

ISSN 1122-0147



ASSOCIAZIONE
ITALIANA
PER L'ARBITRATO

Pubblicazione trimestrale
Anno XXIII - N. 4/2013
Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p.
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46)
art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

RIVISTA DELL'ARBITRATO

diretta da

Antonio Briguglio - Giorgio De Nova - Andrea Giardina



GIUFFRÈ EDITORE

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

ANTONIO BRIGUGLIO (**)

1. La prevalenza della *lex fori* ed il paradosso dell'arbitrato. — 2. Gli spazi della discrezionalità arbitrale in materia istruttoria e la disponibilità delle norme sulla prova: i regolamenti arbitrali. — 3. *Segue*: l'approccio dei legislatori nazionali. — 4. Discrezionalità arbitrale ragionevole e ponderata, non *lex mercatoria* della prova. — 5. L'esercizio concreto della discrezionalità ed il sindacato impugnatorio. — 6. La « non contestazione » in arbitrato fra *lex causae* e *lex fori*. — 7. Profili applicativi. — 8. Profili impugnatori.

1. Sempre più larga — anche se ancora tutt'altro che indiscussa — è, nel generale panorama internazionalprivatistico, la prevalenza della *lex fori* sulla *lex causae* quale fonte regolatrice in materia di prova (1).

Scontata la relativa penuria in proposito di regole di conflitto espresse nei complessi normativi di d.i.p. statuali (2) o convenzionali,

(*) Questo saggio è destinato agli *Scritti in onore di Antonello D'Atena*.

(**) Professore ordinario nella Università di Roma « Tor Vergata ».

(1) L'economia di questo breve saggio non consente indicazioni dettagliate. Rinvio per tutti a BARATTA, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 293-297 e COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 33-35.

(2) Si consideri l'art. 12 della nostra legge sul d.i.p. Essa è norma autoreferenziale ed in larga misura anodina riguardo alla materia della prova. Non perché proclami che il « processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla *legge italiana* »: non a caso si dice « legge » e non « legge processuale », sicché nulla esclude che il processo sia regolato *in parte qua* anche da norme sostanziali. Ma perché dice che « *il processo civile è regolato* », lasciando all'interprete di stabilire, di fronte all'ircocervo della prova (cui altre e specifiche disposizioni di conflitto nella legge sul d.i.p. non sono dedicate) se una determinata norma in

la tradizione di *common law* è nondimeno saldamente attestata sul primato della *lex fori*, e le culture giuridiche di *civil law*, a partire da quella tedesca e con qualche maggiore ritrosia quelle italiana e francese, seguono a ruota in una progressiva, quanto dubitativa e spesso incerta, erosione perfino degli spazi un tempo elettivi della *lex causae* — ripartizione dell'onere ed efficacia della prova —, posto che ovviamente ormai pressoché incontrastata è la signoria della *lex fori* riguardo ad ammissibilità formale ed assunzione o in generale acquisizione della prova al processo (isole a parte, a volte ma non sempre supportate da riscontri normativi internazionalprivatistici più espliciti, sono quelle della *lex forae*).

Questa progressiva pervasività della *lex fori* sconta — se riguardata in relazione all'arbitrato internazionale ⁽³⁾ — un peculiare motivo di perplessità. Mentre, quando vi sia di mezzo il giudice dello Stato, il criterio della *lex fori*, perfino se esteso oltre ai suoi ambiti più tradizionali ed inossidabili, è un criterio razionalmente semplificatorio, in virtù della particolare « vicinanza » fra il giudicante e le regole che egli è chiamato ad applicare in materia così delicata ed essenziale quale quella della prova, quando invece vi è di mezzo l'arbitro, in controversia variamente connotata da elementi di transnazionalità, quei vantaggi tendono a scomparire ed anzi! La *lex fori* è per definizione quella dell'ordinamento statale in cui l'arbitrato si radica. L'arbitrato si radica di norma nell'ordinamento ove ha sede. E la sede, o altri elementi di radicamento territoriale residualmente rilevanti come il luogo di pronuncia del lodo, sono sovente

materia di prova « regoli » il processo o il diritto soggettivo sostanziale. Ma vedi invece l'art. 18 del Regolamento CE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, al quale si accennerà incidentalmente anche oltre al § 6, nota 28.

⁽³⁾ In arg. v., fra numerosi altri, PATOCCHI - MEAKIN, *Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, in *International Business Law Journal*, 1996, 7, 884 ss.; POUURET - BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, 590 ss.; MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova*, in questa *Rivista*, 2002, 179 ss.; DERAIS, *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international*, in *Revue de l'arbitrage*, 2004, 781-802; PIETROWSKY, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 22, n. 9, 2006; HANOTIAU, *The Conduct of Hearing*, in NEWMAN - HILL, *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, New York, 2008; RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza*, in questa *Rivista*, 2008, 311 ss.; FABBÌ, *Prova testimoniale in senso lato (di parti e terzi « non esperti ») e arbitrato commerciale internazionale*, in questa *Rivista*, 2011, 401 ss.; MARRIOTT, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, 5(3), 280-290; SCHLÄPFER - BARTSCH, *A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators*, in *International Business Law Journal*, 2010, 3, 211-223.

acc
par

dell
zior
legg
dell
di r.
poci
che,
nevi
effic
costo
l'alle
proc
nato
menti
possi

ai gi
« ada
in ma
regol

sente
l'« ad
menti
tale d

sapevo
blema
tidoto
all'« a
elastic
diatrici

(4
(5

accidentali e indifferenti rispetto alla provenienza geografica delle parti e perfino degli arbitri.

Insomma, in relazione all'arbitrato, la tendenziale pervasività della *lex fori*, da un lato, vede svaporare la sua più solida giustificazione teorica, pur sempre riconducibile alla natura territoriale della legge processuale ed alla giurisdizione come emanazione primaria della sovranità statale, d'altro lato sostituisce al vantaggio in punto di razionalità sopra cennato gli svantaggi dell'alea e della possibile poca consuetudine dei giudicanti con le regole da applicare. Di guisa che, oltretutto, la erosione del governo della *lex causae* nelle aree nevralgiche del catalogo dei mezzi di prova utilizzabili, della loro efficacia e della ripartizione dell'onere rischia di esibire, quale puro costo senza apprezzabili contropartite, il suo aspetto più negativo: l'allontanamento dell'esercizio dinamico del diritto sostanziale (nel processo) rispetto all'area normativa in cui quel diritto si assume nato e nella quale chi di esso si asserisce titolare ha posto affidamento, con conseguente possibile compromissione delle effettive possibilità difensive.

È un rischio questo che a livello generale ed anche in relazione ai giudizi ordinari ci si propone di controbilanciare con rimedi di « adattamento » di quelle caratteristiche o di quei limiti della *lex fori* in materia di prova che risultino incongrui rispetto all'area normativa regolatrice del rapporto sostanziale ⁽⁴⁾.

Ma non è affatto sicura e decifrabile la base positiva che consente al giudice dello Stato la discrezionalità vincolata necessaria per l'« adattamento », né di solito il giudice dello Stato ha la *forma mentis* ideale per approfittare o farsi creativamente promotore di una tale discrezionalità.

2. I regolamenti di arbitrato amministrato paiono sovente consapevoli di tutta questa, teoricamente e praticamente, complicata problematica, e contengono disposizioni generali idonee a fungere da antidoto alla pervasività della *lex fori* in materia probatoria e da viatico all'« adattamento », nonché indirizzate ad un giudice privato dotato di elasticità di solito sicuramente maggiore anche quanto a capacità mediatrice fra culture lontane (delle parti o degli stessi coarbitri) ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. BARATTA, *op. cit.*, 296.

⁽⁵⁾ Sulla flessibilità in materia di istruzione probatoria come connotato dei regola-

Discorso parzialmente analogo vale anche quanto all'approccio volutamente non interventistico della maggioranza dei legislatori nazionali dell'arbitrato in relazione alla materia della prova.

