anche perché...il suo eventuale mendacio è sanzionabile nel processo arbitrale con la responsabilità civile (forse, anche con quella penale) e può dare luogo a revocazione del lodo» <sup>(730)</sup>.

In conclusione, anche sotto il profilo in esame, dunque, non sembrano ravvisabili particolari differenze fra i limiti cui sono sottoposti i giudici togati e quelli cui sono sottoposti gli arbitri.

### **3.3. Le modalità di assunzione della prova testimoniale.**

Anche con riferimento alle modalità di assunzione della prova testimoniale, non si può che fare richiamo al principio generale secondo cui, in assenza di diverse disposizioni delle parti e degli arbitri (comunque, nei limiti in cui ciò è loro

---

<sup>728</sup> Tema, quello in esame, sul quale ci si è già ampiamente intrattenuti al precedente cap. III, § 4.

<sup>729</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 87.

<sup>730</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 139.

concesso), devono trovare applicazione, in quanto compatibili, le norme che disciplinano le modalità di assunzione della prova davanti all'a.g.o. <sup>(731)</sup>.

Pertanto, non pare necessario indugiare oltre.

### **3.4. Il confronto.**

La compatibilità dell'istituto del confronto con l'arbitrato non è stata oggetto di particolari rilievi, anche perché non vi sarebbe ragione per ammettere – come è pacificamente ammessa – la prova testimoniale e poi negare che gli arbitri possano mettere a confronto taluni dei testimoni allorché lo ritengano opportuno: ed anzi, pare che il procedimento arbitrale sia proprio la sede ideale per dare ingresso al mezzo di prova in discorso.

La dottrina, infatti, valorizza proprio il fatto che i tempi e l'organizzazione dell'arbitrato consentono, molto più che non davanti all'a.g.o., agli arbitri di disporre (anche) confronti al fine di meglio sfruttare tutte le possibilità fornite dall'esperimento di una approfondita istruttoria orale <sup>(732)</sup>.

### **3.5. La falsa testimonianza.**

Un tema certamente rilevante è quello delle conseguenze derivanti dalla falsa testimonianza, posto che ciò si riflette sulla attendibilità delle dichiarazioni del testimone: la minaccia di essere sottoposti ad una sanzione penale, infatti, rappresenta certamente un buon incentivo per il testimone a dire la verità.

Ebbene, la questione è dibattuta, dal momento che l'art. 372 c.p.c. <sup>(733)</sup> fa espressamente riferimento all'ipotesi in cui il teste dichiara il falso «*deponendo come testimone innanzi all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale*».

---

<sup>731</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III.

<sup>732</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 440; A. STESURI, *op. cit.*, 79.

<sup>733</sup> Ma considerazioni analoghe valgono anche per gli art. 366 e 373 c.p., i quali sanzionano, rispettivamente, il «*[r]ifiuto di uffici legalmente dovuti*» e la «*[f]alsa perizia o interpretazione*».

Pertanto, vi è chi esclude l'applicabilità della norma in discorso in quanto gli arbitri non possono essere considerati alla stregua della «*autorità giudiziaria*» e, conseguentemente, dichiarare il falso davanti a questi ultimi non può integrare la fattispecie di reato di cui all'art. 372 c.p. <sup>(734)</sup>: la medesima dottrina, peraltro, sottolinea come non rilevi «*l'identità di "funzione" di arbitri e giudici ordinari, sussistendo i noti limiti di applicazione delle leggi penali, posto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale*» <sup>(735)</sup>.

Altri, invece, hanno ritenuto che tale norma potesse, comunque, trovare applicazione anche in caso di falso giuramento davanti agli arbitri <sup>(736)</sup>.

A me pare che la soluzione maggiormente coerente con il sistema sarebbe la seconda, dal momento che la sanzione penale è posta a presidio (per quanto possibile) della attendibilità del testimone e, dunque, indirettamente, della correttezza della decisione resa sulla base (anche) delle sue dichiarazioni: ora, non si vede per quale ragione, fermo che arbitri e giudici togati svolgono la stessa funzione e che il lodo produce i medesimi effetti della sentenza, tale presidio debba operare con riferimento a quest'ultima e non al primo.

Ciò detto, ritengo anche che a tale soluzione non possa accedersi, dal momento che essa si scontra frontalmente con il divieto di interpretazione analogica delle leggi penali, in quanto, pacificamente, gli arbitri non possono essere fatti rientrare nella definizione di «*autorità giudiziaria*» e, dunque, l'art. 372 c.p. dovrebbe essere applicato per analogia: il che, però, come si è detto, non è possibile, trattandosi di norma penale.

In conclusione, al fine di conferire maggiore coerenza al sistema, vi è da augurarsi, *de jure condendo*, che il legislatore modifichi l'art. 372 c.p., sostituendo

---

<sup>734</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 424 (e nt. 46); G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 204; A. VILLA, *op cit.*, 135; G. SCHIZZEROTTO, *op cit.*, 501; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3952; A. STESURI, *op. cit.*, 78; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 765; S. RINALDI, *op. cit.*, 1361; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291. Più dubbioso, invece, pare G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 138.

<sup>735</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 263.

<sup>736</sup> G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 205; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 361.



il riferimento all'autorità giudiziaria con quello al giudizio civile <sup>(737)</sup>: per tal modo, la sanzione penale risulterebbe – come si vedrà meglio nel prosieguo, allorché ci si intratterrà sull'art. 371 c.p. – applicabile anche nel caso in cui la falsa testimonianza sia resa davanti agli arbitri.

#### **4. Il giuramento.**

Uno dei temi maggiormente dibattuti riguarda la compatibilità del giuramento <sup>(738)</sup> – decisorio, suppletorio ed estimatorio – con il procedimento arbitrale <sup>(739)</sup>, posto che, colpevolmente, il legislatore non ha approfittato dell'occasione della riforma del 2006 per intervenire sul punto <sup>(740)</sup>.

Ebbene, fermo che, come si vedrà subito, sono stati operati taluni distinguo con riferimento alle diverse forme di giuramento, la maggior parte degli interpreti ritiene, ancorché sulla base di considerazioni non sempre sovrapponibili, che tale istituto non sia compatibile con l'arbitrato <sup>(741)</sup>.

In particolare, autorevole dottrina ha sostenuto che il giuramento non sarebbe compatibile con l'arbitrato <sup>(742)</sup> in quanto comporterebbe la sottrazione della

---

<sup>737</sup> Avvicinandolo, così, fra gli altri, all'art. 371 c.p.

<sup>738</sup> Peraltro, come osserva condivisibilmente M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 859, trattasi di un mezzo di prova al quale, anche nel giudizio ordinario di cognizione, si fa scarsamente ricorso, visto l'evidente limite di far dipendere la decisione da una dichiarazione di una parte.

<sup>739</sup> A. CARRATO - M. DI MARZIO - R. GIORDANO - F. LAZZARO - A. SCARPA, *op. cit.*, 496; A. VILLA, *op. cit.*, 137; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 760 ss.; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290.

<sup>740</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 35.

<sup>741</sup> S. SATTA, *Commento, cit.*, 278; E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1999, III, 588; G. VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, 478; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 429-433; A. FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 324; S. LA CHINA, *op. cit.*, 194; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1997, 70; G. BONGIORNO, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 757 ss.; A. STESURI, *op. cit.*, 73 ss.

<sup>742</sup> Si badi bene, trattasi, secondo la dottrina in esame, di una incompatibilità radicale e che non può essere superata anche ove trovino applicazione le norme dettate dal codice di rito: è stato, in particolare, osservato che «[q]uando si sostiene che in mancanza di esplicite dichiarazioni la disciplina del procedimento istruttorio è regolata dalle norme del codice in quanto compatibili o in quanto ciò sia tecnicamente possibile, si sottolinea la circostanza che il processo ordinario e quello arbitrale possono essere, a volte, molto simili; tuttavia il diverso contenuto dei poteri del giudice e dell'arbitro ne sancisce la loro diversità» (così A. STESURI, *op. cit.*, 84-85).

decisione agli arbitri, ossia ai soggetti di fiducia scelti dalle parti per dirimere la controversia: in tal senso, è stato affermato che il giuramento «*contraddice il compromesso*»<sup>(743)</sup>.

È stato, dunque, autorevolmente sostenuto che sussiste la «*incompatibilità del giuramento con il patto compromissorio*», nel senso, cioè, che giuramento ed arbitrato «*si presentano come modi alternativi, in quanto concorrono a raggiungere in modo diverso lo stesso risultato*»: pertanto, una volta che entrambe le parti hanno deciso di intraprendere la via dell'arbitrato, «*non è più possibile per iniziativa di una sola delle parti, ovvero per decisione degli arbitri...revocarla e intraprendere una strada diversa per la soluzione della controversia*»<sup>(744)</sup>. Il corollario di tale ultima posizione è che il giuramento non sarebbe del tutto incompatibile con l'arbitrato ma che, comportando, sostanzialmente, una modifica dell'accordo compromissorio, potrebbe essere utilizzato solo ove vi sia l'accordo delle parti e, dunque, sia nel caso in cui le stesse abbiano previsto espressamente la possibilità di farvi ricorso nell'esercizio del loro potere regolamentare, sia nel caso in cui, deferito il giuramento nel corso del procedimento arbitrale, le parti – e, pare di poter dire, anche gli arbitri, per le ragioni già illustrate<sup>(745)</sup> – si dichiarino concordi nell'ammetterlo<sup>(746)</sup>.

Altri, invece, hanno affermato la incompatibilità fra i due istituti sulla base del fatto che nell'arbitrato non potrebbe trovare applicazione, per il caso in cui la parte giuri il falso, la sanzione penale di cui all'art. 371 c.p., «*il che priverebbe*

---

<sup>743</sup> S. SATTA, *Commento, cit.*, 278. In termini analoghi, si vedano anche: C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 253 ss.; E. REDENTI - M. VELLANI, *Diritto processuale, cit.*, 588; G. VERDE, *La posizione dell'arbitro, cit.*, 478.

<sup>744</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 256.

<sup>745</sup> Si veda il precedente cap. II, § 1.1., ove ci si è intrattenuti ad illustrare i limiti cui è sottoposto il potere regolamentare delle parti esercitato una volta instaurato il procedimento arbitrale.

<sup>746</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 256, il quale, infatti osserva come «*nessun problema possa concretamente porsi ove le parti abbiano espressamente contemplato tale mezzo di prova nel dettare agli arbitri le regole da osservare nel corso del procedimento; ovvero quando, nel corso del giudizio arbitrale, la parte alla quale sia stato concretamente deferito il giuramento decisivo si sia dichiarata pronta a prestarlo, o lo abbia deferito alla controparte*». Nel medesimo senso, si veda R. MARENGO, *Lo svolgimento, cit.*, 310.

*l'istituto di tutta la sua funzionalità»* <sup>(747)</sup>, (anche e) soprattutto nel caso di giuramento decisorio e suppletorio <sup>(748)</sup>.

Vi è stato, però, anche chi ha ritenuto compatibile il giuramento con l'arbitrato, non ravvisando alcun ostacolo al suo utilizzo <sup>(749)</sup>, oppure che lo ha ritenuto compatibile solo con riferimento a talune fattispecie: in particolare, taluni hanno ritenuto ammissibile il solo giuramento decisorio <sup>(750)</sup>, altri il solo giuramento suppletorio <sup>(751)</sup> e, infine, altri ancora il giuramento decisorio e quello suppletorio <sup>(752)</sup>.

Ebbene, a me pare che, delle due ragioni ostative rispetto alla compatibilità dell'arbitrato con l'arbitrato addotte dagli interpreti, la prima non risulti particolarmente convincente, mentre maggiore interesse desti la seconda, ossia quella che fa leva sulla non applicabilità dell'art. 371 c.p.

---

<sup>747</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 430. Nel medesimo senso, si vedano anche: E. FAZZALARI, *L'arbitrato, cit.*, 70; A. STESURI, *op. cit.*, 83; G. BONGIORNO, *op. cit.*, 757 ss.; S. LA CHINA, *op. cit.*, 194; A. FUSILLO, *op. cit.*, 324; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474-475.

<sup>748</sup> Osserva A. STESURI, *op. cit.*, 83, che, quanto al giuramento estimatorio ed a quello suppletorio, la dottrina ha rilevato come «*la loro inammissibilità discenderebbe dal fatto che il deferimento proviene dall'arbitro e non dalla parte e dunque l'opportunità di sollecitare una dichiarazione così decisiva non è rimessa al titolare del diritto, e quindi l'irrilevanza penale del falso giuramento acquista un peso determinante nel senso dell'inammissibilità del rimedio suppletorio ed estimatorio*».

<sup>749</sup> Si veda E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 49-53, il quale, anzi, sottolinea proprio come sia «*impossibile bandirlo dal giudizio ai sensi degli artt. 806 e s. cod. proc. civ.; ed è giusto così, perché le obiezioni cui tale prova merita di andare incontro presso gli arbitri non sono diverse da quelle cui essa dà luogo presso il giudice, in un contesto nel quale manca ogni base razionale a qualsiasi differenza di disciplina fra le due sedi*». In tal senso, cfr. anche: T. CARNACINI, voce *Arbitrato, cit.*, 885; F. DANOVÌ, *op. cit.*, 35-37; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1971, 526; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498; F. CARPI, *Note, cit.*, 1152; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498; App. Roma, 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.*, 1996, 317; Coll. arb. Roma, 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1182.; Coll. arb. Roma, 8 aprile 1991, in *Riv. arb.*, 1992, 757.

<sup>750</sup> Hanno ritenuto che possa trovare applicazione il solo giuramento decisorio: G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 140; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 760 ss.; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 173 ss.; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 263; Cass., 21 marzo 1953, n. 729, in *Foro it. Mass.*, 1953.

<sup>751</sup> Ha, invece, ritenuto applicabile il solo giuramento suppletorio: App. Roma, 6 novembre 1995, in *Riv. arb.*, 1996, 317.

<sup>752</sup> Ha, infine, ritenuto applicabile sia il giuramento suppletorio che quello decisorio: C. CECHELLA, *L'arbitrato, cit.*, 147.

In particolare, con riferimento alla prima ragione, non pare che il deferimento del giuramento decisorio sottragga agli arbitri la potestà di decidere la controversia (<sup>753</sup>), dal momento che sarà comunque l'arbitro a decidere la controversia, e lo farà (del tutto legittimamente) traendo «*delle conseguenze tipizzate dalla legge da un mezzo di prova previsto dal diritto, al quale le parti si assoggettano spontaneamente*»: del resto, come correttamente, osservato, «*se l'inammissibilità del giuramento nell'arbitrato dovesse derivare dalla sua efficacia legale, non dovrebbe in tale sede potersi utilizzare neanche l'interrogatorio formale, proprio per il valore di prova legale della confessione che ne potrebbe scaturire*» (<sup>754</sup>).

Passando, poi, alla seconda ragione di cui si è detto, deve essere considerato che, come si è anticipato, la questione appare molto delicata, dal momento che appare evidente che, per gli effetti dirompenti che può produrre il giuramento, l'applicabilità della sanzione penale risulta centrale (<sup>755</sup>).

