

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE
DEGLI STUDI SOCIALI GUIDO CARLI DI
ROMA



***I principi e la disciplina delle
prove nell'arbitrato***

Tutor: Chiar.mo Prof. Claudio Cecchella

Candidato: Dr. Andrea Mengali

Ai miei genitori ed ai miei nonni

Indice

Introduzione

1. Obiettivo ed oggetto dell'indagine
2. Premessa in ordine alla natura processuale delle norme sulle prove

Capitolo 1

Esame dei principi sottesi all'esperienza arbitrale, con particolare riguardo allo svolgimento del procedimento

1. Il diritto dell'arbitrato: la libertà delle forme
2. Critica all'idea che le norme del rito ordinario costituiscano lo *ius commune* del procedimento arbitrale
3. L'esatto rapporto tra le norme dettate per il giudizio ordinario e le regole del procedimento arbitrale: il rispetto dell'ordine pubblico processuale
4. L'esame del diritto positivo: dall'art. 17 c.p.c. 1865 all'art. 816 bis c.p.c., come risultante dalla novella del 2006
5. L'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina: conferma che le norme del codice di rito non costituiscono la disciplina residuale del giudizio arbitrale: a) la giurisprudenza ed il limite del rispetto del principio del contraddittorio
6. *Segue*: b) la dottrina;
7. Un primo sguardo al diritto comparato: Germania, Stati Uniti e Francia
8. I limiti alla libertà delle forme derivanti da espresse disposizioni di legge. In particolare le norme dettate in materia istruttoria
9. I limiti alla libertà delle forme derivanti dalla volontà delle parti

Capitolo 2

La natura delle norme sulle prove e il loro rapporto con l'ordine pubblico processuale

Parte 1.

Il minimo comun denominatore del diritto probatorio

1. Premessa. Il senso del riferimento all'ordine pubblico processuale
2. Necessità dell'indagine sulla comune natura delle norme di diritto probatorio
3. Le norme sulle prove come limite alla diretta percezione dei fatti da parte del giudice

4. Limiti alla percezione del giudice e modelli processuali
5. *Segue*: a) il processo come soluzione di conflitti
6. *Segue* b): Il processo teso alla realizzazione della giustizia sostanziale
7. *Segue*: il principio della domanda, il processo inquisitorio, il divieto di scienza privata, il diritto alla prova ed i poteri officiosi del giudice in ordine alla prova
8. Le esperienze processuali reali a confronto con i modelli astratti: ordinamenti di *civil law* e sistema delle prove legali; ordinamenti di *common law* e libero convincimento del giudice
9. *Segue*: Gli ordinamenti basati sul c.d. sistema delle prove legali
10. Gli ordinamenti basati sul principio del libero convincimento del giudice
11. Valore dei modelli processuali e delle esperienze descritte esaminati ai fini dell'indagine sulla natura delle norme sulle prove
12. Conclusione: la natura delle norme sulle prove nel processo civile, alla luce dell'indagine svolta
13. Opinioni dottrinali contrarie: critica

Parte 2.

Possibili eccezioni al quadro comune delineato

14. L'economia processuale e la rilevanza della prova
15. L'onere della prova
16. *Segue*: i criteri di valutazione della prova
17. Il principio di tipicità delle prove, le prove illecite ed il principio *nullum testum in re sua audiendum esse*: a) il principio di tipicità
18. *Segue*: b) le prove illecite;
19. Il principio *nemo testis in re sua*
20. Il principio del contraddittorio, il divieto di istruzione segreta ed il diritto alla prova
21. Considerazioni conclusive

Capitolo 3

I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato, alla luce dell'indagine svolta

Parte 1

Le norme probatorie comuni che impongono vincoli all'arbitrato e quelle che viceversa non sono necessariamente applicabili

1. Un primo bilancio dell'indagine svolta
2. Il diritto delle prove e l'arbitrato nell'esperienza statunitense
3. I principi di diritto probatorio obbligatori per l'arbitrato
4. *Segue:* a) il principio del contraddittorio nell'ammissione, nella formazione e nella valutazione della prova
5. *Segue:* b) Il divieto di scienza privata dell'arbitro: il confine con il fatto notorio e la sua particolare estrinsecazione nella giustizia arbitrale
6. *Segue:* c) Il principio di rilevanza della prova
7. *Segue:* d) Il principio per cui il giudicante non può ritenere veri i fatti di cui non sia fornita la prova.
8. *Segue:* e) la necessaria razionalità dell'accertamento, nella sua duplice veste di razionalità nella scelta dei mezzi di prova e nella valutazione delle risultanze probatorie; l'obbligo di motivazione
9. I principi e le norme di diritto probatorio non necessariamente applicabili nell'arbitrato: a) Il principio di tipicità delle prove ed il divieto dell'acquisizione delle prove illecite
10. *Segue:* b) Il principio dispositivo in ordine alla prova ed il conseguente divieto di iniziative istruttorie officiose
11. *Segue:* c) Le norme sui limiti di ammissibilità della prova e l'arbitrato
12. *Segue:* d) Le norme sull'efficacia legale della prova nell'arbitrato; la sfiducia nei confronti del giudicante come loro ratio giustificatrice a cospetto del rapporto fiduciario sotteso al contratto di mandato agli arbitri
13. *Segue:* e) Le norme sulle modalità di assunzione della prova e le altre norme sulla dinamica della fase istruttoria.
14. *Segue:* f) Il principio *nemo testis in re sua* e la testimonianza della parte

Parte 2.

I limiti all'applicazione delle norme probatorie comuni nell'arbitrato: le c.d. norme incompatibili.

15. Le c.d. norme incompatibili: riflessioni generali
16. Arbitrato e terzi: a) La testimonianza
17. *Segue:* b) l'ispezione e l'ordine di esibizione
18. *Segue:* c) La consulenza tecnica
19. Arbitrato e diritto pubblico: a) Il giuramento decisorio
- 20: *Segue:* b) la verifica e la querela di falso.

Capitolo 4

Ultime osservazioni e conclusioni

1. Cenni ad alcune questioni rimaste sullo sfondo: a) la prova nell'arbitrato di equità
2. *Segue:* b) Derogabilità della disciplina speciale dell'istituto
3. *Segue:* c) Rilevabilità dei vizi in sede di impugnazione del lodo
4. Conclusioni

Introduzione

Sommario: 1. *Obiettivo ed oggetto dell'indagine* 2. *Premessa in ordine alla natura processuale delle norme sulle prove.*

1. Obiettivo ed oggetto dell'indagine: limitazione al solo arbitrato rituale

Il presente lavoro ha come scopo l'analisi dei rapporti tra prova ed arbitrato, in particolare l'analisi dei limiti entro i quali le norme sulle prove possano essere considerate applicabili e/o debbano essere applicate nell'arbitrato, compreso i casi in cui si ritenga il fenomeno arbitrale incompatibile con alcune norme sulle prove o con alcuni mezzi di prova.

Il lavoro prende in diretto esame il solo arbitrato rituale. Pur nella convinzione, infatti, che buona parte di quanto diremo possa valere anche per l'arbitrato irrituale, affrontare direttamente tale tipo di esperienza ci porterebbe necessariamente ad affrontare il tema dell'inquadramento sistematico dell'arbitrato irrituale, il che ci porterebbe troppo lontano. Saranno presenti, dunque, al più, cenni sporadici all'arbitrato irrituale in relazione ad alcuni specifici problemi applicativi.

Per poter svolgere l'indagine che mi sono proposto di compiere in ordine all'applicazione delle norme sulle prove nell'arbitrato, occorre preliminarmente indagare i principi regolatori del diritto dell'arbitrato: alcuna considerazione in ordine alle norme di diritto probatorio, difatti, potrà essere svolta se non sarà delineata la cornice all'interno della quale si vogliono calare quelle norme. Questa cornice è il diritto dell'arbitrato.

Solo dopo avrà senso analizzare la *ratio* e la natura di quelle norme, se possibile individuando elementi di caratterizzazione generale delle stesse, poi procedere ad un loro esame analitico.

In seguito alla conduzione di questa doppia indagine sarà possibile capire quale sorte quelle norme abbiano all'interno della giustizia privata.

Per questo motivo il presente lavoro conterà di tre parti, oltre ad un capitolo introduttivo ed ad uno conclusivo, la prima avente ad oggetto l'esame dei principi e delle norme sottesi alla giustizia privata (limitatamente a ciò che interessa la presente indagine), la seconda l'esame della natura, della funzione e della *ratio* delle norme sulle prove, la terza infine, costituente una sintesi delle prime due, laddove si cercherà di trarre le conclusioni calando all'interno dell'arbitrato l'insegnamento tratto dall'esame svolto nella prima parte.

Come ultima ma non meno importante premessa, vi è da dire che l'intera indagine prenderà in esame le esperienze di altri ordinamenti giuridici, in particolar modo per capire se alcune convinzioni radicate nel nostro ordinamento e talvolta elevate a principi inviolabili non risultino, invece, essere una mera scelta di opportunità politica. Se così fosse è evidente come determinati principi, posti alla base del sistema processuale statale, potrebbero essere superati nell'ambito della giustizia privata. Per compiere tale operazione la comparazione dovrà rivolgersi verso esperienze giuridiche sorrette dagli stessi principi generali di rango costituzionale. Sarà presa in particolare considerazione l'esperienza nordamericana ma non mancheranno alcuni riferimenti all'esperienza francese, inglese e tedesca. Nell'ambito di una cornice costituzionale comune, infatti, è evidente che eventuali differenze tra i sistemi processuali statuali non possano che provenire da scelte politiche, come tali possibile oggetto di deroga, vedremo se *de iure condito* o solo *de iure condendo*, da parte dell'autonomia privata. Non sarà infine tralasciato qualche opportuno riferimento a quel comune denominatore della giustizia privata tra le varie esperienze giuridiche costituito dall'arbitrato commerciale internazionale.

Prima, tuttavia, di addentrarci nell'esame del diritto probatorio, occorre fissare, come detto, alcuni punti basilari per una corretta conduzione dell'indagine. A ciò è dedicato il primo capitolo, che come detto riguarderà l'analisi dei principi regolanti il diritto arbitrale, in confronto con la giurisdizione statale, oltre che delle norme dettate dal codice di rito in materia arbitrale, limitatamente a ciò che interessa la fase istruttoria.

2. Premessa in ordine alla natura processuale o sostanziale delle norme di diritto probatorio

Prima ancora, tuttavia, è opportuno svolgere un'ultima premessa, ossia analizzare il problema se le norme sulle prove, nel loro complesso, appartengano al diritto sostanziale ovvero al diritto processuale.

Prima di procedere all'esame del fenomeno arbitrale, infatti, è indispensabile sapere se occorrerà concentrarsi verso la comprensione delle norme e dei principi regolanti il procedimento arbitrale, in confronto con le norme del codice di rito, ovvero verso quella del rapporto tra giudizio dell'arbitro e norme sostanziali.

Salvo arrivare eventualmente alla conclusione, ma ciò non può esimerci dall'approfondimento del problema appena posto, che, alla luce del diritto positivo, le conseguenze in ordine alla necessaria applicazione da parte degli

arbitri ed alla derogabilità¹ convenzionale delle norme sulle prove saranno invero non dissimili sia che le si qualifichi come norme sostanziali, sia che le si qualifichi come norme processuali.

Non ci si può esimere dal ricordare che il legislatore, nell'esperienza italiana, ha ritenuto di suddividere la disciplina delle norme sulle prove tra codice civile e codice di procedura, riservando a quest'ultimo solo la disciplina formale dell'assunzione dei mezzi di prova nel processo. In tal modo il legislatore «*ha creduto [...] di salvaguardare l'unità fondamentale dell'ordinamento, pur senza ricorrere ad una formazione organica, accogliendo invece una concezione sostanzialistica, che qualifica le prove come condizioni di preventiva difesa della sicurezza nelle negoziazioni private, o come strumenti di tutela dei diritti anche fuori e prima del giudizio*»². E' da dubitare, alla luce delle considerazioni che seguono, che tale espressa intenzione del legislatore abbia una reale portata applicativa. Si è, ad esempio, autorevolmente ed apertamente sostenuto, con ciò dimostrando freddezza rispetto alle suddette intenzioni legislative, che le disposizioni sulle prove non siano che norme processuali nel codice civile³.

D'altra parte, esaltando invece il valore di quella ripartizione, alcune pronunce della Corte di Cassazione hanno ritenuto l'appartenenza al diritto sostanziale delle norme relative all'onere della prova ed all'ammissibilità ed efficacia dei mezzi probatori, qualificando la loro *violazione come error in iudicando* e non quale *error in procedendo* (con conseguente ricorribilità in Cassazione ex art 360, n. 3 c.p.c. anziché ex art. 360, n. 4, c.p.c.⁴).

Tuttavia, per la finalità del presente lavoro che vuol capire ed analizzare la disciplina non già del processo civile ordinario, bensì del giudizio arbitrale, in difetto, e ciò è pacifico, di una norma di legge che risolva espressamente il problema, sarebbe sbagliato fermarsi alle intenzioni del legislatore – che pacificamente non costituiscono diritto applicabile ma solo criteri di interpretazione dello stesso – ed ad una loro interpretazione giurisprudenziale riferita, prevalentemente, al giudizio di cassazione.

Difatti ad opposta conclusione si giunge osservando il fondamento logico delle norme sulle prove. Compiendo un'indagine, a tale scopo, della dottrina,

¹ Vedremo, dalla ricostruzione che seguirà, che in realtà per le norme probatorie comuni non si pone un problema di derogabilità ma di non applicazione, in forza del principio di libertà delle forme.

² L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Torino, 2003, 22

³ E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Problemi del Processo civile*, Napoli, 1962, 155 ss.

⁴ Cfr. Cass. 4 febbraio 2000, n. 1247 in *Rep. Foro It.*, 2000; il principio è stato affermato anche con riguardo alla nullità del lodo, escludendo che l'apprezzamento del materiale probatorio possa tradursi in un *error in procedendo*, cfr. Cass. 4 febbraio 1969, n. 351 in *Rep. Foro It.* 1969, voce *Arbitrato*, n. 79; per la qualificazione del vizio di valutazione delle prove come errore sul fatto insindacabile in sede di impugnazione del lodo, cfr. Cass. 24 settembre 1999, n. 10511 in *Giust. civ.* 1999, I 2929. Sul punto torneremo, seppur per un breve cenno, *infra*, cap. 4, § 3.

l'appartenenza al diritto processuale delle norme sulle prove è stata autorevolmente sostenuta e costituisce senza dubbio l'opinione maggioritaria⁵.

La ricostruzione che appare più corretta per comprendere a fondo il fondamento teorico⁶ della distinzione è data dall'Allorio. Questi osserva preliminarmente che le norme sostanziali sono quelle oggetto dell'accertamento giudiziale suscettibili di giudicato, mentre le norme processuali sono quelle che di quell'accertamento «determinano il regime»⁷».

Dunque per poter efficacemente operare la detta distinzione, anche laddove essa apparirà sfumata, occorrerà prendere come punto di osservazione l'angolo visuale del giudice⁸, e distinguere ciò che è oggetto di accertamento da ciò che costituisce un limite allo stesso⁹.

Da questo punto di vista è evidente la processualità delle norme «che vincolano il giudice a porre a base della sentenza una versione del fatto, la quale è, o può essere, diversa da quella che scaturirebbe da una schietta e libera ricerca¹⁰».

⁵ Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 74. L'Autore ritiene tuttavia che la processualità delle norme sulle prove non incida sull'interpretazione dell'art. 816, comma 2, c.p.c. (attuale art. 816 bis); E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, cit., p. 155 ss., il quale offre un'ampia analisi della dottrina italiana sul punto da CHIOVENDA a CALAMANDREI, della Relazione al codice di procedura civile nonché del diritto comparato; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, p. 241 ss., il quale tuttavia individua, accanto alle norme generali sulle prove, di sicura natura processuale, norme «particolari» di natura sostanziale, come quelle regolanti la filiazione legittima mediante la ricerca della maternità (art. 174 cpv, c.c. 1865). L'Autore annota con il citato scritto una sentenza, Cass. sez. un. 7 settembre 1911 in *Foro It.*, 1912, che ritiene invece le norme sulle prove appartenenti al diritto materiale. L'A. esprime il suo consenso alla soluzione del caso concreto (si trattava di un problema di legge applicabile, dunque se dovesse applicarsi il principio *tempus regit actum*, o, essendo invece la norma di diritto sostanziale, la legge del tempo in cui il fatto è avvenuto), ma ammonisce gli estensori della sentenza che essi hanno omesso di cogliere la distinzione sopra descritta, trattandosi di norma materiale nel caso di specie perché norma particolare. Infatti, mentre «nelle norme probatorie generali il legislatore ha per fine immediato la miglior formazione del convincimento del giudice, [...], nell'interesse della funzione giurisdizionale [...] nelle norme particolari ha principalmente di mira il singolo rapporto, intende alla sua disciplina e tutela» (255). Ancora nel senso del carattere processuale delle norme sulle prove E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 68 s. La distinzione tornerà utile nel prosieguo dell'indagine. Per la dottrina «relativista», che non ritiene esservi un preciso confine tra diritto sostanziale e diritto processuale cfr. V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 65ss.

⁶ Per le conseguenze pratiche della detta distinzione, già in parte anticipate alla nota che precede e riguardante essenzialmente problemi di diritto intertemporale, cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziari e altri studi*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, 117 ss., spec. 123 s. Riguardo alla dottrina che ritiene relativa la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, citata nella nota che precede e su cui si veda anche *infra*, in nota, si deve considerare la linea di demarcazione delineata *infra*, nel testo, una risposta ai dubbi da quella avanzati.

⁷ Cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, 121 s. e 127.

⁸ Cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, p. 125.

⁹ In quest'ottica la prima categoria di norme la cui processualità appare indubbia è quella riguardante i presupposti processuali, cfr. E. ALLORIO, *op. cit.*, p. 130 ss.

¹⁰ E. ALLORIO, *op. cit.*, 136. *Contra* V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili* in *Riv. dir. proc.* 1969, 8 ss., che critica l'attribuzione di una natura processuale alle c.d. norme decisorie non sostanziali, quelle cioè che costituiscono un «vincolo decisorio, in deroga alle normali regole sul contenuto dello accertamento giudiziale» (*Id.*, 10), ritenendo che l'elemento di discriminazione sia il fine della norma, e

Vedremo a tempo debito che questa definizione, ancorché utilizzata dall'Allorio per ricomprendere le sole regole di prova legale e di ripartizione dell'onere della prova, può essere ritenuta propria di tutto il diritto probatorio nel suo complesso¹¹.

A questo punto della trattazione ci è tuttavia sufficiente fissare il concetto che le norme che pongono vincoli alla diretta percezione del giudice sono senz'altro norme che regolano il *quomodo* dell'accertamento, e non ne costituiscono l'oggetto: sono quindi norme processuali.

Come tutte le generalizzazioni, anche questa comporta la ricerca e l'analisi della possibili eccezioni al principio fissato.

concludendo che una medesima norma potrà essere considerata dai medesimi giudici talvolta processuale, talvolta sostanziale. Ne discende la convinzione della relatività della distinzione tra *substance and procedure* dell'Autore, meglio espressa in un precedente scritto, che tuttavia quella distinzione non nega in sé e per sé, ma osserva soltanto che la «*natura «processuale» o «sostanziale» di una norma non si deduce necessariamente dai suoi connotati intrinseci (o, il che è o stesso, dalla natura degli effetti giuridici che dall'applicazione della norma scaturiscono), ma può discendere dalla comparazione degli effetti che conseguono alla diversa qualificazione, sul piano delle competenze normative, ed alla luce dei criteri desunti dai singoli ordinamenti giuridici*» (V. Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 65 ss., spec. 76). L'Autore prende poi ad esempio la c.d. *Erie doctrine* nordamericana al fine di dimostrare come la distinzione tra *substance and procedure* venga costantemente «piegata» dalla giurisprudenza per ragioni di *policy*, dettate dalle conseguenze pratiche della distinzione. In particolare la *Erie doctrine*, che prende il nome dal caso che ha sancito il relativo principio di diritto (*Erie R.R. Co. V. Tompkins*, 304 U.S. 64, 58 S.Ct. 817, 82 L.Ed. (1938)), aveva risolto il problema del c.d. *forum shopping* che era nato a sua volta in seguito al caso *Swift v. Tyson* (28 U.S.C.A. § 32) - che aveva dato il nome alla c.d. *Swift doctrine* - caso che aveva sancito il nascere della *federal general common law*. In relazione alla competenza federale nei casi di *diversity of citizenship*, (ma recentemente anche nei casi di *supplemental jurisdiction*, cfr. *Lyte v. City of Haysville, Kansas*, 138, F. 3 d857, 868 (10 th Cir. 1998)), questo comportava dunque il nascere di un diritto alternativo a quello statale che le parti in causa potevano finire per «scegliere». Ecco che il caso *Erie* aveva di fatto abolito il *federal general common law*, imponendo alle *federal courts* di applicare il diritto sostanziale dei singoli stati. Il problema si pose tuttavia quando un giudice sancì che, in ogni caso, le corti federali avrebbero dovuto applicare il diritto processuale federale. Ecco che con il caso *Guaranty Trust Co. V. York* (326 U.S. 99, 65 S.Ct. 1464, 89 L.Ed. 2079 (1945)) si è stabilito che le norme sostanziali sono tutte quelle la cui applicazione sia tale da determinare il risultato della causa (*the outcome of the case*). Senza dubbio un concetto molto ampio, che è stato affermato dalla Supreme Court per garantire l'applicazione del diritto statale nella maggior parte dei casi rimessi alle *federal courts* nell'ottica di limitare il più possibile il descritto fenomeno del *forum shopping*. Cfr. sul punto S.BAICKER-MCKEE, W.M.JANSSEN, J. B. CORR, *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002, 77 ss., che si sofferma anche sulla nascita della codificazione del diritto processuale con il *Rules Enabling Act*, la fonte delle attuali *Federal Rules of Civil Procedure*, e sull'attuale permanenza di un seppur limitato spazio di *federal general common law*. Cfr. infine, sulla natura processuale della *evidence law*, *Id.*, 82. Tutto ciò, tuttavia, sembra di poter dire, non significa che, dove possibile e «politicamente corretto», la distinzione tra *substance and procedure* non debba essere effettuata sulla base di criteri interpretativi rigorosi e logici. Cfr. anche COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 24, secondo il quale «*lo stesso distinguo fra diritto materiale e diritto processuale si regge su evidenti premesse di relatività storico - politica*», ma non vi è dubbio che l'Autore non neghi affatto l'esistenza e l'opportunità della distinzione, con le sue implicazioni, ad esempio, di diritto intertemporale. Nel senso, invece, che la distinzione tra norme sostanziali e norme processuali sia utile per comprendere lo spazio di autonomia riservato rispettivamente ad arbitri d'equità ed arbitri di diritto, cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., III, Milano, 1957, 469, che ammette che gli arbitri d'equità possano ritenersi «*dispensati dall'osservanza delle norme [...] sul valore legale di certe prove*», presupponendo dunque la natura sostanziale di quelle norme. Sulla natura sostanziale delle norme di diritto probatorio contenute nel codice civile cfr. anche S. SATTA, *La legge regolatrice della prova*, in *Soliloqui di un giurista*, Padova, 1968, 362 ss.