Vi è da dire che alcuni di quei regolamenti e di quelle disposizioni non si rivolgono agli operatori dell'arbitrato internazionale, bensì anche a quelli dell'arbitrato puramente domestico; e così pure è anzitutto all'arbitrato domestico che pongono mente i legislatori nazionali, né si sono riscontrate, nei casi passati o attuali di disciplina distinta ed apposita (per l'arbitrato internazionale rispetto all'arbitrato puramente domestico), significative differenze in materia di prova. E vi è ancora da osservare come, ovviamente, a misura che la controversia arbitrale non esibisca caratteristiche di transnazionalità, la stessa alternativa *lex fori/lex causae* come legge regolatrice della prova e le problematiche dello iato fra disciplina della prova e disciplina del rapporto sostanziale o della distanza culturale fra il giudicante e la legge della prova perdono largamente di significato. Non di meno, e sia pure per altre ragioni, la flessibilità in materia di prova, o meglio quella « flessibilità » orientata dalla « correttezza » cui Edoardo Ricci (6) si riferiva in un suo illuminante scritto di qualche anno fa, torna certamente utile anche sul versante domestico e risponde ad una istanza ideale, seppure non semplice da gestire in concreto, di *fair trial* elastico, o se si vuole di potenziato adeguamento del giudizio alla controversia concreta, che ben si attaglia alla scelta volontaria della giustizia privata.

Quanto ai regolamenti arbitrali si consideri ad esempio, fra quelli di più ampia portata (7) e di applicazione più frequente:

— l'art. 15 del Regolamento di arbitrato della ICC:

« 1. *Le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés;*

2. *Après examen des écritures des parties et de toutes pièces versées par elles aux débats, le tribunal arbitral entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande: à défaut, il peut décider d'office de leur audition;*

menti arbitrali, ed in specie di quello ICC, v. CARLEVARIS, in BRIGUGLIO - SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale*, Milano, 2005, 356, DEREJNS - SCHWARTZ, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague ecc., 2005, 270.

(6) *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit.

(7) Altre ve ne sono di maggior dettaglio intese, ad esempio, a superare i vincoli della *lex fori* con riguardo a particolari mezzi probatori (testimonianza, esibizione ed altro).

r
t
f
f
n
s
b
ti
b
o
s.
v
d
g
e.
si
te
ir
r
q
e
n
T
d
w
tc
re
bi
e
d
ea

tr.
ot
sh

5. *A tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des éléments de preuve supplémentaires »;*

— l'art. 22.1 delle *Rules della London Court of International Arbitration (LCIA)*:

« *Unless the parties at any time agree otherwise in writing the Arbitral Tribunal shall have the power ... (d) to order any party to make any property, site or thing under its control and relating to the subject matter of the arbitration available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, its expert or any expert to the Arbitral Tribunal; (e) to order any party to produce to the Arbitral Tribunal, and to the other parties for inspection, and to supply copies of, any documents or classes of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal determines to be relevant; (f) to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on any matter of fact or expert opinion; and to determine the time, manner and from in which such material should be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal »;* nonché — quale ulteriore concessione in ambito settoriale (interrogatorio dei testi ed esibizione di documenti ecc. ai ctu) del potere degli arbitri di estendere *ex officio* l'acquisizione della prova — l'art. 20.5: « *Any witness who gives oral evidence at a hearing before the Arbitral Tribunal may be questioned by each of the parties under the control of the Arbitral Tribunal. The Arbitral Tribunal may put questions at any stage of his evidence »*, e l'art. 21.1: « *Unless otherwise agreed by the parties in writing, the Arbitral Tribunal: (a) may appoint one or more experts to report to the Arbitral Tribunal on specific issues, who shall be and remain impartial and independent of the parties throughout the arbitration proceedings; and (b) may require a party to give any such expert any relevant information or to provide access to any relevant documents, goods, samples, property or site for inspection by the expert »;*

— l'art. 27 del Regolamento UNCITRAL:

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

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

Ed in ambito italiano (e limitandoci ai due regolamenti più importanti) si veda:

— l'art. 26 del Regolamento A.I.A.:

« 2.1. *Il Tribunale arbitrale, d'ufficio o anche su richiesta di parte, può fissare una o più udienze per ascoltare le parti ed i testimoni ed acquisire ogni altro elemento probatorio...* 3.1. *Il Tribunale arbitrale può procedere all'assunzione di mezzi di prova d'ufficio o su richiesta di parte, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio* »;

— l'art. 25 del Regolamento della Camera Arbitrale di Milano:

« 1. *Il Tribunale Arbitrale istruisce la causa con tutti i mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti, e assume le prove secondo le modalità che ritiene opportune.* 2. *Il Tribunale Arbitrale valuta liberamente tutte le prove, salvo quelle che hanno efficacia di prova legale secondo norme inderogabili applicabili al procedimento o al merito della controversia* ».

Queste regole, nell'assegnare variamente poteri discrezionali agli arbitri, rientrano di certo nell'area della disponibilità delle parti in ordine alla materia della prova: comprese *a*) quelle che conferiscono (e mediante le quali le parti stesse conferiscono) agli arbitri il potere più o meno generale di acquisire prove d'ufficio⁽⁸⁾ (salvo — dovrebbe ritenersi, almeno dal nostro punto di vista ma non solo — il divieto di scienza privata ed il limite della allegazione dei fatti ad opera delle sole parti, valicati gli uni e disatteso l'altro l'arbitro scenderebbe oltretutto dal piedistallo della terzietà⁽⁹⁾); *b*) quelle che disancorano gli arbitri da qualsivoglia catalogo di prove tipiche ammissibili; *c*) e quelle che consentono a vasto raggio l'espansione

⁽⁸⁾ Potere del quale deve per altro intuitivamente immaginarsi, nei fatti oltre che secondo ragione, un'applicazione residuale (nello stesso senso FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Padova, 2004, 203 ss.).

⁽⁹⁾ Limitando per un momento il discorso all'arbitrato di diritto italiano, non credo che esista (e non riesco a ravvisarne il fondamento neppure nell'art. 816-bis c.p.c.) un qualche potere generale degli arbitri di acquisire prove d'ufficio (in tal senso mi pare invece LA CHINA, *L'Arbitrato. Il Sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 164 ss.). Altro discorso è quello che si va conducendo nel testo: la regola generale secondo cui la acquisizione della prova rientra nella disponibilità della parte si applica anche in arbitrato, ma è regola derogabile per volontà delle parti (così anche DANOVÌ, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 26) e ciò avviene appunto ove le parti scelgano regolamenti arbitrali che assegnano agli arbitri quel potere più o meno generale.

della libera valutazione anche in eventuale deroga alle norme statuali sulla efficacia della prova comunque individuate vuoi attraverso la *lex fori* vuoi attraverso la *lex causae* (v. l'art. 22.1 lett. f) delle LCIA Rules e l'art. 27.4 delle UNCITRAL Rules).

Che poi vi siano, secondo la *lex causae* o secondo la *lex fori*, disposizioni inderogabili ed in particolare sulla efficacia della prova, è questione da risolvere caso per caso, e cioè ordinamento per ordinamento e previa determinazione della riferibilità della disciplina all'una o all'altra (assai cauto è infatti in proposito l'art. 25.2 del Regolamento milanese da ultimo citato, ove nella sostanza è lasciata all'arbitro la patata bollente consistente nello stabilire se le regole statuali di prova legale applicabili siano quelle stabilite dalla *lex causae* o dalla *lex fori* e quali fra esse siano inderogabili). Sebbene il ragionamento possa apparire semplicistico, sarei propenso a ritenere derogabili le nostre regole statuali sulle prove legali, o almeno su quelle prove come la confessione alla cui formazione corrisponde un atto di disposizione della parte, perché è allora perfettamente plausibile che l'atto di disposizione possa configurarsi come aprioristico e di segno contrario: disponiamo concordemente di affidarci integralmente alla libera valutazione dei giudicanti retrocedendo al rango di semplice massima di esperienza il presupposto normativo della confessione.