Ne discende che – fermo il rapporto fra giuramento e sanzione penale – ciò che rileva è se l'art. 371 c.p. possa, o non possa, trovare applicazione anche nel giudizio arbitrale (<sup>756</sup>): del resto, è innegabile che tutto ruoti intorno a tale norma, dal momento che «*la fiducia accordata dal legislatore all'istituto risiede prevalentemente nella sanzione comminata per la dichiarazione non veritiera*», di talché,

---

<sup>753</sup> A. VILLA, *op cit.*, 137; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 860; G. SCHIZZEROTTO, *op cit.*, 498. Cfr. anche F. DANOVI, *op. cit.*, 35-36, il quale sottolinea che, se così fosse, «*il medesimo trattamento dovrebbe essere riservato a tutte le prove legali*».

<sup>754</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 431. In termini sostanzialmente sovrapponibili, si vedano, fra gli altri, anche: E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 49-53; F. DANOVI, *op. cit.*, 35-36. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 255, il quale pone in rilievo le differenze strutturali fra confessione e giuramento, al fine di dimostrare come – a suo giudizio – la prima sia compatibile con l'arbitrato ed il secondo, invece, no.

<sup>755</sup> Come osservato dalla dottrina, infatti, la «*sanzione penale è...determinante a causa dell'efficacia di prova legale del giuramento*»: in altri termini, la sanzione è «*connaturata alla stessa struttura dell'istituto, nel senso che la sua essenza sta proprio nella potenziale operatività di tale sanzione*», posto che, altrimenti, «*la dichiarazione della parte a sé favorevole, anche se giurata, non avrebbe caratteri diversi dalla semplice dichiarazione resa nell'ambito di un interrogatorio libero ai sensi dell'art. 117 c.p.c.*» (così G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 432).

<sup>756</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 139-140; A. VILLA, *op cit.*, 137.

«[s]e tale sanzione manca, attribuire al giuramento efficacia di prova legale appare quasi un controsenso» (757).

Ebbene, a tale proposito merita di essere sottolineato che, mentre, come si è visto, il legislatore ha specificato che l'art. 372 (oltre che 366 e 373) c.p. si applica solo allorché ci si trovi innanzi all'«*autorità giudiziaria*» (758), nel caso dell'art. 371 c.p. si è limitato a fare riferimento al «*giudizio civile*»: differenza, questa, che non pare affatto irrilevante (759).

Alla luce di quanto si confida di avere ormai dimostrato circa la natura dell'arbitrato, infatti, non pare arduo sostenere che, proprio alla luce della sua giurisdizionalità e, dunque, della sua piena equiparabilità al «*giudizio civile*» (760), possa trovare applicazione anche l'art. 371 c.p. (761).

---

<sup>757</sup> F. DANOVI, *op. cit.*, 36. *Contra*, F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 175, il quale osserva, con riferimento al giuramento decisorio, deferito da una parte nei confronti dell'altra, che «*l'irrelevanza penale del falso giuramento nel giudizio arbitrale può semmai costituire un elemento fortemente dissuasivo al deferimento del mezzo; ma non è decisivo per negarne in radice l'utilizzabilità*». Conseguentemente, lo stesso Autore ritiene inammissibile il giuramento suppletorio e quello estimatorio, il cui deferimento proviene dagli arbitri, dal momento che «*l'opportunità di sollecitare una dichiarazione così decisiva non è rimessa al titolare del diritto*» e quindi pare «*che l'irrelevanza penale del falso giuramento acquisti – in modo speculare al caso precedente – un peso determinante nel senso dell'inammissibilità del rimedio suppletorio ed estimatorio*».

<sup>758</sup> Si veda il precedente § 3.5.

<sup>759</sup> Valorizzata, fra gli altri, da: G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 500; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 173-174.

<sup>760</sup> A. VILLA, *op. cit.*, 137, sottolinea proprio come la «*recente assimilazione legislativa tra lodo e sentenza (art. 824 bis c.p.c.) potrebbe deporre*» nel senso dell'applicabilità dell'art. 371 c.p. (in tal senso, si veda anche F. DANOVI, *op. cit.*, 36). Peraltro, già prima della riforma del 2006, in tal senso si era espressa parte della dottrina: D. GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1186-1187, in particolare, osservava, con riferimento all'art. 371 c.p., che la «*giurisprudenza individua la funzione della suindicata norma nell'esigenza di tutelare la corretta amministrazione della giustizia civile*» e che «*si deve ritenere che tale finalità debba essere perseguita nel giudizio arbitrale, soprattutto ove si consideri che a seguito della l. n. 25/1994 ne sono stati ancor più evidenziati i caratteri di giurisdizionalità*». Da tale circostanza – prosegue, condivisibilmente, l'Autrice – discende che «*il termine usato dalla norma non può ritenersi riferito soltanto al giudizio statale alla luce dell'ampia portata della norma che non consente limitazioni in relazione a fattispecie che, si ribadisce, presentano caratteristiche analoghe*».

<sup>761</sup> Nel senso della applicabilità della sanzione penale di cui all'art. 371 c.p. anche in arbitrato, si vedano, sia prima che dopo la riforma del 2006: T. CARNACINI, voce *Arbitrato, cit.*, 885 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 500; F. DANOVI, *op. cit.*, 36; D. GIACOBBE, *Il giuramento, cit.*, 1186. Sul punto, cfr. anche E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 52, il quale, da sempre sostenitore della tesi giurisdizionale dell'arbitrato, pur non intrattenendosi espressamente sull'applicabilità dell'art. 371 c.p., giunge comunque ad affermare la compatibilità fra giuramento ed arbitrato proprio sul

Ed anzi, tornano qui di attualità le considerazioni svolte circa l'applicabilità della disciplina dettata dal codice di rito per il giudizio ordinario di cognizione <sup>(762)</sup>, nel senso, cioè, che, avendo il lodo <sup>(763)</sup> la medesima efficacia della sentenza, «*diviene legittimo ritenere che la prestazione del giuramento, siccome elemento vincolante per il giudice e così direttamente determinante per la decisione, debba essere assistita dalla sanzione tipica prevista dalla legge in proposito*» <sup>(764)</sup>.

Ciò, peraltro, pare sgomberare il campo anche da un altro ostacolo che pure è stato frapposto all'applicabilità dell'art. 371 c.p., ossia quello – sul quale ci si è già intrattenuti sopra con riferimento all'art. 372 c.p. – rappresentato dal «*divieto di applicazione analogica delle norme penali*» <sup>(765)</sup>: ed infatti, il giudizio arbitrale deve essere considerato a tutti gli effetti un «*giudizio civile*» e, pertanto, rientra a pieno titolo nella fattispecie di cui all'art. 371 c.p., senza che si debba fare ricorso all'analogia, con conseguente irrilevanza, nel caso di specie, del divieto di applicazione analogica delle norme penali.

Ferma la compatibilità del mezzo istruttorio in esame con l'arbitrato, e passando al piano della sua ammissione ed acquisizione, non si può che fare applicazione, anche in questo caso, del principio sul quale si basa l'intera trattazione, con la conseguenza che – in assenza di particolari determinazioni ad opera delle parti o

---

presupposto che ci si trova «*in un contesto nel quale manca ogni base razionale a qualsiasi differenza di disciplina fra le due sedi*», ossia quella arbitrale e quella del giudizio ordinario di cognizione. G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 140, invece, osserva, a tale proposito, che è possibile sostenere, «*atteso lo sforzo del d.lgs. n. 40/2006 di avvicinare la disciplina dell'istruzione probatoria arbitrale a quella del processo statale*», che «*la parte è tenuta a giurare perché, nel momento in cui ha accettato l'arbitrato, ha accettato il rischio del giuramento, così obbligandosi a prestarlo (non su richiesta dell'arbitro, ma dell'altra parte)*». *Contra*, si vedano le articolate considerazioni di G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 431, nt. 67.

<sup>762</sup> Si veda il precedente cap. III, § 4.

<sup>763</sup> Oggi, espressamente, ai sensi dell'art. 824-bis c.p.c.: sul punto, si veda il precedente cap. I, § 3.5.

<sup>764</sup> F. DANOVÌ, *op. cit.*, 36; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 263. *Contra*, S. LA CHINA, *op. cit.*, 194, il quale, anzi, sottolinea proprio come tale percorso argomentativo non sia da condividere, dovendo – a suo giudizio – essere evitata «*ogni superficiale tentazione di svalutare il dato letterale in omaggio a teoriche equiparazioni tra processo arbitrale e processo giurisdizionale*», valorizzando anche l'espunzione, negli artt. 806 ss., di ogni riferimento alla «*sentenza arbitrale*», sostituito con quello al «*lodo*» (su questo particolare aspetto, si veda quanto si è scritto al precedente cap. I, § 3.4.).

<sup>765</sup> S. D'ANDREA, *op. cit.*, 475.

degli arbitri, nei limiti in cui ciò è loro consentito – al giuramento «*si applicano le norme processuali e sostanziali che lo regolano nei giudizi ordinari*»<sup>(766)</sup>.

In conclusione, non resta che una opportuna precisazione circa l'incidenza della carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri con riferimento alla compatibilità del giuramento con l'arbitrato, dal momento che, a ben vedere, tale carenza – a differenza di quello che accade con riferimento alla maggior parte dei mezzi istruttori che faticano a coesistere, quantomeno nella loro pienezza, con l'arbitrato – non pare incidere in maniera rilevante<sup>(767)</sup>.

Deve, infatti, essere considerato che, con riferimento alla forma di giuramento maggiormente rilevante, ossia quello decisorio, gli effetti derivanti dal rifiuto di prestarlo derivano direttamente dalla legge e, dunque, non incide affatto l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri. Un discorso meno immediato, ma che non pare destinato a condurre a conclusioni differenti, va, invece articolato con riferimento alle altre due forme di giuramento, dal momento che, in tali casi, il ruolo degli arbitri risulta maggiormente "attivo", posto che trattasi di un giuramento che viene deferito non da una parte, come quello decisorio, ma dagli arbitri medesimi: cionondimeno, ancora una volta, quel che rileva è che gli arbitri non esercitano alcun potere coercitivo, limitandosi a chiedere alle parti di prestare giuramento, facendo applicazione di una norma di legge e prendendo poi atto degli effetti che, dal comportamento delle parti, la legge medesima fa discendere.

---

<sup>766</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op cit.*, 499.

<sup>767</sup> Osserva, condivisibilmente, D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 762, che «*l'assunzione del giuramento non implica l'esercizio di poteri autoritativi, ove si consideri che dalla mancata prestazione del giuramento è la legge che fa derivare determinati effetti*». *Contra*, si veda A. FUSILLO, *op. cit.*, 324, il quale osserva che il «*potere di deferire il giuramento suppletorio od estimatorio o di raccogliere le dichiarazioni della parte nel giuramento decisorio nasce infatti dai poteri coercitivi del giudice e dalla natura dell'attività giurisdizionale esplicitata*».

## 5. La confessione e l'interrogatorio formale.

Con riferimento all'istituto della confessione, regolato dagli artt. da 2730 a 2735 c.c., non pare che vi siano dubbi circa la sua compatibilità con l'arbitrato <sup>(768)</sup>.

Ed infatti, nel caso di specie, non si pongono questioni di sorta <sup>(769)</sup>, dal momento che, anche a volere ritenere, *in thesi*, che la confessione resa in sede arbitrale non possa essere considerata «*resa in giudizio*» ai sensi dell'art. 2733 c.c. (il quale, come noto, disciplina la confessione c.d. "giudiziale") <sup>(770)</sup>, resta, comunque, il fatto che è espressamente prevista anche la confessione c.d. "stragiudiziale" <sup>(771)</sup>, la quale, ai sensi dell'art. 2735, I comma, c.c., «*ha la stessa efficacia probatoria di quella giudiziale*» <sup>(772)</sup>.

Non solo, ma, la natura di prova legale della confessione non fa venire meno – per le ragioni già ampiamente illustrate con riferimento alla compatibilità del giuramento con l'arbitrato <sup>(773)</sup> – la possibilità di fare ricorso a tale messo di prova anche nel corso del procedimento arbitrale <sup>(774)</sup>.

Ciò premesso, in applicazione del principio generale più volte richiamato, a meno che le parti o gli arbitri non abbiano disposto diversamente (nei limiti in ciò è loro consentito) <sup>(775)</sup>, non possono che trovare applicazione, anche con

---

<sup>768</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 854-855; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 763; F. CARPI, *Note*, cit., 1152; S. LA CHINA, *op. cit.*, 194; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 497-498; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 261.

<sup>769</sup> A. CARRATO - M. DI MARZIO - R. GIORDANO - F. LAZZARO - A. SCARPA, *op. cit.*, 496.

<sup>770</sup> Sul punto, cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 257, il quale sottolinea come l'art. 2733 c.c., nel fare riferimento alla confessione resa «*in giudizio*», non può che riguardare anche il procedimento arbitrale. Ed infatti, «*non v'è dubbio che di "giudizio" e di "attività di giudizio" si può parlare correttamente anche in relazione alla funzione commessa agli arbitri ed all'attività dagli stessi svolta*».

<sup>771</sup> Proprio su questo presupposto – ad avviso di S. LA CHINA, *op. cit.*, 194-195 – è ammissibile la confessione (in quanto, a suo giudizio, «*non legata al processo civile, giudiziario*»).

<sup>772</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 257-258; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 261.

<sup>773</sup> Si veda il precedente § 4.

<sup>774</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 763-764, osserva che «*non sembra che, nell'ambito dell'espletamento della prova considerata, possa ritenersi che l'arbitro venga esautorato dal proprio compito di decidere la controversia*».

<sup>775</sup> Si vedano i precedenti capp. II e III.



riferimento alla confessione, le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione, «*compresa quella che ne fissa l'efficacia probatoria privilegiata*»<sup>(776)</sup>.

Una volta assodata la compatibilità della confessione con l'arbitrato, viene da sé che è anche «*possibile deferire, nel corso dell'arbitrato, l'interrogatorio formale, che per l'appunto mira a provocare la confessione*»<sup>(777)</sup>: del resto, non avrebbe alcun senso ammettere la confessione ma non consentire alle parti di avvalersi del mezzo di prova teso ad ottenerla.

Quanto, infine, alle modalità per la deduzione, l'assunzione e la valutazione dell'interrogatorio formale, in applicazione del principio più volte richiamato, in assenza di diverse disposizioni ad opera delle parti e degli arbitri, esse dovranno essere modellate sulla disciplina dettata per il giudizio ordinario di cognizione<sup>(778)</sup> e, pertanto, dovranno basarsi sullo «*stesso schema di semplici formalità – deduzione per capitoli separati e specifici – approntato dal codice per il processo giudiziario, e con le stesse conseguenze*»<sup>(779)</sup>.

## **6. L'interrogatorio libero.**

Estremamente utile si rivela, nella prassi arbitrale, l'interrogatorio libero, il quale, previsto per il giudizio ordinario di cognizione dall'art. 117 c.p.c., trova nell'arbitrato il suo terreno più fertile, dimostrandosi, spesso, determinante per consentire agli arbitri di formarsi un convincimento: tanto è vero che autorevole

---

<sup>776</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 139. *Contra*, C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 258, secondo il quale tali norme trovano applicazione solo nel caso in cui le parti abbiano espressamente previsto l'applicabilità delle norme del codice di rito o, comunque, delle norme di cui agli artt. da 229 a 232 c.p.c.

<sup>777</sup> In tal senso, di vedano: G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 139; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 262; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4.

<sup>778</sup> Agli artt. da 230 a 232.