¹¹ Cfr. *infra*, cap. 2

Ed in quest'ottica non si può che condividere il pensiero del Chiovenda¹², che accanto alla convinzione della processualità delle norme generali sulle prove, afferma la natura sostanziale di alcune norme particolari, che non hanno come *ratio* la formazione del miglior convincimento del giudice, ma la regola di un determinato rapporto giuridico¹³.

In questi casi, a ben vedere, si può parlare di norme integranti la fattispecie di diritto sostanziale e, per quanto non se ne discuta il carattere sostanziale, è da pensare se esse siano davvero da considerarsi norme di diritto probatorio. Si pensi, per fare un esempio, alle norme che impongono la forma scritta di un contratto a pena di nullità.

Questa è la convinzione, almeno in una prospettiva *de iure condendo*, anche della dottrina più recente. Sviluppando il pensiero del Chiovenda, infatti, si è autorevolmente sostenuto che «*se si prescinde da quelle regole che, incidendo sulla struttura e sugli elementi costitutivi delle fattispecie negoziali, non esulano sicuramente da diritto materiale (L'A. richiama in nota l'esempio delle norme sulla forma dei contratti), appare ancor più chiaro l'elemento teleologico fondamentale, che accomuna le norme probatorie in una sola qualificazione di indole strumentale, ricollegando sia la ripartizione dell'onus probandi, sia la configurazione e la disciplina delle diverse prove (costituende o precostituite) alla previsione primaria della loro efficacia naturale nel processo e per il processo*¹⁴».

Dal punto di vista dello studio della natura delle norme sulle prove, che sarà approfondito nel prossimo capitolo, e che trascende immancabilmente l'analisi del diritto positivo, abbracciando argomenti di teoria generale, non si può dunque che essere convinti della loro natura processuale. Ad ogni modo l'analisi che sarà svolta *infra*, capitolo 2, ne renderà ancor più chiare le ragioni, avendo la finalità di analizzare in modo più approfondito la natura delle norme sulle prove.

Dunque, ad esclusione di ipotesi eccezionali, delle quali pure ci occuperemo, ma per le quali vi è da dubitare se trattasi di norme davvero appartenenti al diritto probatorio, la processualità di quest'ultimo non appare poter essere messa in discussione.

¹² Cfr *supra*, nota 5.

¹³ Si veda ancora la nota n.5 e l'esempio costituito dalla prova della filiazione legittima.

¹⁴ L.P. COMOGLIO, *La Prova Civile*, cit., 25, che in parte richiama e dimostra di condividere il pensiero di ANDRIOLI, cfr. V. ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)* in *Noviss.Dig.It*, vol XIV, Torino, 1957, 265 s; V. COLESANTI-E. MERLIN – E.F.RICCI, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007, 299, secondo i quali quelle che regolano le prove sono norme “strumentali – processuali”, da cui vanno tenute distinte le norme che regolano la forma dei contratti, che hanno natura sostanziale perché prescrivono i requisiti di forma per la validità di un atto. *Contra*, nel senso che le fonti o mezzi di prova appartengono al diritto sostanziale C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, 68.

Riguardo al fatto che il legislatore italiano ha ritenuto al contrario che gran parte delle norme sulle prove appartengano al diritto sostanziale, non resterà poi che analizzare se detta distinzione, ampiamente criticata, come visto, sia dal punto di vista della teoria generale, ma anche, come vedremo, da un'analisi del diritto comparato, ammesso che abbia una reale portata precettiva incidendo sulla disciplina del processo civile, abbia delle conseguenze in materia di svolgimento del giudizio arbitrale.

Ciò non toglie che il tema dei rapporti tra norme sulle prove ed arbitrato impone preliminarmente l'esame dei principii regolanti il procedimento – o – se si preferisce – il processo arbitrale.

Capitolo 1 . Esame dei principi sottesi all'esperienza arbitrale, con particolare riguardo allo svolgimento del procedimento

Sommario: 1. Il diritto dell'arbitrato: la libertà delle forme; 2. Critica all'idea che le norme del rito ordinario costituiscano lo *ius commune* del procedimento arbitrale; 3. L'esatto rapporto tra le norme dettate per il giudizio ordinario e le regole del procedimento arbitrale: il rispetto dell'ordine pubblico processuale; 4. L'esame del diritto positivo: dall'art. 17 c.p.c. 1865 all'art. 816 bis c.p.c., come risultante dalla novella del 2006; 5. L'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina: conferma che le norme del codice di rito non costituiscono la disciplina residuale del giudizio arbitrale: a) la giurisprudenza ed il limite del rispetto del principio del contraddittorio; 6. Segue: b) la dottrina; 7. Un primo sguardo al diritto comparato: Germania e Stati Uniti. 8. I limiti alla libertà delle forme derivanti da espresse disposizioni di legge. In particolare le norme dettate in materia istruttoria; 9. I limiti alla libertà delle forme derivanti dalla volontà delle parti

1. Il diritto dell'arbitrato: la libertà delle forme

Sulla natura e sui principi dell'arbitrato si è detto e si è scritto molto, nel corso dei decenni, e tuttora non è dato rinvenire un'interpretazione pacifica ed univoca su alcuni dei punti più importanti e controversi.

Il dibattito è proseguito e prosegue tuttora nonostante il susseguirsi delle riforme – l'ultima delle quali nel 2006 -, nonostante che quelle stesse riforme intendessero chiarire e risolvere l'oggetto di tante diatribe tra gli studiosi, recenti e passati, del diritto.

Si è arrivati, sol per fare un esempio, a dedicare apposite disposizioni del codice di procedura civile per disciplinare l'arbitrato irrituale (che se tale è – o era – lo si doveva proprio al fatto che non era disciplinato dalla legge¹⁵) per chiarire in che cosa esso si distingua dall'arbitrato rituale.

¹⁵ Tanto che il Bonfante, di fronte alla prima sentenza della Suprema Corte Torinese che la validità di quegli arbitrati riconosceva senza alcuna restrizione o limitazione, poteva a buon diritto parlare di «esempio di arditezza entro i confini della logica, oltrepassando le apparenti barriere della dialettica». Cfr. S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 1, e v. nota 2 con rinvio alla sentenza 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm* 1905, II, 45, con nota di P. BONFANTE, *ibid.*, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*.

Questa non è certo la sede per approfondire le complesse questioni della natura giurisdizionale o meno dell'arbitrato, dei rapporti tra lodo e sentenza e così via. E' certo che sono lontani i tempi in cui un maestro del diritto processuale come Salvatore Satta scriveva che, nell'arbitrato, «*l'obbligo (per gli arbitri) di giudicare è nettamente privatistico: all'assolvimento di quest'obbligo non si può giungere attraverso un processo*¹⁶».

La natura processuale dell'arbitrato oggi non appare più in discussione¹⁷, anche se, ciononostante, la legge continua ad utilizzare il termine «procedimento» (cfr. su tutte la rubrica dell'art. 816 *bis* c.p.c.).

Allo stesso modo non è in discussione che l'arbitrato sia un fenomeno che nasca dall'autonomia privata, tanto che la consensualità dell'arbitrato è stata a ragione definita regola di ordine pubblico¹⁸.

Non si può non tener presente, quindi, che l'arbitrato è fenomeno caratterizzato dalla libertà delle forme in quanto fenomeno essenzialmente di natura privatistica. L'arbitrato nasce dal diritto sostanziale, a prescindere dal contenuto e dalla natura del suo atto conclusivo, a prescindere cioè dal problema dei rapporti tra lodo e sentenza statutale.

Nell'arbitrato tuttavia l'autonomia privata si caratterizza per essere strumento alternativo alla via giurisdizionale¹⁹, per provvedere essa stessa alla tutela delle situazioni sostanziali. Ed è per tale ragione che l'arbitrato incontra dei ben precisi vincoli, imposti dal legislatore, che decide in che termini ed in che limiti è concesso all'autonomia privata di provvedere autonomamente alla tutela delle situazioni sostanziali. Da qui l'inderogabilità di controversie su diritti indisponibili, da qui l'inderogabilità dei principi di ordine pubblico processuale, primo tra tutti il principio del contraddittorio²⁰.

2. Critica all'idea che le norme del rito ordinario costituiscano lo ius commune del procedimento arbitrale

¹⁶ S.SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 36.

¹⁷ Cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 473, che a proposito del principio del contraddittorio, lo ritiene indispensabile nell'arbitrato affinché si possa «enucleare la species «processo» dal genus «procedimento»» (virgolette e corsivo dell'A.).

¹⁸ C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 26.

¹⁹ Riprendendo l'insegnamento che già fu del CHIOVENDA, il patto compromissorio è «un contratto che appartiene propriamente al diritto privato, ma che ha un'importanza processuale negativa, in quanto dà alle parti un'eccezione processuale» ed «implica dunque una rinuncia «alla cognizione di una controversia per opera dell'autorità giudiziaria» (G. CHIOVENDA, *Principii*, 3° ed., cit., p. 107s.).

²⁰ Già M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, 170 riteneva che «l'ordine pubblico vieterebbe che ogni forma fosse abolita», seppur concludendo che le garanzie processuali dovevano ritenersi condizionate dalla previsione della loro fissazione da parte dei compromittenti. Ancora in prospettiva ricostruttiva si veda L. BARBARESCHI, *Gi arbitrali*, Milano, 1937, 126 ss., che afferma il carattere essenziale nell'istruzione arbitrale del contraddittorio.

Come detto, quel che interessa in questa sede è capire quali sono i principi che regolano lo svolgimento del giudizio innanzi agli arbitri e, soprattutto, quale sia il rapporto tra i detti principi e le norme del codice di rito (e del codice civile), che regolano lo svolgimento del giudizio innanzi al giudice ordinario.

Prima ancora di andare ad esaminare l'attuale disciplina positiva, qualche spunto può essere tratto dalla dottrina meno recente, precedente all'attuale formulazione dell'art. 816 bis., disposizione che detta la disciplina sullo svolgimento del giudizio arbitrale. Perché dall'esame di quella dottrina sarà chiaro che due sono i poli intorno ai quali ruota la discussione sul contenuto delle regole del procedimento arbitrale.

E sarà altresì chiaro che il tratto distintivo dei due poli sopra accennati non deriva dal diritto positivo, dall'interpretazione, cioè, della regola fissata dal legislatore in ordine allo svolgimento del giudizio arbitrale, ma la precede e la prescinde.

La distinzione, insomma, dipende dalla collocazione che si ritiene di dover dare al fenomeno arbitrale e dal come lo si rapporti al processo ordinario.

Arrivando al punto, poiché diversamente il discorso si farebbe astratto e difficilmente comprensibile, si tratta della contrapposizione tra chi ritiene che innanzi agli arbitri, sino a disposizione contraria (della legge speciale dell'arbitrato, delle parti, degli arbitri, in questo momento poco importa), si debba applicare la legge processuale ordinaria, e chi ritiene, invece, che l'arbitrato non abbia niente a che vedere, sino a disposizione contraria (valga quanto sopra) con il processo statale.

Detta contrapposizione è chiara già in Satta, che, criticando uno scritto di Parrella²¹ afferma che egli commette l'errore di «*ritenere normale [nell'arbitrato] il caso del giudizio secondo le forme processuali, e quindi come una dispensa da queste forme la fissazione autonoma del procedimento da parte degli arbitri*». Satta, come noto, ritiene invece che le norme processuali niente abbiano a che vedere con l'arbitrato essendo quello dell'arbitro un mero arbitrio che esclude il processo²², ma chi scrive è ben consapevole che, proprio alla luce di tali conclusioni estreme

²¹ A. PARRELLA, *La contumacia nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 305 ss., spec. 311 s., richiamato da SATTA, 42, nota 1.

²² Cfr. S. SATTA, *op. ult. cit.*, spec. 34 ss. Pure nel senso che le «*norme della procedura ufficiale non siano applicabili, di regola, ai giudizi innanzi agli arbitri*» G. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, 147; M. AMAR, *op. cit.*, 170 s., secondo la quale «*la legge di procedura ordinaria sta davanti a loro [i compromittenti] quale tipo che possono di loro moto adottare senza variazioni o con quelle che loro sieno suggerite dalle formatesi convinzioni; ma, in difetto di loro espressa volontà la presunzione che deve predominare sulla istruzione del giudizio arbitrale, è quella della libertà delle forme, purché forme vi esistano*».

ed oggi sicuramente non condivisibili, l'insegnamento dell'Autore deve essere inteso *cum grano salis*.

La convinzione che le norme regolanti il processo ordinario innanzi al giudice statale costituiscano uno *ius commune* che debba essere applicato, salvo deroghe, anche all'arbitrato, è poi ben presente in E. Ricci, che dedica un'intera parte della sua monografia sulla prova nell'arbitrato alle problematiche emergenti dall'applicazione residuale delle norme comuni al processo arbitrale²³.

La dottrina più recente sembra invece orientata per la prima delle soluzioni prospettate²⁴. Recentemente, affrontando direttamente il problema, si è sostenuto come vada escluso che «*l'applicabilità delle norme del c.p.c. debba imporsi come tale, con i caratteri di un residuale automatismo*²⁵», al più residuando la spazio per «*un mero richiamo analogico*»²⁶. Tuttavia non manca chi continua a commettere l'antico errore del Parrella²⁷.

²³ Cfr. E. RICCI, *op.cit.*, p. 73 ss.

²⁴ Cfr. C. CECHELLA, *op. cit.*, p. 159, il quale, analizzando la trattazione nell'arbitrato, osserva che «*il modello giurisdizionale costituisce niente più che una possibile alternativa alle libere determinazioni dell'autonomia delle parti o in mancanza degli arbitri*». Si veda anche G.F. RICCI, *art. 816*, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, Bologna, 2001, 258 ss. Secondo l'Autore citato «*il problema più delicato resta quello di vedere fin dove possono arrivare tali poteri (delle parti e degli arbitri) rispetto al modello generale del processo di cognizione offerto dal codice di procedura*». L'Autore afferma più avanti, in risposta a detto interrogativo che «*ogni riferimento al giudizio ordinario non solo non è previsto, ma non sembra neppure voluto dal legislatore*» e che «*la legge fissa come inderogabile [...] il solo rispetto del principio del contraddittorio*». Nonostante che si tratti di affermazioni da intendersi *de iure condito*, alla luce cioè della formulazione dell'art. 816 c.p.c., oggi art. 816 *bis*, c.p.c., che nella prospettiva adottata nel testo abbiamo dichiarato di voler prescindere, sembra implicito nelle parole dell'Autore, laddove si riferisce alla volontà del legislatore più che al suo disposto, che quanto affermato valga a prescindere dalla detta disposizione e discendere invece dalla collocazione che, all'interno del sistema, il legislatore ha voluto dare all'istituto arbitrale. Cfr. *amplius*, nello stesso senso, dello stesso A., a commento del nuovo art. 816 *bis*, *art. 816 bis*, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, 2^a ed., Bologna, 2007, 361 ss. Si veda inoltre A. FUSILLO, nota a App. Roma 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.* 1996, 317 ss, il quale, annotando una pronuncia della Corte d'Appello di Roma che sarà richiamata *infra* nel testo, critica l'interpretazione della corte di merito, che afferma l'applicabilità del codice di procedura civile ordinario in assenza di contrarie volontà espresse delle parti, prima dell'inizio del procedimento arbitrale o degli arbitri (che l'Autore ritiene a ragione voler significare che «*le norme del codice di rito sono [...] un corpus unitario, derogabile ad opera delle parti nell'arbitrato, ma che, mancando tale volontà di derogare, trova piena ed integrale applicazione nell'arbitrato*») sostenendo che: 1) non vi è alcuna norma del codice di rito da cui si recavi l'applicabilità delle norme dettate per il processo statale all'arbitrato, salva contraria volontà delle parti; 2) Data la formulazione dell'art. 816 c.p.c. «*occorre [...] risolvere i vari problemi che possono sorgere nel corso del processo arbitrale con la sola ed esclusiva guida del principio del contraddittorio e della natura contrattuale dell'arbitrato*» (321). Critico nei confronti della pronuncia del giudice di merito romano è anche L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale* in *Riv. arb.*, 2003, 675 ss., spec. p. 691. Ancora nel senso della non applicabilità residuale delle norme processuali ordinarie M. MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in G.FICHERA-M.MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 434.

²⁵ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, *cit.*, p. 691.

²⁶ L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 691. Sul punto, *amplius*, *infra*.

²⁷ Cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 166 che riguardo all'istruttoria afferma che «*non può porsi in dubbio che la legge regolatrice dei profili procedurali della istruttoria in un*

E' dunque opportuno indugiare su queste due opposte interpretazioni per capire la ragione di tale divergenza.

Due sono le possibili domande, ma la soluzione risiede in una sola delle risposte a tali quesiti, essendo l'altra una conseguenza necessaria della prima.

Ci si potrebbe infatti domandare perché le regole processuali vevoli innanzi al giudice statale debbano valere anche innanzi agli arbitri, salvo disposizione contraria, oppure, il che è equivalente ma non identico, perché innanzi all'arbitro non debbano valere, salvo disposizione contraria, le regole che valgono per la giustizia ordinaria.

Nella scelta della domanda ritengo stia anche la scelta della risposta, ed è dunque proprio la decisione in ordine al quesito da affrontare che risulterà determinante. Perché a seconda del quesito che si sceglie come materia di analisi già ci si pone da un punto di vista piuttosto che da un altro, ed i punti di vista sono – diametralmente opposti tra loro - 1) ritenere il processo arbitrale cosa diversa, salvo disposizione contraria, dal giudizio ordinario innanzi al giudice dello Stato;

arbitrato avente sede in Italia è il codice di procedura civile italiano». L'Autore tuttavia sembra non cogliere fino in fondo il problema dell'applicabilità delle norme processuali comuni all'arbitrato come problema generale e complessivo, affrontando la questione di volta in volta, per ogni singola norma, e sembrando preoccuparsi più della loro compatibilità con l'arbitrato più che della loro necessaria applicazione. L'idea della generale applicabilità delle norme del codice di rito appare essere sullo sfondo, ma non manca in alcuni casi un approccio ambiguo al problema, come per le norme dettate in materia di assunzione della prova testimoniale dagli artt. 244 – 257 c.p.c., che l'Autore sembra ritenere non applicabili *tout court*, ma in forza di un principio di ragionevolezza e razionalità (si veda sul punto p. 175). In ogni caso l'Autore sembra essere convinto dell'appartenenza al diritto sostanziale delle norme dettate in materia di prova dal codice civile, sul punto (*Id.*, 168). Sembra invece accogliere il punto di vista della necessaria distinzione, quanto all'applicazione della disciplina comune, tra principi cogenti e insopprimibili e norme dettate per scelta del legislatore, pur con la convinzione di fondo che ogni scostamento da queste debba trovare autonoma giustificazione F. DANОВI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 21 ss, il quale afferma che «*si evidenzia una possibile distinzione tra principi cogenti, insopprimibili e pertanto necessariamente applicabili all'arbitrato, malgrado qualsiasi differente (e contraria) volontà delle parti, e ulteriori principi, pur generali e comuni ma dotati di minore rilevanza a livello sistematico, sui quali viene pertanto a incidere la flessibilità che generalmente informa il modello arbitrale*» (*op. cit.*, 23). Ancora sulla residualità delle norme del codice di rito rispetto all'arbitrato, con particolare riferimento all'istruzione probatoria, cfr. R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 311; Nel senso che le norme probatorie dettate dal legislatore per il giudizio ordinario debbano essere recepite «*in guisa di jus commune*» per il procedimento arbitrale, «*benché nel designo dell'arbitrato racchiuso nel codice manchi una norma di rinvio espresso alle regole del processo civile ordinario*», F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., a cura di G. Verde, Torino, 2000, 197. Più dubitativo appare G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, 103 s., che tuttavia conclude nel senso della residualità della disciplina comune, anche se ammettendo che «*non è possibile dare una risposta certa*». Tuttavia l'Autore, dopo aver così concluso l'indagine sull'esistenza di uno *ius commune*, almeno per quanto riguarda il diritto probatorio, costituito dalle norme del codice civile e di procedura civile, «*scavalca*» la questione affermando che «*il vero problema è, tuttavia, un altro. Si tratta di vedere se le parti e gli arbitri possono derogare al modello dei codici e fino a quale punto*». Un errore di prospettiva, sembra di poter dire, poiché, come si è cercato di argomentare nel testo, se si parte dal concetto di derogabilità si è già deciso che le norme ordinarie costituiscono la disciplina di *default*.