3. Sul versante delle legislazioni nazionali sull'arbitrato, si consideri come ben raramente esse contengano apposite ed esaustive disposizioni in materia di prova anche quanto agli aspetti più tipicamente « processuali » della assunzione e dell'acquisizione al processo, ed occorra dunque rifarsi alla normativa statale dettata per il giudizio ordinario, ponendosi però l'ulteriore problema della misura e del modo della sua applicabilità all'arbitrato ⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Solo apparentemente più incisivo è il riferimento di ordine generale della Sect. 34 dell'*Arbitration Act* inglese alla « *evidential matter* ». In realtà le disposizioni corrispondenti lasciano agli arbitri (in mancanza di accordo fra le parti) il consueto ampio margine (*Procedural and evidential matters*. 1) *It shall be for the Tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter*. 2) *Procedural and evidential matters include — a) when and where any part of the proceedings is to be held; c) whether any and if so what form written statements of claim and defense are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended; e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the re-*

Ciò rappresenta, a tutta prima, un ulteriore svantaggio in termini di incertezza nonché di potenzialmente accresciuta incongruità — specie in caso di arbitrato internazionale — di una *lex fori arbitratus* coincidente in larga misura con la *lex fori* comune. Ma la cosa può e deve essere riguardata in altro modo: la potenziale incongruità vi sarebbe egualmente anche se il legislatore nazionale si diffondesse in una disciplina speciale della prova in arbitrato ⁽¹¹⁾ e sarebbe una incongruità ben più costringente. Viceversa, la possibilità per l'arbitro di applicare il diritto comune della prova, e però per principi o attraverso interpretazione analogica o estensiva, ed in assenza — di solito — di un rinvio normativo espresso e cogente, consente maggiori opportunità di adattamento alla controversia concreta ed alle caratteristiche nazionali delle parti.

Vi è poi e naturalmente da considerare come il margine di discrezionalità arbitrale sia rafforzato — almeno per la parte più tipicamente « processuale » della amministrazione della prova ⁽¹²⁾ — dalle disposizioni nazionali che generalmente abilitano gli arbitri a stabilire, salvo apposite determinazioni pattizie, le regole del procedimento.

Questo ampio margine di discrezionalità o « flessibilità », vincolato dalla *fairness* o correttezza, è predicabile e merita di essere predicato già sul piano statico. Sul piano dinamico esso riceve — come fra breve si dirà — evidente avallo dalla indubbia ristrettezza, ormai alle più varie latitudini, dei sistemi di impugnazione dei lodi, non a caso però connotati da clausole generali a garanzia anche impugnatoria della *fairness* (contraddittorio / imparzialità / ordine pubblico comprensivo anche di quello processuale) ⁽¹³⁾. La elasticità di applicazione di tali clausole generali in relazione al caso di specie,

spective parties and when and in what form this should be done; (...) h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions.

⁽¹¹⁾ Al di là di quelle sparute disposizioni apposite — come quelle del nostro art. 816-ter — che si ritrovano in numerosi ordinamenti con variazioni di dettaglio, ma sempre intese più che altro a facilitare l'assunzione della prova in arbitrato a fronte dei minori poteri autoritativi dell'arbitro rispetto a quelli del giudice ordinario.

⁽¹²⁾ V. più in dettaglio oltre il paragrafo 5.

⁽¹³⁾ Particolarmente elastico è il motivo impugnatorio riferito proprio ed in generale alla violazione del dovere di correttezza arbitrale (*act fairly*) previsto dalla Sect. 68.2 dell'*Arbitration Act* inglese. In proposito, e per interessanti spunti in materia di prova, v. la pronuncia dell'*High Court* del 17 dicembre 2009 e la nota di FABBÌ, *Alcune osservazioni circa l'impugnativa per nullità del lodo, il dovere di act fairly del Tribunale arbitrale ed la conduzione della fase istruttoria negli arbitrati commerciali internazionali*, in questa *Rivista*, 2010, 141 ss.

pur cor
statuali
sticità a
all'arbit
della cc

4.

al di là
soprattu
debba e
rosi, ins
soluzior
zionale
zione al

⁽¹⁴⁾

precedente.
siderare la
lazione del
Resources.
assimila la
rêts du Tril

⁽¹⁵⁾

di un regol
national Ar
IBA Rules c
Commercia

⁽¹⁶⁾

rules, in In

⁽¹⁷⁾

⁽¹⁸⁾

tevole sobri
parte dedice
cura dei me
bitrato com.

⁽¹⁹⁾

un principio
cabilità nell'
fori dell'ord
ternational,
lazione al cc
bilità dell'ai
aprioristico,
(assenza di r
nari, le qual
ampi lasciati

pur con tutta la prudenza che giustamente ed abitualmente le corti statuali adoperano nel maneggiarle⁽¹⁴⁾, è idonea a bilanciare la elasticità altrimenti imponderabile di un potere discrezionale conferito all'arbitro al momento di sciogliere o tagliare il nodo più nevralgico della cognizione in fatto.

4. Che poi siffatta discrezionalità arbitrale in materia di prova, al di là della utilissime ricognizioni empiriche di precedenti prassi e soprattutto di quelle mediatrici fra *common law* e *civil law*⁽¹⁵⁾, debba essere cristallizzata⁽¹⁶⁾ in una *soft law*⁽¹⁷⁾ tendente alla sclerosi, insomma in una sorta di *lex mercatoria*⁽¹⁸⁾ della prova ove la soluzione imitativa (« di solito nell'ambiente dell'arbitrato internazionale si fa così ») prevalga su quella davvero ponderata in relazione alle circostanze, ovviamente non lo auguro⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ V. ad esempio proprio la pronuncia della *High Court* inglese citata alla nota precedente. Ma si consideri, su altro versante, la giurisprudenza inglese che non esita a considerare la totale pretermissione di un elemento probatorio rilevante alla stregua di una violazione del diritto di difesa, sindacabile in via impugnatoria (*Arduina Holdings BV v. Celtic Resources Holdings*, 2006 EWHC, 3155, 46), o quella del Tribunale Federale svizzero che assimila la situazione a diniego di giustizia (Trib. Fed. 10 settembre 2001, in *Recueil des Arrêts du Tribunal Fédéral*, Suisse, 127, III, 576).

⁽¹⁵⁾ Il prodotto più significativo a riguardo, pur non rivestendo la dignità ed il ruolo di un regolamento arbitrale, è rappresentato dalle *IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration* (su cui, oltre al saggio di MOURRE cit. alla nota 3, v., fra gli altri, RIVKIN, *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, in *International Commercial Arbitration Yearbook*, 99, 408 ss.)

⁽¹⁶⁾ BROWER, *Evidence before International Tribunals: The Need for some Standard rules*, in *International Lawyer*, 94, 47 ss.

⁽¹⁷⁾ Espressione questa che in assoluto mi suscita una intrinseca antipatia.

⁽¹⁸⁾ Utilizzano la espressione (*lex mercatoria arbitralis*) fra gli altri, e però con notevole sobrietà e prudenza, BENEDETTELLI e RADICATI DI BROZOLO, nella loro *Introduzione* alla parte dedicata all'arbitrato internazionale del *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato* a cura dei medesimi e di CONSOLO, Padova, 2010, 537. Nel senso del testo già FRIGNANI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., 202.

⁽¹⁹⁾ Neppure credo che valga la pena di predicare, sul piano teorico, l'esistenza di un principio generale (fondato non si sa bene dove: temo su di una nuvola d'aria) di inapplicabilità nell'arbitrato internazionale delle regole processuali della *lex arbitri*, e cioè della *lex fori* dell'ordinamento in cui l'arbitrato è radicato (POUDRET - BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., § 644, PATOCCHI - MEAKIN, *op. cit.*, 888 ed altri). In realtà, in relazione al contesto istruttorio (come pure in relazione ad altri contesti processuali), la flessibilità dell'arbitrato (e non necessariamente di quello internazionale) non è un principio aprioristico, ma un dato effettuale: grazie alla cennata non invasività dei legislatori nazionali (assenza di regole specifiche cogenti e di rinvii cogenti alle regole dettate per i giudizi ordinari, le quali non di meno possono ben essere estensivamente applicate), grazie agli spazi ampi lasciati all'autonomia privata e perciò se del caso ai regolamenti arbitrali che raddop-

Certo quella medesima discrezionalità, in base a quanto si ricavava dalla prassi, esprime linee di tendenze abbastanza scontate; per dirla con nostre espressioni: antiformalismo, libera valutazione, favore per la ricerca della verità materiale, condiscendenza verso la prova atipica ed in generale favore per l'accesso della parte ad ogni mezzo di prova ecc. ... (20).