<sup>779</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 195. A questo proposito, T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4, osserva che, ove la prova testimoniale 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*», 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*».

dottrina sottolinea proprio che esso «non solo è ammissibile, ma addirittura dovrebbe essere sempre disposto nella necessaria incentivazione del rapporto collaborativo tra arbitri e parti» (780).

Il che, del resto, è proprio ciò che accade, essendo noto che, a differenza di quello che avviene davanti all'a.g.o., è prassi – la cui instaurazione è certamente dovuta, principalmente, al rapporto collaborativo e di fiducia che si instaura fra le parti e gli arbitri (a maggior ragione fra ciascuna parte e l'arbitro di propria nomina) – che gli arbitri sottopongono le parti ad interrogatorio libero (781).

## **7. Le presunzioni.**

Quanto alle presunzioni, previste espressamente dall'art. 2729 c.c., che pure «la dottrina processualcivilistica non colloca tra i mezzi probatori», ad esse non si può non fare, quantomeno, un accenno, posto che riguardano, pur sempre, «l'ambito del materiale che può esser posto a base della decisione dell'arbitro» (782).

Trattasi, peraltro, di nulla più di un accenno, dal momento che ben poco vi è da dire.

Ed infatti, le presunzioni, tanto *juris tantum* che *juris et de jure*, ineriscono al meccanismo di formazione del convincimento del giudice, indipendentemente dal fatto che si tratti di un giudice togato o di un arbitro, sicché esse non possono che trovare applicazione anche in sede arbitrale (783): del resto, come correttamente osservato dalla dottrina, le presunzioni «sono il necessario corredo di qualsiasi forma di ragionamento e gli arbitri devono ragionare come e meglio di qualsiasi altra persona», posto che i requisiti di cui all'art. 2729, I comma,

---

<sup>780</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 139.

<sup>781</sup> M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 262.

<sup>782</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 858.

<sup>783</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 204; C. RASIA, *op. cit.*, 2789.

c.p.c. <sup>(784)</sup> «rappresentano la sintesi normativa di quel prudente apprezzamento di cui il giudice e anche l'arbitro devono far uso nel valutare la prova» <sup>(785)</sup>.

Ne discende che gli arbitri potranno, e dovranno, avvalersi del meccanismo delle presunzioni esattamente come i giudici togati, non essendo ravvisabile alcuna incompatibilità con l'istituto arbitrale.

## **8. La consulenza tecnica.**

La possibilità, per gli arbitri, di avvalersi di uno o più consulenti tecnici è stata introdotta, espressamente, solo con la riforma del 2006, tuttavia, già prima di allora, non sussistevano particolari dubbi circa la compatibilità di tale istituto con l'arbitrato <sup>(786)</sup>: tanto che la dottrina ha parlato, con riferimento al quinto comma dell'art. 816-ter c.p.c., di una norma «[d]el tutto superflua», posto che la possibilità di avvalersi di consulenti tecnici rappresentava, già prima del 2006, una «facoltà largamente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza» <sup>(787)</sup>.

Ciò che rileva, comunque, è che tale disposizione non aggiunge, sostanzialmente, nulla rispetto al passato e, dunque, non è neppure in grado di risolvere alcuno dei problemi insorti circa lo svolgimento della consulenza tecnica in sede

---

<sup>784</sup> Trattasi dei noti requisiti di gravità, precisione e concordanza degli indizi.

<sup>785</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 141-142; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 858-859. Cfr. però anche M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 268, il quale, pur ritenendo le presunzioni applicabili anche all'arbitrato, precisa che esse «non possano vincolare rigidamente l'arbitro».

<sup>786</sup> A tale proposito, si vedano: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss.; G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1 ss.; V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.; R. MARENGO, *Processo*, cit., 797-798; A. STESURI, *op. cit.*, 74; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 479.

<sup>787</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 409. Sul punto, si vedano anche: G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 142; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 424; E.F. RICCI, *La prova*, cit., 63 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 857; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 269; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 202; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 244; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, cit., 1736; F. DANОВI, *op. cit.*, 29; A. VILLA, *op. cit.*, 138; E. ODORISIO, *op. cit.*, 264; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 754; S. RINALDI, *op. cit.*, 1358; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291.

arbitrale <sup>(788)</sup>. L'unica precisazione utile, ancorché di portata quantomai marginale, è quella secondo cui possono essere nominati consulenti, oltre che «*persone fisiche*», anche «*enti*» <sup>(789)</sup>.

Anche in tal caso, non si può non rilevare come il legislatore abbia perso un'ottima occasione per incidere, in maniera rilevante, sulla disciplina dell'istruttoria arbitrale, limitandosi, sostanzialmente, a confermare la sussistenza di una facoltà che, come si è detto, gli interpreti davano già per assodata.

### **8.1. Lo svolgimento della consulenza tecnica nel procedimento arbitrale e la tutela del contraddittorio.**

Il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non presenta, per lo meno nei casi "fisiologici", particolari problemi <sup>(790)</sup>, posto che, in assenza di una specifica regolamentazione da parte dell'art. 816-ter c.p.c., la disciplina di riferimento (salvo che le parti o gli arbitri abbiano esercitato, nei limiti in cui ciò gli è concesso, il loro potere regolamentare) non può che essere, anche in questo caso <sup>(791)</sup>, quella dettata per il giudizio ordinario di cognizione <sup>(792)</sup>, ovviamente in quanto compatibile <sup>(793)</sup>, tenuto anche conto degli ulteriori "adattamenti"

---

<sup>788</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 445; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 244.

<sup>789</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 201, precisa che potrebbe trattarsi di «*dipartimenti, istituti, laboratori di università o di enti di ricerca, pubblici e privati, società di certificazione, società o registri di classificazione pubblici o privati – pensiamo ad es. al RINA (Registro Italiano Navale) –, laboratori di grosse società industriali, ecc.*». Sul punto, si vedano anche: M. BOVE, *La giustizia*, cit., 127; S. RINALDI, *op. cit.*, 1359; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 202; C. RASIA, *op. cit.*, 2790.

<sup>790</sup> Quanto al tema dei costi della consulenza e su chi debbano gravare, si vedano, con particolare riferimento allo svolgimento del procedimento arbitrale, le considerazioni di A. BRIGUGLIO, *La consulenza tecnica in arbitrato tra soft law e questioni irrisolte ma risolvibili*, in *Riv. arb.*, 2015, 763 ss.

<sup>791</sup> Si veda il precedente cap. III, § 4.

<sup>792</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove*, cit., 244. Osserva G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 722-723, che la «*vincolatività per gli arbitri del modulo procedurale risultante dagli artt. 194 ss. discende...dalla centralità nel processo arbitrale – non meno che in quello statale – dei principi del contraddittorio e della parità di armi, oggi espressamente sanciti dal nuovo art. 816-bis*» c.p.c.

<sup>793</sup> Si vedano, rispettivamente, il precedente cap. II ed il precedente cap. III.

necessari allorché gli arbitri decidano di nominare un ente anziché, come solitamente avviene, una persona fisica (<sup>794</sup>).

Gli arbitri, infatti, si avvalgono dell'ausilio del consulente tecnico, esattamente come fa il giudice togato (<sup>795</sup>), in quanto la controversia ha ad oggetto questioni che richiedono una particolare competenza tecnica di cui il giudicante non è dotato: troveranno, pertanto, applicazione – in quanto compatibili (<sup>796</sup>) – le norme dettate per il giudizio ordinario di cognizione e, dunque, quelle di cui agli artt. da 191 a 201 c.p.c. ed agli artt. da 89 a 92 disp. att. c.p.c. (<sup>797</sup>).

Del resto, così come nel giudizio ordinario di cognizione, le finalità cui può, o non può, tendere la consulenza tecnica d'ufficio sono tendenzialmente sovrapponibili (<sup>798</sup>).

---

<sup>794</sup> Osserva S. LA CHINA, *op. cit.*, 201, che, nel disciplinare l'attività del consulente, «bisogna tener conto che per il c.t.u. in sede giudiziaria tutte le norme sono dettate, nel codice e nelle sue disposizioni di attuazione, dando per pacifico che si tratti sempre e solo di persona fisica, e dunque l'utilizzo di quelle norme, già da compiersi cum grano salis quando si vada fuori dall'ambito della struttura giudiziaria, ancor più deve essere attento se si pensi di poterle o doverle riferire a consulenti non persone fisiche».

<sup>795</sup> Una visione più restrittiva del ruolo del consulente tecnico nell'arbitrato si ritrova, invece, in E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 63 ss., il quale ritiene che egli possa «tutt'al più assistere alle indagini dell'arbitro; né ciò è privo di giustificazione. Se si pensa che proprio la ricerca di giudici forniti di conoscenza tecnica costituisce – nell'ordine naturale delle cose – una delle principali ragioni del ricorso al procedimento previsto dagli artt. 806 e ss. cod. proc. civ.».

<sup>796</sup> Ad esempio, non troverà applicazione l'art. 193 c.p.c., posto che, come si vedrà nel prosieguo, davanti agli arbitri, il consulente tecnico non può giurare, potendosi solo impegnare ad adempiere in modo preciso e coscienzioso all'incarico affidatogli, al fine di consentire agli arbitri di conoscere la verità. Allo stesso modo, non sembrano poter trovare applicazione le disposizioni di cui agli artt. da 61 a 64 c.p.c. nonché da 13 a 24 disp. att. c.p.c., in quanto inscindibilmente legate all'inserimento dei consulenti tecnici negli albi predisposti dai tribunali e dalla loro soggezione, ove nominati dall'a.g.o., al potere disciplinare del presidente del tribunale presso il quale il consulente è stato chiamato a svolgere la propria attività. Sul punto, cfr. anche: G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 721; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143; A. VILLA, *op. cit.*, 138.

<sup>797</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove, cit.*, 244; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 757; A. STESURI, *op. cit.*, 76. Sul punto, cfr. G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143., il quale afferma che tali norme, pur non dovendo trovare obbligatoriamente applicazione, potranno essere comunque applicate «come modello base», essendo rilevante, sopra ogni cosa, il rispetto del contraddittorio (analogamente, si veda A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 363). Nel senso che tali norme, se non richiamate, non trovano applicazione nell'arbitrato, si vedano: G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 202; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 271.

<sup>798</sup> *Contra*, nel senso, cioè, che nonostante le similitudini, «ciò non toglie che nei diversi giudizi, pubblico o privato, la c.t.u. svolga funzioni tendenzialmente distinte» (F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in *Riv. arb.*, 2015, 758).

E quindi, innanzitutto, la consulenza tecnica, anche nel giudizio arbitrale <sup>(799)</sup>, non può avere finalità esplorative e, comunque, non può essere volta ad esonerare la parte dall'onere, su di essa gravante, di fornire la prova dei fatti da essa allegati <sup>(800)</sup>.

Inoltre, così come avviene ove ci si trovi davanti all'a.g.o., la consulenza tecnica può svolgere sia, come di solito accade, una funzione "deducente" <sup>(801)</sup>, sia una funzione "percipiente" <sup>(802)</sup>: con la differenza che, in quest'ultima ipotesi, l'onere probatorio gravante sulla parte risulterà attenuato, anche se alla consulenza si potrà, comunque, fare ricorso «*purché la parte, entro i termini di decadenza propri dell'istruzione probatoria, abbia allegato i corrispondenti fatti, ponendoli a fondamento della sua domanda, ed il loro accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche*» <sup>(803)</sup>.

In altri termini, così come accade nel processo ordinario di cognizione, anche nel giudizio arbitrale, nel caso di consulenza percipiente, sulla parte grava pur sempre l'onere di allegare in modo preciso i fatti e gli elementi posti a

---

<sup>799</sup> In particolare, «*anche nel giudizio arbitrale, la consulenza tecnica...non è destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste, fatti che devono essere dimostrati dalla medesima parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c.*» (Coll. arb. Roma, 30 gennaio 2012, in Arch. giur. oo.pp., 2012, 936).

<sup>800</sup> In altri termini, come costantemente affermato dalla giurisprudenza, «*la consulenza tecnica d'ufficio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche conoscenze, non può essere utilizzata al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, tanto che la stessa non può essere ammessa qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati*» (Cass. 6 novembre 2013, n. 24937. Nel medesimo senso, si vedano anche: Cass., 8 febbraio 2011, n. 3130, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, 205; Cass., 29 aprile 2010, n. 10293; Cass., 28 settembre 2009, n. 20753; Cass., 20 ottobre 2008, n. 25501; Cass., 18 gennaio 2007, n. 1077; Cass., 14 febbraio 2006, n. 3191; Cass., 16 agosto 2004, n. 15968; Cass., 6 giugno 2003, n. 9060).

<sup>801</sup> Volta, cioè, a valutare fatti già accertati o, comunque, dati preesistenti acquisiti al giudizio: in tal caso, la consulenza tecnica non è considerata un mezzo di prova ma un semplice ausilio fornito al giudicante.

<sup>802</sup> Volta, invece, ad accertare fatti che sono accertabili solo facendo ricorso alle competenze tecniche del consulente: in questo caso, la consulenza tecnica diviene un vero e proprio mezzo di prova. Con particolare riferimento alla consulenza tecnica percipiente nell'ambito del procedimento arbitrale, si vedano: F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale*, cit., 758 ss; A. BRIGUGLIO, *La consulenza*, cit., 766 ss.

<sup>803</sup> In tal senso, fra le altre, si vedano: Cass., 10 settembre 2013, n. 20695; Cass., 7 ottobre 2013, n. 22824; Cass., 22 gennaio 2015, n. 1190.

fondamento dei diritti fatti valere, non potendo, comunque, la consulenza essere volta ad esonerare la parte (anche) dall'onere di allegazione <sup>(804)</sup>.

Non solo, ma, centrale, anche ove la consulenza tecnica si svolga in sede arbitrale, sarà, poi, il rispetto, da parte degli arbitri, del principio del contraddittorio <sup>(805)</sup>.

In particolare, gli arbitri dovranno indicare, nell'ordinanza con cui nominano il consulente tecnico, i quesiti ai quali quest'ultimo dovrà rispondere, convocandolo per il formale conferimento dell'incarico insieme ai difensori ed ai consulenti di queste ultime (eventualmente nominati), così da potere "perfezionare" il quesito in contraddittorio con tutti i soggetti interessati <sup>(806)</sup>.

Inoltre, alle parti dovrà essere offerta la possibilità di farsi assistere da consulenti tecnici di parte, ai quali dovrà essere concesso di prendere parte ai lavori peritali, e dovrà sempre essere assicurata idonea verbalizzazione alle operazioni tecniche, con particolare riferimento (anche) alle eventuali osservazioni dei predetti consulenti di parte <sup>(807)</sup>, senza che possa essere ritenuta soddisfacente la possibilità, per le parti, di interloquire sulla consulenza una volta che essa sia stata espletata <sup>(808)</sup>.

Fermo quanto precede, osservando gli aspetti che maggiormente differenziano lo svolgimento della consulenza tecnica in sede arbitrale rispetto al suo svolgimento

---

<sup>804</sup> Sul punto, particolarmente interessanti risultano le considerazioni di F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale*, cit., 758 ss., il quale sottolinea anche che «l'allegazione o posizione del fatto è sempre compito riservato alle parti, che devono inalienabilmente realizzare una (seppure) minima affermazione linguistica al suo riguardo, assistita da completezza e munita di segno, positivo o negativo».