2) ritenere, salvo contrarie disposizioni, il giudizio arbitrale equiparabile al giudizio ordinario innanzi a giudice dello Stato.

Dal primo punto di vista la domanda che verrà naturale farsi sarà la prima, dal secondo punto di vista la seconda, e questo non sembra necessiti di ulteriori dimostrazioni.

3. L'esatto rapporto tra le norme dettate per il giudizio ordinario e le regole del procedimento arbitrale: il rispetto dell'ordine pubblico processuale come unico limite al principio della libertà delle forme, in assenza di diversa disposizione di legge dettata in materia di arbitrato o di diversa volontà delle parti.

Ecco che la soluzione del problema sembra essere tutta nella teoria in ordine alla natura dell'arbitrato, il che certamente apre scenari di un'ampiezza e di una complessità che il presente lavoro non si può far carico di affrontare.

Così come è stato prospettato, infatti, il problema che ci si è proposti di risolvere sembrerebbe costringere a prendere posizione sull'annosa diatriba in ordine alla natura meramente contrattuale ovvero giurisdizionale dell'arbitrato, il che come detto trascende la finalità del presente lavoro. Al contrario, la soluzione può trovarsi solo tenendo conto degli approdi più sedimentati e pacifici della dottrina.

Non resta allora che esaminare, seppur succintamente, le diverse teorizzazioni che si sono susseguite, e che abbiamo accennate *supra*, § 1, per comprendere se da esse si può trarre un qualche spunto per la soluzione del problema.

Per prima cosa va rilevato come anche molti dei sostenitori delle teorie giurisdizionali²⁸ non hanno dubbi nel ritenere l'arbitrato fenomeno di natura privatistica²⁹.

Altro aspetto che trova ampio riscontro nella dottrina è che, rispetto ad un contratto di diritto comune, le manifestazioni di autonomia privata che si trovano in seno al fenomeno arbitrale non si differenziano per la natura degli atti ma per gli effetti³⁰.

²⁸ Di concezione integralmente giurisdizionale, seppur "*privatistica ne sia ovviamente la scaturigine*" parla C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 5a ed., Padova, 2006, 186. Critica l'idea che il potere degli arbitri derivi dalla legge ed abbia carattere giurisdizionale C.PUNZI, secondo il quale quel potere deriva direttamente e soltanto dalle parti, pur potendosi definire processo, "*svolgentesi con le garanzie del contraddittorio e della parità delle armi*". Cfr. C.PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche III*, Torino, 2008, 160 -162.

²⁹ Cfr. E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 14 ss.; C. CECHELLA, *op. cit.*, XV s. e 145 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 4a ed., Milano, 2007, p. 352 ss. *Contra* C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, secondo il quale, come detto nella nota precedente, il potere degli arbitri deriverebbe dalla legge, su cui, dello stesso Autore, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.* 2003, 241 ss, spec. 252.

³⁰ Il principio è espresso chiaramente da F.P. LUISO, *op. cit.*, p. 304, che afferma che, tra arbitrato e giurisdizione, sono «*gli effetti ad essere simili, non gli atti*».

Anche ad ammettere la natura giurisdizionale degli effetti del lodo arbitrale³¹, dunque, nessun dubbio che l'arbitrato sia fenomeno di natura privata³².

Dalla natura degli effetti, tuttavia, che, quanto al compromesso, coincidono con una rinuncia alla via giurisdizionale ordinaria, e, quanto al lodo, sono equiparabili³³ a quelli di una sentenza³⁴, emerge l'esigenza del rispetto delle regole di ordine pubblico processuale³⁵, ossia di quelle norme imprescindibili³⁶ mancando l'applicazione delle quali l'ordinamento non può accettare alcuna sostituzione della giustizia privata alla giustizia statale.

Secondo la miglior dottrina, una volta stabilita per questa via l'esigenza del rispetto dell'ordine pubblico processuale, primo tra tutti il principio del contraddittorio, si ha la conferma che «*l'iter di attività, in che l'arbitrato consiste, è un processo*»³⁷.

Il percorso argomentativo svolto, che, lo si ripete, ha toccato punti pacifici in dottrina, non esclude ma anzi conferma la natura essenzialmente privatistica dell'arbitrato.

Il «processo» viene in gioco solo e soltanto in relazione al rispetto dell'ordine pubblico, e anche se ciò è ritenuto a ragione sufficiente a far rientrare il procedimento arbitrale nella *species* del processo, non vi è dubbio che, salvo il rispetto di dette norme imprescindibili, l'arbitrato è regolato dall'autonomia dei privati.

E l'autonomia privata, per sua definizione, o meglio, ai sensi dell'art. 1322 c.c., è dominata dal principio di atipicità e non incontra alcun vincolo se non, appunto, il vincolo dell'ordine pubblico. La corrispondenza tra il limite all'autonomia privata

³¹ Abbiamo già detto che in questa sede non interessa prendere posizione sulla detta questione. Dimostrazione che la convinzione della natura giurisdizionale degli effetti del lodo non esclude la natura essenzialmente privatistica dell'istituto, fondato sull'autonomia privata si ha in C.CECHELLA, *op. cit.*, 147 ss. e 165 ss.

³² Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2004, 661 ss.; dello stesso Autore *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 1 ss.; P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss.; C.CECHELLA, *op. ult. cit.*, 147 ss.; G. RUFFINI, voce *arbitrato (dir.proc.civ.)*, *Il diritto enc. giur.*, Milano, 2008, 554; C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 160 ss.

³³ Qui non interessa se lo sono *ab origine* o per effetto del riconoscimento da parte dello Stato con il decreto di *exequatur*, anche se a seguito delle riforme del 1994 e del 2006 non sembrano esservi dubbi sulla prima soluzione, rimanendo l'*exequatur* una formalità necessaria solo ai fini esecutivi.

³⁴ Ciò vale ovviamente solo per l'arbitrato rituale. Per l'arbitrato irrituale la dottrina favorevole alle teorie processuali, benché per detto tipo di arbitrato gli effetti non siano affatto equiparabili a quelli della giurisdizione ordinaria ma si mantengono sul piano dell'autonomia privata, ritiene che il giudizio debba comunque rispettare le regole dettate dall'ordine pubblico processuale, in quanto, essenzialmente, anche con il compromesso per arbitrato irrituale si ha una rinuncia alla via giurisdizionale ordinaria.

³⁵ Cfr. E. FAZZALARI, *op. cit.*, 54 ss.; Si veda sul punto anche F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 305, che ricollega l'esigenza del rispetto dell'art. 24 Cost. alla rinuncia alla tutela giurisdizionale; L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, Torino, 2004, 156;

³⁶ Sul concetto di ordine pubblico processuale si tornerà *infra*, cap. 2.

³⁷ E. FAZZALARI, *op. ult. cit.*, 51; *Id.*, sub art. 816, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 102.

nella determinazione del diritto sostanziale ed il limite alla tutela privata di dette situazioni (ordine pubblico sostanziale, il primo, ordine pubblico processuale, il secondo) già è stata messa in evidenza in dottrina³⁸. Riprendendo l'insegnamento di Satta sul fondamento del fenomeno arbitrale, poi, si è autorevolmente sostenuto che *«lo spazio sociale, nel quale non ha ragione d'essere il monopolio statale del diritto, è quello in cui non è coinvolto un interesse primario dello Stato. E' uno spazio di autonomia privata, che resta tale perché non nasconde alcun pericolo per il pubblico, per quei principi e quelle norme che vengono ricompresi nella formula «ordine pubblico»*³⁹.

Ecco che, rispondendo così all'interrogativo circa quale dei quesiti sopra indicati debba trovar risposta, viene da chiedersi per quale ragione ed in quali limiti le regole processuali valedoli innanzi al giudice statale debbano valere anche innanzi agli arbitri. La ragione è una e una soltanto: per il rispetto e nei limiti delle norme che garantiscono il rispetto dell'ordine pubblico processuale, imprescindibile anche nel giudizio arbitrale.

Ma allora è evidente che le uniche norme processuali che, salvo disposizione contraria della legge speciale dell'arbitrato o delle parti, gli arbitri dovranno applicare anche al giudizio arbitrale sono quelle appartenenti all'ordine pubblico processuale, ancorché la loro applicazione sia sufficiente a qualificare il «procedimento» arbitrale come «processo».

Alla stessa conclusione si giunge analizzando il problema dal punto di vista delle fonti del diritto: se l'arbitrato è espressione dell'autonomia privata, non può essere contestato che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., *«le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalle legge»*. Salvi, dunque, i limiti derivanti dai superiori principi dell'ordine pubblico (limite all'autonomia privata desumibile dallo stesso art. 1322 c.c, secondo comma, che impone che il contenuto del contratto sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico), l'imposizione di forme processuali determinate deve derivare, espressamente, dalla legge.

Ma, come vedremo dall'analisi del diritto positivo, salve alcune disposizioni speciali (che tra l'altro, per quanto qui interessa, solo incidentalmente riguardano la prova), la legge non impone affatto la generale osservanza delle norme del codice di rito, ma anzi codifica il principio della libertà delle forme.

³⁸ C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 23 ss.

³⁹ C. PUNZI, *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim dir e proc civ.* 2002, 749 ss.

4. *L'esame del diritto positivo: dall'art. 17 c.p.c. 1865 all'art. 816 bis c.p.c., come risultante dalla novella del 2006*

L'esame del diritto positivo non darà che una conferma di quanto abbiamo concluso anche prescindendo da esso.

Si deve però premettere che, almeno a prima vista, questo è vero solo esaminando la disciplina attuale, il che, apparentemente, risulta essere una contraddizione in termini. Se ciò che si è detto è desumibile dalla stessa natura dell'arbitrato, come spiegare che la legge, in un determinato tempo storico, ha affermato l'esatto contrario, attribuendo al codice di rito carattere di disciplina residuale rispetto alla regolamentazione del giudizio arbitrale? In realtà la contraddizione è solo apparente, perché, come abbiamo già affermato, l'approdo cui si è giunti è ciò che si ritiene dovrebbe concludersi in difetto di contrarie disposizione di legge, da intendersi ovviamente come disposizioni dettate in materia di arbitrato. Ciò secondo il rapporto tra autonomia privata e legge statale, in base al principio sopra richiamato ed espresso nel nostro ordinamento dall'art. 1322, comma 1, c.c.

Ma andiamo con ordine.

Il codice di procedura civile del 1865 disciplinava il procedimento arbitrale così disponendo (art. 17 c.p.c.): *«gli arbitri non sono tenuti di osservare le forme e i termini stabiliti per l'istruzione delle cause davanti all'autorità giudiziaria. – Le parti possono convenire altrimenti. In questo caso, gli arbitri devono attenersi alle forme ed ai termini specificamente indicati nel compromesso. – Nel silenzio delle parti, o quando esse abbiano dichiarato che gli arbitri si attengono alle regole della procedura senza averle specificate, gli arbitri stessi stabiliscono i termini e il metodo del procedimento»⁴⁰*.

Dunque la disciplina del processo arbitrale, pur con l'affermazione della libertà delle parti e, in loro difetto, degli arbitri, di determinarne le regole, era dettata a partire dal suo rapporto con il giudizio ordinario⁴¹.

In realtà quel riferimento al codice di procedura, letto in chiave storica, si rivelava come la reazione alla codificazione francese, che stabiliva, invece, che gli arbitri avrebbero dovuto seguire le forme ordinarie se le parti non avessero previsto diversamente⁴².

⁴⁰ Cfr. G. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905, 143

⁴¹ Cfr. A. FUSILLO, *cit.*, 320.

⁴² Il *Code de procédure civile* allora, all'art. 1009 stabiliva che *“les parties et les arbitros suivront, dans la procédure, les délais et le formes établies par les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues”*. Sul punto M. AMAR, *op. cit.*, 171 ss., che descrive che le prime esperienze che si sono discostate da tale modello, seguite poi dal codice civile italiano del 1965, ossia i codici ginevrini, parmense e sardo. Sul punto si veda anche, più recentemente, A. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale in Noviss. Dig. It.*, I, 1957, 885 s.

E non è un caso che Salvatore Satta commentasse la norma affermando che «*si tratta qui della più assoluta libertà concessa all'arbitro nella formazione del materiale della causa*⁴³».

Il legislatore del 1940 ha eliminato qualsiasi riferimento al codice di procedura civile, abbracciando senza ambiguità il principio di libertà delle forme, e si è giustamente osservato che, da un'esegesi storica della norma, non si può che ritenere che il procedimento arbitrale segua regole proprie del tutto distinte da quelle ordinarie⁴⁴.

La formulazione dell'originario art. 816 c.p.c. non era di molto dissimile rispetto alla prima parte dell'attuale art. 816 *bis*.

Tuttavia, fino al 1994, tale disposizione era l'unica dettata in materia di svolgimento del processo arbitrale.

Con le successive riforme del 1994 e del 2006 il «nocciolo» di quella norma, ossia l'affermazione del principio della libertà delle forme e della possibilità per le parti di stabilire le regole del procedimento, fermo restando l'obbligo di concedere idonei termini a difesa, è rimasto pressoché invariato.

Le due riforme hanno tuttavia aggiunto tutta una serie di norme regolanti lo svolgimento del processo e l'istruttoria, e che saranno nel proseguimento del lavoro trattate quali disposizioni speciali dettate in materia arbitrale e costituenti, per volontà del legislatore, un limite alla libertà delle forme.

Già con la novella del 1994, introdotta con la L. 5 gennaio 1994, n. 25⁴⁵, era stato, ad esempio, inserito l'art. 819 *ter*, che abilitava gli arbitri ad assumere presso di loro le testimonianze⁴⁶ ma che anche li autorizzava ad assumerla chiedendo al testimone di fornire per iscritto le risposte ai quesiti formulati.

E dopo la novella del 1994 molti sono stati gli Autori ad occuparsi dello svolgimento del processo arbitrale, stimolati proprio dal nuovo e più ricco dato normativo⁴⁷.

Ma senza dubbio è la riforma del 2006⁴⁸ ad aver completato l'opera, con una disciplina organica ed articolata, seppur ancora limitata a solo alcuni aspetti, che,

⁴³ Cfr. S.SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 35; conf. A. AMAR, *op. cit.*, 170 s.

⁴⁴ A. FUSILLO, *op. cit.*, 320.

⁴⁵ Sulla quale si veda, per un commento sistematico, G. TARZIA – R. LUZZATO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995.

⁴⁶ Inciso criticato quasi unanimemente dalla dottrina in quanto ritenuto superfluo.

⁴⁷ Cfr. su tutti C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 213 ss; si veda anche C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 646 ss.; E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 1 ss.

⁴⁸ La genesi della riforma è dovuta al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante «Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica delle procedure concorsuali», poi convertito con modifiche nella L. 14 maggio 2005, n. 80, il cui art. 1, comma 2, che conteneva la delega al governo per la riforma dell'istituto arbitrale. La riforma è stata attuata

come da qualcuno è stato notato, con riguardo alle norme sull'istruzione probatoria in particolare, riguardano la procedura in senso stretto⁴⁹.

Ci occuperemo in seguito, come detto, di tali norme, nei limiti in cui esse interessano la nostra materia, ossia il diritto probatorio, fissando sin da subito, tuttavia, il concetto che la normativa dettata in materia di svolgimento del giudizio arbitrale non è necessariamente inderogabile. In altre parole, anche quando andremo ad esaminare i limiti espressamente dettati dal legislatore dell'arbitrato alla libertà delle forme (per i quali è del tutto estranea la problematica sinora affrontata e relativa alla applicazione delle norme del codice di rito dettate per il giudizio ordinario come disciplina residuale), ci dovremo chiedere se quei limiti sono o meno derogabili per volontà delle parti o degli arbitri. La questione è stata recentemente affrontata in modo sistematico da un illustre sostanzialista⁵⁰.

Tornando a ciò che al momento interessa, ossia il principio di libertà delle forme e le sue conseguenze in ordine al rapporto tra arbitrato e norme del codice di rito, l'attuale art. 816 bis dispone che *«le parti 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 e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»*.

Rispetto all'originaria formulazione dell'art. 816, comma 2, c.p.c, l'unica differenza di rilievo è l'esplicito richiamo al principio del contraddittorio⁵¹, prima desumibile in via interpretativa dal riferimento ai termini concessi ai litiganti per presentare documenti e memorie e per esporre le repliche (art. 816 bis, comma 1, c.p.c⁵²).

Appare allora evidente che la legge non fa che rendere esplicito ciò che già era desumibile dal sistema, secondo la prospettazione sopra descritta: le parti, ed in loro difetto gli arbitri, nell'esercizio della loro autonomia, potranno determinare a

con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recante «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».

⁴⁹ Cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 164, il quale afferma come *«trattasi di norme procedurali nel senso più tecnico e, ci si perdoni la parola, limitato del termine»*.

⁵⁰ Cfr. G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.* 2006, 423 ss.

⁵¹ Su cui cfr., *amplius, infra*.

⁵² Riguardo alla nuova formulazione e alla sua applicazione alla materia istruttoria, si è correttamente affermato che *«questa formula include in sostanza anche quel che più specificamente era detto nel testo previgente, statuito che gli arbitri «debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per ... presentare documenti»*. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 164.

loro piacimento le regole da seguire nel processo arbitrale, a condizione che venga rispettato il principio del contraddittorio e, si deve comunque desumere dal sistema per quanto sopra detto, il rispetto degli altri principi di ordine pubblico processuale. A ben vedere forse poco cambierebbe se l'art 816 *bis* non esistesse.

Ritengo in questo modo che siano superate le obiezioni di chi ha sostenuto che la libertà delle forme, almeno rispetto agli arbitri, debba intendersi limitata alle norme strettamente processuali, quelle, per intendersi, relative al «*regime degli atti propulsivi del procedimento*», essendo ciò desumibile dal riferimento del codice di procedura civile (originariamente art. 816, comma 2, dopo la novella del 1994 art. 816, comma 3, oggi art. 816 *bis*) che sul punto è rimasto invariato nonostante gli interventi riformatori, allo «svolgimento del giudizio», che non avrebbe lo stesso dominio del «diritto processuale⁵³».

Tale tesi, infatti, ha un senso soltanto se si ritiene che il diritto processuale civile comune costituisca una disciplina residuale rispetto alla regolamentazione dettata in materia di arbitrato, e che l'(odierno) art. 816 *bis* rappresenti una deroga a detta residualità, ciò che abbiamo escluso per i motivi esposti.