Ma il « caso per caso » dovrebbe restare sovrano e favorire ad esempio e perfino il sereno ancoraggio degli arbitri internazionali, in controtendenza solo apparente, ad elementi di disciplina formale risultanti dalla *lex causae*; ove l'esercizio di opportuna discrezionalità starà nel fatto che gli arbitri (diversamente o più facilmente che non il giudice) potranno in tal caso prescindere dall'eventuale indirizzo verso la *lex fori* che deriverebbe dalle regole di conflitto (giurisprudenziali o espresse) dal paese di radicamento dell'arbitrato, nonché nel fatto che anche ove i loro poteri derogatori si estenderebbero (come in base ad alcune norme regolamentari — si è detto — si estendono) rispetto alla *lex causae*, gli arbitri applicheranno nondimeno quei segmenti di disciplina in base ad una oculata considerazione della loro adeguatezza al caso concreto.

Per spiegarmi meglio: ben al di là delle questioni di eventuale coerenza della *lex formae*, se nell'instaurazione o nello svolgimento di un rapporto con la controparte, sicuramente e pacificamente per entrambi governato dalla legge sostanziale del paese X, ho richiesto ed ottenuto sue dichiarazioni scritte, su di queste facendo affidamento ed anzitutto sulla loro efficacia probatoria secondo la legge del paese X (es. classico: la confessione stragiudiziale secondo il diritto italiano), non dovrebbe esservi di regola — e pur sotto l'ombrello di disposizione regolamentare che assegni all'arbitro ampi

piano ed amplificano la discrezionalità assegnata agli arbitri, ed infine grazie alla *faiblesse* del sindacato impugnatorio.

(20) Cfr. SALEH, *Reflections on Admissibility of Evidence; Interrelation between Domestic Law and International Arbitration*, in *Arbitration International*, 99, 141. V. anche le interessanti ricognizioni ed analisi di FABBI, *Prova testimoniale*, cit., 401 ss., riguardo alla testimonianza in senso lato (della parte, dell'avvocato, del testimone esperto). E si rammenti ancora una volta l'art. 27 del Regolamento UNCITRAL, disposizione che tutto affida al libero convincimento arbitrale, piuttosto che ad aprioristiche barriere di inammissibilità, nella valutazione di credibilità, disponendo che chiunque anche se parte o in qualsiasi modo legato alla parte può essere ascoltato come testimone. Sintomatiche in proposito sono anche le condivisibili opinioni circa la piena ammissibilità in arbitrato della *hearsay evidence*, e cioè la testimonianza *de relato*, nonostante la diffidenza tradizionale dei sistemi di *common law* (cfr. PIETROWSKY, *Evidence*, cit., 380).

I
(
t
I
r
S
Z
S
S
n
S
d
«
Z:
ir
de
«

tr
m
le
m
qu
ga
ca

ne
ter
siz
pa
reg
tab

qu
la

—
pres

marginii di manovra nel senso del libero convincimento — motivo di opportunità o ragionevole e corretto esercizio di discrezionalità arbitrale in materia di prova perché io sia privato in giudizio di quella particolare efficacia probatoria. Che poi la tutela del mio affidamento mediante il sostanziale riconoscimento di quella efficacia (« confessoria ») abbia luogo tecnicamente, ed anche a livello della motivazione arbitrale « in diritto », perché l'arbitro dichiara di applicare *stricto sensu* le disposizioni sulla prova legale previste della *lex causae*, ovvero perché l'arbitro dichiara di ispirarsi a quelle disposizioni ⁽²¹⁾ per raggiungere un libero convincimento adeguato alle circostanze del caso, così come gli è suggerito dal regolamento arbitrale di riferimento nel consistente margine già lasciategli dalla *lex fori* « arbitrale » (o altro ragionamento consimile a seconda delle situazioni), poco importa (pur essendo preferibile teoricamente la seconda impostazione) specialmente di fronte alla tendenziale indifferenza della griglia di controllo impugnatorio rispetto alla soluzione anche « in diritto » delle questioni istruttorie.

5. La discrezionalità arbitrale in tema di prova dovrebbe inoltre, nei limiti della sua ammissibilità, essere compiutamente e determinatamente esercitata, nel senso cioè che la divergenza dalle regole legali sulle prove dovrebbe essere intenzionale e giustificata. Altrimenti la divergenza (inconsapevole e/o capricciosa) è violazione di quelle regole. E torna allora rilevante in astratto quali tali regole legali siano e come si individuino: secondo la *lex fori* o secondo la *lex causae*?

Nel primo caso il problema si stempera in larghissima misura negli ordinamenti (numerossissimi) in cui la *lex fori* arbitrale in materia di prova può ben dirsi almeno in parte assorbita da una disposizione generale secondo cui gli arbitri, in assenza di determinazioni pattizie, stabiliscono le norme del procedimento e dunque anche le regole sulle prove ed anzitutto quelle sulla loro assunzione, inconfutabilmente dipendenti dalla *lex fori*.

Perciò — e visto che una disposizione generale siffatta, quale quella scritta nell'art. 816-*bis* del nostro c.p.c., non comporta certo la predisposizione da parte degli arbitri di un decalogo processuale

⁽²¹⁾ Considerandole alla stregua di « massime di esperienza » o basi di ragionamento presuntivo.

ex ante — di un arbitro che inviti gli avvocati ad interrogare direttamente il teste o che rivolga al teste domande estranee al capitolo può dirsi che egli abbia — anche ove arbitro *ad hoc* e perciò senza il supporto di alcuna ulteriore discrezionalità concessa da regolamento arbitrale — determinato in quel momento le norme processuali applicabili.

So bene che un arbitro che si rispetti definirà *in limine litis* (nella prima riunione o giù di lì), per *politesse* più che per legge, l'essenziale in punto di calendario processuale, svolgimento delle udienze e quant'altro di ragionevolmente preconizzabile. Ma è evidente che qualcosa residuerà sempre (specie in materia di prova) da risolvere mano a mano che la *quaestio* processuale si presenti. Ciò non deve però preoccupare più di tanto, perché pretendere il contrario, vale a dire una garantistica predeterminazione ad ogni costo, finirebbe con il condannare il tutto alla impraticabilità.

E le preoccupazioni si stemperano ulteriormente se si ritenga, come personalmente ritengo, che le disposizioni generali quale quella scritta nel nostro art. 816-*bis* abilitino gli arbitri a disciplinare autonomamente ⁽²²⁾ 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. ...). Su questo « tutto il resto » l'art. 816-*bis* non opera e l'arbitro risolve, ove del caso sciogliendo il noto dilemma internazionalprivatistico, in base alla *lex causae* o alla *lex fori* ⁽²³⁾, quest'ultima essendo però la *lex fori* statutale o meglio l'in-

⁽²²⁾ E salve sempre le disposizioni apposite e di dettaglio eventualmente dedicate all'istruzione in arbitrato come quelle contenute nel nostro art. 816-*ter*.

⁽²³⁾ Lo scioglimento, solo residualmente necessario, di questo dilemma sconta per forza di cose ulteriore contaminazione di contingente aleatorietà dipendente dalla sede dell'arbitrato o da altro criterio di localizzazione, perché in definitiva si tratta per l'appunto di scegliere tra *lex fori* e *lex causae* in base ad una qualche regola di conflitto e questa non può che essere rinvenuta sulla base dell'ordinamento del foro e cioè dell'ordinamento in cui l'arbitrato si radica. D'altro lato, il residuale scioglimento del dilemma (necessario solo ove la risposta applicativa concreta non possa essere affidata alla discrezionalità arbitrale e/o a disposizione regolamentare) ammette un ulteriore apporto di discrezionalità tutte le volte che, in base all'ordinamento ove l'arbitrato si radica, sia consentito agli arbitri di scegliere, quale legge applicabile al merito, la legge più appropriata al rapporto (scelta nella quale occasionalmente potrebbe perfino pesare il modo in cui nella legge opzionata o esclusa sia regolata l'efficacia della prova o la ripartizione dell'onere).

sieme dei principi e norme in materia probatoria dettati per il giudizio ordinario ed estensivamente o analogicamente applicabili, mutato ciò che si deve, al giudizio privato.