<sup>805</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, cit., 435, il quale sottolinea proprio che il «problema più delicato che si è sempre posto in relazione alla consulenza tecnica nel processo arbitrale è comunque quello del rapporto con il principio del contraddittorio». Sul punto, cfr. anche: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 185; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 722 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 271; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 278 ss.; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 143; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 202; A. BERLINGUER, *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1994, 767 ss.; S. RINALDI, *op. cit.*, 1359; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291; V. VIGORITI, *op. cit.*, 189 ss.

<sup>806</sup> A. STESURI, *op. cit.*, 75; A. BRIGUGLIO, *La consulenza*, cit., 766 ss.

<sup>807</sup> Cfr. G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 202; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 757; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 363; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 271; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 185 ss.; S. RINALDI, *op. cit.*, 1359.

<sup>808</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 756,

davanti all'a.g.o., merita di essere sottolineato che, innanzi agli arbitri, il consulente tecnico non è tenuto a giurare, né è obbligato ad accettare l'incarico propostogli, anche ove l'accettazione sarebbe obbligatoria di fronte al giudice togato ai sensi dell'art. 63, I comma, c.p.c., non trattandosi di una nomina di natura giudiziale <sup>(809)</sup>.

Del resto, il sede arbitrale, il consulente tecnico non può che essere considerato alla stregua di un semplice incaricato che deve svolgere la propria opera nel rispetto degli artt. 2229 ss. c.c., nulla di più <sup>(810)</sup>.

Se, come si è visto fino a qui, lo svolgimento della consulenza tecnica in sede arbitrale non presenta particolari criticità ove il consulente sia chiamato a coadiuvare gli arbitri esattamente come coadiuverebbe il giudice togato, le cose cambiano allorché l'istituto della consulenza tecnica si venga a confrontare con le peculiarità dell'arbitrato.

Ebbene, a tale proposito, una delle questioni maggiormente interessanti è quella che viene ad emergere nei casi in cui gli arbitri siano dotati (anzi, siano stati scelti proprio in ragione) di particolari competenze tecniche, le quali consentirebbero loro di fare a meno dell'ausilio del consulente tecnico <sup>(811)</sup>: è il caso, ad esempio, il

---

<sup>809</sup> Sul punto, di vedano: M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 229; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 757; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 721; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; G. RUFFINI – V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 201; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 272; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 364; A. STESURI, *op. cit.*, 755; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 186-187; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 278; W. RUOSI, *op. cit.*, 3291; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 435 (il quale osserva che una conferma di ciò si trae dal fatto che, per le ragioni già illustrate, non possono trovare applicazione né l'art. 366 c.p. per il rifiuto di uffici legalmente dovuti, né l'art. 373 c.p. per la falsa perizia, trattandosi, in entrambi i casi, di fattispecie che richiedono che si sia in presenza di un'«autorità giudiziaria» e non di un collegio arbitrale: nel medesimo senso, si veda anche S. LA CHINA, *op. cit.*, 201-202).

<sup>810</sup> G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143. Sul punto, si vedano: A. ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2015, 772; A. STESURI, *op. cit.*, 75; F. DANОВI, *op. cit.*, 30, il quale osserva che le eventuali responsabilità del consulente tecnico dovrebbero essere regolate «sulla base della sola disciplina civilistica», osservando come la giurisprudenza «*invoc[hi] talvolta in proposito la specifica figura dell'art. 2236 c.c. (responsabilità del prestatore d'opera), mentre altre volte inquadra[i] la fattispecie nell'ambito generale della responsabilità aquiliana, invocando l'art. 2043 c.c.*».

<sup>811</sup> Come, del resto, condivisibilmente osservato da M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 229, «*se nell'ambito del processo ordinario di cognizione può risultare un'eccezione quella del possesso*



cui il collegio arbitrale sia composto da uno o più tecnici (spesso si tratta di commercialisti o ingegneri) oppure l'arbitro unico sia, a sua volta, un tecnico <sup>(812)</sup>. La questione è particolarmente complessa e la sua soluzione dipende anche dalla qualifica che si intende attribuire alla consulenza tecnica: ed infatti, è evidente che, per chi la ritenga un vero e proprio mezzo di prova, il fatto che vi provvedano gli arbitri direttamente potrebbe essere ritenuto «*gravemente lesivo dello loro imparzialità, nonché del diritto di difesa delle parti*», mentre, per chi la ritenga un semplice mezzo di integrazione delle conoscenze del giudice, tale intervento dovrebbe essere ritenuto per nulla lesivo dei diritti delle parti <sup>(813)</sup>. Peraltro, come rilevato dalla dottrina, una soluzione univoca circa la natura della consulenza tecnica – tema, questo, sul quale, data la sua complessità, per ovvie ragioni di spazio non è possibile indugiare – risulta difficile da individuare, in quanto «*la sua soluzione dipende dal concreto atteggiarsi della lite e della consulenza tecnica, potendo in astratto la consulenza tecnica vivere di entrambe le nature, anche nella stesa causa*» <sup>(814)</sup>.

Volendo, dunque, fornire una risposta che – a prescindere dalla qualificazione che si intende attribuire alla consulenza tecnica – possa valorizzare appieno le peculiarità dell'istituto arbitrale, pare di doversi condividere l'orientamento

---

*da parte del giudice della cultura tecnica necessaria al fine di poter decidere della causa, che gli consenta di fare a meno della nomina di un consulente tecnico, un discorso diverso si deve fare con riferimento agli arbitri», dal momento che questi ultimi «spesso vengono scelti proprio in considerazione delle competenze tecniche dagli stessi possedute, in alcuni casi anche al fine di evitare il ricorso ad una consulenza tecnica».*

<sup>812</sup> Peraltro, come si vedrà meglio nel prosieguo, simili composizioni dell'organo decidente comportano, nella prassi, più di un problema.

<sup>813</sup> Per tali considerazioni, si vedano: P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1737-1738; G.F. Ricci, *La consulenza tecnica, cit.*, 1 ss.

<sup>814</sup> P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1737, nt. 20. F. DANOVÌ, *op. cit.*, 28-29, ritiene che la consulenza tecnica sia «*non già mezzo di prova in senso stretto..., quanto piuttosto istituto di confine*», anche se «*la sua funzione di strumento di integrazione di ulteriori prove e la conseguente natura complementare rispetto ad esse ne suggeriscono una trattazione congiunta nell'ambito della disciplina dell'attività istruttoria, con la quale essa presenta un indubbio collegamento*». Circa la natura della consulenza tecnica, con particolare riferimento al giudizio arbitrale, si veda anche D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 757.

maggioritario, ancorché non pacifico <sup>(815)</sup>, secondo cui agli arbitri è consentito <sup>(816)</sup> astenersi dal nominare un consulente tecnico <sup>(817)</sup>: del resto, la formulazione dell'art. 816-ter, V comma, c.p.c. sembra dover essere interpretata nel senso di prevedere per gli arbitri non un obbligo, bensì la mera facoltà di avvalersi della consulenza tecnica <sup>(818)</sup>.

Cionondimeno, una simile soluzione impone, a tutela del principio del contraddittorio, che gli arbitri adottino talune cautele, come subito si vedrà.

In particolare, per quanto qui maggiormente rileva, pare opportuno che gli arbitri comunichino alle parti la volontà di fare ricorso alle loro «*conoscenze tecniche senza far ricorso alla consulenza*» <sup>(819)</sup> e, dunque, le invitino a nominare i rispettivi consulenti tecnici di parte <sup>(820)</sup>, potendo essere le parti, al più, a rinunciare alla relativa nomina:

dovrà, dunque, trovare applicazione, con i dovuti adattamenti <sup>(821)</sup>, l'art. 201 c.p.c., in forza del quale, con l'ordinanza con cui viene nominato il consulente tecnico – oppure, come nel caso di specie, gli arbitri comunicano alle parti di

---

<sup>815</sup> D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 755, osserva che, in ossequio al principio del contraddittorio e nel rispetto del diritto di difesa delle parti, l'arbitro «*deve utilizzare tale strumento tutte le volte in cui si tratta di decidere questioni di carattere tecnico, anche se tali questioni rientrano nelle proprie conoscenze private*».

<sup>816</sup> Ma, sul punto, vi è dibattito: si vedano G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 202.

<sup>817</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 724; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1738; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 363; S. RINALDI, *op. cit.*, 1359. Ed anzi, secondo parte della dottrina, allorché gli arbitri siano stati scelti per le loro particolari competenze tecniche, ad essi dovrebbe essere, addirittura, preclusa la possibilità di avvalersi dell'ausilio di uno o più consulenti tecnici (in tal senso si è espresso, anche se sulla base della disciplina previgente, E. FAZZALARI, *L'arbitrato, cit.*, 70).

<sup>818</sup> In linea con quanto previsto, per il giudizio ordinario di cognizione, dall'art. 61 c.p.c.

<sup>819</sup> A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 363.

<sup>820</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 230, la quale precisa, peraltro, che l'invito a nominare i consulenti tecnici di parte sia da formulare solo nel caso in cui le parti non siano già assistite «*da difensori dotati delle stesse conoscenze del collegio arbitrale*»: orbene, fermo che trattasi di un'eventualità quantomai remota, posto che, nella prassi, le parti si fanno assistere da giuristi (come tali, ben difficilmente muniti di conoscenze tecniche in specifici settori diversi da quello del diritto), ritengo che – a garanzia del contraddittorio – le parti dovrebbero comunque essere invitate alla nomina, potendo, al più, essere loro a rinunciare alla facoltà di avvalersi di un consulente di parte. Nel medesimo senso, si veda anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.* 445.

<sup>821</sup> Ad esempio, la dichiarazione mediante la quale la parte procede alla nomina del proprio consulente tecnico di parte non potrà essere «*ricevuta dal cancelliere*» ma dovrà essere inoltrata al collegio arbitrale nelle forme e nei modi da quest'ultimo stabilite.

volere fare ricorso alle loro competenze tecniche al fine di svolgere le indagini peritali – le parti devono essere invitate a «*nominare...un loro consulente tecnico*»<sup>(822)</sup>.

Non solo, ma, anche nello svolgimento delle attività peritali, ancorché siano direttamente gli arbitri a provvedervi, il principio del contraddittorio dovrà essere da questi ultimi rispettato scrupolosamente, assicurando che le parti (e, ove nominati, i loro consulenti) siano messe nelle condizioni di partecipare a tali attività e di interagire con gli arbitri medesimi, nello spirito della più leale collaborazione.

## **8.2. Il potere delle parti di escludere o limitare il potere degli arbitri di disporre la consulenza tecnica.**

La questione da ultimo esaminata – ossia quella relativa alla possibilità, per gli arbitri, di provvedere essi stessi alla soluzione di questioni tecniche, senza avvalersi dell’ausilio di uno o più consulenti tecnici – può, però, presentarsi anche specularmente: può capitare, infatti, che non siano gli arbitri a non voler fare ricorso alla consulenza tecnica, ma siano le parti a pretendere di impedire loro di avvalersi di tale facoltà.

Nell’accezione qui presa in esame, peraltro, la questione risulta di ancor più difficile soluzione, posto l’art. 816-ter, V comma, c.p.c. (in linea con quanto previsto dall’art. 61 c.p.c.) attribuisce espressamente agli arbitri la facoltà di avvalersi della consulenza tecnica, sicché l’intervento delle parti, ove volto a privarli di tale facoltà, risulterebbe derogatorio rispetto a tale previsione.

---

<sup>822</sup> *Contra*, G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 723, la quale esclude che, nel caso in cui gli arbitri non si avvalgano dell’ausilio di un consulente, le parti possano comunque nominare dei consulenti di parte. Ed anzi, osserva l’Autrice che ciò rappresenta un *vulnus* per il contraddittorio, che si manifesta «*proprio nel momento genetico della elaborazione dei dati acquisiti, non potendo le parti concorrere in alcun modo alla determinazione del convincimento dell’arbitro tecnico, né consentendosi la controllabilità – sia pure soltanto ex post – ad opera delle medesime degli esiti di siffatta attività valutativa*». Sul punto, cfr. anche G.F. RICCI, *La consulenza tecnica cit.*, 12.

Non solo, ma una particolare cautela si impone anche perché non è detto che gli arbitri, ancorché tecnici, siano dotati delle competenze necessarie, con riferimento alla specifica questione sottoposta al loro esame, a risolverla senza alcun ausilio.

Ciò detto, la dottrina si è dimostrata, seppure con talune eccezioni <sup>(823)</sup>, aperta a tale ipotesi, consentendo, dunque, alle parti di impedire, nell'esercizio del loro potere regolamentare, di vietare agli arbitri di avvalersi della consulenza tecnica, purché ovviamente essi stessi siano dei "tecnici" e non soggetti dotati di competenze esclusivamente giuridiche <sup>(824)</sup>.

Tale soluzione pare condivisibile, anche perché maggiormente coerente con le peculiarità dell'arbitrato, ossia di un giudizio in cui le parti sono libere di scegliere, come giudicanti, soggetti caratterizzati da determinate competenze tecniche: ciò, (anche) al fine di ridurre il rischio che si renda necessaria una consulenza tecnica, con tutto quello che ne deriva in termini di maggior durata del procedimento e di aumento dei relativi costi.

Peraltro, trattasi di affermazione che necessita di talune precisazioni, posto che, come subito si vedrà, il divieto di fare ricorso alla consulenza tecnica non può,

---

<sup>823</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 756, ad esempio, ritiene che concedere alle parti di impedire agli arbitri di fare ricorso alla consulenza tecnica «*inciderebbe negativamente sul principio del libero convincimento, invocabile anche nel procedimento arbitrale*». Nel medesimo senso, si veda S. D'ANDREA, *op. cit.*, 479-480. Dubbioso pare, invece, F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale*, cit., 762, il quale ritiene che le parti possano, in via preventiva, dispensare gli arbitri dal fare ricorso alla consulenza, sottolineando, però, come sembri comunque sopravvivere «*uno spazio residuo per l'iniziativa officiosa*». Con riferimento alla disciplina previgente (quando, cioè, non esisteva la previsione di cui all'art. 816-ter c.p.c.), si vedano anche: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 185; V. VIGORITI, *op. cit.*, 186-187; A. STESURI, *op. cit.*, 77 (il quale, in particolare, ritiene, seppure sulla base della disciplina previgente, che «*gli arbitri non possono essere privati convenzionalmente di uno strumento come la consulenza tecnica d'ufficio atta a consentire ai medesimi l'accesso a conoscenze tecniche di cui non dispongono*»: la posizione dell'Autore non risulta particolarmente chiara perché, in realtà, non si sofferma sulla specifica ipotesi – come si è detto, tutt'altro che infrequente in sede arbitrale – in cui gli arbitri dispongano di tali conoscenze tecniche.

<sup>824</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 230; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, cit., 202; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 143-144; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 445; A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, cit., 362; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 270; A. ZOPPINI, *La consulenza*, cit., 775; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, cit., 279.

comunque, essere generalizzato né può essere imposto dalle parti se non in presenza di un collegio arbitrale composto di tecnici <sup>(825)</sup>.

In primo luogo, come osservato da parte della dottrina, il divieto deve essere chiaramente previsto nell'esercizio del potere regolamentare delle parti e, dunque, *in limine* <sup>(826)</sup>: pertanto, in applicazione dei criteri generali già ampiamente illustrati <sup>(827)</sup>, ove tale previsione (*rectius*, limitazione) non sia prevista in tale sede, essa potrà essere introdotta successivamente solo a condizione che vi sia il consenso di entrambe le parti e degli arbitri, altrimenti a questi ultimi dovrà essere riconosciuta la facoltà di fare ricorso all'assistenza di consulenti tecnici <sup>(828)</sup>.