Ad opposta conclusione, invece, si deve giungere se il legislatore stabilisse che le norme del codice di procedura costituiscano la disciplina da applicare all'arbitrato

⁵³ Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 74. Peraltro si tratta di un'interpretazione che non ha trovato decise conferme nella dottrina successiva. Per una sua applicazione si veda F. DANOVI, *op. cit.*, 25, che dopo aver chiarito che l'art. 816 *bis* riguarda le «regole circa il *modus procedendi* del giudizio», e che ciò induca a «domandarsi quali siano in concreto le relative modalità di azione e di estrinsecazione, [...]con specifico riferimento ai principi in tema di prova» analizzando, come ragione di discriminare per l'applicazione o meno della disposizione ai principi di diritto delle prove, il problema del carattere processuale o sostanziale di quello, sembra dar rilievo alla distinzione terminologica tra «svolgimento del giudizio», che costituirebbe l'oggetto della libertà degli arbitri, e norme del procedimento, che invece costituirebbe l'oggetto della libertà delle parti, considerando il primo limitato alle «regole di mera tecnica processuale»; analogamente D. GIACOBBE, *La prova*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 739. Non danno peso, invece, a tale diversità terminologica, LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 115. L.P.COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, cit., 682 ss.; dello stesso Autore *Le prove civili*, cit., 162; G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., a cura di G. VERDE, Torino, 2000, 163 s., il quale individua come unico limite ulteriore del potere degli arbitri rispetto alla libertà delle parti di determinare le regole processuali quello desumibile dall'art. 829, n. 7, c.p.c., e su cui *infra*, nel testo. Parla in modo espresso, riguardo alla libertà degli arbitri, di determinazione delle regole processuali, così dimostrando di superare l'impasse dovuto alla distinzione tra «norme del procedimento» e «svolgimento del giudizio» C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 148 s., che tuttavia individua un elemento di differenziazione nell'estensione delle due diverse «autonomie», quella delle parti e quella degli arbitri, nel riferimento codicistico, solo per la seconda, all'«opportunità» («nel modo che ritengono più opportuno»), da cui l'Autore deduce una restrizione dell'ambito dell'autonomia degli arbitri «in coerenza con il rapporto di mandato», nel senso che gli arbitri «esercitano in realtà un potere discrezionale, perché vincolato alla finalità che è quella, attraverso il giudizio finale, di rendere giustizia». Dello stesso tenore R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 302 ss., che riguardo all'autonomia degli arbitri pure si riferisce alla determinazione delle regole del processo arbitrale e pure ne sottolinea la natura di «*dovere discrezionale*». Sulla differenza di disciplina, invece, con riguardo al disposto dell'art. 829 c.p.c., si veda *infra*.

salvo diversa convenzione. Così non essendo, dovrebbe in ogni caso concludersi per la «normalità» della libertà delle forme, per tutto quanto detto.

Gli arbitri, come accennato, nell'esecuzione del mandato loro conferito potranno essi stessi determinare le regole del procedimento, al fine del miglior svolgimento del mandato stesso ed in assenza di indicazioni delle parti sulle regole del procedimento. La norma è dunque specificazione in materia arbitrale dell'art. 1710 c.c., che impone al mandatario⁵⁴ di esercitare il mandato secondo la diligenza del buon padre di famiglia. Dunque anch'essa è espressione di autonomia privata; autonomia delle parti nella nomina dell'arbitro ed adempimento degli arbitri al mandato conferito attraverso, quando occorre, scelte discrezionali ispirate alla buona esecuzione del mandato stesso⁵⁵ ma comunque espressione del principio della libertà delle forme⁵⁶.

Non si comprende, dunque, per quale motivo, rispetto alla facoltà delle parti di determinare le regole del processo, dovrebbe ritenersi «*decisamente più limitato, invece, il ruolo degli arbitri, ai quali può essere riconosciuto il potere di dettare unicamente regole di mera tecnica processuale*⁵⁷».

Al contrario, il principio della libertà delle forme deve essere riferito proprio agli arbitri, in quanto mandatari delle parti per la risoluzione della controversia: la predeterminazione delle regole del processo, da parte delle parti o da parte degli arbitri stessi⁵⁸, non è altro che un limite di natura pattizia a quella libertà.

Le uniche differenze tra la facoltà di regolamentazione delle parti e quella degli arbitri stanno nel fatto che solo alle parti è concesso di porre regole da osservare sotto pena di nullità, con la conseguenza che la loro violazione rende il lodo impugnabile, secondo quanto desumibile dall'art. 829, comma 1, n. 7), c.p.c.; e che solo alle parti è imposto di fissare le regole del procedimento con atto scritto

⁵⁴ Sulla configurazione del rapporto tra arbitri e parti si veda su tutti C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 95 ss.

⁵⁵ Si veda sul punto C. CECHELLA, *op. ult. cit.*, 148 ss.

⁵⁶ La regolamentazione disposta dagli arbitri costituirà limite al loro stesso potere di determinare le regole del procedimento, secondo il principio della libertà delle forme, ogniqualvolta quelle regole saranno dagli arbitri preventivamente determinate. Tuttavia la previa determinazione non è ritenuta necessaria, potendo gli arbitri determinare le regole in occasione del compimento di ciascun atto (cfr. *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, cit., p. 2670; La China, *op. cit.* p. 73) né appare richiesta un'espressa enunciazione (G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 263). Conf. anche C.PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 476. *Contra*, nel senso che gli arbitri debbano fissare *ab initio* le regole del processo cfr. FAZZALARI, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 106 nonché dello stesso autore *Sulla «libertà di forme» del processo arbitrale* in Riv arb. 1999, p. 637. *Contra* anche C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., p. 149; R. Marengo, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 303.

⁵⁷ F.DANOVI, *op. cit.* 2008, 26. Un argomento, che abbiamo già criticato, è senz'altro quello letterale sottolineato dal RICCI, su cui cfr. *supra*, nota 49.

⁵⁸ Occorre, lo si ripete, distinguere il caso in cui gli arbitri predeterminano le regole del giudizio da quello in cui, pur nel rispetto delle regole dettate dall'ordine pubblico processuale, conducano il giudizio senza tale predeterminazione. Cfr. due note *supra*.

anteriore all'inizio del procedimento⁵⁹. Ma tale scelta del legislatore niente aggiunge circa il contenuto della facoltà di regolamentazione, attenendo, al contrario, ai profili del rilievo dei vizi per mancata osservanza di quelle regole e della forma e dei limiti temporali per la loro determinazione.

5. *L'interpretazione della giurisprudenza e della dottrina: conferma che le norme del codice di rito non costituiscono la disciplina residuale del giudizio arbitrale:*
a) *la giurisprudenza*

La giurisprudenza ritiene ammissibile, e perfettamente compatibile con l'arbitrato rituale, che le parti esonerino gli arbitri da ogni formalità di procedura⁶⁰, fermo restando il rispetto del principio del contraddittorio. Che lo si voglia definire ordine pubblico processuale o giusto processo, ad ogni modo⁶¹, detti principi superiori, desumibili dall'ordinamento processuale, sono considerati, anche *de iure condito*, gli unici limiti al generale principio della libertà delle forme, oltre a quelli derivanti da espresse disposizioni di legge o dalla volontà delle parti o degli arbitri, di cui ci occuperemo nel prossimo paragrafo.

Il principio di libertà delle forme, anche nel silenzio delle parti, è stato poi ripetutamente affermato, relativamente ai diversi aspetti della procedura arbitrale. Innanzi tutto vi è una copiosa ed unanime giurisprudenza che esclude in materia arbitrale, in difetto di diversa volontà delle parti, che gli arbitri siano tenuti a fare applicazione delle norme del codice di rito sulle preclusioni processuali. Al contrario, questi possono consentire alle parti di modificare ed ampliare le iniziali domande senza possibilità di evocare le disposizioni del codice di procedura, purché sia osservato il principio del contraddittorio⁶². Si rinvengono poi numerose

⁵⁹ Sul fatto che parte della dottrina ritiene che ciò debba valere anche per gli arbitri per ragioni di rispetto del principio del contraddittorio si veda *infra* nel testo e nelle note. Sulla *ratio* della norma riferita alle parti, nel senso che gli arbitri devono essere a conoscenza, sin dal momento dell'accettazione dell'incarico, dell'ambito e degli esatti limiti del compito che sono chiamati a svolgere si veda D. GIACOBBE, *Il procedimento arbitrale*, in D. GIACOBBE-E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 107.

⁶⁰ Cfr. Cass. 26 maggio 1965, n. 1062, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1556, secondo la quale «il conferimento di potere di decidere come amichevoli compositori e senza l'osservanza delle norme procedurali è un elemento non incompatibile con l'arbitrato rituale e quindi insufficiente da solo ad individuare l'arbitrato irrituale».

⁶¹ In questo momento ritengo poco proficuo affannarsi per fissare con maggior precisione il concetto di ordine pubblico processuale o di giusto processo. Senza dubbio è corretta l'osservazione che le definizioni generali spesso sono fallaci, e proprio per questo, quando sarà il momento di confrontare tali concetti con il diritto probatorio, tenteremo di darvi una più precisa collocazione.

⁶² Cfr. tra le ultime Cass. 7 febbraio 2007, n. 2717 in *Mass. Giur. It.* 2007; Cass. 3 maggio 2004, n. 8320, in *Dvd e cd Rom Foro It* 1987-2004; si vedano anche Cass. 4 luglio 2000, n. 8937; Cass. 16 giugno 2000, n. 8231 in *Cd Rom Foro It.* 1987-2000, che precisa che il contraddittorio «si riferisce essenzialmente al momento di chiusura della trattazione»; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1608 in *Cd Rom Foro It.* 1987-2000; Cass. 14 febbraio 2000, n. 1620 in *Cd Rom Foro It.* 1987-2000; Cass. 13 luglio 1994, n. 6579, in *Rep. Foro It.*, 1994; Cass. 7 dicembre 1993, 12517 in *Mass. Foro It.* 1993. Secondo Cass. 17 gennaio 1985, n. 107, in

pronunce che attribuiscono contenuto alla generale affermazione di detto principio. Il riferimento più frequente è alla formulazione dell'art. 816, comma 4, c.p.c., precedente all'ultima novella (e, prima della novella del 1994, all'equivalente art. 816, comma 3, c.p.c.), ossia è unanime l'affermazione che gli arbitri debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti ed esporre le loro repliche⁶³. Altre pronunce aggiungono, affinché sia rispettato il contraddittorio,

Rep. Foro It., 1985, voce *Arbitrato*, n. 83, l'accettazione del contraddittorio su domande nuove proposte nel corso del procedimento può avere luogo in modo implicito. Ancor più copiosa le decisioni dei collegi arbitrali pubblicate, cfr. Arb. Roma 26 febbraio 2002 in *Arch. giur. oo.pp.*, 2002, 168; Conf. Arb. Roma 18 maggio 2000 in *Arch. giur. oo.pp.* 2000, 1364, che espressamente esclude l'applicazione del regime delle preclusioni all'arbitrato; Arb. Roma 26 febbraio 1998, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2000, 129; Arb. Roma 19 maggio 1998 in *Arch. giur. oo.pp.* 2000, 286; Coll. Arb. Roma 1° agosto 1996 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, 1003 ss.; Coll. Arb. Roma 17 luglio 1996 in *Arch. giur. oo.pp.* 1998, 908 ss. secondo il quale «nel giudizio arbitrale non occorre osservare imprescindibilmente le forme della procedura ordinaria»; Coll. Arb. 11 maggio 1993 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1994, 1323 ss.; Coll. Arb. 22 maggio 1992 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1993, 445; Coll. arb. 6 giugno 1991 in *Arch. giur. oo.pp.* 1992, 278.; Coll. arb. 11 luglio 1991 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1992, 1059 ss.; Coll. arb. Torino 22 dicembre 1992 in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 487, che afferma come nel giudizio arbitrale la *mutatio libelli* sia consentita con maggiore elasticità rispetto al giudizio ordinario. Oltre al contraddittorio si fa riferimento alla «*par condicio*» delle parti in Coll. arb. 24 aprile 1990 in *Arch. giur. oo.pp.* 1991, 1359; cfr. anche Coll. arb. 9 ottobre 1986 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 1155; Coll. arb. 21 luglio 1984, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 996. Circa la ripercussione della libertà delle forme sul principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, alla cui osservanza gli arbitri non sono tenuti, nei limiti del rispetto del principio del contraddittorio cfr. Coll. arb. 12 febbraio 1985 in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 111; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.* 1984, 620; Coll. arb. 27 settembre 1983, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 635; Coll. arb. 23 dicembre 1978 in *Arch. giur. oo. pp.*, 1979, III, 21; si veda anche Coll. arb. 15 ottobre 1979 in *Arch. giur. oo. pp.*, 1979, III, 502, che confermando l'impostazione che si è sposata nel testo afferma che «l'arbitrato, per sua intima natura, è improntato a libertà d forme e non tollera rigide preclusioni, sempre che sia rispettata l'inderogabile esigenza del contraddittorio»; Coll. arb. Roma 15 giugno 1967 in *Arbitrati e appalti*, 1970, 41; cfr. anche Coll. arb. Roma 1 luglio 1967, in *Arbitrati e appalti*, 1970, 49, secondo cui è ammessa nell'arbitrato la *mutatio libelli* ma a patto che tra la nuova domanda e quella originaria vi sia «un minimo di correlazione». *Contra*, nel senso della tardività della richiesta contenuta nella memoria conclusionale ma che non risulta contenuta nell'atto introduttivo cfr. Coll. arb. 28 febbraio 1984, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1984, 1435; Coll. arb. 29 marzo 1979, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1979, I, 145, che limita la possibilità di *mutatio* a mere precisazioni e la subordina comunque al fatto che la controparte «mostri di accettare il contraddittorio»; sull'onere di proporre le eventuali domande nuove prima della costituzione del collegio cfr. Coll. arb. Roma, 30 maggio 1967, in *Arbitrati e appalti*, 1969, 103. In giurisprudenza, sulla implicita affermazione dell'applicazione residuale all'arbitrato delle norme del codice di rito cfr. Cass. 25 giugno 1979, n. 3523 in *Giust. civ.*, 1979, I, 1862, secondo cui «il patto secondo cui gli arbitri debbano decidere secondo equità riguarda il contenuto della decisione e non le regole del processo: esso pertanto non può essere interpretato come dispensa data agli arbitri di seguire le norme del codice di rito». In dottrina, sulla non necessaria applicazione delle regole processuali ordinarie, ad esempio con riferimento alla normativa sulla costituzione in giudizio si veda G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 362, il quale, tuttavia, afferma che la libertà degli arbitri non possa arrivare sino «ad escludere od abolire tutte e prescrizioni generali che governano la giustizia civile», e che dunque quella libertà incontra dei limiti ulteriori rispetto al solo principio del contraddittorio. Non interessa approfondire ulteriormente l'argomento, se non con riguardo alle norme ed ai principi di diritto probatorio, su cui *infra*.

⁶³ Cfr. tra le più recenti Cass. 21 settembre 2004, n. 18918 in *Mass. Giur. It.*, 2004; si veda anche Cass. 19 febbraio 2003, n. 2472 in *Foro It.*, 2003, I, 746. Per precedenti nelle pronunce rese in sede arbitrale e pubblicate cfr. Coll. arb. 27 aprile 1993, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1994, 1296; cfr. anche Cass. 19 agosto 1983, n. 5408 in *Rep Foro It.*, 1983, voce *Arbitrato*, n. 92; Cass. 18 marzo 1981, n. 1595, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1981, II, 102; Cass. 4 maggio 1981, n. 2702 in *Rep Foro It.*, 1981, voce *Arbitrato*, n. 94. Non sono tuttavia, in un non recente passato, mancate pronunce che, a dispetto del dato letterale, con interpretazione senza dubbio restrittiva e limitativa del principio del contraddittorio, hanno affermato che «in materia di arbitrato, la prescrizione dell'art. 816, 3° comma, c.p.c., richiede solo che si assicuri in modo idoneo il contraddittorio delle parti; pertanto non è indispensabile, a tal fine, che vengano assegnati termini per

che le parti devono essere messe in condizione di prendere visione in tempo utile delle istanze e delle richieste avversarie⁶⁴.

Il principio di libertà delle forme è stato affermato da precedenti di giurisprudenza e da pronunce rese in sede arbitrale anche con riguardo alla forma dell'atto introduttivo⁶⁵ e delle domande in genere⁶⁶, mentre si è esclusa, nell'arbitrato, la necessità di far precisare le conclusioni in apposita udienza⁶⁷. È stato altresì affermato che «nel procedimento davanti agli arbitri non esiste un fascicolo d'ufficio che abbia analoga funzione di quello previsto nel procedimento avanti l'autorità giudiziaria ordinaria dagli art. 168, 347 e 359 c.p.c.⁶⁸» e che non costituisce motivo di nullità l'omessa verbalizzazione dell'attività istruttoria⁶⁹.

Con riferimento all'istruttoria, che a noi particolarmente interessa, il rispetto del contraddittorio come limite al generale principio di libertà delle forme è stato più volte affermato. Deve dunque essere dato modo alle parti di conoscere le prove fornite dalla controparte e di poter replicare⁷⁰. Lo stesso principio è stato

presentare documenti e memorie, purché, con altre modalità, l'arbitro abbia provveduto a mettere le parti in condizione di presentare le loro osservazioni o di fare le richieste ritenute opportune» (Cass. 22 novembre 1974, n. 3760, in *Rep. Foro It.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 26). Ancor più estremo un altro precedente, che nega addirittura carattere cogente al principio del contraddittorio, sulla base del fatto che la violazione del disposto dell'(allora) art. 816, comma 3, c.p.c. non costituirebbe motivo di nullità del lodo perché la disposizione non detta una condizione per la sua validità, pur temperando l'affermazione in senso analogo alla pronuncia ultima richiamata (cfr. Cass. 23 novembre 1973, n. 3171 in *Giust. civ.*, 1974, I, 437). Secondo Cass. 4 febbraio 1972, n. 269, in *Rep. Foro It.*, 1972, voce *Arbitrato*, n. 42, si è fuori dal campo di applicazione del principio del contraddittorio «quando risulti che l'istruttoria si sia svolta solo su questioni ben isolate rimaste estranee al processo formativo de lodo e che quest'ultimo sia fondato sulla risoluzione di questioni diverse dibattute tra le parti».

⁶⁴ Cfr. Cass. 27 ottobre 2004, n. 20829 in *Guid. dir.*, 2004, 47, 56; Cass. 2 febbraio 2001, n. 1496, in *Mass. Giur. It.*, 2001; si segnala poi, se non altro per la sua peculiarità, un precedente della giurisprudenza di merito secondo cui «riguardo al giudizio arbitrale non può configurarsi un motivo di nullità per la violazione dell'art. 816 c.p.c. se il contraddittorio sia realizzato nei suoi momenti essenziali, pur con forme e modalità diverse dalla discussione orale [...]. La normale speditezza dei procedimenti arbitrali impone, per ogni attività processuale, termini più ristretti di quelli normalmente concessi nei giudizi ordinari» (App. Roma, 23 maggio 1977 in *Foro pad.*, 1977, I, 202).

⁶⁵ Cfr. Cass. 21 luglio 1978, n. 3622 in *Rep. Foro It.* 1978, voce *Arbitrato*, n. 43; tra i precedenti in sede arbitrale Coll. arb. 5 ottobre 1989 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1991, 570, che ha affermato che l'atto introduttivo del giudizio arbitrale è soggetto ad un'interpretazione molto più elastica dell'art. 163 c.p.c. Sulla *mutatio libelli* si veda anche Coll. arb. 6 febbraio 1990 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1991, 635; Cfr. anche Coll. arb. 7 luglio 1986, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 619; Coll. arb. 13 giugno 1985 in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1215; Coll. arb. 3 luglio 1984, in *Arch. giur. oo. pp.*, 876. Si registra per la verità un'isolata pronuncia di segno contrario, che ritiene che le norme del codice di rito debbano trovar necessaria applicazione al processo arbitrale se non vi è contraria volontà delle parti o esplicita disposizione del collegio arbitrale che chiarisca le diverse norme che intenda applicare, cfr. App. Roma 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.*, *cit.*

⁶⁶ Cfr. Coll. arb. 9 gennaio 1993, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1994, 401;

⁶⁷ Cass. 10 novembre 1999, n. 12543, che esclude che nell'arbitrato debba esservi necessariamente un'udienza di precisazione delle conclusioni

⁶⁸ Cass. 3 ottobre 1972, n. 2838, in *Rep. Foro It.*, 1972, voce *Arbitrato*, n. 43.

⁶⁹ Cfr. Cass. 8 ottobre 1969, n. 3212 in *Rep. Foro It.*, 1969, n. 68. Ma, sul punto si veda anche *infra*, cap. 3, § 4.

⁷⁰ Cfr. Cass. 27 ottobre 2004, n. 20829 in *Guid. dir.*, 2004, 47, 56; App. Napoli, 11 febbraio 1991 in *Giust. civ.*, 1992, I, 532; Riguardo ai precedenti in sede arbitrale cfr. Coll. arb. 27 aprile 1993 in *Arch. giur. oo.pp.*, 1994, 1296; per un'applicazione del principio anche nell'arbitrato irrituale cfr. Cass. 5 marzo 1992, n. 2650

ulteriormente precisato dalla Corte di Cassazione, che ha affermato la violazione del principio del contraddittorio allorché gli arbitri non mettano le parti «*in condizione di conoscere i risultati dell'attività istruttoria svolta e di articolare le proprie difese in relazione ad essa, attraverso la discussione dell'eshaustività e della valenza probatoria dei medesimi in correlazione con le rispettive domande ed eccezioni*»⁷¹.

La giurisprudenza esalta dunque il principio della libertà delle forme, con l'unico limite esplicito costituito dal rispetto del principio del contraddittorio, e non mancano pronunce che, pur riferendosi al contraddittorio, ne chiariscono le ragioni dell'inderogabilità in quanto principio di ordine pubblico processuale⁷².

Vi sono poi pronunce che affermano espressamente che libertà delle forme significa che estranea all'arbitrato è l'applicazione delle norme del codice di rito, a meno che le parti non la impongano agli arbitri o questi non decidano in tal senso, con la possibilità, in ogni caso, di determinare le regole del procedere durante lo svolgimento del processo, a prescindere quindi dall'adozione di un regolamento anteriore al suo inizio⁷³. Niente vieta agli arbitri, di fronte al silenzio delle parti, di

in *Riv. arb.* 1993, 48, con nota di E. FAZZALARI; Trib. 14 maggio 1985, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2041.