Più delicato è il problema nei residui spazi — se ve ne sono — in cui la materia della prova è governata dalla *lex causae*, o comunque negli spazi che, come si è appena detto, non sono coperti da quella particolare *lex fori* arbitrale che è retta dal canone di discrezionalità *ex art. 816-bis* e simili disposizioni. Prendiamo ad esempio la questione della efficacia delle prove legali, sulla quale — almeno dal nostro punto di vista nazionale e perciò dal punto di vista di un arbitrato radicato in Italia ⁽²⁴⁾ — seguito davvero a non vedere ragioni per cui le regole applicabili debbano essere quelle della *lex fori* del giudicante e non invece quelle della legge che governa il merito della controversia.

Se dunque la legge applicabile al merito è quella italiana, può un arbitro (poco importa se in arbitrato internazionale o puramente domestico) una volta ravvisata la confessione del fatto A, ammettere su di esso testimoni e ritenere non vero quel fatto sulla base delle testimonianze assunte? Sì, se un regolamento arbitrale lo autorizza a derogare ove opportuno alle regole legali sulla prova ⁽²⁵⁾ e la deroga è assunta determinatamente e con indicazione delle ragioni di opportunità attese le circostanze del caso. No, se quella autorizzazione regolamentare (e perciò, *per relationem*, pattizia) non vi sia o non vi sia consapevole giustificazione di quella opzione, se l'arbitro cioè semplicemente ignora, piuttosto che derogare, l'art. 2733 c.c.

Su quest'ultimo panorama (solo abbozzato e sicuramente meritevole di essere approfondito) aleggiano per altro due constatazioni di segno contrastante, alle quali già si è fatto cenno in precedenza.

La prima: predicare in astratto che si ha la violazione di regole sulla prova da parte degli arbitri, piuttosto che corretto uso della inerente discrezionalità, non significa necessariamente dire che quella violazione sia sindacabile per via impugnatoria. Sempre più diffusamente, nell'universo mondo, il sistema di impugnazione del lodo è congegnato in modo —¹ e per ragioni variamente giustificabili e variamente connesse al carattere libero, autoresponsabile ed alternativo

⁽²⁴⁾ Ma non sono certo escludibili soluzioni analoghe da altro punto di vista nazionale.

⁽²⁵⁾ V. l'art. 22.1 delle *LCIA Rules* o l'art. 27.4 del Regolamento UNCITRAL (*retro* § 2).

(alla giustizia ordinaria) della scelta compromissoria — che non poche né insignificanti « violazioni di legge » arbitrali, anche ed anzi specialmente in materia di prova⁽²⁶⁾, sono destinate a rimanere senza sanzione impugnatoria. Anche nell'esempio di poco sopra — la disattenzione della regola legale (a mio avviso schiettamente « sostanziale ») sulla efficacia della confessione — è ben difficile ascrivere tale regola al novero di quelle di ordine pubblico o applicazione necessaria che dir si voglia: tant'è che — si è detto — essa è derogabile, come altre, in forza dei regolamenti arbitrali e *per relationem* ad essi dalla volontà delle parti; o meglio le parti possono consentire agli arbitri la deroga attraverso un regolamento arbitrale che preveda il relativo potere. E se così è, sarà allora di norma impossibile configurare una impugnazione per nullità *ex art. 829 c.p.c.* per violazione dell'art. 2733 c.c., foss'anche puramente e semplicemente disatteso dagli arbitri.

La seconda: quale che sia il margine di discrezionalità arbitrale in materia di prova — vuoi quello offerto dalle regole generali (art. 816-bis c.p.c. e disposizioni similari) sulla signoria degli arbitri, ove i compromittenti tacciano, in ordine alla disciplina del procedimento, regole almeno parzialmente sostitutive della *lex fori* statutale, vuoi quello offerto da apposite norme di regolamenti arbitrali avallate dalle parti con la scelta dell'arbitrato amministrato e concepite in modo da poter consentire deroga anche alle regole statuali in materia di prova pertinenti alla *lex causae* — 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; valvole di sicurezza opportunamente elastiche, l'una e/o per lo meno l'altra presenti pressoché in ogni sistema nazionale di impugnazione dei lodi.

6. Vediamo ora di ripercorrere alcuni dei temi fin qui accennati con specifico riferimento ad una regola istruttoria in qualche modo *sui generis*, anche se fondata su massima d'esperienza di universale buon senso: quella scritta nel nuovo art. 115, c. 1° c.p.c., ov'è consacrato il principio (un tempo apparentemente solo giurispruden-

⁽²⁶⁾ Non mi riferisco ovviamente alla ancor più ferma insindacabilità del giudizio di fatto e della libera valutazione delle prove.

ziale) di « non contestazione », o se si vuole l'« onere di contestazione ».

Vale ed è applicabile il nuovo art. 115, c. 1° c.p.c., nella parte che qui interessa (« il giudice deve porre a fondamento della decisione ... i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita »), anche in arbitrato?

Se correttamente ricostruito come regola di *relevatio ab onere probandi*, i.e. di inversione dell'onere probatorio, il disposto ex art. 115, c. 1° potrebbe dirsi appartenere, al di là della sua collocazione topografica, al diritto sostanziale entro ad una visione sobriamente espansiva della *lex causae* come legge regolatrice della prova.

Esso sarebbe dunque senz'altro applicabile in arbitrato italiano, internazionale o perfino soltanto estero (e cioè arbitrato domestico, senza caratteristiche di internazionalità, radicato in ordinamento diverso dal nostro) sol che, in base alle regole di conflitto operanti, il diritto sostanziale italiano fosse quello che governa il merito della controversia. In tal caso l'arbitro potrebbe e dovrebbe applicare l'art. 115, c. 1° c.p.c. né più e né meno di come applicherebbe regole codicistiche o giurisprudenziali di inversione sostanziale dell'onere della prova: la regola, ad esempio, secondo cui a chi agisce lamentando l'altrui inadempimento contrattuale è sufficiente allegare tale inadempimento, spettando al convenuto provare l'esatto adempimento.

Senza contare che altra via per ricondurre sotto l'ombrello della *lex causae* il principio di non contestazione potrebbe essere quella di ritenere che esso postuli sì l'inversione dell'onere probatorio ma in virtù di una presunzione relativa (il fatto non contestato si presume vero fino a prova contraria). Si tratterebbe allora ed a rigore non di una presunzione semplice, la quale, sebbene ammessa da disposizione collocata nel codice civile, si considera tradizionalmente alla stregua di istituto schiettamente processuale, applicabile perciò sulla base della *lex fori*, bensì di una presunzione legale per quanto relativa, poiché è la legge che determinatamente prevede (sebbene in termini assai generali) il fatto (non contestazione) rilevante ai fini della inferenza presuntiva, e come tale, proprio nella medesima visione tradizionale, utilizzabile sulla base della *lex causae* (27).

Sebbene questa sia — nell'una o nell'altra delle due alternative

(27) Ed anche su ciò a rigore si potrebbe questionare.

— la visione che preferisco, compresa la utilità semplificatoria di non distinguere, ai fini della individuazione della legge applicabile, fra inversione « sostanziale » ed inversione « processuale » dell'onere della prova, credo che una tale visione risulti ormai difficilmente praticabile anche nei nostri lidi e che l'applicazione di una regola di inversione processuale quale quella scritta nell'art. 115, c. 1° — una regola cioè che da un lato prevede l'effetto di un accadimento intrinsecamente processuale, d'altro lato riguarda potenzialmente ed indistintamente tutti i diritti vantabili e le situazioni sostanziali deducibili nel processo — dipenda dalla *lex fori* ⁽²⁸⁾.