In secondo luogo, la limitazione non può che riguardare le sole materie, specificamente individuate, in cui gli arbitri risultino competenti, non potendo le parti limitarsi ad impedire loro di avvalersi della consulenza *tout court*: conseguentemente, ove, nel corso del procedimento arbitrale, si rendesse necessario l'ausilio di un consulente tecnico con riferimento ad una materia differente rispetto a quella di cui sono esperti gli arbitri, il divieto non potrebbe operare e gli arbitri tornerebbero, così, a potersi avvalere pienamente della facoltà riconosciuta a loro favore dall'art. 816-ter, V comma, c.p.c.

Fermo tutto quanto precede, merita comunque di essere sottolineato, per completezza, che l'orientamento fin qui illustrato non è pacifico, essendovene anche uno diverso, secondo il quale le parti non potrebbero mai impedire agli arbitri di farsi assistere da uno o più consulenti tecnici, anche ove essi siano dotati delle specifiche competenze tecniche necessarie a risolvere le questioni tecniche sottoposte al loro esame: in tal senso, orienterebbe proprio il novellato art. 816-ter, V comma, c.p.c., dal momento che l'aver conferito agli arbitri una

---

<sup>825</sup> Sul punto, si veda M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 232

<sup>826</sup> G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 202; P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1738.

<sup>827</sup> Si veda il precedente cap. II, § 1.1.

<sup>828</sup> P.L. NELA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 1738.

facoltà che già si riteneva pacificamente loro attribuita prima della riforma, «*non sembra avere altro significato che quello di escludere in parte qua la possibilità di deroghe pattizie*»<sup>(829)</sup>.

Come si è accennato sopra, la formulazione dell'art. 816-ter, V comma, c.p.c. non sembra, in effetti, militare in favore dell'interpretazione secondo cui le parti possono impedire – in presenza di determinate condizioni – agli arbitri di avvalersi della consulenza tecnica, tuttavia a me pare l'argomento letterale non sia decisivo, dal momento che, come si è detto, l'art. 816-ter è una disposizione contenente, per lo più, norme aventi natura meramente dispositiva, che possono, pertanto, essere derogate dalle parti nell'esercizio del loro potere regolamentare.

### **8.3. La consulenza tecnica c.d. "giuridica".**

Strettamente connesso con i temi fin qui trattati, vi è quello della possibilità, per gli arbitri, di avvalersi di una consulenza tecnica per la risoluzione di quesiti giuridici: trattasi di una questione che, quantomeno con riferimento al diritto interno, ha modo di porsi solo in arbitrato e che è un riflesso del fatto che gli arbitri possono essere anche dei non giuristi<sup>(830)</sup>.

Per i giudici togati, infatti, vale la «*presunzione di conoscenza del diritto*»<sup>(831)</sup> interno, mentre è loro concesso – ai sensi dell'art. 14, I comma, della Legge 31 maggio 1995 n. 218<sup>(832)</sup> – di «*interpellare esperti o istituzioni specializzate*» al fine di procedere all'«*accertamento della legge straniera*» applicabile.

---

<sup>829</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 711, nt. 3.

<sup>830</sup> Sul punto, si veda A. BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione di lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 1991, 812 ss.

<sup>831</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 230, la quale, peraltro, ricorda che, secondo E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2002, 318, non si doveva escludere «*che il giudice potesse ricorrere all'assistenza di un esperto per conoscere il contenuto di quelle norme giuridiche che non è tenuto a conoscere personalmente*». Sul punto, si vedano anche: G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143; G.F. RICCI, *La consulenza tecnica cit.*, 16.

<sup>832</sup> La c.d. «*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*».

Ciò premesso, la questione può porsi, con differenti conseguenze, tanto nel caso in cui la controversia sia stata devoluta alla cognizione di un arbitro unico, quanto nel caso in cui sia stata devoluta alla cognizione di un collegio arbitrale.

Nel primo caso, l'assenza di nozioni giuridiche in capo all'arbitro può avere una portata dirompente, posto che potrebbe rendere impossibile giungere ad una decisione o, comunque, potrebbe condurre ad una decisione a tal punto giuridicamente inaccettabile da esporsi con una facilità disarmante all'impugnazione per nullità. Si pensi, ad esempio, al caso, non certo infrequente, in cui l'arbitro unico, magari un ingegnere, si trovi a dover decidere su una eccezione pregiudiziale o preliminare sollevata da una parte: tipica è l'eccezione di incompetenza dell'arbitro sollevata ai sensi dell'art. 817 c.p.c., dalla cui decisione può dipendere l'esito del giudizio.

Nel secondo caso, la questione può risultare temperata allorché, nel collegio arbitrale, vi sia almeno un giurista. Tuttavia, al fine di garantire l'imparzialità e la terzietà del giudicante, inteso nel suo complesso <sup>(833)</sup>, è necessario che l'arbitro giurista sia anche presidente oppure che i due arbitri di parte siano entrambi giuristi: se così non fosse, infatti, ci si troverebbe a dover demandare (potenzialmente) la decisione dell'intera controversia ad un arbitro nominato da una delle parti, essendo l'unico dotato delle competenze (giuridiche, per l'appunto) necessarie per decidere.

Trattasi di tema quantomai rilevante sul piano pratico, oltre che teorico, posto che non è affatto infrequente la nomina di un arbitro non giurista, ossia di un soggetto che, spesso, pur preparato sotto il profilo tecnico, non è assolutamente in grado di affrontare le questioni giuridiche che, inevitabilmente, vengono a presentarsi nel corso del procedimento arbitrale.

---

<sup>833</sup> Come si è detto al precedente cap. II, § 2.1.3., infatti, il rispetto del principio di imparzialità e terzietà del giudicante deve essere valutato avuto riguardo al collegio nel suo complesso, posto che – andando oltre le affermazioni di principio, e muovendo dal piano teorico a quello pratico – è innegabile che difficilmente si possa dire che l'arbitro di parte sia del tutto indifferente rispetto alla parte che lo ha nominato.

Ebbene, deve essere rilevato che molti interpreti hanno fornito risposta negativa al quesito in discorso, osservando che la nomina di un consulente tecnico per la soluzione di quesiti giuridici «*implicherebbe una delega di funzioni decisorie, del tutto impraticabile*»<sup>(834)</sup>.

Secondo altra parte degli interpreti, invece, agli arbitri non sarebbe precluso di avvalersi della «*raccolta del parere di un consulente giuridico*»<sup>(835)</sup>.

La posizione maggiormente preferibile, come spesso accade, si pone a metà fra le due da ultimo ricordate: nel senso, cioè, che, se è sicuramente vero che gli arbitri non possono rimettere ad un terzo, il consulente, la decisione della controversia<sup>(836)</sup>, tuttavia non pare corretto precludere loro, in via assoluta, di fare ricorso all'ausilio di un giurista ove ciò si renda necessario<sup>(837)</sup>, anche perché, altrimenti,

---

<sup>834</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 439. Nel medesimo senso, in dottrina, si vedano anche: T. CARNACINI, *Voce Arbitrato, cit.*, 889 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 271; F. CARPI, *Note, cit.*, 1152; E. REDENTI, *Diritto processuale, cit.*, III, 465; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 446; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 185; F. DANOVI, *op. cit.*, 29; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 202. In giurisprudenza, invece, si vedano: Cass., 7 giugno 1989, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2345, ed in *Foro pad.*, 1990, I, 278 (con nota di M. RUBINO SAMMARTANO, *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*, così massimata: «[n]ell'ordinamento processuale vigente gli arbitri rituali, tenuti a decidere secondo diritto in assenza di una clausola che li autorizzi alla pronuncia secondo equità o che escluda la impugnabilità del lodo, non hanno il potere di affidare a un consulente tecnico d'ufficio l'incarico di fornire al Collegio giudicante la soluzione di quesiti giuridici ai fini della decisione della controversia»); App. Genova, 15 marzo 1994, in *Giur. Merito*, 1995, 501 (con nota adesiva di E. ODORISIO, *Nomina di un consulente tecnico per la soluzione delle questioni giuridiche sorte nel corso di un giudizio arbitrale: nullità del lodo e limiti del giudizio di rinvio (nuova critica alla teoria del giudicato implicito)*).

<sup>835</sup> Cass., 5 marzo 1992, n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, 48, ancorché con riferimento all'arbitrato irrituale.

<sup>836</sup> Osserva G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143, che, proprio per evitare che il consulente decida la causa, «*l'incarico potrà avere ad oggetto l'indicazione della normativa applicabile e i chiarimenti sulle interpretazioni possibili*», nulla di più.

<sup>837</sup> Condivisibile, dunque, pare la posizione di G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 724-725, la quale osserva che sussiste il «*divieto per l'arbitro di demandare a terzi la decisione della controversia*», tuttavia non si può ravvisare «*un vero e proprio veto alla nomina di un consulente legale nella (non infrequente) ipotesi che l'arbitro appaia sprovvisto di adeguata preparazione giuridica; e ciò in quanto la regola jura novit curia – rettamente intesa – postula la riferibilità al giudicante, quale peritus peritorum, della sola decisione finale*», ma «*non esclude la possibilità che la soluzione di determinate questioni giuridiche ovvero singoli "segmenti" del giudizio di diritto siano delegati a terzi quante volte il giudice laico non sia anche un giurista*». In tal senso, cfr.: G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 143; A. BRIGUGLIO, *Due questioni, cit.*, 812 ss.; A. FABBI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 364-365; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 278; A. VILLA, *op. cit.*, 138-139; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 857. A questo proposito, si veda anche C. PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4, il quale osserva che gli arbitri che non siano



ci si troverebbe in una situazione di *impasse* dalla quale potrebbe risultare ben difficile uscire, con il rischio per le parti di ottenere un lodo estremamente vulnerabile in sede di impugnazione <sup>(838)</sup>, oppure di dovere – come proposto da parte della dottrina – revocare il mandato agli arbitri, «*potendosi ravvisare nel ricorso alla consulenza giuridica un'inidoneità degli arbitri allo svolgimento delle loro funzioni*» <sup>(839)</sup>.

La soluzione qui condivisa, del resto, risulta coerente anche con il dato testuale fornito dall'art. 14 della Legge n. 218/1995 <sup>(840)</sup>, posto che – come osservato dalla dottrina – esso «*implicitamente ammette...il ricorso alla consulenza giuridica quando la*

---

giuristi possono incaricare il consulente tecnico di svolgere la «*ricerca necessaria all'individuazione delle fonti normative, che possono essere non solo antiche o straniere, ma anche nazionali, pur tuttavia ignote o difficilmente conoscibili dagli arbitri, che questi ultimi dovranno applicare per la decisione della controversia*»: pertanto, al consulente «*competerà la individuazione...delle norme applicabili nel giudizio*», mentre all'arbitro «*resterà riservata...la valutazione dei fatti e l'attività di giudizio, in altre parole, l'applicazione delle norme individuate con l'ausilio del consulente tecnico, ai fatti così ricostruiti*».

<sup>838</sup> Anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 446, infatti, pur ritenendo non ammissibile la consulenza tecnica c.d. “giuridica”, condivide la soluzione secondo cui, nel caso in cui il collegio arbitrale sia composto da non giuristi, «*sono le parti a doversi munire di pareri pro veritate a suffragio delle tesi in diritto svolte dai propri difensori, per mettere gli arbitri in grado di svolgere le necessarie valutazioni giuridiche*» (in tal senso, si veda anche Cass., 7 giugno 1989, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2345): soluzione, questa, che, peraltro, non pare particolarmente persuasiva. Ed infatti, è vero che gli arbitri, in questo caso, non nominano un consulente, tuttavia è altrettanto vero che devono rifarsi, per decidere, a pareri “*pro veritate*” e, dunque, a pareri resi non dal consulente di loro fiducia, bensì da tecnici (in materie giuridiche) di fiducia delle parti. Orbene, a mio giudizio, tale soluzione non è da condividersi perché: (i) i pareri condurranno a risultati diametralmente opposti (essendo stati redatti proprio per suffragare le tesi difensive di due parti che, verosimilmente, sosterranno posizioni opposte, altrimenti la necessità di una consulenza tecnica “giuridica” non sarebbe neppure sorta) e, dunque, gli arbitri, sprovvisti di capacità critiche sotto il profilo giuridico, si troveranno al punto di partenza, non essendo in grado di valutare quale sia la soluzione giuridicamente preferibile; (ii) la prassi dimostra come pareri di questo tipo, nella maggior parte dei casi, siano tutto fuorché “*pro veritate*”, venendo redatti proprio al fine di dimostrare la fondatezza di una determinata soluzione giuridica, ossia quella sostenuta dalla parte che ha nominato il consulente, pertanto ben difficilmente tali contributi sono idonei ad aggiungere qualcosa alle difese già svolte dai legali delle parti e sulla base delle quali era sorta la necessità, per gli arbitri, di chiedere un parere tecnico.

<sup>839</sup> G.F. RICCI, *La consulenza tecnica cit.*, 17, il quale ipotizza anche che le parti potrebbero rifiutarsi di sostenere le spese necessarie per l'espletamento della consulenza, «*sul presupposto di non essere tenu[e] a remunerare un'attività che gli arbitri avrebbero dovuto svolgere direttamente*»: certo, non si può non rilevare che, in tal caso, il comportamento delle parti risulterebbe quantomai contraddittorio, avendo esse scelto degli arbitri dotati (esclusivamente) di conoscenze tecniche, salvo poi avere la pretesa di lamentarsi per la carenza – nota fin dall'inizio – di competenze giuridiche.

<sup>840</sup> Aspetto, questo, valorizzato anche da C. PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4.

*normativa applicabile per la definizione della lite non rientri nel patrimonio conoscitivo del giudicante»* <sup>(841)</sup>. Peraltro, non può non essere rilevato che l'argomento in esame, ancorché utile, non pare, a ben vedere, dirimente, dal momento che differente appare la situazione in cui, ad un soggetto munito di competenze giuridiche (il giudice togato), vengono forniti elementi relativi ad un ordinamento che quest'ultimo non conosce, da quella in cui, invece, vengono forniti elementi di natura giuridica ad un soggetto che giurista non è e, dunque, ben difficilmente può avvalersene per formarsi un suo convincimento. Il risultato è che, in quest'ultimo caso, vi è il fondato rischio che l'arbitro si "appiattisca" sulla soluzione suggerita dal consulente, così, sostanzialmente, rimettendo a quest'ultimo la decisione, sul punto, della controversia.

Ciò premesso, non si può negare che, per quanto la posizione da ultimo riportata appaia quella maggiormente condivisibile, passando dal piano teorico a quello pratico, non risulta così immediato individuare casi in cui il conferimento di una consulenza tecnica avente ad oggetto una questione giuridica non comporti (o, quantomeno, rischi di comportare) anche l'affidamento al consulente medesimo della decisione.

Nel caso ipotizzato sopra, infatti, pare evidente che chiedere ad un consulente tecnico delucidazioni circa la fondatezza della eccezione di incompetenza del collegio arbitrale rischia di comportare la devoluzione, al consulente medesimo, della decisione della controversia, per lo meno nel caso in cui egli propenda per la sua fondatezza: ed infatti, l'accoglimento dell'eccezione in discorso imporrebbe agli arbitri di dichiarare inammissibili o, comunque, improponibili le domande in quanto proposte davanti a soggetti incompetenti (perché privi della necessaria *potestas iudicandi*).