⁷¹ Cass. 12 aprile 2001, n. 5498 in *Foro It.*, 2001, I, 2524; Conf. Cass. 16 maggio 2000, n. 6288 in *Mass. Giur. It.*, 2000. In senso restrittivo, nel senso che la violazione del contraddittorio sulla prova rilevi solo quando incida su fatti e circostanze «*dal cui esame critico è scaturita la ratio decidendi*» cfr. Cass. 9 dicembre 1974, n. 4114 in *Rep Foro It.*, 1974, voce *Arbitrato*, n. 28. Esclude del tutto il contraddittorio nella formazione della prova Cass. 22 ottobre 1970, n. 2095, in *Foro It.*, 1970, I, 2683, secondo la quale non comporta vizio di nullità la mancata trasmissione alle parti del verbale di un'ispezione giudiziale. Su una diversa valutazione del contraddittorio nella formazione della prova per l'arbitrato di equità si veda Cass. 9 agosto 1973, n. 2297 in *Rep Foro It.*, 1973, voce *Arbitrato*, n. 36. Sul contraddittorio nella formazione della prova v. *amplius, infra*, cap. 2 e 3.

⁷² Cfr. Cass. 8 aprile 2004, n. 6950, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Cass. 23 giugno 2000, n. 8540; Cass. 29 agosto 1997, n. 8177 in *Mass. Giur. It.* 1997

⁷³ Il principio in parola, già desumibile dalla giurisprudenza sopra richiamata e relativa a singoli segmenti di procedura, è esplicitamente affermato con forza dalla Cassazione in un recente precedente che recita «*se le parti non abbiano determinato le regole del giudizio arbitrale, esso resta caratterizzato dal principio dell'assoluta libertà delle forme disponibili e modificabili dall'arbitro durante il suo svolgimento*» (Cass. 21 settembre 1999, n. 10192 in *Riv. arb.* 1999, 701). Altra recente pronuncia afferma espressamente che «*ove gli arbitri non abbiano predeterminato espressamente ed univocamente, all'inizio del procedimento, la procedura dell'arbitrato con riferimento al complesso della disciplina del processo ordinario, al procedimento arbitrale non sono applicabili le regole di quel processo*», Cass. 21 luglio 2000, n. 9583 in *Mass. Foro It.* 2000. Sulla facoltà per gli arbitri, in generale, di discostarsi dalle prescrizioni del codice di rito cfr. Cass. 26 settembre 2007, n. 19949 in *Mass. Giur. It.*, 2007. *Contra*, seppur implicitamente, Cass. 25 giugno 1979, n. 3523 in *Giust. civ.* 1979, I, 1862, già citata; App. Roma 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.* 1996, 317 ss, con nota di A. FUSILLO, *cit.*, oltre ad alcune isolate pronunce rese in sede arbitrale. Una afferma «*l'applicabilità al processo arbitrale del codice di procedura civile ordinario, in assenza di contraria volontà espressa dalle parti*», Arb. Roma 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1181, con nota di G. GIACOBBE ma in realtà, trattandosi di pronuncia favorevole all'ammissibilità nell'arbitrato del giuramento suppletorio, detta affermazione deve intendersi come possibilità per gli arbitri, nella loro libertà, di scegliere l'utilizzo delle forme processuali del codice di rito. Dello stesso tenore Arb. 6 novembre 1995, in *Riv. arb.* 1995, 317. Sulla libertà degli arbitri in caso di mancata predeterminazione delle regole processuali cfr. anche, questo volta in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, Cass. 7 marzo 1995, n. 2657 in *Società*, 1995, 1285 con nota di SOAVE; Cass. 11 gennaio 1988, n. 64, in *Rep Foro It.*, 1988, voce *Arbitrato*, n. 87

dettare un regolamento siffatto, ma questa non è che una facoltà degli stessi, che in questo modo costituiscono un limite alla loro stessa discrezionalità.

6. *Segue: la dottrina*

L'interpretazione del diritto positivo di buona parte della dottrina, già anticipata nei paragrafi precedenti, appare confermare quanto si è andati sino ad ora dicendo. Si è giustamente osservato come non vi sia alcuna norma del codice di rito da cui si recavi che, salva contraria volontà delle parti o degli arbitri, vi sia una necessaria applicabilità delle norme dettate per il processo statale all'arbitrato⁷⁴.

Vi è poi chi, pur escludendo l'applicazione del codice di rito come disciplina residuale, suggerisce la possibilità di un mero richiamo analogico di alcune norme del codice⁷⁵. Consapevoli, come l'Autore citato in nota, della profonda differenza tra l'applicazione residuale e l'applicazione analogica di singole norme, si tiene a precisare ciò che appare già ovvio, ossia che l'osservazione circa la possibile applicazione analogica (si deve intendere analogia *legis*), caso per caso, di alcune norme del codice di rito, non si pone affatto in contrasto con la libertà delle forme, andando semplicemente ad incidere (sussistendo il requisito delle *eadem ratio*) sull'interpretazione «*dei provvedimenti ordinatori, che gli arbitri in forza del comma 2*» (dell'art. 816 ante riforma del 2006), e, dunque, ci si permette di aggiungere, nell'ambito della loro completa autonomia, «*assumano in concreto*⁷⁶». Tuttavia, mentre la giurisprudenza appare quasi unanimemente orientata verso il principio di libertà delle forme come principio regolatore del procedimento, con il limite del rispetto dell'ordine pubblico processuale, e salva diversa volontà delle parti, in dottrina la libertà dalle forme è interpretata spesso in senso restrittivo, e riemerge spesso l'antica convinzione del richiamo alle norme del codice di rito ancorché le parti niente dicano a riguardo.

Una delle interpretazioni più interessanti è a tal proposito quella di Fazzalari, che se da una parte afferma il principio di libertà delle forme, dall'altra lo limita alla facoltà per le parti e per gli arbitri di determinare prima dell'inizio del procedimento regole diverse da quelle del codice di procedura.

⁷⁴ Cfr. A FUSILLO, *cit.*, 319 s. Sul punto cfr. G.F. Ricci, *sub art. 816*, *cit.*, su cui si rinvia *supra*, nota 24.

⁷⁵ L.P. COMOGLIO, *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale*, *cit.*, 691.

⁷⁶ L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 691.

A dispetto dell'interpretazione giurisprudenziale, dunque, l'Autore ritiene che anche gli arbitri, come le parti, qualora spetti a loro la determinazione delle regole del procedimento, debbano farlo *in limine litis*⁷⁷.

Se così non è, ecco che il codice di procedura resta l'unica disciplina possibile, secondo l'Autore da applicare per analogia, analogia che però qui viene in gioco non come strumento di risoluzione di singoli e concreti dubbi interpretativi relativi ai provvedimenti degli arbitri, ma come fonte di applicazione in blocco della disciplina codicistica anche all'arbitrato⁷⁸. Interessante tuttavia è la motivazione addotta dall'A., che si rifa al principio del contraddittorio: per garantire l'ordine pubblico sarebbe, infatti, necessario, per gli arbitri, predeterminare le regole del procedimento, così come è espressamente imposto alle parti dall'art. 816 *bis* c.p.c., poiché «*il contraddittorio e il diritto alla difesa*» non possono «*vivere....alla giornata*». L'Autore è quindi critico con la giurisprudenza che sopra abbiamo richiamata, da ultimo espressa da Cass. 21 luglio 2000, n. 9358.

Il ragionamento è suggestivo: il contraddittorio impone agli arbitri di determinare prima dell'inizio del giudizio arbitrale le regole del procedimento; l'assenza di previa regolamentazione crea una lacuna nella disciplina del processo; l'analogia *legis* interviene ad imporre l'applicazione delle norme del codice di rito. Ma è proprio vero che il principio del contraddittorio imponga la predeterminazione di tutte le regole processuali? Non è sufficiente prevedere la possibilità di svolgere le proprie difese e replicare alle difese della controparte? Ed il *modus operandi* di detta regola deve seguire necessariamente il codice di rito, ai sensi degli artt. 180 ss. c.p.c.? Ragionando *a contrario*, sembra possibile prospettare che il principio del contraddittorio imponga soltanto il rispetto.....del principio del contraddittorio, che non necessariamente ha la veste del codice di procedura civile, essendo desumibile tra l'altro da altre fonti dell'ordinamento (si pensi all'art. 6 C.E.D.U.⁷⁹ ed all'art. 111 Cost.)⁸⁰.

⁷⁷ Nello stesso senso cfr. R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 303. L'Autore individua tuttavia un termine diverso per gli arbitri, rispetto a quello imposto alle parti, per la scelta della norme processuali applicabili, che coinciderebbe con l'inizio della trattazione. *Contra*, nel senso non è necessario che le regole dettate dagli arbitri siano enunciate in modo espresso si veda G.F. Ricci, sub art. 816 *bis*, cit., 363 s., oltre agli ulteriori riferimenti di cui *infra*, nel testo e nelle note.

⁷⁸ Cfr. E. FAZZALARI, *Sulla «libertà di forme» del processo arbitrale* in *Riv. arb.* 1999, 637 ss., spec. 640.

⁷⁹ Sui rapporti tra detta norma ed il processo arbitrale si veda 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.

⁸⁰ In senso conforme, nel senso cioè che gli arbitri non sono tenuti, a differenza delle parti, alla predeterminazione delle regole cfr. S LA CHINA, *L'arbitrato*, cit, 114; R. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1771, secondo il quale sulla base dell'argomento proposto da FAZZALARI, su cui cfr. *supra* nel testo, «*si dovrebbe allora criticare anche l'efficacia immediata delle leggi processuali sopravvenute nei processi statli, come principio di diritto intertemporale*». L'Autore ritiene sufficiente che il canone della previa fissazione delle regole processuali in ipotesi di mancata determinazione delle parti «*è da applicare con riferimento al singolo segmento della sequenza procedimentale e si traduce nel divieto che gli arbitri adottino un criterio di valutazione post*

A proposito merita di essere condiviso quanto affermato in una nota a sentenza già citata nel testo, ossia che «*in mancanza di esplicito accordo delle parti e di un atto formale del collegio arbitrale, che decida quali regole, astrattamente enunciate saranno applicate al processo, non resta che far riferimento, per la disciplina del rito, alle singole ordinanze degli arbitri, contenenti la disciplina dello svolgimento del processo ed alla più volte richiamata norma di chiusura che impone sempre e comunque il rispetto del principio del contraddittorio. Pertanto non potrà mai affermarsi la totale carenza di una determinazione degli arbitri sulle norme processuali da applicare, poiché i provvedimenti ordinatori degli arbitri, per quanto possano essere scarni ed elementari, dovranno pur contenere una minima disciplina del processo (almeno l'assegnazione di un termine per memorie e per repliche) e saranno sempre soggetti a controllo per quanto riguarda il rispetto del comma IV dell'art. 816 c.p.c. (in vigore al momento della redazione della nota citata, ndr)*⁸¹».

D'altra parte oggetto di indagine sarà, nel prossimo capitolo, il rapporto tra contraddittorio e prova, e torneremo, dal punto di vista specifico del diritto probatorio, a chiederci se l'applicazione di alcune norme sulle prove dettate dalle legge per il processo ordinario sia indispensabile ai fini del rispetto del noto principio di ordine pubblico processuale. Ma in questo momento spostare l'attenzione sul diritto probatorio, ammettendo che le norme sulle prove, come si è cercato di dimostrare, hanno natura processuale, è utile per perorare la tesi qui sostenuta: è infatti *icto oculi* evidente che l'applicazione di almeno alcune delle norme sulle prove niente abbia a che vedere con il principio del contraddittorio. Si pensi a tutte le norme relative alla predeterminazione legislativa dell'efficacia legale della prova, ossia alle regole di prova legale. Né sembra che attenga al rispetto del contraddittorio la predeterminazione di quelle norme: non sembra, in altre parole, e cercando di esemplificare, che lo stabilire che il valore probatorio di un atto pubblico possa essere contrastato da una prova testimoniale senza che sia necessario esperire una querela di falso sia regola che debba essere necessariamente predeterminata, pena la violazione del contraddittorio: così sarebbe, in ipotesi, se non si consentisse alla parte che si è vista contestare l'autenticità di un documento, di replicare con tutti gli strumenti difensivi, assertivi

facto” dell'ammissibilità di un atto per requisiti di forma, che non può che essere dichiarata sulla base di “*disposizioni congruamente fissate e rese note alle parti prima del compimento dell'atto*”.

⁸¹ Cfr. A. FUSILLO, *op. cit.*, 321. Lo stesso FAZZALARI in uno scritto successivo riconosce la centralità dell'autonomia privata nell'arbitrato, ne ribadisce la natura privatistica e auspica che in concreto le parti non si limitino al rinvio alle norme del codice di procedura ma esercito concretamente il potere di determinare le regole della procedura, cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2004, 661 ss., spec. p. 665 s.

e probatori, a propria disposizione, non invece se l'arbitro ritiene in concreto che quel documento non sia capace di fondare il suo convincimento sulla effettiva provenienza da chi lo ha formato, o sulla veridicità delle attestazioni del pubblico ufficiale⁸².

A questo punto è ormai fissato che l'unico limite alla libertà delle forme che il legislatore indica in modo espresso è il rispetto del principio del contraddittorio⁸³. La dottrina, compiendo un'analisi esegetica del diritto positivo, si è quindi posta giustamente l'interrogativo se, oltre al rispetto del contraddittorio, vi sono altri principi o regole dell'ordinamento processuale che non possono venir meno in sede arbitrale. E pressoché unanime è la convinzione che dovranno essere rispettate le regole di ordine pubblico processuale⁸⁴. Oltre al principio del contraddittorio, dunque, sicuramente il principio di imparzialità del giudicante⁸⁵. Attenta dottrina ritiene poi, ma sul punto torneremo nel secondo capitolo, quando tenteremo di meglio fissare allo scopo della nostra indagine il concetto di ordine pubblico processuale, consiglia di sostituire a quel concetto, considerato «nebuloso», la Costituzione nel suo insieme⁸⁶.

Sarà oggetto del presente lavoro indagare se ed in quali limiti le norme sulle prove possono ritenersi appartenenti all'ordine pubblico processuale, non prima di aver speso alcune parole per fissarne lo stesso concetto. A tale proposito, come appena accennato, non manca chi, ritenendo il concetto di ordine pubblico processuale di

⁸² Sul punto, *amplius, infra*, cap. 2 e 3.

⁸³ Cfr. G.F. RICCI, *op. cit.*, 262.

⁸⁴ Cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, che osserva come la libertà del processo arbitrale incontri il limite del rispetto del principio del contraddittorio e del principio di imparzialità dell'arbitro; CECHELLA, *L'arbitrato, cit.*, 186 ss., che accanto all'autonomia delle parti e degli arbitri individua come unica altra fonte regolamentare del fenomeno arbitrale le «regole dettate dall'ordine pubblico»; G. F. RICCI, *sub art. 816, cit.*, 262, che osserva come la necessaria osservanza dell'ordine pubblico processuale comporta che «quando si dice che l'arbitro o gli arbitri, in difetto di formazione pattizia ad opera delle parti, sono liberi di modellare il processo come meglio credono, si vuole solo sancire la non necessità di un rinvio al modello di cognizione ordinaria ex art. 163 ss. c.p.c.: ma non anche escludere o pretendere di abolire [...] tutte le prescrizioni generali che governano la giustizia civile»; Cfr. anche G. DANOVI, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato, cit.*, 23, che individua come principi cardine del processo ed inderogabili il contraddittorio e l'imparzialità del giudice; di rispetto dei principi generali dell'ordinamento, oltre che del contraddittorio parla E. FAZZALARI, *Processo arbitrale, in Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 308.

⁸⁵ Su cui si veda da ultimo F. ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO- SAMMARTANO, Torino, 2009. Secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, cit.*, 186 s., vi è «l'esigenza di garantire sempre più la indipendenza ed imparzialità degli arbitri» che deriverebbe dalla «concezione integralmente giurisdizionale dell'istituto» e che il solo art. 815 c.p.c. garantirebbe ancora in modo incompleto, nonostante le modifiche di cui all'ultima riforma del 2006. Sull'imparzialità dell'arbitro si veda anche E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato, in Riv. arb.*, 1992, 1 ss.; in senso critico del disposto dell'art. 815 c.p.c., nel testo precedente all'ultima riforma, L. SALVANESCHI, *Sull'imparzialità dell'arbitro, in Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss. Per l'applicazione dei principi del contraddittorio e dell'imparzialità dell'arbitro anche all'arbitrato irrituale cfr. F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale, in Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 389 ss.

⁸⁶ Cfr. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale, cit.*, 666.

difficile definizione, preferisce parlare di principi del giusto processo, allargandoli, oltre a quelli espressi nel titolo I del codice di rito, anche a quelli desumibili dalla disciplina del procedimento di cognizione, «*come ad esempio potrebbe dirsi dell'art. 175 c.p.c., che impone che il giudice debba fare uso di tutti i poteri per un sollecito e leale svolgimento del processo*»⁸⁷

7. Un primo sguardo al diritto comparato: Germania, Stati Uniti e Francia.

Il principio di libertà delle forme nell'arbitrato non è estraneo alle esperienze comparate.

In Germania la Z.P.O., all'art. 1042, detta una disposizione del tutto simile a quella italiana, prevedendo che le parti sono libere di scegliere le norme di procedura e che in assenza di scelte delle parti e di norme all'uopo dettate dal libro X della Z.P.O. regolante l'arbitrato, gli arbitri possono condurre la procedura nel modo che ritengono più appropriato.

Non si capisce, allora, il rilievo di un Autore⁸⁸, il quale ha sostenuto che il «*diritto processuale statale ha [...] una pervasività maggiore in Germania di quanto non abbia in Italia*» poiché «*in assenza di scelta delle parti o di lacune di tale scelta, le norme [...] derogabili del libro X della Z.P.O. troveranno applicazione immediata*»⁸⁹. E' lo stesso Autore, infatti, ad essere consapevole che «*il diritto statale la cui esistenza impedisce agli arbitri (di arbitrati, ndr) con sede in Germania di dettare regole di procedura non è tutto il diritto statale attinente ai giudizi civili, ma solo quello contenuto nel libro X relativo all'arbitrato*»⁹⁰.

Per quanto possa essere vero, infatti, che la disciplina dettata dalla Z.P.O. per il procedimento arbitrale sia più dettagliata di quella italiana, resta il fatto che in entrambi gli ordinamenti le norme dettate per il giudizio ordinario non sono affatto richiamate dal legislatore dell'arbitrato, restando dunque ben distinta la giustizia privata da quella statale.

Negli Stati Uniti è ben chiara l'idea che «*arbitration is a creature of contract, and the parties themselves, by their submission, define the power of arbitrators*»⁹¹.

L'arbitrato è disciplinato dal *Federal Arbitration Act*, che detta alcuni principi generali e alcune scarse norme relative all'assunzione delle testimonianze, che

⁸⁷ Cfr. G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 277.

⁸⁸ A. GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 1999, 393 ss.

⁸⁹ A. GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, cit, 399.

⁹⁰ A. GIARDINA, *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, cit, 400.

⁹¹ R. ROADMAN, *Commercial arbitration*, St. Paul MT, 1984, 269.

saranno esaminate nel terzo capitolo, ma la cui somiglianza alle norme italiane appare già ad un primo esame⁹².

L'applicabilità all'arbitrato delle *Federal Rules of civil procedure* è però esclusa in modo unanime, ed è ben chiaro il perché. La ragione è che «*incorporation of formal rules, without stipulation by the parties, is simply beyond the scope of the arbitrator's role and authority*⁹³». Chiaro è dunque che la natura contrattuale e privatistica dell'arbitrato esclude, ove non espressamente previsto, l'applicazione della legge statale.

Emerge poi anche nell'esperienza d'oltreoceano il limite del rispetto del principio del contraddittorio. Posto che gli arbitri non sono soggetti alle norme procedurali statali e federali, essi hanno la responsabilità «*to provide a fair and adequate hearing which assures that both parties have sufficient opportunity to present their respective evidence and argument*⁹⁴».

Per quanto riguarda l'esperienza francese, già si è detto incidentalmente della formulazione del vecchio codice di procedura, nel senso che in difetto di diversa volontà delle parti gli arbitri avrebbero dovuto seguire le forme prescritte per i giudizi ordinari.

L'attuale *Code de procédure civile*, all'art. 1460, prevede, al primo comma, che «*les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage*».

E' rimasto, quindi, analogamente a quanto prevedeva il codice italiano del 1865, il riferimento alle regole di procedura ordinaria.

Il secondo comma dello stesso art. dispone, poi, che «*toutefois, les principes directeurs de procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (al. 1^{er}) et 13 à 21 sont toujours applicables à l'instance arbitrale*».

⁹² La Section 1, Chapter 1, dispone che «*The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States*»

⁹³ M.S. WINAGRAD, *Arbitration and evidence*, in *Dispute Resolution Journal*, May 2000, 47.

⁹⁴ M.F. HILL Jr., ANTHONY V.S., *Evidence in Arbitration*, Washington, 1987, 4.