Il giudice italiano applicherà dunque l'art. 115, c. 1° ed il principio di non contestazione, del tutto a prescindere da quale sia la legge sostanziale applicabile al merito. Lo stesso farà l'arbitro italiano dovendo colmare per via di interpretazione estensiva la *lex fori arbitratus* in materia istruttoria, e potendolo sicuramente fare con riguardo ad un principio che nulla ha a che vedere con le forme contingenti del processo *apud iudicem* ⁽²⁹⁾ e moltissimo con la ragionevolezza ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Sicché la prevalenza della *lex fori*, una volta consentita, potrebbe non trovare ostacolo neppure entro l'ambito di applicazione (che può ben riguardare anche gli arbitri) dell'art. 18 del Regolamento CE n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Ivi non si dice infatti che *sempre* in materia di obbligazioni contrattuali la ripartizione dell'onere della prova dipende dalla *lex causae*. Si dice piuttosto che la « legge che disciplina una obbligazione contrattuale » ai sensi del regolamento si applica (anche) quando stabilisce la ripartizione dell'onere della prova (o presunzioni legali): la prevalenza della *lex causae* sembra limitata dunque alle disposizioni di inversione o ripartizione sostanziale dell'onere della prova e non si estende all'applicazione di una regola generale di inversione processuale quale quella dell'art. 115, c. 1° c.p.c. Ove la si pensi diversamente, occorrerà anche in arbitrato, ed a misura che il Regolamento si imponga, ritagliare comunque un possibile spazio applicativo diretto all'art. 115, c. 1° c.p.c. per il viatico della *lex causae*, nonostante la generale perdita di potere di questa relativamente alla ripartizione dell'onere.

⁽²⁹⁾ Come le disposizioni sulle preclusioni o sulle scadenze formali degli scritti difensivi, in relazione alle quali ed alla loro applicabilità in arbitrato si riscontrano a volte risposte stravaganti o perfino bizzarre nella prassi.

⁽³⁰⁾ In prospettiva parzialmente diversa PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 235 e ss.: « Tale principio (non contestazione), trovando collocazione fra le disposizioni generali contenute nel libro I del codice di procedura civile, deve a mio avviso ritenersi applicabile, mutato ciò che si deve, anche al giudizio arbitrale »; ed in modo più anodino anche MANDRIOLI - CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013, III, 381: « Per quanto concerne l'istruttoria (alla cui regolamentazione è da ritenere applicabile anche il principio codificato oggi dal 1° comma dell'art. 115 c.p.c. sulla rilevanza della "non contestazione")... ».

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 124, e sostanzialmente anche CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2009, 55 ss., spec. 55-

Proprio la intrinseca ragionevolezza del principio di non contestazione quale massima di esperienza attenua poi, sul piano pratico, la rilevanza del chiedersi, ai fini della sua operatività, quale sia e fino a che punto la legge statutale applicabile in materia di prova in arbitrato.

Da un lato, infatti, anche l'arbitro (estero o italiano) non chiamato da regola di conflitto alla diretta applicazione (sia pure in via estensiva) dell'art. 115, c. 1° c.p.c. ⁽³¹⁾ ben potrà avvalersi di quella massima di esperienza e considerarla appunto una regola di buon senso nella valutazione dei fatti e delle prove o nella ricostruzione di percorsi presuntivi e/o indiziari ⁽³²⁾.

E così pure — e salvo quanto appresso si osserverà più in dettaglio — in arbitrato retto da regolamenti che lascino ampio margine al libero convincimento ed alla discrezionalità istruttoria degli arbitri, ben difficilmente un tale margine sarà utilizzato per derogare *tout court* e perciò escludere in radice l'applicazione del principio di non contestazione, e sarà al contrario quest'ultimo ad inserirsi idealmente in quel margine come regola di ragionevolezza; regola di inversione

56, opinano senz'altro per la applicabilità della regola in arbitrato, pur senza evocare la sua appartenenza al diritto sostanziale, e sulla base dell'eminente connotato di « disponibilità » che caratterizza l'arbitrato, di guisa che — per dirla con VERDE — « 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 ». Io credo invece che il fatto non contestato, perché allegato da una delle parti come costitutivo di domanda o di eccezione, e nei congrui casi anche di semplice difesa (quale fatto contrario ad altro a sua volta costitutivo di domanda o eccezione) non sia « fuori dall'indagine probatoria », bensì dentro di essa al pari di ogni altra allegazione devoluta alla cognizione del giudicante (salvo forse il caso, di cui dirò più oltre nel testo, della concorde definizione « paracompromissoria », nei *terms of reference*, dei fatti controversi da accertare e dei fatti invece pacifici); sol che la indagine probatoria su quel fatto è orientata anzitutto da una regola di *relevatio ab onere probandi*, salva sempre perciò la possibilità che il giudice o l'arbitro constatinò *aliunde* la non verità di quel fatto pur non contestato (v. anche a conclusione di questo paragrafo e — se vuoi — BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, 2009, 264).

Per un esempio di applicazione del principio di non contestazione in arbitrato (sebbene senza particolare giustificazione fondante ed altresì senza dubbio alcuno) v. il lodo arbitrale del 17 novembre 2011 in www.appaltieriserve.it.

⁽³¹⁾ Ciò potrà accadere, per l'arbitro italiano, solo qualora si riesca ancora a sostenere che l'applicazione diretta dell'art. 115, c. 1° dipende dalla *lex causae* e non dalla *lex fori*; nel qual caso ovviamente anche l'arbitro estero potrebbe trovarsi di fronte alla possibilità di quella applicazione diretta ove il merito sia governato dal diritto italiano.

⁽³²⁾ Per riferimenti alla applicazione del principio di non contestazione quale massima di esperienza, nell'area dell'arbitrato internazionale, v. MARELLI, in *Commentario breve al Diritto dell'Arbitrato* (a cura di BENEDETTI, CONSOLO e RADICATI DI BROZOLO), cit., 817.

dell'onere, ma — all'occorrenza — anche regola di libero convincimento nella valutazione del residuo materiale probatorio ⁽³³⁾ o fondamento di presunzione.

Ad esempio — e l'esempio non è scelto a caso perché è quello di più evidente incidenza di un regolamento sulla disciplina dell'onere probatorio — in un arbitrato governato dal Regolamento UNCITRAL ⁽³⁴⁾ si può anche ritenere che l'art. 27, c. 1° ⁽³⁵⁾ di questo (secondo cui « ciascuna parte ha l'onere di provare i fatti invocati a sostegno della sua domanda o difesa ») non sia (come invece riterrei) una mera e semplicemente tendenziale enunciazione dell'ovvio, bensì una disposizione derogatoria ⁽³⁶⁾ rispetto a qualsiasi regola statutuale di inversione sostanziale o processuale dell'onere probatorio ⁽³⁷⁾. Ma ciò non esclude certo che della non contestazione di una parte si tenga conto quale elemento valutativo di altre prove o anche quale elemento probatorio di ordine presuntivo o indiziario.

7. Poniamoci però ora e conclusivamente dal punto di vista di un arbitro italiano e in arbitrato puramente domestico — dietro le quinte dunque le questioni di legge applicabile e di legge applicabile alla prova — e torniamo all'applicazione *stricto sensu* dell'art. 115, c. 1° c.p.c.

Tre i principali fra i problemi di dettaglio.

a) Qual è in arbitrato la parte non costituita il cui atteggiamento (di implicita e radicale non contestazione) non rileva tuttavia ai sensi dell'art. 115, c. 1° c.p.c.? È evidentemente la parte che nel procedimento arbitrale — nel quale non si dà costituzione in senso tecnico identificabile in un particolare atto processuale — non svolge alcuna attività difensiva, né all'inizio trasmettendo la propria risposta alla domanda di arbitrato, né in seguito ⁽³⁸⁾.

b) Qual è il limite temporale alla efficace contestazione in arbitrato?

⁽³³⁾ Quale esso può tuttora risultare ex art. 116, c. 2°, e pur fuori dalla particolare portata normativa dell'art. 115, c. 1°, anche nel nostro sistema processuale *apud iudicem* (v. oltre alla nota 43 ed al richiamo della nota stessa).

⁽³⁴⁾ Di recente revisionato: v. in questo *Rivista*, 2011, 147 ss.

⁽³⁵⁾ Vedi retro § 2.

⁽³⁶⁾ Un cenno in tal senso in Ricci E.F., *op. cit.*, 313.

⁽³⁷⁾ Le quali sarebbero dunque considerate nella logica di quel regolamento, come regole formali limitative del libero convincimento.