Ed allora, è bene che al consulente tecnico, esperto in materie giuridiche, si faccia ricorso solamente nei casi in cui ciò non equivalga a demandargli la decisione

---

<sup>841</sup> G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 726.

della controversia <sup>(842)</sup> e, dunque, a condizione che egli si limiti a fornire agli arbitri elementi idonei a consentire loro di assumere una posizione consapevole con riferimento, per l'appunto, alle questioni giuridiche sollevate dalle parti: si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui gli arbitri (non giuristi) vengano chiamati a decidere su una controversia ereditaria e chiedano al consulente di stabilire, sulla base delle norme del codice civile, quali siano le quote di legittima spettanti a ciascun erede, così da potere poi pronunciare il lodo.

### **9. L'ispezione.**

Il legislatore non ha colto l'occasione della riforma del 2006 per attribuire espressamente agli arbitri il potere di fare ricorso all'istituto dell'ispezione di cui agli artt. 118 e 258 ss. c.p.c.: non solo, ma, nonostante fosse stato delegato ad introdurre adeguati meccanismi di ausilio da parte dell'a.g.o., non ha neppure previsto la possibilità, per gli arbitri medesimi, di avvalersi di tale ausilio anche con riferimento al mezzo di prova in esame <sup>(843)</sup>, oltre che nel caso, di cui si è già ampiamente detto, del testimone renitente.

Ferme le considerazioni che precedono, deve comunque essere rilevato che il mezzo di prova in discorso non risulta affatto incompatibile con l'arbitrato <sup>(844)</sup>.

---

<sup>842</sup> Osserva, condivisibilmente, M. RUBINO SAMMARTANO, *Divieto*, cit., 281, che l'«affidare al consulente tecnico tutti i quesiti giuridici, così come l'affidargli quesiti del tutto elementari sembrano ricadere quindi giustamente in un divieto radicale, alla stessa stregua dunque dell'ipotesi estrema dell'arbitro il quali firmi un bianco-segno al consulente» ma «l'affidare ad un consulente tecnico la soluzione di alcuni quesiti giuridici specifici e complessi non è per nulla un parente molto stretto della delega in bianco al consulente, eccetto nei casi in cui l'arbitro, per propria competenza, debba dipendere poi in tutto e per tutto dal consulente tecnico, ed è quindi obbligato a recepire passivamente le conclusioni del CTU» (nel medesimo senso sembra esprimersi anche S. D'ANDREA, *op. cit.*, 480).

<sup>843</sup> Sul punto, si vedano: F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 175-176; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 719; M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, cit., 234; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit. 447; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4.

<sup>844</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 272 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*, cit., Vol. I, 862; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; S. RINALDI, *op. cit.*, 1358; A. VILLA, *op. cit.*, 137; G.

In particolare, ove l'ispezione debba essere espletata su luoghi, cose mobili, cose immobili o sulla persona di una delle parti, dal rifiuto di questi di sottoporvisi senza giustificato motivo, gli arbitri potranno, ai sensi dell'art. 118, II comma, c.p.c., desumere argomenti di prova a norma dell'art. 116, II comma, c.p.c. <sup>(845)</sup>.

Più problematico, invece, è il caso in cui l'ispezione riguardi un terzo, posto che, in tal caso, non essendo muniti di poteri autoritativi, gli arbitri non possono imporre nulla ai terzi, né possono irrogare loro la pena pecuniaria di cui all'art. 118, III comma, c.p.c.: conseguentemente, essi possono chiedere al terzo di consentire lo svolgimento dell'ispezione, confidando nella sua collaborazione, tuttavia – salva l'ipotesi, sulla quale ci si è già ampiamente intrattenuti, di avvalersi dell'istruzione preventiva <sup>(846)</sup> – non è consentito loro di reagire in alcun modo ove il terzo si rifiuti di collaborare <sup>(847)</sup>.

#### **10. L'ordine di esibizione.**

Quanto all'ordine di esibizione, regolato nel codice di rito all'art. 210, valgono, sostanzialmente, le medesime considerazioni illustrate con riferimento all'ispezione: dunque, fermo che sarebbe stato opportuno che il legislatore del 2006 regolasse espressamente l'ipotesi in cui una parte chieda agli arbitri

---

RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 201; C. CECHELLA, *L'arbitrato, cit.*, 147; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 758; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3952; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498; S. D'ADREA, *op. cit.*, 474; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 259.

<sup>845</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 428-429; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 862; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 272 ss.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 447; A. VILLA, *op. cit.*, 137; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 726, nt. 62; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 144-145; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 259; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 759; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994, 861.

<sup>846</sup> Si veda il precedente cap. III, § 3. Soluzione caldeggiata, nel caso di specie, da G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 719-720.

<sup>847</sup> M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 862; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 759; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 428-429; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3952; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 175-176; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 144-145.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 447; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 726, nt. 62; A. VILLA, *op. cit.*, 137; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474.

l'emissione di un ordine di esibizione, magari prevedendo un meccanismo di assistenza giudiziaria <sup>(848)</sup>, resta il fatto che si ritiene – salvo talune voci isolate <sup>(849)</sup> – che gli arbitri possano comunque fare uso di tale mezzo di prova <sup>(850)</sup>, rifacendosi alle norme dettate dal codice di rito e, dunque, *in primis*, agli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c. <sup>(851)</sup>.

Anche in questo caso, tuttavia, tale facoltà incontra dei limiti dovuti alla carenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri <sup>(852)</sup>.

E dunque, se, in caso di inottemperanza all'ordine di esibizione da parte di una delle parti, gli arbitri potranno trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, II comma, c.p.c. <sup>(853)</sup>, nel caso in cui sia un terzo <sup>(854)</sup> ad opporre il rifiuto all'ordine di esibizione (che poi, a ben vedere, si configurerà più come un invito ad esibire),

---

<sup>848</sup> M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 234; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 719; T. GALLETTO, *op. cit.*, § 4.

<sup>849</sup> E. FAZZALARI, *L'arbitrato, cit.*, 70, il quale non ritiene tale istituto compatibile con l'arbitrato.

<sup>850</sup> G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 201; E.F. RICCI, *La prova, cit.*, 68; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 175-176; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 260; C. CECHELLA, *L'arbitrato, cit.*, 147; D. GIACOBBE, *La prova, cit.*, 759; A. VILLA, *op. cit.*, 134; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 272 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto, cit.*, Vol. I, 839 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3952; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474; S. RINALDI, *op. cit.*, 1358; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; W. RUOSI, *op. cit.*, 3290.

<sup>851</sup> S. LA CHINA, *op. cit.*, 199; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 260.

<sup>852</sup> A. STESURI, *op. cit.*, 82, il quale sottolinea la necessità della spontaneità della produzione. Sul punto, cfr. anche A. SIRACUSANO - A. MERONE, *op. cit.*, 3952.

<sup>853</sup> L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 447; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; C. PUNZI, *Disegno sistematico, cit.*, Vol. II, 272 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni, cit.*, 861; N. PICARDI, *op. cit.*, 729; G. TOTA, *Sub art. 816-ter, cit.*, 726, nt. 62; G. VERDE, *Lineamenti, cit.*, 144-145; G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter, cit.*, 428-429; A. VILLA, *op. cit.*, 134; S. LA CHINA, *op. cit.*, 199; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474; C. RASIA, *op. cit.*, 2790; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria, cit.*, 260.

<sup>854</sup> Vi è, però, chi sostiene che l'ordine di esibizione non possa comunque essere disposto nei confronti di un terzo: E. FAZZALARI, voce *Arbitrato; cit.*, 399; C. RASIA, *op. cit.*, 2790 (il quale osserva, in particolare, che «non sembra invece possibile disporre l'esibizione in quanto, in caso di opposizione del terzo, il giudizio dovrà concludersi ex art. 211 con sentenza, provvedimento inibito agli arbitri»).

essi avranno ben pochi strumenti per reagire <sup>(855)</sup>, se non tentare l'accidentata via dell'istruzione preventiva <sup>(856)</sup>.

Ovviamente, il rifiuto del terzo non può in alcun modo ripercuotersi sulla posizione delle parti, neppure sotto forma di argomento di prova, esulando dalla sfera di controllo di questi ultimi il comportamento di tali soggetti <sup>(857)</sup>.

### **11. Gli esperimenti.**

Anche avuto riguardo agli esperimenti, regolati dagli artt. 261 ss. c.p.c., non si può che confermare quanto si è già detto con riferimento, da ultimo, all'ordine di esibizione, nel senso, cioè, che il mezzo istruttorio risulta compatibile con l'arbitrato <sup>(858)</sup>, tuttavia, in assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri, ove la sua assunzione implichi l'ausilio di una delle parti, dal rifiuto di quest'ultima potranno essere tratti elementi di prova ai sensi dell'art. 116, II comma, c.p.c., mentre, ove sia il terzo a non prestarsi volontariamente, non sembra che gli arbitri siano posti in grado di reagire <sup>(859)</sup>.

---

<sup>855</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, 272 ss.; V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 830-831; G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 144-145; S. LA CHINA, *op. cit.*, 199; A. VILLA, *op. cit.*, 134; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 759; G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 726, nt. 62; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, cit., 447; S. D'ANDREA, *op. cit.*, 474; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 175-176.

<sup>856</sup> Si veda il precedente cap. III, § 3. Soluzione suggerita, nel caso di specie, da G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, cit., 719-720.

<sup>857</sup> D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 759.

<sup>858</sup> G. SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 498.

<sup>859</sup> G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 144-145.

## CAPITOLO V: L'ARBITRATO DI EQUITÀ.

Nel corso della presente trattazione, si è già dato conto del fatto che, secondo taluni autori, vi sarebbero delle differenze, con riferimento alla disciplina dell'istruttoria, fra arbitrato di diritto ed arbitrato di equità, nel senso, cioè, che gli arbitri di equità sarebbero, nella ricerca della verità, meno vincolati rispetto agli arbitri di diritto <sup>(860)</sup>.

Tale impostazione, però, pare soffrire di un vizio di fondo, dal momento che sembra confondere due piani che sono, e che devono restare, ben distinti: un piano è quello della ricerca della verità e dell'accertamento del fatto; l'altro piano è quello, che ha ad oggetto un momento necessariamente successivo, della decisione della controversia sulla base degli accertamenti svolti, e degli elementi acquisiti, nel corso dell'istruttoria.

Ebbene, l'equità opera solo sul secondo piano, consentendo agli arbitri, ove a ciò siano stati autorizzati ai sensi dell'art. 822 c.p.c., di disapplicare le norme di diritto ove queste, alla luce delle particolari circostanze del caso concreto, conducano, per l'appunto, ad una decisione iniqua. Essa non incide, invece, sul primo piano, dal momento che gli arbitri, tanto di diritto quanto di equità, dovranno giungere alla fase decisoria avendo a disposizione le medesime risultanze probatorie.

In altri termini, come correttamente osservato dalla dottrina, *«la natura dell'equità non si proietta in istruttoria in virtù di presunti maggiori poteri concessi al giudice, giacché quanto all'accertamento del fatto non vi può essere differenza fra i due tipi di*

---

<sup>860</sup> In tal senso, si vedano T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, Utet, 1974, 890; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. II, Padova, Cedam, 2012, 239 ss.; E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1999, III, 587; G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010, 203; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Tomo I, Padova, Cedam, 2010, 816-818; M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012, 276-277.

*giudizio»: di conseguenza, l'«equità interviene solo nel momento successivo, quello dell'applicazione della norma che viene appunto sostituita con il principio equitativo, talché tale tipo di giudizio resta del tutto indifferente dal modo in cui è stato accertato il fatto»* <sup>(861)</sup>.

Né, come pure osservato da autorevole dottrina, a conclusioni differenti si poteva pervenire valorizzando il fatto che l'art. 829 c.p.c. prevedesse la non impugnabilità del lodo di equità per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, posto che ciò non incide affatto su quanto si è detto sopra con riferimento al fatto che le norme sulle prove sono altro rispetto alle norme sul giudizio vero e proprio <sup>(862)</sup>: peraltro, tale osservazione vale, oggi, a maggior ragione, dal momento che l'art. 829, III comma, c.p.c., quanto alla violazione delle norme di diritto, non fa più alcuna distinzione tra arbitrato di equità ed arbitrato di diritto.

Nei termini qui illustrati, si è espressa anche la giurisprudenza, la quale, seppure con riferimento al giudizio di equità rimesso al giudice di pace (a norma dell'art. 113, II comma, c.p.c. nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 21 della Legge 21 dicembre 1991 n. 374), ha, per l'appunto, affermato che l'equità rileva *«per quanto concerne la decisione di merito, che statuisce del bene della vita*

---

<sup>861</sup> G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007, 444. Nel medesimo senso, si vedano anche: E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974, 11 ss.; L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario del Codice di Procedura Civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014, 448; M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2013, 129; G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 191; D. GIACOBBE, *La prova*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009, 739; W. RUOSI, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, Utet, 2010, 3291; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 1997, 172; C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, Cedam 2012, 2789; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010, 145 (quest'ultimo, però, ritiene che ciò non valga per l'art. 2697 c.c., posto che, se il giudizio di equità *«è da intendere come giudizio in cui la regola di valutazione non preesiste, ma si forma nel corso del processo, dovrebbe coerentemente escludersi l'applicabilità di una regola di ripartizione degli oneri probatori che faccia riferimento alle fattispecie legali, secondo il rinvio contenuto nell'art. 2697»*).

<sup>862</sup> E.F. RICCI, *La prova*, cit., 11 ss.. Per la medesima considerazione, si veda anche D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 739-740.



*oggetto della controversia, non anche per quanto riguarda il procedimento, onde le questioni relative ai problemi in procedendo, devono essere decise secondo diritto»* <sup>(863)</sup>.

Ne discende che tutti i principi esposti e tutte le conclusioni cui si è pervenuti con riferimento all'arbitrato di diritto, non possono che trovare applicazione anche ove gli arbitri siano stati autorizzati, ai sensi dell'art. 822 c.p.c., a decidere secondo equità.

---

<sup>863</sup> Cass., 1 agosto 2001, n. 10486, in *Mass. Giur. it.*, 2001.



## CONCLUSIONI

Nell'arco dei quattro capitoli di cui si compone la presente trattazione, sono giunto alla conclusione che – come spesso accade allorché ci si misuri con l'arbitrato – la difficoltà maggiore risiede nella necessità di trovare una soluzione equilibrata, che riesca a contemperare le peculiarità dell'istituto arbitrale (*in primis*, la libertà delle parti, ed in misura minore degli arbitri, di regolarne lo svolgimento) con gli effetti prodotti dal lodo arbitrale, il quale (oggi più che mai, in forza dell'art. 824-*bis* c.p.c.) risulta a tutti gli effetti equiparabile alla sentenza pronunciata dall'a.g.o., con tutto ciò che ne deriva (anche, e soprattutto, in termini di giudicato e suoi effetti conformativi, diretti e riflessi).

Con riferimento alla svolgimento dell'istruttoria, in particolare, a me pare che l'individuazione del punto di equilibrio sia destinata a variare a seconda del contegno tenuto dalle parti e dagli arbitri.