Vi è dunque un rinvio ai principi generali del processo, come il principio del contraddittorio (artt 14-17), ma anche alle norme riguardanti l'oggetto del giudizio ed il principio della domanda (artt. 4-5-7), quelle relative all'onere di allegazione (art. 6) e l'onere della prova (art. 9), quelle infine relative ai poteri officiosi del giudice in materia di prova (art. 10 e 11, *alinéa 1*)⁹⁵.

Senza dubbio l'esperienza francese è dunque connotata da un rinvio alle norme comuni più ampio del semplice riferimento all'ordine pubblico processuale, anche se in dottrina si sottolinea che gli arbitri, fatta eccezione per sopra visti rinvii, non sono tenuti al rispetto delle forme ordinarie⁹⁶.

8. I limiti alla libertà delle forme derivanti da espresse disposizioni di legge. In particolare le norme dettate in materia istruttoria.

All'inizio del capitolo (supra, § 1) sono stati consapevolmente tralasciati i limiti alla libertà delle forme derivanti da espresse disposizioni dettate in materia di arbitrato, poiché ci interessava unicamente capire se fondato era l'assunto di chi ritiene le norme del codice di rito costituire la disciplina residuale che gli arbitri devono seguire salvo contraria disposizione (della disciplina speciale dell'arbitrato, delle parti o degli arbitri stessi⁹⁷, appunto). Siamo giunti a constatare, sia dal generale inquadramento dell'istituto arbitrale, che dall'esame del diritto positivo, che la correttezza di quell'inquadramento ha confermato, che così non è, poiché, salvo diverse disposizioni della legge (disciplina speciale dell'arbitrato) o dell'autonomia dei soggetti coinvolti nell'arbitrato, le uniche norme del rito ordinario che devono essere applicate sono quelle costituenti il c.d. ordine pubblico processuale. Ovvio poi, e conseguenza di quanto già detto, che l'ordine pubblico⁹⁸ processuale costituisca un limite anche alla determinazione pattizia delle regole processuali.

Analizzando da prima la disciplina speciale dell'arbitrato, si premette che ai fini del presente lavoro sarà sufficiente esaminare le norme che sono dettate in materia di istruttoria e di prova. Sia consentito tuttavia un rinvio alla terza parte per l'analisi dettagliata di quelle norme, essendo sufficiente in questo momento un riferimento superficiale alla materia disciplinata.

⁹⁵ Sul punto si veda G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès arbitral*, in *Reveu de l'arbitrage*, 2004, 511 ss.

⁹⁶ Cfr. J.G. BETTO, *L'arbitre n'est pas tenu par les formalités applicables à l'instruction civile*, in *Reveu de l'arbitrage*, 2000, 271 ss.

⁹⁷ Come detto la regolamentazione disposta dagli arbitri costituirà limite al loro stesso potere di determinare le regole del procedimento, in assenza di diversa pattuizione, ogniqualvolta quelle regole saranno dagli arbitri preventivamente determinate.

⁹⁸ Cfr. G.F. RICCI, *op. cit.*, p. 275.

Come accennato la riforma del 1994 aveva introdotto nel codice l'art. 819 *ter*, dettando norme sull'assunzione della testimonianza, che in sostanza attribuivano la facoltà agli arbitri di sentire i testimoni ed anche di assumere la testimonianza indirettamente, «*richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono*». La riforma tentava così di risolvere i problemi nascenti dall'impossibilità per l'arbitrato di incidere sulla posizione dei terzi, e che nella testimonianza si traduceva e si traduce nell'impossibilità di utilizzare mezzi di coazione – diretta od indiretta – per far presenziare il testimone all'udienza.

La riforma del 2006 ha proseguito nel solco tracciato dalla precedente riforma, risolvendo il problema in modo ben più convincente, autorizzando cioè l'arbitro a richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato di ordinare al teste di comparire (art. 816 *ter*, comma 3, c.p.c.). Si è giustamente osservato in dottrina che appare «*legittimo inferire che il presidente possa anche ordinare l'accompagnamento coattivo del teste ove ancora non si presenti, se si vuole che la nuova misura non nasca priva di ogni reale efficacia ed utilità*⁹⁹»

Sono state dettate poi norme in tema di consulenza tecnica e di esibizione di documenti da parte della p.a. (art. 816 *ter*, commi 5 e 6, c.p.c.)¹⁰⁰.

Derivante dalle norme del codice di rito dettate in materia di arbitrato è poi il principio di collegialità. Esso, sancito dall'art. 823, comma 1, c.p.c.¹⁰¹, con riferimento alla fase decisoria, è implicitamente affermato anche con riguardo alla fase istruttoria, seppur per disporre una deroga, dall'art. 816 *ter*, comma 1, c.p.c., secondo il quale «*l'istruttoria o singoli atti di istruttoria possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi*».

La norma, così come risultante dalla modifica operata dall'ultima riforma, ha aggiunto alla possibilità di delegare «*singoli atti di istruttoria*», anche l'«*istruttoria*», ma in dottrina si è osservato che ciò non può essere inteso «*in modo tale da indebolire la collegialità della procedura sino al punto di lasciare ai tre arbitri la sola funzione decisoria per la formazione del lodo, e fare dell'arbitro da essi delegato una figura analoga al vecchio giudice istruttore del tribunale collegiale delle origini del codice*¹⁰²»

⁹⁹ LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 170

¹⁰⁰ Si veda per il momento, per l'esame di tali norme, su cui torneremo *infra*, nel terzo capitolo, S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 163 ss.; G. De Nova, *op. cit.*, 423 ss.

¹⁰¹ Su cui si veda C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, 27 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 217.

¹⁰² Così S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 169.

E' chiaro, in ogni caso, che in assenza di delega anche gli atti di istruzione dovranno essere compiuti collegialmente¹⁰³.

Rinviando al terzo capitolo, come detto, per una compiuta analisi, ciò che è importante fissare in questo momento è che tali norme toccano solo aspetti marginali del diritto probatorio, attinenti ad alcuni aspetto dell'istruttoria e non incidenti in alcun modo sulle norme relative all'ammissibilità e alla valutazione dei mezzi di prova¹⁰⁴. Inoltre, dopo una compiuta analisi delle norme dettate dal legislatore speciale dell'arbitrato, potremmo sempre concludere per la loro derogabilità¹⁰⁵.

9. I limiti alla libertà delle forme derivanti dalla volontà delle parti

Abbiamo già detto che gli arbitri, nella conduzione del processo arbitrale, salva disposizione contraria della legge speciale dell'arbitrato, delle parti o degli stessi arbitri, incontrano il solo limite dell'ordine pubblico processuale.

E' arrivato il momento di analizzare quel limite eventuale alla libertà delle forme costituito dalla determinazione delle regole processuali da parte dei compromittenti.

Il codice di procedura, all'art. 816 *bis*, come visto, dispone che «*le parti 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 e la lingua dell'arbitrato*».

Trovandoci ad approfondire l'aspetto della determinazione delle regole processuali di fonte pattizia, occorre poi approfondire anche il disposto dell'art. 829, n. 7 c.p.c., che come accennato prevede che il lodo possa essere impugnato «*se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata*».

¹⁰³ Cfr. A. BUONFRATE – A. LEOGRANDE, *L'arbitrato negli appalti pubblici*, Milano, 1998, 88; A. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale* in *Noviss. Dig. It.*, I, 1957, 885; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit, s60. In giurisprudenza si veda Cass. 23 novembre 2001, n. 14857. Riguardo ai precedenti in sede arbitrale, sul principio di collegialità, si veda Arb. Roma 6 novembre 1995, in *Riv. arb.*, 1996, 317 secondo la quale la collegialità è necessaria solo nella fase della deliberazione del provvedimento ammissivo del mezzo istruttorio, mentre non lo sarebbe nelle fase della sottoscrizione, per cui l'ordinanza potrebbe essere sottoscritta dal solo presidente, sulla base dell'art. 134 c.p.c. Sulla collegialità nell'arbitrato si veda poi C. PUNZI, *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 646. Sulla nuova formulazione delle norme come risultante dall'ultima riforma, che ai singoli atti di istruttoria aggiunge «l'istruttoria», si veda come indicato nel testo LA CHINA, *op. ult. cit.*, p. 169 s., che interpreta la modifica in senso restrittivo, affermando che il riferimento all'istruttoria debba essere inteso come tutti i singoli atti istruttori a formazione diretta, fermo restando, quindi, il principio di collegialità nella formazione della prova orale.

¹⁰⁴ Già abbiamo fatto riferimento a LA CHINA, *op. cit.*, p. 164, il quale afferma come «*trattasi di norme procedurali nel senso più tecnico e, ci si perdoni la parola, limitato del termine*».

¹⁰⁵ Cfr. G. DE NOVA, *op. cit.*, 423 ss.

Le parti dunque, possono, a differenza degli arbitri, prevedere una sanzione di nullità per il mancato rispetto delle regole da loro determinate. Detta facoltà, si riteneva prima della riforma del 2006, essere soggetta ad un limite, inderogabile, consistente nell'«impossibilità di regolamentare, ai sensi dell'art. 816, ipotesi di nullità diverse da quella previste nei giudizi dinanzi alle autorità giurisdizionali¹⁰⁶». Ciò perché, prima dell'ultima novella, l'art. 829, n. 7, c.p.c., disponeva che le parti potessero stabilire l'osservanza delle forme «prescritte per i giudizi sotto pena di nullità». Dunque, si concludeva, molto probabilmente in modo corretto, che il legislatore avesse inteso attribuire alle parti la facoltà di prevedere sanzioni di nullità, limitandola, tuttavia, alle ipotesi tipiche previste dal codice di civile. La nuova formulazione della norma non lascia dubbi circa il fatto che quel limite è venuto meno¹⁰⁷, e, sia concesso, è senz'altro indice della volontà del legislatore di esaltare l'autonomia delle parti ed allo stesso tempo di riconoscere all'arbitrato una dimensione propria, fondata sulla libertà dei privati e per niente subalterna al processo ordinario ed alle sue proprie regole.

Ciò ovviamente non toglie che le parti incontreranno, come gli arbitri, i limite derivanti dal principio del contraddittorio e dall'ordine pubblico processuale, e sul punto non è il caso di indugiare ulteriormente, dovendosi ritenere concetto ormai fissato dopo l'esame sopra svolto di dottrina e giurisprudenza.

E non resta a questo punto che ripetere quanto già detto in ordine alla libera determinazione delle regole del procedimento da parte degli arbitri, ossia che l'unico limite alla loro autonomia nella determinazione delle norme processuali applicabili all'arbitrato sia costituito dal rispetto dei principi dell'ordine pubblico processuale.

Rispetto alla prevalente dottrina tuttavia, non ritengo che il problema vada affrontato nell'ottica della derogabilità o inderogabilità delle norme probatorie comuni, e ciò per l'ovvia ragione che «derogare» significa rendere inapplicabili norme che altrimenti lo sarebbero, ciò che abbiamo sinora, con ampia argomentazione, escluso¹⁰⁸.

¹⁰⁶ L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, p. 683 che rinvia ad ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, 3a ed., IV, Napoli, 1964, 824; C. PUNZI, *Arbitrato:I*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 25.

¹⁰⁷ Cfr. S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 852; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, a cura di C. CECHELLA, Milano, 2006, 94, che saluta positivamente l'innovazione legislativa; C. CONSOLO, *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 852; E. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *sub art. 829*, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F. CARPI, 2a ed., Bologna, 2007, 748; G. RUFFINI, *sub art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 6050; A. ATTERITANO, *Le impugnazioni*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 915.

¹⁰⁸ Sulla ricostruzione del potere delle parti di determinare le norme probatorie in termini di derogabilità della disciplina comune cfr. su tutti E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale, cit.*, 127 ss.

A questo punto, ai fini della nostra indagine, che abbraccia anche il problema dell'ampiezza del potere delle parti di dettare agli arbitri le norme di diritto probatorio che esse preferiscono (adottando, ad esempio, il modello anglosassone degli affidavit¹⁰⁹) non resta preliminarmente che indagare se esse appartengano o meno all'ordine pubblico processuale, tenendo presente, in ogni caso, il rispetto delle norme dettate dalla disciplina speciale dell'arbitrato come il principio di collegialità, distinguendo, anche per esse, quelle che sicuramente sono inderogabili da quelle, eventualmente entro limiti stabiliti, derogabili¹¹⁰. Al primo problema è deputato il prossimo capitolo, al secondo problema l'ultimo capitolo del presente lavoro.

Ma vi è un altro, importante, problema da affrontare. Nella loro autonomia le parti potranno certamente scegliere di regolare il giudizio secondo le norme del codice di rito. A questo punto sorge una diversa problematica, che sino ad adesso è rimasta sullo sfondo. Mentre, infatti, è già stato fissato che non vi sono, oltre all'ordine pubblico, norme processuali che devono essere applicate necessariamente all'arbitrato, diverso è il discorso se ci chiediamo se tutte le norme processuali possono essere, per volontà delle parti, applicate all'arbitrato. Il problema è quello dell'individuazione delle c.d. norme incompatibili con l'arbitrato. Ce ne occuperemo nel terzo capitolo in relazione alle norme sulle prove, che a quel punto avremo già esaminato e inquadrato¹¹¹.

Per il momento basti tener presente che la principale ragione della possibile incompatibilità risiede nell'impossibilità per la giustizia privata di incidere nella sfera giuridica dei terzi¹¹², e si ritiene, per la mancanza negli arbitri di poteri autoritativi.

¹⁰⁹ Cfr. S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 167.

¹¹⁰ Sol per fare un esempio su di un tema che sarà approfondito *infra*, cap. 3, vi è chi ha sostenuto la derogabilità dell'art. 816 *ter*, comma 3, laddove esso dà agli arbitri il potere di ordinare la comparizione innanzi a loro del teste che rifiuta di comparire; «*previsione comprensibile, ma la cui attenzione può mettere in pericolo la riservatezza*», G. DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.* 2007, 423 ss, spec. 428.

¹¹¹ Volendo anche qui fare un esempio, rinviando per quanto non detto al capitolo 3, in dottrina si è sostenuto l'incompatibilità con l'arbitrato delle regole che si riferiscono ad un giudice singolo, poiché esse contrasterebbero con il principio di collegialità. Cfr. V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 824.

¹¹² Cfr. CECHELLA, *op. ult. cit.*, 145 ss.

Capitolo 2. La natura delle norme sulle prove e il loro rapporto con l'ordine pubblico processuale

Sommario: Parte 1. Il minimo comun denominatore del diritto probatorio 1. *Premessa. Il senso del riferimento all'ordine pubblico processuale;* 2. *Necessità dell'indagine sulla comune natura delle norme di diritto probatorio.* 3. *Le norme sulle prove come limite alla diretta percezione dei fatti da parte del giudice;* 4. *Limiti alla percezione del giudice e modelli processuali;* 5. *Segue: a) il processo come soluzione di conflitti;* 6. *b) Segue: Il processo teso alla realizzazione della giustizia sostanziale;* 7. *Segue: il principio della domanda, il processo inquisitorio, il divieto di scienza privata, il diritto alla prova ed i poteri officiosi del giudice in ordine alla prova;* 8. *Le esperienze processuali reali a confronto con i modelli astratti: ordinamenti di civil law e sistema delle prove legali; ordinamenti di common law e libero convincimento del giudice;* 9. *Segue: gli ordinamenti basati sul c.d. sistema delle prove legali;* 10. *Segue: gli ordinamenti basati sul principio del libero convincimento del giudice;* 11. *Valore dei modelli processuali e delle esperienze descritte esaminati ai fini dell'indagine sulla natura delle norme sulle prove;* 12. *Conclusioni: la natura delle norme sulle prove nel nostro processo civile, alla luce dell'indagine svolta;* 13. *Opinioni dottrinali contrarie: critica;* **Parte 2. Possibili eccezioni al quadro comune delineato** 14. *L'economia processuale e la rilevanza della prova;* 15. *L'onere della prova;* 16. *Segue: i criteri di valutazione della prova;* 17. *Il principio di tipicità delle prove e le prove illecite: a) il principio di tipicità* 18. *Segue: b) le prove illecite;* 19) *Il principio nemo testis in re sua* 20) *Il principio del contraddittorio, il divieto di istruzione segreta ed il diritto alla prova.* 21. *Considerazioni conclusive*

Parte 1. Il minimo comun denominatore del diritto probatorio

1. Premessa. Il senso del riferimento all'ordine pubblico processuale

Una volta chiarito il senso e la portata della libertà delle forme che caratterizza l'arbitrato, e l'errore di prospettiva che viene compiuto da chi ritiene la legge dettata per il processo ordinario la sua disciplina residuale, risulta evidente che per capire se le norme sulle prove dettate per il giudizio civile debbano necessariamente essere applicate dall'arbitro, nonostante il silenzio delle parti e nonostante il mancato richiamo a quelle norme da parte della disciplina speciale

dell'arbitrato (essendosi già dichiarati convinti della loro processualità) occorrerà capire se esse appartengano o meno all'ordine pubblico processuale¹¹³.

Prima di far ciò occorre tuttavia fissare con maggior precisione il concetto di ordine pubblico processuale.

L'ordine pubblico è concetto di difficile definizione, ma nella sua accezione sostanziale è pacifico che si tratti di un limite all'autonomia negoziale concorrente e dunque non coincidente con le norme inderogabili ed il buon costume¹¹⁴. Nel processo l'ordine pubblico comprende le norme che sono imprescindibili per qualsiasi esperienza processuale, e alla cui applicazione lo Stato non può rinunciare, pena la violazione dei precetti costituzionali che garantiscono la tutela dei diritti. Queste norme tendono a coincidere con quelle necessarie a caratterizzare un processo che rispecchi i valori di base del nostro tempo, ossia quelle a fondamento del c.d. principio del «giusto processo»¹¹⁵. La coincidenza non è smentita neanche dall'osservazione che di giusto processo si parla di solito come di un limite al legislatore imposto da fonti sovraordinate (nazionali ed internazionale), mentre l'ordine pubblico processuale è più spesso identificato come limite all'autonomia negoziale, come nel caso dello studio dell'arbitrato: sono quelle stesse fonti superiori, infatti, a costituire l'origine e la giustificazione del limite all'autonomia privata.

I concetti di ordine pubblico processuale e di giusto processo restano semanticamente molto vicini, infine, anche se si pensa che riguardo all'«ordine pubblico processuale» ci si riferisce in generale all'insieme delle norme e dei principi su cui ogni processo, per ritenersi tale, deve basarsi, mentre il concetto di «giusto processo» è focalizzato essenzialmente sulle garanzie riservate alle parti.

A tal proposito è opportuno osservare che il «giusto processo regolato dalla legge» cui fa riferimento l'art. 111 Cost. non deve essere inteso come necessaria regolamentazione rigida e minuziosa delle forme e dei tempi del compimento degli atti processuali, ma nel senso che l'esigenza di legalità riguardi le «*garanzie minime essenziali*» quali sono «*il contraddittorio tra le parti, in condizioni di*

¹¹³ Della loro natura processuale ci si è infatti dichiarati convinti, salvo eccezioni, e comunque sul punto torneremo nel corso del presente capitolo.

¹¹⁴ Cfr. A. GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XIII, Torino, 1995, 155 ss.; G. PANZA, voce *Ordine Pubblico (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.;

¹¹⁵ I rapporti tra i concetti di ordine pubblico processuale e giusto processo, e la loro tendenziale coincidenza, sono chiariti da G.F. RICCI, sub. art. 816, cit., 276, il quale afferma che «*se si pensa che la nota dominante del processo e della giurisdizione è quella della presenza di specifiche garanzie per le parti, si potrebbe trovare una certa coincidenza fra ciò che è chiamato ordine pubblico processuale ed il complesso dei principi che regolano il sistema delle garanzie dei contendenti, cioè il «giusto processo»*».

parità, la terzietà ed imparzialità del giudice, la ragionevole durata del processo»¹¹⁶.

Ad ogni modo, affinché la ricerca sia il più completa possibile, non ci serve fissare in modo estremamente preciso un concetto della cui difficile definizione sono molti ad esser convinti, quanto invece confrontarsi con tutto ciò che può essere ritenuto, anche se non univocamente, appartenente all'ordine pubblico processuale: solo in questo modo saremo sicuri che, laddove quell'appartenenza riterremo di escludere, non vi sarà limite alla libertà delle forme ed all'autonomia negoziale. Le ipotesi dove la natura di norma di ordine pubblico non potrà essere esclusa con certezza saranno invece singolarmente trattate e approfondite, evidenziando le ragioni delle eventuali divergenze sul punto di dottrina e giurisprudenza.

Ecco che, ispirati dalla monografia dell'illustre Autore che per primo ha affrontato in modo sistematico il tema della prova nell'arbitrato, ci sembra di dover far rientrare nel concetto di ordine pubblico processuale tutte quelle norme e quei principi che appaiano imprescindibili¹¹⁷ al processo, siano essi o meno espressione del c.d. «giusto processo».