⁽³⁸⁾ Così perspicuamente Punzi, *op. loc. ult. cit.*

bitra
verc
le so
tono
c.p.c
civil
com
ditto
parte
e per
fin d
l'altr

della
battit

il tiro
seguì
gli ar
condc
mente

trato i
preclu
plicab
espres
bile e

contra
le part

⁽³⁾
situazion
fra « non
per un es
in tribuna
⁽⁴⁾

Secondo noto, e mai sufficientemente meditato assioma, in arbitrato non esistono preclusioni. Per quel che qui interessa ciò è vero. È elementarmente vero, insomma, che non si danno in arbitrato le scansioni rigide e le conseguenti barriere preclusive che consentono di ricostruire sistematicamente, pur nel silenzio dell'art. 167 c.p.c., un limite tendenziale alla contestazione efficace nel processo civile in coincidenza con la prima memoria *ex art. 183 c.p.c.* (siccome *step* immediatamente precedente, nella dialettica del contraddittorio, a quello — seconda memoria *ex art. 183* — in cui ciascuna parte ha l'onere di completare le richieste istruttorie in prova diretta e perciò ciascuna parte deve essere messa in condizione di verificare fin dove si estende l'onere della prova che le pertiene e quali fatti l'altra parte abbia contestato o meno) ⁽³⁹⁾.

In arbitrato dunque il giudicante terrà in linea di massima conto della contestazione comunque intervenuta fino alla chiusura del dibattito fra le parti.

Ma proprio perciò dovrà consentire all'altra parte di aggiustare il tiro istruttorio onde assolvere ad onere probatorio reviviscente a seguito di contestazione sopravvenuta ⁽⁴⁰⁾. Né si può escludere che gli arbitri tengano conto, nei limiti che appresso preciserò, della condotta processuale consistente in una contestazione significativamente e strategicamente ritardata.

Va ricordato poi che l'inesistenza di preclusioni rigide in arbitrato nasce dalla realtà normativa degli artt. 806 ss. c.p.c. che quelle preclusioni appunto non prevedono, né rendono in alcun modo applicabili le previsioni decadenziali del libro II del codice (se non espressamente richiamate dai compromittenti: ipotesi assai improbabile e soluzione non certo da caldeggiare sul piano pratico).

Ma nulla impedisce che preclusioni ragionevoli e rispettose del contraddittorio siano prefigurate caso per caso dagli arbitri ai quali le parti abbiano, col loro silenzio a riguardo, lasciato il governo dello

⁽³⁹⁾ Così almeno ritengo (cfr. BRIGUGLIO, *Le novità*, cit., 263-264), salve ovviamente situazioni particolari da risolvere elasticamente e *cum grano salis*. La questione del rapporto fra « non contestazione » e sistema delle preclusioni rimane per altri profili assai articolata: per un esame panoramico v. BATTAGLIA, *Le preclusioni nel processo ordinario di cognizione in tribunale*, Torino, 2012, 298 ss.

⁽⁴⁰⁾ Consonante rilievo già in CAVALLINI, *La non contestazione nell'arbitrato*, cit., 58.

« svolgimento del giudizio » ⁽⁴¹⁾ ovvero da un regolamento arbitrale richiamato *per relationem* nell'accordo compromissorio. Gli arbitri perciò ben potranno stabilire *ex ante* che una certa memoria sia destinata alla « definitiva contestazione dei fatti dedotti all'altra parte » o alla « contestazione a pena di decadenza » *et similia* ⁽⁴²⁾.

Un effetto preclusivo equivalente si avrà, a mio avviso, negli arbitrati amministrati secondo regolamenti che prevedano la redazione di atto di missione o *terms of reference* sottoscritti anche dalle parti, ove gli arbitri diligentemente provvedano ad elencare i fatti in-controversi, ovvero questi risultino per esclusione dalla elencazione dei fatti controversi, e la sottoscrizione delle parti equivalga dunque a definitiva cristallizzazione della non contestazione o se si vuole perfino a devoluzione compromissoria agli arbitri di determinati e non di altri accertamenti fattuali, ed a rendere comunque palesemente abusiva ed inammissibile una contestazione successiva.

c) Correttamente inteso l'art. 115, c. 1° consente senz'altro che il giudicante ritenga alla fine dei giochi, e cioè al momento del decidere, falso il fatto A, anche se non contestato (e dunque in astratto predicabile come vero senza necessità di prova), perché quel fatto è smentito in concreto dalla prova contraria comunque risultante *ex actiis* o escluso da evidenze probatorie attestanti l'incompatibile fatto B.

L'effetto della non contestazione è appunto la *relevatio ab onere probandi* e non la formazione di una prova legale.

Nel valutare la concretezza e persuasività delle emergenze probatorie contrarie, il giudice come l'arbitro saranno nondimeno ancorati al prudente apprezzamento comprensivo della considerazione della condotta processuale delle parti, essendo questo un intrinseco canone di ragionevolezza pertinente alla *lex fori arbitratus* italiana (ma sicuramente non esclusivo della nostra) non certo solo perché scritto espressamente nell'art. 116 c.p.c.

È qui che la non contestazione — o perfino la contestazione smaccatamente tardiva e strumentale e però in sé ammissibile perché né le parti né gli arbitri abbiano fissato regole in proposito — rientra in gioco: non più *ex art. 115 c.p.c.* e come regola di *relevatio ab onere probandi*, avendo in questo senso essa già operato e trattandosi

⁽⁴¹⁾ Il risalente dogma secondo cui gli arbitri non potrebbero fissare termini perentori è quanto di più vacuo ed evanescente si possa immaginare.

⁽⁴²⁾ V. analogamente ancora CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 59.

a
ii
a
e
u

n
a
fe
l'
n
d
zi

it
no
«

m
pi
re
no

pr
cc
al
36
va

—

tec
Pr
si i
25-
Ecc
/ Si
pre
ser
gat

appunto di stabilire se vi sia davvero o meno emergenza probatoria in senso contrario; bensì come condotta della parte idonea a fornire argomenti ed elementi di valutazione di quella emergenza contraria ed in definitiva, nei casi dubbi, a far pendere l'ago della bilancia da una parte o dall'altra ⁽⁴³⁾.

È questa una regola sicuramente « processuale » perché pertinente alla libera valutazione della prova acquisita al giudizio. Essa si applicherà, nel processo ordinario o arbitrale, in dipendenza dalla *lex fori*, e dunque, per ciò che ci interessa, se l'arbitrato è radicato nell'ordinamento processuale italiano. Ma — ripeto — è ben immaginabile che regole analoghe, a prescindere da espresse disposizioni della legge processuale comune o arbitrale, siano ricavabili ed utilizzabili alle più varie latitudini.

8. I ristretti limiti del sindacato impugnatorio del lodo rituale italiano rendono per altro irrilevante — in sede di gravame — una non piccola area di possibile malgoverno arbitrale delle regole di « non contestazione ».

Dico subito che quei ristretti limiti non solo sono benemeriti, ma sono determinatamente voluti dal legislatore ordinario (sia quello precedente sia soprattutto quello della riforma del 2006) e dalla inerente giurisprudenza entro ad ambito di discrezionalità normativa non coinvolgente allo stato profili di costituzionalità.

In altri termini non credo che la equiparazione effettuale, ormai proclamata espressamente dall'art. 824-bis, tra lodo e sentenza possa comportare un qualsivoglia sospetto di incostituzionalità in ordine all'indubbio *iato* (perdurante perfino dopo la limatura ultima all'art. 360, n. 5 c.p.c., comunque la si intenda) fra il sindacato della motivazione fattuale della sentenza ordinaria innanzi alla Corte di cassa-

⁽⁴³⁾ Riprendendo esempio proposto già altrove: « *L'amministratore delegato X partecipò in Parigi alla riunione del 25.6.2004* » (allegazione del fatto). / Non contestazione. / Produzione dell'effetto ex art. 115, c. 1°: il fatto non necessita di prova ed il relativo onere si inverte. / Vi è però in atti un verbale della polizia giudiziaria di Roma ove risulta che il 25-6-2004 quel signor X fu sottoposto per dieci ore ad interrogatorio nella nostra capitale. / Ecco che il fatto, pur non contestato, sembra successivamente smentito ai fini del decidere. / Salvo che il giudice, ex art. 116, c. 2°, ritenga rilevante la originaria non contestazione onde presumere, in relazione ad ogni altro elemento, che la riunione parigina si sia svolta a tarda sera e che il signor X, di tempra assai forte, abbia afferrato un aereo al volo dopo l'interrogatorio e...

zione ed il sindacato, pur sempre più limitato, della motivazione del lodo innanzi alla Corte d'appello ⁽⁴⁴⁾.