In particolare, nel caso in cui questi ultimi decidano di esercitare il potere regolamentare previsto dall'art. 816-*bis* c.p.c., deve essere lasciato loro un sensibile spazio di manovra (il quale risulterà ampio, con riferimento alle parti, estremamente più contenuto, con riferimento agli arbitri): ché, altrimenti, si assisterebbe allo snaturamento dell'istituto arbitrale, il quale è, e resta, un processo in cui le "regole del gioco" possono essere, quantomeno in parte, dettate, per l'appunto, anche dalle parti (e, in misura inferiore, dagli arbitri).

Tuttavia, tale spazio di manovra non può affatto essere illimitato, dal momento che le norme sulle prove assolvono alla particolare funzione di disciplinare il processo cognitivo mediante il quale il giudicante si forma il proprio convincimento e, pertanto, svolgono, quantomeno in buona parte, la funzione di garantire, per quanto possibile, che le decisioni giurisdizionali (come il lodo arbitrale, che produce, salvo quelli esecutivi, i medesimi effetti della sentenza) siano corrette.

Conseguentemente, il punto di equilibrio, in questo caso, è ravvisabile nel consentire alle parti – così valorizzando il loro potere di incidere sulle regole che disciplinano il procedimento arbitrale – di derogare alle norme sulle prove che assolvono esclusivamente alla funzione di garanzia delle parti medesime o, comunque, che non incidono in alcun modo su profili che potrebbero riguardare, anche solo in via indiretta, i diritti dei terzi o, più in generale, gli interessi dell'ordinamento considerato nel suo complesso: oltre tale limite, alle parti non è consentito spingersi, posto che, diversamente, esse andrebbero ad incidere su un'area che è, invece, presidiata dalle norme di ordine pubblico processuale e, più in generale, dai principi di rango costituzionale.

Meno problematica, invece, risulta l'ipotesi in cui non siano le parti, bensì gli arbitri, ad esercitare il potere regolamentare (suppletivo) attribuito loro dall'art. 816-bis c.p.c., posto che il potere degli arbitri (i quali, a differenza delle parti, non sono titolari della situazione giuridica controversa) è, con riferimento alle norme che regolano l'istruzione probatoria, quantomai limitato, esaurendosi nella possibilità di dettare norme che operino sul piano meramente organizzativo e, comunque, solo con riguardo all'assunzione: il loro spazio di manovra, pertanto, è a tal punto limitato che pare perfino difficile ipotizzare che essi possano spingersi fino ad "invadere" l'area, di cui sopra si è detto, presidiata dalle norme di ordine pubblico processuale e dai principi di rango costituzionale.

Fermo quanto precede, ciò che maggiormente rileva sul piano pratico, oltre che teorico, è quello che avviene allorché – come accade nella maggior parte dei casi – non venga fatto (se non parzialmente), in materia istruttoria, utilizzo del potere regolamentare.

Ebbene, in tal caso, il punto di equilibrio pare dover essere rinvenuto nella applicazione delle norme che regolano l'istruttoria nel giudizio ordinario di cognizione: soluzione, questa, che ritengo imposta dalla natura giurisdizionale del procedimento arbitrale nonché dalla funzione svolta da quest'ultimo, che

risulta perfettamente sovrapponibile a quella svolta dal giudizio ordinario di cognizione, così come perfettamente sovrapponibile risulta l'attività degli arbitri rispetto a quella dei giudici togati.

Senza tenere conto del fatto che, se deve essere individuato un modello di riferimento, la scelta non può che ricadere su quello contenuto nel libro II del codice di rito: ciò, anche in ragione del fatto che le regole del processo (di qualunque processo si tratti) devono essere prevedibili per le parti, e la soluzione qui accolta risulta quella che, senza dubbio, consente di assicurare, sopra ogni altra, tale prevedibilità delle "regole del gioco".

Peraltro, la trasposizione delle regole dettate per il giudizio ordinario di cognizione all'arbitrato non può operare *de plano* ed integralmente, dal momento che talune di queste regole risultano incompatibili con il giudizio arbitrale: conseguentemente, vi saranno norme (e, financo, interi istituti) che non potranno trovare applicazione; e di ciò si è tentato di dare conto, in modo analitico, nell'ultimo capitolo della trattazione.

Del resto, l'intento era quello di fornire agli interpreti, e in particolar modo agli arbitri, una risposta al quesito formulato nell'introduzione di questo elaborato («*quali sono le regole che disciplinano l'istruttoria arbitrale?*») che andasse oltre la semplice soluzione teorica, addentrandosi nei profili pratici, sotto forma di suggerimenti utili in presenza degli innumerevoli incombenti istruttori che, nella prassi, si susseguono nel corso del procedimento arbitrale.

Resta da aggiungere, seppure solo per completezza, che le conclusioni cui sono pervenuto, qui sinteticamente riassunte, devono, a mio giudizio, trovare applicazione anche nel caso in cui gli arbitri siano stati autorizzati, ai sensi dell'art. 822 c.p.c., a decidere secondo equità.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Atti del Convegno internazionale per la riforma dell'arbitrato (Cadenabbia-Milano, 3-6 giugno 1954)*, a cura del Centro nazionale per la difesa e prevenzione sociale, Milano, 1956
- AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006
- M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1994, 239 ss.
- M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- E. ALLORIO, *Per una riforma dell'arbitrato*, in E. ALLORIO, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi. Problemi di diritto*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1957, 555 ss.
- E. ALLORIO, *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, Torino, Utet, 1973, CXII ss.
- M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, Utet, 1879
- V. AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, Ipsoa, 2014
- V. ANDRIOLI, *Sub art. 816*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964
- V. ANDRIOLI, *Sub art. 829*, in *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1964
- V. ANDRIOLI, *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Nov. Dig. it.*, Vol. XIII, Torino, Utet, 1676
- V. ANDRIOLI, *La novella sull'arbitrato*, in *Dir. e giur.*, 1983, 249 ss.
- G. ARIETA – F. DE SANTIS – L. MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, A cura di G. Arieta e F. De Santis, Padova Cedam, 2008
- G. ARIETA – L. MONTESANO, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, Giappichelli, 2000

- C. ASPRELLA, *La testimonianza scritta e il tramonto dell'oralità*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 849 ss.
- F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giapichelli, 1997
- F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss.
- F. AULETTA, *Oggetti nuovi di arbitrato? Prime note sopra un emergente «diritto processuale privato»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- F. AULETTA, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: onere della prova e accertamento tecnico*, in *Riv. arb.*, 2015, 757 ss.
- L. BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, Vallardi, 1937
- V. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 333 ss.
- R. BELLÈ, *Istruttoria prefallimentare e trattazione giudiziale dell'insolvenza di impresa*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Vol. I, Torino, Utet, 2016
- F. BENATTI, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 131 ss.
- L. BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*, in *Riv. arb.*, 2015, 318 ss.
- A. BERLINGUER, *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1994, 762 ss.
- P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Riv. dir. comm. internaz.*, 1994, 1 ss.
- P. BERNARDINI, *L'arbitrato internazionale in Italia dopo la riforma del 2006*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 481 ss.
- P. BERNARDINI, *«L'arbitrato e i terzi» Convegno celebrativo per il Ventennale della Rivista dell'Arbitrato*, in *Riv. arb.* 2013, 755 ss.



- P. BERNARDINI – G. DE NOVA – R. NOBILI – C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Milano, Ipsoa, 1994
- A.M. BERNINI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 1994, 69 ss.
- G. BERNINI, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato: prospettive internazionali*, in *Rass. arb.*, 1984, 199 ss.
- E. BIAMONTI, *Arbitrato rituale e arbitrato libero. Considerazioni sulla nuova L. 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 105 ss.
- L. BIANCHI, *Arbitrato e verifica della scrittura privata*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 839 ss.
- P. BIAVATI, *Note minime sul procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2009
- S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli, Jovene, 2005
- S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2008
- S. BOCCAGNA, *Sub art. 829*, in *Commentario alle riforma del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009
- S. BOCCAGNA, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M.V. Benedettelli – C. Consolo – L.G. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010
- S. BOCCAGNA, *Sub art. 829*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010
- G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, Jovene, 2012
- G. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti, ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.
- G. BONGIORNO, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 757 ss

- L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile annotato per cura del Cavaliere Luigi Borsari*, Torino, Utet, 1865
- A. BOSSI, *La sede dell'arbitrato e le regole del procedimento, ne La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012
- A. BOSSI, *La pronuncia del lodo*, in *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012
- M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in *Judicium*
- M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE E C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, IlSole24Ore, 2006
- M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 57 ss.
- M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 357 ss.
- M. BOVE, *Evitare il processo?*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 61 ss.
- M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2009, 19 ss.
- M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, Cedam, 2013
- M. BOVE, *Istruzione probatoria nel processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 909 ss.
- A. BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato (Considerazioni per un primo bilancio)*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 415 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Due questioni in tema di delibazione di lodo straniero e ordine pubblico*, in *Riv. arb.*, 1991, 808 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Impugnabilità ed efficacia del lodo non omologato dopo la legge di riforma n. 25 del 5 gennaio 1994*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 295 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Sub art. 823*, in R. VACCARELLA - G. VERDE, *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997
- A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2002, 511 ss.

- A. BRIGUGLIO, *Funzioni giudiziali ausiliarie e di controllo ed arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2011, 573 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con un'esercitazione conclusiva sulla «non contestazione»*, in *Riv. arb.*, 2013, 859 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *Giustiziacivile.com*, 2014
- A. BRIGUGLIO, *La consulenza tecnica in arbitrato tra soft law e questioni irrisolte ma risolvibili*, in *Riv. arb.*, 2015, 763 ss.
- A. BRIGUGLIO - E. FAZZALARI - R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994
- G. BUFFONE, *L'onere di contestazione nella Legge 69/2009*, in *Altalex.it*, 5 ottobre 2009
- G. BUFFONE, *Processo civile: tutte le novità (d.l. 132/2014, conv. con mod., in l. 162/2014)*, Milano, Giuffrè, 2015
- G. BUGLIANI, *Note in materia di osservanza del principio del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2008, 552 ss.
- G. BUGLIANI, *L'istruzione probatoria in arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 183 ss.
- G.P. CALIFANO, *Spunti sul principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale rituale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- R. CAPONI, *«Natura» dell'arbitrato e controversie arbitrabili*, in AA.VV., in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2009
- B. CAPPONI, *Sub art. 819-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009
- B. CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *questionegiustizia.it*, 2014
- V. CARBONE, *La seconda riforma dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.*, 1994, 141 ss.

- T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, Utet, 1974
- F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 374 ss.
- F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 47 ss.
- F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 659 ss.
- F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, Milano, Giuffrè, 1995
- F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2002, 1 ss.
- F. CARPI, *Sub art. 823*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007
- F. CARPI, *Sub art. 824-bis*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007
- F. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Judicium*
- F. CARPI, *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1146 ss.
- F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 811 ss.
- A. CARRATO – M. DI MARZIO – R. GIORDANO – F. LAZZARO – A. SCARPA, *Procedimento alternativi al rito ordinario*, Milano, Giuffrè, 2016
- G. CASSANO – D. CERRI, *Vedi alla voce: "Degiurisdizionalizzazione" (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*, in *Judicium*, 7 ottobre 2014
- G. CASSANO - M. NISATI, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 2006
- C. CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2009, 55 ss.
- C. CECHELLA, *L'arbitrato*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, diretta da A. Proto Pisani, Torino, Utet, 1991
- C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 213 ss.
- C. CECHELLA, *Il processo e il giudizio arbitrale*, in AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino, Utet, 2005

- S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 819 ss.
- G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Napoli, Jovene, 1933/34
- A. CHIZZINI, *Arbitrato rituale, principio del contraddittorio e art. 101, secondo comma, cod. proc. civ.*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, Utet, 1915
- V. COLESANTI, *Noterelle «controcorrente» in tema di arbitrato e litisconsorte non compromittente*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 791 ss.
- V. COLESANTI, *Il volume di Laura Salvaneschi sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 439 ss.
- L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2003, 675 ss.
- L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, Utet, 2010
- L.P. COMOGLIO, *Sub art. 1*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, Torino, Utet, 2012
- L.P. COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 807 ss.
- C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 453 ss.
- C. CONSOLO, *Arbitri di parte non neutrali?*, in *Riv. arb.*, 2001, 14 ss.
- C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, Cedam, 2008
- C. CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1406 ss.
- C. CONSOLO, *I terzi e il procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 841 ss.
- C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, 1173 ss.

- C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatari – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1358 ss.
- F. CORDOPATRI, *Profili processuali dell'istruttoria prefallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 35 ss.
- F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *I contratti*, 2006, 515 ss.
- F. CORSINI, *L'intervento del litisconsorte necessario nel procedimento arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 589 ss.
- F. CRISCUOLO, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, 479 ss.
- M. CURATOLA, *L'impugnazione dei lodi arbitrali*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Iudica, Torino, Giappichelli, 2012
- M. CURTI, *Arbitrato irrituale e obbligo di imparzialità e terzietà dell'arbitro mandatario*, in *Nuova giust. civ. comm.*, 2002, II, 101 ss.
- M. CURTI, *L'arbitrato. Le novità della riforma*, Milano, Ipsoa, 2006
- E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, 1264 ss.
- F. DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 21 ss.
- G. DEODATO (a cura di), *L'arbitrato a tre anni dalla Legge n. 28/1983. Atti del Seminario*, Milano, Giuffrè, 1987
- G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.* 2006, 423 ss.
- M. DE SANTIS, *La reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza di annullamento*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 107 ss.