Del resto si tratta della stessa prospettiva che gli autori che abbiano cercato di affrontare il problema dei rapporti tra prova civile ed arbitrato hanno preso come base della loro indagine, tentando una risposta alla domanda se gli arbitri, posta la libertà *«nella regolamentazione concreta della forme e dei termini del procedimento [...] incontrino nella fase istruttoria ulteriori limiti invalicabili, dettati dall'inderogabilità e dall'indisponibilità di talune strutture, garanzie o forme minime del processo di cognizione»¹¹⁸.*

Deve essere ben chiaro che tutto ciò si intende, nella presente trattazione, per *«ordine pubblico processuale»*, termine che scelgo per sintesi e per chiarezza, al di là delle note e sopravviste difficoltà di definizione di quel concetto.

2. Necessità dell'indagine sulla comune natura delle norme di diritto probatorio

Affinché l'analisi sia il più possibile snella ed organica, si ritiene indispensabile trattare, sin che si può, il diritto probatorio nel suo complesso. Per far ciò non si

¹¹⁶ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2003, 29. Sul punto si veda anche A. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 ss.

¹¹⁷ Il riferimento è a E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 86, che testualmente parla di *«inderogabili esigenze di ogni processo»* nell'escludere che possano venir meno nell'arbitrato le norme sui limiti di ammissibilità alla prova per testimoni.

¹¹⁸ L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, cit., 159. Tra l'altro l'Autore, che non si riferisce soltanto a norme strettamente procedurali, ma anche, ad esempio, alle norme relative alla forma scritta *ad substantiam* dei contratti (ritenuti limiti di ammissibilità appartenenti all'ordine pubblico, cfr. *op. ult. cit.*, 163), sembra implicitamente dar per scontata la natura processuale delle norme di diritto probatorio.

può che andare a ricercare la comune – se esiste – natura e funzione delle norme sulle prove, e chiedersi, in base ai risultati di detta indagine, se, esse, complessivamente intese, siano indispensabili al processo, e dunque all'arbitrato.

Deve essere ben chiaro, chi scrive ha la consapevolezza che il discorso che ci si accinge ad affrontare sull'appartenenza del diritto probatorio all'ordine pubblico processuale o meno costituisce una generalizzazione che vuol essere niente più che una chiave di lettura delle norme sulle prove. Saranno dunque individuati, a tempo debito, i limiti esterni a tale generalizzazione, che costituiranno altrettante eccezioni al principio affermato. In altre parole, anche se la prossima analisi dovesse concludersi con l'affermazione della generale estraneità all'ordine pubblico processuale delle norme sulle prove, ciò non significa che, per ragioni specifiche, vi siano norme di diritto probatorio che vi appartengono, o che quelle norme non possano indirettamente incidere sull'ordine pubblico processuale.

Come detto, dunque, il primo passo della presente indagine è rivolto alla ricerca di un minimo comun denominatore che accomuni tutte, o almeno la maggior parte, delle norme in materia probatoria, ed in ultima analisi alla ricerca di una loro comune natura.

Svolgendo tale analisi si è ben consapevoli della diversità delle norme sulle prove, da quelle riguardanti i limiti di ammissibilità, a quelle relative alla dinamica del processo, a quelle infine che sono considerate, nella dogmatica e nella teoria generale, le norme concernenti il c.d. sistema delle prove legali.

Per poter compiere una così ardua operazione, dopo aver assunto il giusto punto di osservazione, che non può che essere un punto visuale esterno al processo che affianchi la categoria «processo» alla nozione di «prova» e cerchi di comprenderne i rapporti e le reciproche implicazioni, non si può che rifarsi all'analisi delle esperienze storiche e delle principali teorizzazioni dottrinali.

Prima di far ciò, è indispensabile premettere che la presente analisi intende essere il meno possibile condizionata dalle esperienze di diritto positivo caratterizzanti gli ordinamenti giuridici moderni. Per comprendere, infatti, la vera natura delle norme sulle prove e dunque la ragione per la quale esse si diversificano nelle diverse versioni conosciute dagli ordinamenti positivi, ci si propone lo sforzo di capire quale ne sia, in generale, la funzione all'interno del processo civile. Per fare ciò occorre essere tuttavia ben consapevoli dell'esistenza di diversi modelli processuali, per cui non ci si può esimere da svolgere una seppur breve analisi appartenente alla teoria generale del processo.

Fatta questa premessa metodologica, è evidente che l'analisi non potrà non svolgersi nella consapevolezza dell'esistenza di due opposti modelli positivi riguardanti la prova civile, da una parte quello caratterizzato dal c.d. sistema di

prove legali, dall'altro quello basato sul libero apprezzamento del giudice. Sarà presto chiaro, tuttavia, che si tratta di modelli ideali, e, così come non esistono esperienze che non conoscano limiti al libero apprezzamento, allo stesso modo non esistono esperienze dove il libero apprezzamento sia l'unica regola per il giudice.

3. *Le norme sulle prove come limite alla diretta percezione dei fatti da parte del giudice*

La prova, secondo le principali ricostruzioni dottrinali, è un mezzo per la conoscenza, da parte del giudice, dei fatti di causa, in particolar modo dei fatti controversi¹¹⁹.

Il diritto probatorio, secondo le ricostruzioni più attendibile, è l'insieme delle norme tendenti a regolare tale meccanismo di percezione da parte del giudice. Regolare tale processo conoscitivo¹²⁰ non può che coincidere con il limitarlo, stabilendo i tempi, i modi, e, talvolta, i risultati di detta percezione¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Padova, 1947, 23. La teorizzazione del Carnelutti distingue la conoscenza che il giudice ha delle norme di diritto, da quella che ha dei fatti non controversi, da quella infine che ha dei fatti controversi. La prima porta ad una fissazione della norma giuridica senza bisogno di alcuna intermediazione delle parti, per il noto principio *iura novit curia*: «ciò che al giudice si chiede è la posizione della norma esistente non un determinato processo per conseguirne la conoscenza¹¹⁹» (cfr F. CARNELUTTI, *La Prova civile*, 11). La seconda porta alla fissazione del fatto per volontà delle parti, che il giudice si limita a registrare. La terza, che a noi interessa, è una conoscenza mediata, non diretta del giudice: «a) il giudice non può che servirsi per la conoscenza del fatto controverso se non di percezioni ottenute in determinate modi; b) il giudice non può servirsi dei fatti così percepiti liberamente per le sue deduzioni ma deve utilizzarli secondo regole determinate». Le norme sulle prove, secondo tale prospettazione, altro non sono che l'insieme delle regole che fungono da mediazione tra il giudice e la realtà, nel processo di fissazione dei fatti controversi. Prosegue il Carnelutti affermando che «l'insieme delle regole che disciplinano la percezione e la deduzione dei fatti da parte del giudice costituisce il sistema e la teoria della c.d. prova legale» (F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 26 s.). Ebbene per l'Autore il concetto di sistema della prova legale è più ampio di quello affermatosi nei giorni nostri, e comprende anche il divieto di scienza privata ed in generale di percezione del fatto avvenuto al di fuori del processo, e di conseguenza, pare di poter affermare, le norme regolanti il modo di formazione della prova nel processo. Dunque, in qualche modo, tutte le norme che definiremmo, secondo la percezione del giorno d'oggi, «norme sulle prove», ben rientrano in questo concetto carneluttiano identificandosi come limiti alla diretta percezione dei fatti controversi da parte del giudice. Si tratta del concetto di prova legale *latu sensu* ben chiaro anche al Furno, cfr. C.FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Milano, 1940, 147, su cui *infra* nelle note. Del resto si deve precisare, che, come analizzeremo meglio *infra*, nel testo, Carnelutti, come Furno, abbracciano un modello di processo che non tende alla ricerca della verità materiale ma alla ricerca di una «verità convenzionale» (cfr. *op. cit.*, 29) e di conseguenza ad un modello siffatto è connesso un sistema di prove legali. Tutto quanto accennato sarà particolarmente interessante in sede di analisi delle esperienze degli ordinamenti anglosassoni, che pur non conoscendo norme di «prova legale» nel senso ristretto de termine, ne conoscono abbracciando del concetto di prova legale la concezione carneluttiana. Sulla definizione di prova giuridica si veda anche CHIOVENDA, *Principii*, cit., 809, secondo il quale «provare significa formare la convinzione del giudice della esistenza o non esistenza dei fatti rilevanti nel processo».

¹²⁰ In questo senso si tralascia volontariamente, almeno per il momento il dibattito sulla epistemologia dei fatti controversi, con il relativo dibattito filosofico relativo alla possibilità ontologica di accertare la verità. Né interessa approfondire il significato di prova e di mezzo di prova ed il rapporto sussistente tra fatto da provare (fatto rappresentato) e mezzo di prova (fatto rappresentativo). Ciò in quanto la presente indagine non vuole addentrarsi nella teoria generale sulla prova, ma solo analizzare la natura e la funzione delle

L'analisi delle norme sulle prove finalizzata alla comprensione del senso ultimo della loro esistenza deve allora porsi il seguente quesito: *perché* l'ordinamento giuridico intende limitare la diretta percezione, da parte del giudice, dei fatti di causa?

Per poter rispondere è necessario, per prima cosa, chiarire quale sia l'oggetto della percezione del giudice e quale ne sia lo scopo.

Il giudice conosce i fatti che realmente sono accaduti, o li conosce così come essi trovano ingresso nel processo? Lo scopo del processo è accertare la verità, o più semplicemente risolvere la controversia in atti tra le parti?

4. *Limiti alla percezione del giudice e modelli processuali:*

Per prima cosa occorre, allora, chiedersi se la compressione della libera percezione del giudice cui accennavamo esista perché oggetto della percezione *deve essere* qualcosa di diverso dalla realtà dei fatti, o perché *il suo risultato deve essere* il più possibile vicino a quella realtà.

La risposta a questo quesito investe allora per forza di cose la stessa teoria generale del processo.

La presente indagine non ha l'ambizione di calarsi in un così complesso argomento, che ha affaticato i più illustri studiosi di ogni tempo. E' sufficiente in questa sede passare brevemente in rassegna le diverse opinioni della dottrina, per cercare da esse di trarre elementi utili alla ricerca.

Prima di far ciò, è indispensabile premettere tuttavia ciò che la percezione del giudice *non può essere*, ossia quello che risulta essere un limite alla prova nel

norme di diritto che regolano il meccanismo della percezione, da parte del giudice, dei fatti di causa. Per l'analisi degli argomenti accennati e qui non trattati si veda M. TARUFFO, *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 1-58 e 143-217, spec 143 ss.; G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)* in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2 ss., spec. 5 ss.; L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 611 ss.; P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 164 ss., il quale compie una disamina storico-filosofica a conferma del fatto che tutte le prove non sono che prove di verosimiglianza, partendo dal pensiero di Voltaire per passare a quello dei giuristi tedeschi ottocenteschi come Wach, Walsmann, Sauer. Sul dibattito intorno alla specificità della prova giuridica, se cioè la prova giuridica niente ha a che vedere con la prova delle scienze empiriche e sulla funzione dimostrativa ovvero persuasiva della prova cfr. G. F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della «specificità» della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1129 ss, che conclude per il carattere metagiuridico della prova giudiziaria e quindi per la sua non specificità.

¹²¹ La conferma di ciò viene dalla stessa dottrina che difende la necessità della cosiddetta "legalità della prova", ossia una categoria generale di regole "al cui interno trovano posto, come species, le regole di prova legale", criticando chi ritenesse che "qualunque disposizione normativa in materia probatoria sia, virtualmente, un pericoloso schermo posto tra le parti e la dimostrazione delle rispettive ragioni di fatto, ovvero tra il giudice e l'accertamento della verità". Cfr. B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 728 s. Il primo inciso tra virgolette è, citato da CAVALLONE, di E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 314.

processo indipendente da qualsivoglia modello processuale che si voglia prendere in considerazione¹²². Non ci si può che rifare a proposito all'insegnamento del Chiovenda, che osserva come la prova del processo, a differenza della prova puramente logica e scientifica, «*subisce una prima limitazione nella necessità sociale che il processo abbia un termine*¹²³». Una volta che la decisione sui diritti è definitiva, non ci si cura più, infatti, della corrispondenza di quanto affermato dal giudice alla realtà dei fatti.

Ciò premesso, ed andando ad occuparci dei diversi modelli processuali da cui consegue una diversa misura dei limiti alla percezione della realtà da parte del giudice, ritengo che la più lucida analisi delle diverse opinioni dottrinali in materia sia quella di Taruffo.

L'Autore individua essenzialmente, nella storia del diritto e nella ricostruzione che di essa ha svolto la dottrina, due modelli di processo. Si tratta, come lo stesso Autore è consapevole, di stilizzazioni che, in questa sede, vogliono solo essere un supporto descrittivo per l'analisi che seguirà appresso, senza in alcun modo che si voglia esprimere un giudizio sull'opportunità di simili categorizzazioni.

Il primo modello ha per scopo essenzialmente la risoluzione del conflitto tra le parti, e non la realizzazione della giustizia sostanziale¹²⁴. Conseguentemente oggetto e scopo dell'indagine del giudice non è la scoperta della verità c.d. materiale, ossia dei fatti così come realmente sono accaduti, ma è la scoperta di una verità «processuale» o «formale», sulla cui base dare una regola al conflitto tra le parti, facendolo cessare¹²⁵.

¹²² Ciò, si potrebbe obiettare, non riguarda il dover essere della prova, e dunque il diritto probatorio inteso come strumento di limitazione e regolazione della conoscenza del giudice, ma riguarda il poter essere della prova, finendo per sfociare nel dibattito epistemologico che ci si era proposti di non trattare. In effetti è così, ma ritengo che la premessa sia necessaria per meglio comprendere l'oggetto del discorso che segue, ossia quel dover essere che unicamente interessa la presente ricerca.

¹²³ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli 1980, 809. Sulla distinzione della ricerca del giudice da quello dello storico cfr. G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit., 6 ss., che evidenzia la diversità del contesto delle due ricerche.

¹²⁴ Sulla distinzione tra i due modelli indicati nel testo si veda anche L.LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1992, 612 s., che richiama la distinzione in relazione alla necessità o meno che sia predeterminata dal legislatore l'efficacia legale della prova, attraverso la "fissazione legislativa della massima d'esperienza". L'Autore individua nel Carnelutti, da primo, l'Autore che ha osservato come nel modello di processo teso alla risoluzione dei conflitti il giudice che applichi le norme di prova legale avrà sedato il conflitto, quali che siano quelle norme. Il riferimento è a CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 40 ss., 247 ss., 342 ss. D'altro canto va osservato che per il CARNELUTTI il fine del processo non era semplicemente la composizione della lite, ma anche la sua "giustizia": "il processo si fa per la giusta composizione della lite" (*Id.*, 247).

¹²⁵ In realtà, come ribadiremo *infra*, nel testo, l'idea del processo come mezzo di risoluzione dei conflitti non è incompatibile con l'accertamento della verità materiale, da un lato perché la scoperta della verità può ben determinare una valida e stabile regola che faccia cessare il conflitto, dall'altra perché non è da escludersi che scopo del processo sia la risoluzione del conflitto secondo giustizia (si veda il riferimento al pensiero del Carnelutti contenuto nella nota precedente). In argomento si veda anche G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit. 6 ss., che accosta l'idea della verità convenzionale a quella del processo che ha per scopo la pace sociale (formula evidentemente equivalente al concetto della

Il secondo, che ha per oggetto, invece, la ricerca della verità materiale, ha per scopo la realizzazione della giustizia sostanziale. La reciproca interdipendenza che c'è tra verità materiale e giustizia sostanziale è tanto evidente che non ha bisogno di dimostrazioni¹²⁶. La veridicità e l'attendibilità del giudizio sui fatti è «condizione necessaria (ovviamente non sufficiente) perché si possa dire che la decisione giudiziale è giusta»¹²⁷.

5. *Segue: a) il processo come soluzione di conflitti*

E' evidente come, secondo il primo modello, i limiti alla percezione del giudice sono connaturati alla stessa idea di processo: intanto il giudice non è libero nella percezione dei fatti in quanto scopo del processo non è la scoperta della verità dei fatti così come realmente accaduti.

Osserva, infatti, Taruffo che il modello di processo che si pone in contrasto con l'idea della ricerca della verità è quello «che vede il processo civile essenzialmente come uno strumento per risolvere conflitti, ed in particolare quelli che assumono forma di controversie giuridiche tra le parti»¹²⁸»

Scopo di tale processo è quello di «fissare», secondo la terminologia cara al Carnelutti, i fatti di causa, per sussumerli sotto la norma giuridica e risolvere così il conflitto. La «fissazione dei fatti» è frutto non della percezione del giudice ma dell'applicazione di una norma di diritto¹²⁹. L'insieme delle norme di diritto applicando le quali è possibile compiere tale processo di fissazione coincide con il diritto probatorio¹³⁰.

risoluzione dei conflitti), e che dunque di quella verità «può accontentarsi». Ritiene invece che la verità non può costituire lo scopo del processo, ma è solo un mezzo per realizzare il fine dell' "affermazione ex ore iudicis di una concreta volontà sanzionatoria del diritto obiettivo" C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940, 10.

¹²⁶ L'accostamento è ben evidenziato da M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 42, che associa l'idea dell'«opportunità ideologica» dell'accertamento della verità all'ideologia «degli scopi del processo, per cui esso deve tendere a produrre decisioni giuste». Sul punto dell'accostamento tra decisione giusta e ricostruzione veritiera dei fatti cfr. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.. Si veda anche G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano, 1930, 61, che accogliendo positivamente quel progetto di riforma osserva come ivi fosse accostato l'idea di verità con quella di giustizia.

¹²⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 43.

¹²⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 16.

¹²⁹ E' evidente che un sistema siffatto coincida essenzialmente con il sistema basato sulle prove legali. Cfr. a proposito G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 811, secondo il quale «nella prova legale il momento probatorio si presenta alla mente del legislatore anziché a quella del giudice».

¹³⁰ Osserva Carnelutti che «il processo di ricerca assoggettato a norme giuridiche, che ne costringono e ne determinano la purezza logica, non può essere sinceramente considerato come un mezzo per la conoscenza della verità dei fatti, bensì per una fissazione o determinazione dei fatti medesimi che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente» (*op. ult. cit.*, 30). Ne consegue, secondo tale prospettiva, che l'unico modo perché oggetto del processo sia l'accertamento della verità dei fatti è

La ricerca della verità materiale¹³¹ è incompatibile con tale modello processuale perché estranea allo scopo del processo e comportante costi che possono essere rilevanti in termini di tempi, spese ed attività delle parti e del giudice¹³².

Si tratta del modello definito come dell'«impossibilità ideologica» di un accertamento veritiero dei fatti nel processo civile¹³³, per il quale la verità dei fatti «non può essere conseguita perché non deve essere perseguita»¹³⁴.

Al giudice, allora, non è richiesta la diretta e libera percezione dei fatti ma l'applicazione di norme per la fissazione formale dei fatti nel processo.

Il giudice è allora limitato nella percezione dei fatti per lo stesso scopo cui il processo è destinato.

Seguendo tale modello processuale, allora, le norme sulle prove risultano essere norme imprescindibili, mancando le quali il processo non realizza più il proprio scopo, che a sua volta è lo scopo che l'ordinamento vuole che persegua.

In questa prospettiva esse appartengono all'ordine pubblico processuale, nel senso che abbiamo chiarito *supra*, Introduzione.

6. b) Segue: *Il processo teso alla realizzazione della giustizia sostanziale*

Secondo l'opposta concezione, che vede la verità materiale come oggetto dell'indagine del giudice, affinché possa essere realizzata la giustizia sostanziale nel caso concreto, i limiti alla diretta percezione del giudice devono essere il più possibile compressi, sino a scomparire¹³⁵. Per scomparire del tutto non è tuttavia

eliminare ogni norma di diritto probatorio, lasciando che il giudice sia libero nella percezione dei fatti – e non solo – come invece emerge dalla tradizionale contrapposizione tra prova legale e principio del libero apprezzamento – nell'apprezzamento dei risultati della percezione.

¹³¹ Sulla relatività della distinzione tra verità formale e verità materiale, poiché «la valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e verosimiglianza» cfr. P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 165.

¹³² Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 18 ss. L'Autore afferma tuttavia, giustamente ad avviso di chi scrive, che «a rigore non è vero che vi sia incompatibilità fra processo come soluzione di conflitti e ricerca della verità dei fatti, poiché si potrebbe ragionevolmente dire che un buon criterio per risolvere i conflitti è quello di fondare la soluzione su un accertamento veritiero dei fatti che sono alla base della controversia».

¹³³ M. TARUFFO, *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 16 ss.

¹³⁴ Taruffo individua anche un'altra ragione di incompatibilità del modello processuale descritto con la ricerca della verità materiale, coincidente con le esigenze di libertà, autonomia ed iniziativa individuale delle parti. Cfr., *op. cit.*, 19. Il (solo apparente) contrasto tra l'indagine del giudice per l'accertamento della verità e l'autonomia delle parti, con i principi processuali che ne derivano, primo tra tutti il principio dispositivo, sarà tuttavia oggetto di indagine dall'opposto punto di vista dell'analisi dell'altro modello processuale, quello finalizzato alla ricerca della verità materiale.