Il legislatore ordinario che attribuisca, prima implicitamente oggi espressamente, equipollenza di effetti al lodo ed alla sentenza è perfettamente libero di ridurre la portata del controllo impugnatorio avverso il primo — ed oggi lo fa, ben oltre che in relazione alla motivazione in fatto, anche precludendo di regola e salvi casi particolari o diverso accordo dei compromittenti, l'impugnazione per violazione di legge sostanziale — per ciò solo che il lodo arbitrale è strumento solutorio della lite non imposto ma scelto dalle parti ⁽⁴⁵⁾.

Le parti purché libere nella scelta compromissoria e non coartate, e ben inteso entro l'area della disponibilità, potrebbero disporre *tout court*, se il legislatore così volesse, del loro diritto al controllo giudiziale della pronuncia privata, affidando per intero e definitivamente alla giustizia privata la soluzione della loro controversia con gli effetti immediati del giudicato. Sarebbe insomma ben concepibile e costituzionalmente insindacabile una scelta normativa di assoluta inimpugnabilità del lodo. *A fortiori* lo è qualsiasi scelta limitativa di quella impugnabilità.

Tanto meno, dunque, posso omologare la conclusione specifica — pur accuratamente argomentata, ma appunto sulla base di un presupposto di fondo che mi permetto di non condividere — secondo cui « l'applicazione dell'art. 115 c.p.c. al giudizio arbitrale dovrebbe ancor più » palesare « l'esigenza » di un più ampio sindacato sulla congruità della motivazione « e far propendere verso un progressivo mutamento dell'orientamento giurisprudenziale restrittivo finora consolidatosi sullo *spatium operandi* all'art. 829, n. 5 c.p.c. » ⁽⁴⁶⁾.

Stando così le cose:

a) È indubbio che se le parti compromittenti hanno previsto sotto pena di nullità che gli arbitri tengano conto dell'onere di contestazione specifica ed eventualmente perfino entro certi termini, qualunque violazione della regola imposta dai compromittenti agli

⁽⁴⁴⁾ Diversamente CONSOLO, *La impugnazione della sentenza e dei lodi*, Padova, 2008, 401-402.

⁽⁴⁵⁾ Ed è questa — specularmente — la ragione per la quale deve guardarsi con assoluto sfavore (così come è accaduto, pur con varietà di impostazioni solutorie, da parte della migliore dottrina ed anche di alcuni pronunciamenti della Suprema Corte) a qualunque applicazione « retroattiva » — i.e. ad arbitrati instaurati sulla base di accordi compromissori stipulati in precedenza — di modifiche di ambito dal sindacato impugnatorio del lodo.

⁽⁴⁶⁾ Così CAVALLINI, *op. cit.*, 65.

ar
c.)
de
tu:
ve

co:
o i
tio
zio

app
der
l'al
del
sinc
sibi
que
con
stan

trad
arm
il qu
fesa
9; c
vern
nati
nepp

tardi
perci
bene
esser

delle re
spetto c

arbitri sarà sindacabile per via impugnatoria *ex art. 829, c. 1°, n. 7 c.p.c.* (47), ed il sindacato potrà ben estendersi a tutto tondo al rilievo del fatto processuale « contestazione specifica » o meno. Ma la eventualità di questa apposita previsione pattizia è, come ognuno vede, inverosimile o quanto meno assai improbabile (48).

b) Altrimenti la motivazione dell'arbitro circa l'intervenuta contestazione o meno sarà, come ogni altra, pressoché insindacabile, o meglio sindacabile solo nei limiti della incomprendibilità della *ratio decidendi* sul punto (art. 829, c. 1°, n. 5 nella comune interpretazione giurisprudenziale).

c) Ma anche il classico *error iuris* circa l'interpretazione ed applicazione del principio di non contestazione (cosa debba intendersi per contestazione, quali siano i fatti in relazione ai quali rileva l'alternativa contestazione/non contestazione, quali siano gli oggetti della non contestazione ecc. ...) resterà in prima approssimazione insindacabile *ex art. 829, c. 3°*, salvi i casi residuali di perdurante possibile impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto, quella in questione essendo a mio avviso sì « relativa al merito della controversia » ben al di là della sua qualificazione teorica come « sostanziale » o « processuale ».

d) Vi è però che la « clausola generale » del rispetto del contraddittorio — *sub specie* in particolare del rispetto della parità delle armi e della tutela, per così dire, dell'affidamento processuale, senza il quale non può esservi congruo e idoneo esercizio del diritto di difesa — consente una qualche elasticizzazione dell'art. 829, c. 1°, n. 9; con il che appunto si addomesticano alquanto, a proposito del governo delle regole di « non contestazione », i limiti impugnatori censurati *sub b*) e *c*), senza necessità di tirare in ballo la Costituzione e neppure l'interpretazione costituzionalmente orientata.

Così, il tener conto nel lodo di una contestazione palesemente tardiva rispetto ad un termine appositamente fissato dagli arbitri (e perciò il considerare un fatto non vero perché sfornito di prova sebbene solo tardivamente e dunque inefficacemente contestato) può ben esser riguardato come violazione del contraddittorio (49), e più esat-

(47) Cfr. CAVALLINI, *op. cit.*, 62.

(48) Più in generale, sul differente peso in sede impugnatoria del mancato rispetto delle regole in materia di prova stabilite compromissoriamente dalle parti e del mancato rispetto di quelle adottate dagli arbitri, V. Poudret - Besson, *Comparative Law*, cit., § 647.

(49) Opportuno spunto in tal senso in CAVALLINI, *op. cit.*, 63.

tamente come violazione del diritto di difesa rispetto all'affidamento ingenerato alla parte dalla fissazione in sé legittima di quel termine.

Altrettanto ed *a fortiori* allorché il fatto sia ritenuto non vero perché sfornito di prova sebbene radicalmente e palesemente non contestato (altro discorso è se gli arbitri, pur con motivazione erronea e traballante, ma non solo apparente, abbiano ravvisato una qualche contestazione).

Di più. Viola il contraddittorio la preclusione ad una parte della possibilità di provare « tardivamente » il fatto allorché l'esigenza sia sorta da contestazione anch'essa « tardiva » e pur considerata efficace dagli arbitri.

Viola il contraddittorio perché altera la parità delle armi la affermazione di un fatto come vero pur senza uno straccio di prova, fondata a sua volta su di una apoditticamente asserita non contestazione, ove invece la contestazione, specifica e se del caso (e cioè se termini in proposito vi erano) tempestiva, emerga con evidenza « revocatoria », e vista la nota impossibilità di esperire il rimedio *ex art.* 395, n. 4 (v. l'art. 831, c. 1°).

The author adopts as a starting point the growing prevalence of the lex fori over the lex causae as the law governing the taking of evidence in the general panorama of private international law.

Whilst this predominance has the advantage of simplification in relation to Court proceedings, the same trend could be inopportune in relation to international arbitration, for various reasons. However, a possible balancing of the positions is offered through a wide discretion given to arbitrators in the Rules of the Arbitral Institutions and by the State procedural law in the area of evidence.

The commentator goes on to describe the limits of this discretionality, also having regard to the review of the arbitral award carried out in proceedings to set aside.

In the concluding paragraphs, the general approach is reinforced by reference to a specific procedural rule: that which provides that the facts alleged by a party and not contested by the other party are considered as proven, without any requirement to produce supporting evidence.

Mod
dirit
e alt

BRUN

J
certa
per m
suale.
modifi
arbitra
zio. Se
non p
pinge
terico
e che
fondo,
la loro
solo n
I