- M. DE ZANETTI, *Il lodo*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012
- G. DELLA PIETRA, *Procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 1997
- G. DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, Torino, Giappichelli, 2005
- V. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, Utet, 1957
- V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, *ivi*, 8 ss.
- V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, Cedam, 1983
- A. DI BLASE, *Gli «ammodernamenti» alla disciplina italiana dell'arbitrato e le convenzioni internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 859 ss.
- A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Le novità nel processo civile dopo la riforma della giustizia*, Rimini, Maggioli, 2014
- L. DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144 ss.
- L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, Giuffrè, 2000
- L. DITTRICH, *La collaborazione del giudice statale nell'istruzione probatoria arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1166 ss.
- E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 529 ss.
- M. D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2006, 470 ss.
- S. D'ANDREA, *Procedimento*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 1997
- P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, Utet, 1953
- P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, Torino, Utet, 1957

- A. FABBI, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi «non esperti») e arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2011, 401 ss.
- A. FABBI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014
- A. FABBI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014
- G. FABBRINI, *Preclusioni e processo di cognizione*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1989
- E. FAZZALARI, *Primo incontro con una...lieta «novella»*, in *Rass. arb.*, 1983, 1 ss.
- E. FAZZALARI, *Una buona novella*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 6 ss.
- E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disci. Priv.*, Sez. Civ., Vol. I, Torino, Utet, 1987
- E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss.
- E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1 ss.
- E. FAZZALARI, *Sub art. 816*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994
- E. FAZZALARI, *Sub art. 823*, in A. Briguglio - E. Fazzalari - R. Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994
- E. FAZZALARI, *Sub art. 825*, in A. Briguglio - E. Fazzalari - R. Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1994
- E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, Utet, 1997
- E. FAZZALARI, *Ancora sulla imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, 1 ss.
- E. FAZZALARI, *La distinzione fra arbitrato «rituale» ed «irrituale»: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, 256 ss.
- E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637 ss.
- E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè 2006



- E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. II, Torino, Giappichelli, 2008
- T. FERRANTE, *Legge 8 febbraio 1983 e prospettive di sviluppo dell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.*, 1982, 251 ss.
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990
- M. FORNACIARI, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2015, 247 ss.
- G. FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla legge 6 febbraio 1983 n. 28 contenente modifiche alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 219 ss.
- G. FREZZA, *Trascrizione della domanda di arbitrato (alla luce della l. n. 162 del 2014 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 223 del 2013)*, in *Riv. arb.*, 2015, 65 ss.
- A. FUSILLO, *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 319 ss.
- P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato: appunti sulla novella n. 25 del 1994*, in *Casi scelti in tema di arbitrato nel diritto italiano e comparato*, Padova, Cedam, 1994
- P. GAGGERO, *La riforma dell'arbitrato*, in *L'arbitrato: profili sostanziali*, rassegna coordinata da D. Alpa, Torino, Utet, 1999
- T. GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, in *Judicium*
- G. GARGIULO, *Libertà delle forme e (in)derogabilità del principio del contraddittorio nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 2016, 1186 ss.
- M.F. GHIRGA, *Sub art. 17*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-bis*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010

- M.F. GHIRGA, *Sub art. 816-ter*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010
- D. GIACOBBE, *La prova*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009
- D. GIACOBBE – E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato. Rassegna ragionata di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Ipsoa, 1999
- A. GIARDINA, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, in *Rass. arb.*, 1983, 5 ss.
- A. GIARDINA, *La legge n. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1994, 257 ss.
- R. GIORDANO - C. TRAPUZZANO, *La riforma del processo civile. Commentario al d.l. n. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 164/2014, aggiornato alle circolari Ministeriali nn. 2309/2015 e 6/2015 in tema di negoziazione assistita*, Milano, Giuffrè, 2015
- R. GIORDANO - M. VACCARI - R. MASONI, *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*, Milano, Giuffrè, 2016
- C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1179 ss.
- A. GIUSSANI, *La verifica in via incidentale della scrittura privata nel procedimento arbitrale rituale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studio offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, Ipsoa, 2010
- M. GRADI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo, B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014
- M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo». Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, Edizioni Leone, 2014
- F. GRANDE STEVENS, *Una finestra sul mondo della deontologia arbitrale*, in *Rass. for.*, 1990, 283 ss.

- E. GRASSO, *La nuova disciplina dell'arbitrato alla luce della legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, a cura di G. Verde, Napoli, Jovene, 1985
- E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 1 ss.
- G. GUARNIERI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Società*, 1994, 310 ss.
- D. GROSSI, *Prova testimoniale*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997
- S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, Giappichelli, 2013
- S. LA CHINA, *La nullità nei procedimenti arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 308 ss.
- S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011
- L. LAUDISA, *L'arbitro e il principio del contraddittorio*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 373 ss.
- A. LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano, Giuffrè, 1985
- E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935
- E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, Morano, 1962
- E.T. LIEBMAN, *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 353 ss.
- E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1981
- E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, Giuffrè, 2002
- G. LIPARI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009
- F. LOCATELLI, *Arbitrato e principio del contraddittorio, ovvero dell'esistenza di un principio di collaborazione tra giudicanti e parti anche nel procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2015, 741 ss.

- G. LUDOVICI – D. DE RITO, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione. Prime riflessioni sull'arbitrato di prosecuzione e sulla negoziazione assistita*, in *La nuova procedura civile*, 6, 2014
- F.P. LUISO, *In tema di ricasazione degli arbitri e di dissenting opinion*, in *Riv. arb.*, 1992, 469 ss.
- F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 773 ss.
- F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, ne *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006
- F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, 235 ss.
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, Giuffrè, 2011
- F.P. LUISO - B. SASSANI, *Sub art. 816-ter*, ne *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2006
- F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2006
- S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, Cedam, 2008
- L. MALAGÙ, *Natura giuridica del lodo arbitrale non depositato ed imposta di registro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 259 ss.
- M. MALAVASI, *Il procedimento arbitrale*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012
- C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Torino, Giappichelli, 2011
- R. MARENCO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 299 ss.
- R. MARENCO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 793 ss.
- E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1177 ss.
- E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, Giuffrè, 2009

- E. MARINUCCI, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Vol. VII, Tomo IV, Torino, Utet, 2014
- E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1135 ss.
- E. MARINUCCI, *Sub art. 829*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, Torino, Utet, 2014
- S. MARONI, *Il lodo ex artt. 820-826 c.p.c.*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Iudica, Torino, Giappichelli, 2012
- A. MASSARI, voce *Esibizione delle prove*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, Utet, 1968
- F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.*, 1984, V, 181 ss.
- A. MEI, *Le misure di "degiurisdizionalizzazione" adottate dal legislatore per accelerare la giustizia nonché per favorire lo smaltimento dell'arretrato giudiziario dei processi civili. Commento a prima lettura*, in *La Nuova procedura Civile*, 27 novembre 2014
- S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 843 ss.
- S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 363 ss.
- S. MERZ, *Manuale pratico della prova civile*, Padova, Cedam, 2012
- G. MIRABELLI, *Arbitrato fenomeno in evoluzione*, in *Rass. arb.*, 1982, 242 ss.
- G. MONTELEONE, *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 552 ss.
- G. MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Corr. giur.*, 1994, 1048 ss.
- G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 2002
- G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, Vol. II, Padova, Cedam, 2015
- L. MONTESANO, *Sugli effetti e sull'impugnazione del lodo nella recente riforma dell'Arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, 160 ss.
- L. MONTESANO, *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 214 ss.

- L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 821 ss.
- L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1 ss.
- L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1905
- R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, Giappichelli, 2008
- G. NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo" (Art. 1, D.L. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *Judicium*, 7 ottobre 2014
- P.L. NELA, *Sub art. 816-ter*, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007
- P.L. NELA, *Sub art. 816-quinquies*, in *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Tomo II, Bologna, Zanichelli, 2007
- P.L. NELA, *Sub art. 829*, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2007
- C.A. NICOLETTI, *La l. 9 febbraio 1983 n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 308 ss.
- C.A. NICOLETTI, *L'arbitrato della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 116 ss.
- G. NICOTINA, *Il regime dell'arbitrato in Italia dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. arb.*, 1985, 291 ss.
- G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, Giuffrè, 1990
- R. NOBILI, *La formazione del lodo arbitrale e la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Rass. Arb.*, 1983, 21 ss.
- E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, Giuffrè, 2006

- E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 253 ss.
- R. ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- A. ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, ESI, 1994
- M. PACCOIA, *L'istruzione probatoria*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012
- M. PACCOIA, *Pluralità di parti e intervento di terzi*, in *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di A. Bossi, Torino, Giappichelli, 2012
- F. PADOVINI, *Sub art. 26*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- A. PANZAROLA, *Arbitrato e «fatto notorio»*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- A. PAPI ROSSI, *La ricusazione e la sostituzione degli arbitri*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, Torino, Giappichelli, 2012
- R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, V, 62 ss.
- P. PETRONE – A.M. MATTEUCCI, *Giudizio di equità*, in *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, Giappichelli, 1997
- N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè, 2007
- N. PICARDI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2012
- N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè, 2013
- E. PICOZZA, *La prova per testimoni, tra deposizione orale e testimonianza scritta, a seguito della riforma del 2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 869 ss.

- A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 35 ss.
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro it.*, 1994, V, 16 ss.
- A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1994
- C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 78 ss.
- C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, Vol. I, Roma, Treccani, 1988
- C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 331 ss.
- C. PUNZI, *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 646 ss.
- C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 10 ss.
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2000
- C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 720 ss.
- C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, a cura di C. Punzi ed E.F. Ricci, Padova, Cedam, 2005
- C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, a cura di E. Fazzalari, Milano, Giuffrè, 2006
- C. PUNZI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.
- C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 421 ss.;
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2012
- C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1 ss.



- C. PUNZI, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4
- C. RASIA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, Cedam 2012
- C. RASIA, *La parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 291 ss.
- G. RECCHIA, *Nuove prospettive dell'Arbitrato Commerciale in Italia*, in *Rass. arb.*, 1983, 41 ss.
- G. RECCHIA, *La nuova legge sull'arbitrato e le esperienze straniere*, in *Riv. arb.*, 1994, 23 ss.
- E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1954
- E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1999
- E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.
- E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, Giuffrè, 1974
- E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28 - Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1983, 733 ss.
- E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 635 ss.
- E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 809 ss.
- E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1242 ss.
- E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, a cura di C. Punzi ed E.F. Ricci, Padova, Cedam, 2005
- E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 2006

E.F. RICCI, *La cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1294 ss.

E.F. RICCI - W. RUOSI, *Sub art. 12 [Art. 819-ter]*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, Cedam, 1995

G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999

G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1 ss.

G.F. RICCI, *Sub art. 816-bis*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007

G.F. RICCI, *Sub art. 816-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007

G.F. RICCI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007

G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007

G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2010

G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 165 ss.

S. RINALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007

S. RINALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Processo civile. Formulario commentato*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007

S. RINALDI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Processo civile – formulario commentato dei procedimenti speciali*, a cura di C. Consolo e V. Mariconda, Milano, Ipsoa, 2007

U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1957

A.A. ROMANO, *L'efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Riv. arb.*, 2011, 49 ss.

- A.A. ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 474 ss.
- A. ROMANO - G. FUSCHINO, *L'aumento del saggio in interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Foro it.*, 2015, V, 70 ss.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrati internazionali e nazionali in Italia*, in *Foro pad.*, 1983, II, 39 ss.
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *I mezzi di impugnazione del lodo rituale non esecutivo e la giurisprudenza*, in *Foro pad.*, 1986, I, 304 ss.
- M. RUBINO SAMMARTANO, *La determinazione delle regole per lo svolgimento della procedura arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009
- M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto alla difesa*, in M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, Zanichelli, 2009
- M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2010
- G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Milano, Ipsoa, 2007
- G. RUFFINI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010
- G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010
- G. RUFFINI, *Sub art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, Ipsoa, 2010
- G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010

- G. RUFFINI - V. TRIPALDI, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di M. Benedetelli – C. Consolo – L. Radicati di Brozolo, Padova, Cedam, 2010
- W. RUOSI, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella, Torino, Utet, 2010
- W. RUOSI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio - R. Vaccarella, Torino, Utet, 2010
- V. SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, 553 ss.
- L. SALVANESCHI, *Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, 617 ss.
- L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss.
- L. SALVANESCHI, *Sub art. 1 [art. 669-octies c.p.c.]*, in G. TARZIA - R. LUZZATTO - E.F. RICCI, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- L. SALVANESCHI, *Sub art. 3 [Art. 808 c.p.c.]*, in G. TARZIA - R. LUZZATTO - E.F. RICCI, *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss.
- L. SALVANESCHI, *Sub art. 816-quinquies*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di S. Menchini, Padova, Cedam, 2010
- L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, Zanichelli, 2014
- F. SANTI, *Sub art. 816-quinquies*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2012
- F. SANTI, *Sub art. 824-bis*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 2012

- B. SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari e altro ancora nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 883 ss.
- S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Ed. IV, Padova, Cedam, 1954
- S. SATTÀ, *Commento al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1959 (rist. 1968)
- S. SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1969
- S. SATTÀ, *Commento al codice di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1971
- G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1958
- G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1982
- C. SELVAGGI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28 e l'efficacia del lodo arbitrale*, in *Rass. arb.*, 1983, 69 ss.
- A. SIRACUSANO, *Sub art. 825*, in R. Vaccarella - G. Verde, *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997
- A. SIRACUSANO - A. MERONE, *Sub art. 816-bis*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010
- A. SIRACUSANO - A. MERONE, *Sub art. 816-ter*, in *Codice di procedura civile*, a cura di N. Picardi, Milano, Giuffrè, 2010
- A. SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, Rimini, Maggioli, 2015
- N. SOLDATI, *La legge 5 gennaio 1994, n. 25 e la seconda riforma dell'arbitrato*, in *Dir. econ.*, 1995, 685 ss.
- C. SPACCAPELO, *Brevi note in tema di imparzialità-terzietà dell'arbitro nell'arbitrato irrituale*; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 318 ss.
- C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, Giuffrè, 2009
- S. SPECCHIA, *L'arbitrato internazionale*, Torino, Giappichelli, 2013
- A. STESURI, *Gli arbitri. Mandato, responsabilità e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2001
- M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 404 ss.
- M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.

- M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Vol. XVIII, Roma, Treccani, 1990
- M. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, 481 ss.
- M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., Vol. XVI, Torino, Utet, 1997
- M. TARUFFO, in L.P. COMOGGIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2011
- G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.*, 1981, 1 ss.
- G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 634 ss.
- G. TARZIA, *Istruzione preventiva e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 1991, 719 ss.
- G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631 ss.
- G. TARZIA, *Sub art. 19*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- G. TARZIA, *Sub art. 21*, in G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- G. TARZIA, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nel arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, 476 ss.
- G. TARZIA – R. LUZZATTO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova, Cedam, 1995
- A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss.

- F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Riv. arb.*, 2007, 199 ss.
- F. TOMMASEO, *Patto compromissorio e conciliazione nella consulenza tecnica preventiva: osservazioni a margine dell'art. 696-bis, cod. proc. civ.*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, Napoli, Jovene, 2010
- G. TOTA, *Sub art. 816-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009
- G. TOTA, *Sub art. 816-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, Cedam, 2009
- P. TRIMARCHI, *Non convince il super-tasso contro l'abuso del processo*, ne *IlSole24Ore*, 30 settembre 2015, 45 ss.
- G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, 695 ss.
- G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Giust. proc. civ.*, 2006, 57 ss.
- R. VACCARELLA - G. VERDE, *Dell'arbitrato*, Torino, Utet, 1997
- R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, Morano, 1953
- G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli, Jovene, 1985
- G. VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1988
- G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arb.*, 1996, 21 ss.
- G. VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, 473 ss.
- G. VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al dir.*, 2006, 8 ss.
- G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2010
- G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli, 2010

- G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.*, 2014, 91 ss.
- G. VERDE, *La riforma dell'impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 965 ss.
- V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.
- V. VIGORITI, *Il trasferimento in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?*, in *Judicium*, 1 ottobre 2014
- A. VILLA, *L'istruzione probatoria*, in *Arbitrato*, a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris ed altri, Milano, Ipsoa, 2012
- L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L. 162/2014)*, in *judicium*, 12 febbraio 2015
- A. ZOPPINI, *La consulenza tecnica nel giudizio arbitrale: alla ricerca di standard condivisi nel risarcimento del danno contrattuale*, in *Riv. arb.*, 2015, 769 ss.
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829*, in *Arbitrato*, commentario diretto da F. Carpi, Bologna, Zanichelli, 2007
- M. ZULBERTI, *Querela di falso e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1011 ss.



## RINGRAZIAMENTI

Desidero, innanzitutto, ringraziare sentitamente il mio *tutor*, Prof. Angelo Castagnola, per i preziosi consigli e per il costante aiuto assicuratimi nel corso di questi anni: dalla scelta dell'argomento da trattare fino alle ultime correzioni e revisioni, passando per un costante confronto sul contenuto dell'elaborato.

Voglio altresì ringraziare tutti coloro che, a vario titolo, non hanno mai mancato di supportarmi (e, soprattutto, sopportarmi) in questa non semplice, ma molto stimolante, sfida.