¹³⁵ In questa sede non interessa, come detto, approfondire il problema, pur esistente, della possibilità teorica dell'accertamento della verità da parte del giudice. L'analisi ci porterebbe infatti nell'ambito della teoria generale del diritto e finanche della filosofia pura. Si rinvia pertanto a quanto ampiamente descritto da M. TARUFFO, *op. cit.*, 8-16, limitandoci qui ad osservare come sia del tutto pacifico che laddove si ritenga possibile per l'uomo *conoscere* la realtà delle cose, certo il modo per avvicinarsi il più possibile a questo è la percezione, diretta o mediata, ma senz'altro il più possibile libera da limiti imposti aprioristicamente da un soggetto diverso dal percipiente (il legislatore, nel caso dell'accertamento della verità nel processo).

sufficiente comprimere le norme di diritto probatorio, ma incidere su altri più generali principi del processo stesso. Affinché la percezione del giudice sia totalmente libera è infatti necessario che questi possa indagare la verità dei fatti, senza alcun limite imposto dall'ordinamento. Una simile possibilità esiste solo se si abbraccia il modello di processo c.d. inquisitorio puro (o inquisitorio in senso sostanziale), dove i fatti oggetto di causa coincidono con tutti i fatti realmente accaduti. Laddove invece si prenda in considerazione il modello di processo caratterizzato dal principio della domanda, automaticamente oggetto della percezione sono *solo* i fatti allegati dalle parti, e di conseguenza a questi è limitata la percezione della realtà da parte del giudice.

A questo punto, c'è da chiedersi se vi sia contrasto tra una percezione del giudice dei fatti di causa del tutto libera e l'ordine pubblico processuale. In caso positivo, occorrerà isolare quelli che sarebbero dimostrati essere limiti irrinunciabili alla libera percezione del giudice, connaturati alla stessa idea di processo. Almeno a prima vista, infatti (la problematica sarà approfondita nel prossimo paragrafo), si è indotti a ritenere che il rifiuto di un processo inquisitorio puro verso modelli processuali che salvaguardino la libertà delle parti, che essi si ispirino al modello anglosassone dell'*adversary system* o al modello continentale del principio della domanda, appartenga all'ordine pubblico processuale, attenendo al principio cardine di ogni modello processuale moderno, che si ispiri e rispetti i valori ed i principi del nostro tempo, come il principio di imparzialità del giudice ed il principio del contraddittorio¹³⁶ (tutelati in tutti gli ordinamenti democratici da fonti di rango costituzionale nonché dall'art. 6 della C.E.D.U.¹³⁷).

E' tuttavia indispensabile osservare che, a ben vedere, i limiti alla percezione del giudice dei fatti di causa determinati dal rifiuto del modello inquisitorio puro non riguardano il diritto probatorio. Si tratta infatti, come detto, di limiti connessi al principio della domanda, per cui il giudice non può che conoscere i fatti allegati dalle parti: siamo dunque nel campo dei principi generali del processo e non in quello del diritto delle prove. Di tali limiti, dunque, la presente indagine potrebbe disinteressarsi, niente ulteriormente apportando alla nostra analisi sulla natura delle norme sulle prove, una più approfondita ricerca del modello processuale inquisitorio e dei modelli che ad esso si contrappongono. Tuttavia la libera ricerca

¹³⁶ Sui detti principi già si è detto e torneremo sul punto nel prosieguo del lavoro, anche per gli opportuni riferimenti.

¹³⁷ Sulla giurisprudenza della Corte Europe dei Diritti dell'Uomo relativa alla garanzia del giusto processo di cui alla disposizione della C.E.D.U. citata nel testo, con particolare riferimento al principio del contraddittorio, anche relativamente al diritto alla prova e alla controprova, e della parità delle armi si veda L.P. COMOGLIO, *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss, spec. 727 ss.

della verità da parte del giudice si interseca anche con la tematica delle norme sulle prove. Se, infatti, affermando che il giudice non può percepire che la verità di quei fatti che sono proposti dalle parti, non si dice niente di attinente al tema che a noi interessa, altrettanto non può dirsi in ordine ai poteri officiosi del giudice in materia di prova ed al c.d. divieto di scienza privata. In altre parole, la libera percezione del giudice dei fatti controversi, oltre che dai poteri officiosi in ordine alla ricerca dei fatti da porre all'interno del processo, si estrinseca anche nella libertà di utilizzare i mezzi di prova ritenuti più opportuni per verificare la veridicità dei fatti allegati, nonché, astrattamente, nella possibilità di utilizzare la propria personale conoscenza dei fatti allegati. Occorre allora verificare se l'assenza di limiti ai poteri istruttori officiosi da parte del giudice nonché la possibilità per questi di utilizzare la propria scienza privata, sia o meno contraria all'ordine pubblico processuale, se in altri termini il principio dispositivo relativo alla prova¹³⁸ ed il principio del divieto di scienza privata del giudice siano principi di diritto processuale inviolabili o meno. Una volta compiuta tale operazione, sembra di poter affermare che nel modello di processo teso alla ricerca della verità materiale non esistano altri (oltre a quelli eventualmente emergenti dall'indagine appena promessa) limiti imprescindibili alla percezione del giudice, dettati dall'essere «processo» il campo della stessa percezione.

7. Segue: il principio della domanda, il processo inquisitorio, il divieto di scienza privata ed i poteri officiosi del giudice in ordine alla prova

Abbiamo detto che è generalmente sentito dalla dottrina giuridica il contrasto con l'ordine pubblico processuale di un sistema inquisitorio puro o sostanziale.

Da questo punto di vista il principio della domanda, che più di tutti rappresenta il rifiuto di una concezione del processo che attribuisca al giudice il potere di determinare quali debbano essere i fatti oggetto del processo, sembra essere un principio cardine di ogni esperienza giuridica moderna, e pertanto inderogabile¹³⁹.

¹³⁸ Secondo alcuni autori «principio dispositivo in senso stretto», cfr. G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie di lavoro* in *Riv. Dir. Proc.* 1977, 220.

¹³⁹ E' indubbio che il modello dispositivo (o *adversary*) evochi un'idea di processo che abbia come scopo la risoluzione dei conflitti più che la realizzazione della giustizia sostanziale, e che non sia teso alla ricerca della verità materiale (cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 20 s.). Contemporaneamente nessuno dubbio che il modello di processo che più chiaramente persegue la giustizia sostanziale attraverso la ricerca della verità materiale è il modello inquisitorio puro. Da qui, come si è osservato in dottrina, «*all'idea dell'accertamento veritiero dei fatti*» è accostata «*la connotazione ideologicamente negativa che investe il modello del processo inquisitorio*» (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 23 ss.). Nonostante le critiche che si possono muovere a tale categorizzazione, come la giusta osservazione che può ben esistere un processo dispositivo «giusto» ed un processo inquisitorio «ingiusto», poiché l'aver come scopo la realizzazione della giustizia non è incompatibile con il primo e poiché ben può esservi un processo inquisitorio «*basato su una concezione*

L'idea è confermata dalla dottrina, che ritiene che il principio della domanda sia inscindibilmente connesso con il carattere disponibile della situazione sostanziale protetta¹⁴⁰. Almeno in materia di diritti disponibili, ci troveremmo dunque di fronte ad un principio di ordine pubblico processuale¹⁴¹.

Correlato a questo argomento è inoltre opportuno affrontare da subito il problema del divieto di scienza privata del giudice, principio conosciuto da quasi tutte le esperienze giuridiche concrete e senz'altro connesso¹⁴² con il principio della domanda.

Nella misura, infatti, in cui il divieto di scienza privata coincide con il divieto per il giudice di conoscere fatti non allegati dalle parti, l'appartenenza del divieto all'insieme delle norme che sono imprescindibili per il processo è già stata dimostrata, almeno se si concorda con la natura di norma imprescindibile al processo del principio dispositivo.

Laddove tale divieto si estenda oltre la cornice appena delineata, ossia ad esempio riguardi la conoscenza che il giudice ha della verità dei fatti allegati dalle parti, la sua appartenenza all'ordine pubblico processuale è questione diversa.

irrazionale delle prove (che, come osserva la miglior dottrina, non esiste nella realtà delle esperienze giuridiche moderne. Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 21, secondo il quale «non pare esistano davvero processi ispirati al sistema inquisitorio puro») è indubbio che un processo basato sul principio della domanda limiti la diretta percezione dei fatti da parte del giudice, così come è altrettanto indubbio che un processo inquisitorio puro sia caratterizzato da una connotazione di valore negativa, e rifiutato dagli ordinamenti moderni perché incapace di garantire il rispetto del diritto di azione e del diritto al contraddittorio. Ciò poiché, si ritiene giustamente, il principio della domanda (sulle relazioni sistematiche fra il dovere decisorio del giudice, il principio di cui all'art. 112 c.p.c. ed il più generale principio dispositivo cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, XVII ed. I, Torino, 2005, 88 ss.) costituisce «l'imprescindibile correlato del carattere disponibile della situazione sostanziale». Cfr. G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro in Riv. dir. proc.* 1977, 220.

¹⁴⁰ Cfr. G. VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 220, che ricorda l'insegnamento di E. T. LIEBMAN, per il quale si veda E. T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 6, e di A. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 740 ss.

¹⁴¹ In realtà non vi è concordanza in dottrina su quale sia il fondamento del principio della domanda. Accanto ad Autori, che, come visto (cfr. nota precedente), vi ravvisano una trasposizione a livello processuale del carattere disponibile della situazione sostanziale protetta, ve ne sono altri che lo ritengono basato sul principio di imparzialità del giudice (su tutti A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 210 s.). Mentre seguendo la prima corrente l'inviolabilità del principio dispositivo incontrerebbe un limite nel carattere eventualmente indisponibile della situazione sostanziale protetta, seguendo la seconda si dovrebbe affermare che trattasi di principio che non ammette eccezioni, dato il suo carattere «fondamentissimo» che rappresenterebbe addirittura l'assenza della giurisdizione. (A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, p. 211). Sono questi stessi autori, tuttavia, che osservano che in materia di diritti indisponibili il principio subisce delle eccezioni, ad esempio in materia fallimentare (ancora PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, pp. 211 s.). D'altra parte ai fini della nostra indagine non interessa approfondire la materia dei diritti indisponibili, essendo estranea al fenomeno arbitrale, che come noto può ammettersi solo in materia di diritti disponibili.

¹⁴² Sul punto G. CARNELUTTI invita a non confondere i due principi, cfr. *La prova civile*, cit., 16, nota (2). Sulla connessione con il principio dispositivo, di cui sarebbe una manifestazione cfr. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2008, 203.

Ebbene la dottrina maggioritaria ricollega il divieto di scienza privata al principio di imparzialità del giudice: secondo illustri autori, il giudice che giudicasse in base alle proprie conoscenze confonderebbe la qualità di giudice dapprima con quella di teste poi con quella di parte, finendo non solo per perdere la sua necessaria terzietà, ma per non essere più realmente un soggetto giudicante¹⁴³.

Il divieto di scienza privata dunque, autonomamente, e senza necessità di correlazione al principio della domanda, con il quale non coincide per estensione, per *ratio* e per natura, ma che soltanto parzialmente vi si sovrappone¹⁴⁴, non può che essere considerata norma di diritto probatorio avente carattere imprescindibile, anche in un modello processuale che tenda alla scoperta della verità materiale.

Riguardo al secondo aspetto, invece, è doveroso chiedersi se appartenga all'ordine pubblico processuale il principio per il quale sono le parti a dover fornire al giudice il materiale probatorio (c.d. principio dispositivo in senso stretto o principio dispositivo relativo alla prova).

In altre parole, se il principio della domanda, almeno in materia di diritti disponibili, appartiene ai principi inviolabili dell'ordinamento¹⁴⁵, che quindi respinge il modello inquisitorio c.d. in senso sostanziale, ci si deve chiedere se la stessa sorte vada riservata al principio, proprio di molte esperienze processuali, che impone al giudice di decidere sulla base delle sole prove fornite dalle parti, vietando dunque iniziative probatorie officiose (secondo la terminologia di alcuni autori si tratterebbe del c.d. principio dispositivo in senso stretto¹⁴⁶).

¹⁴³ Cfr. S. PUGLIATTI, *Enc. Diritto*, Milano, 1988, voce *Conoscenza*, 98, il quale afferma che «il giudice non può fare uso della sua scienza privata in ordine ai fatti di causa: egli può soltanto (e deve) fare uso della cosiddetta scienza ufficiale. La ragione della limitazione è tale che essa sussiste anche nei processi di tipo inquisitorio. Il giudice, cumulando la funzione di teste e quella di decidente, verrebbe a trovarsi in una situazione ambigua, poiché non potrebbe esercitare sulle proprie deposizioni quel controllo che costituisce un momento essenziale della esplicazione della sua funzione» Cfr. anche G. VERDE, *Enc. Diritto*, Milano 1988, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, 618, secondo il quale il divieto di scienza privata «si collega alla stessa esigenza che rende impossibile cumulare in una sola stessa persona la posizione di parte e quella di giudice». Dello stesso autore cfr. *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit., 9. Ancora nel senso che il divieto di scienza privata è posto a salvaguardia dell'imparzialità e della terzietà del giudice ed in tal senso è principio «fondamentalissimo» cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, 49 ss., spec. 56. Secondo B. SASSANI, *op. ult. cit.*, 202 s., sotteso al divieto di scienza privata è il principio del contraddittorio, in quanto «una personale e solitaria gestione delle fonti di conoscenza sottrarrebbe la dinamica del giudizio alle regole del contraddittorio».

¹⁴⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 6, che invita a non confondere i due principi.

¹⁴⁵ Identico ragionamento va fatto per il potere di allegazione, diretta conseguenza del principio della domanda, nonché per il principio di non contestazione, che a ben vedere è tuttuno con il primo. Osserva giustamente G. VERDE che «nella misura in cui le parti hanno un potere monopolistico nel determinare l'ambito del materiale di fatto su cui deve ricadere la lite, nella stessa misura deve essere loro riconosciuto il potere di escludere la necessità di indagini diretta ad accertare il fatto ponendolo fuori dalla controversia». Cfr., *op. ult. cit.*, 224.

¹⁴⁶ VERDE, *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, cit., 226.

Autorevole e condivisibile dottrina ritiene che questa volta il divieto di iniziative officiose da parte del giudice¹⁴⁷ non sia connesso al carattere disponibile della situazione sostanziale dedotta in giudizio, ma rappresenti una scelta di opportunità del legislatore¹⁴⁸, basata, se si vuole, sulla volontà di «*impedire che, attraverso la concessione di poteri istruttori ufficiosi, il giudice possa apparire non imparziale e perda anche sul piano psicologico la sua posizione di neutralità*¹⁴⁹», ma ad ogni modo non legata ad esigenze assolute ed inderogabili¹⁵⁰.

Difatti non sembra corretto ricollegare alla natura disponibile della situazione sostanziale la necessità di una particolare modalità di accertamento dei fatti nel processo. Una volta che le parti sono lasciate libere nel decidere quali fatti saranno oggetto di causa, le modalità di accertamento della loro verità (che la si voglia intendere come verità sostanziale o processuale) rientrano nell'ambito delle decisioni di politica del diritto del legislatore¹⁵¹.

Né sembra corretto ritenere, come invece illustri autori in passato hanno sostenuto, che il divieto di iniziative probatorie officiose sia da ricollegare al principio di

¹⁴⁷ pacificamente connesso «*allo scopo istituzionale di ricerca della verità obiettiva senza condizionamenti di sorta*», cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 224 s.

¹⁴⁸ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 224 ss. Si tratta di una interpretazione risalente alla distinzione, propria della dottrina processualistica tedesca, tra *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*, ossia tra «*il potere delle parti di determinare l'oggetto del giudizio ed il potere di apportare al processo il materiale probatorio relativamente ai fatti affermati*». Mentre il primo principio è considerato imprescindibile, e, sembra di poter affermare, coincide con il nostro principio della domanda, il secondo, coincidente con il principio dispositivo in ordine alla prova, ammette un'attenuazione, purché sia rispettato il primo, poiché «*l'attribuzione al giudice del potere di contribuire alla ricerca ed all'acquisizione delle prove costituisce un fatto di mera tecnica processuale*». Cfr. V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 40. Nello stesso senso cfr. V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile, cit.*, 276 ss., secondo il quale «*il significato globale dell'art. 115, 1° comma, si risolve nel divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice*», e che, in generale, ritiene che il carattere disponibile della situazione sostanziale si proietti in campo processuale nel principio della domanda, oltre che nella valutazione di alcune prove che sfuggono al prudente apprezzamento del giudice solo se provengono dalla parte legittimata a disporre del diritto, come il giuramento, ma non nel principio dispositivo in ordine alla prova. La riprova di ciò è data dalla gamma di ipotesi nelle quali la legge consente al giudice di disporre d'ufficio delle prove (cfr. *op. ult. cit.*, 277 s.). Di principio di mera tecnica processuale parla A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili, cit.*, 56, che ritiene dunque il principio derogabile nei limiti del rispetto del fondamentale divieto di scienza privata del giudice.

¹⁴⁹ G. VERDE, 226

¹⁵⁰ G. VERDE, 22. *Contra* cfr. E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo, in Problemi del Processo civile*, 3 ss., spec. 16 s., secondo il quale il principio dispositivo, tanto in relazione alle attività assertive quanto in relazione all'istruzione probatoria, rappresenta «*una necessaria garanzia del retto funzionamento della giurisdizione*». Secondo questa impostazione, infatti, «*restringerne il dominio, per accrescere invece i poteri inquisitori de giudice, significherebbe in sostanza attenuare la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa ed introdurre nel processo una tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento*». Prosegue l'Autore affermando che «*l'imparzialità del giudice è il bene prezioso che deve essere preservato in ogni caso, anche col sacrificio del porte d'iniziativa istruttoria del giudice*».

¹⁵¹ Ne dà una conferma anche TARUFFO, *op. cit.*, 23, nota 65, secondo cui «*si riconducono alla disponibilità del rapporto sostanziale il principio della domanda e le regole dell'allegazione e della non contestazione, mentre risalgono a scelte di opportunità del legislatore le modalità di accertamento dei fatti e la disciplina dei poteri di iniziativa istruttoria del giudice*».

imparzialità del giudice: come giustamente si è osservato la *ratio* di un simile divieto, presente del resto in molti ordinamenti positivi, come ad esempio nel nostro processo ordinario di cognizione, può anche essere connessa ad un simile timore, ma l'esistenza di esperienze concrete che detto divieto hanno eliminato promuovendo anzi l'iniziativa istruttoria de giudice (su tutte quella che ci è più familiare è senz'altro il nostro rito del lavoro¹⁵²) dimostrano trattarsi appunto di timori, o comunque di una compressione del principio di imparzialità del tutto tollerabile per i valori e l'etica processuale del nostro tempo¹⁵³.

La conferma viene anche dal punto di vista dell'analisi del diritto delle parti alla prova, come diritto coperto dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 24 Cost (e su cui, *ampilus, infra*).

Condivisibile, a proposito, è l'osservazione secondo cui «*il diritto alla prova implica la libertà delle parti di dedurre prove senza subire limitazioni ingiustificate, ma da ciò sembra del tutto impossibile dedurre che di conseguenza il giudice non debba o non possa disporre d'ufficio l'acquisizione di prove non dedotte dalle parti*¹⁵⁴».

In conclusione, dall'analisi che abbiamo svolto del modello processuale per cui oggetto del processo e della prova è la ricerca della verità materiale, ed avendo scartato la sua versione più estrema coincidente con il modello inquisitorio puro o sostanziale, perché contrario all'ordine pubblico processuale, sembra si possa concludere che, secondo tale modello, gli unici limiti alla diretta percezione da parte del giudice dei fatti di causa, che appaiono imprescindibili e connaturati alla stessa idea di processo, sono quelli connessi alla disponibilità del rapporto sostanziale e conseguentemente al fatto di essere oggetto del processo soltanto i fatti allegati dalla parti, oltre che il principio che vieta l'utilizzo della scienza privata da parte del giudice.

Tutti gli altri limiti alla diretta percezione del giudice, compreso, eventualmente, quelli relativi alla sua iniziativa officiosa in tema di prova, derivano, sembra potersi concludere, da scelte politiche. Ne consegue le norme limitative di tale

¹⁵² Ma i poteri istruttori officiosi del giudice nelle controversie di lavoro erano già previsti dal codice di procedura civile del 1940, all'art. 439, cfr. V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 277.

¹⁵³ Che del resto il principio di imparzialità del giudice abbia diverse sfumature e possa essere, sino a determinati limiti, compresso, lo dimostra il variare nella storia e nelle diverse tipologie di processo delle norme sull'astensione e ricusazione del giudice.

¹⁵⁴ Cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 74 ss., spec. 90. Lo stesso Autore osserva giustamente che «*l'incompatibilità tra diritto alla prova ed estensione dei poteri istruttori de giudice potrebbe esistere solo in quanto questi si configurassero non come poteri in senso proprio, ma come monopolio esclusivo del giudice sulle prove, tale cioè da escludere o comprimere i diritti probatori delle parti. Si tratterebbe in tal caso di una versione estrema del modello inquisitorio, che sarebbe certamente incompatibile con la garanzia della difesa, ma che a quanto consta non è attuata in alcun ordinamento processuale moderno*». Cfr. *op. ult. cit.*, 91, nota 38.

processo conoscitivo, che abbiamo visto coincidere, almeno tendenzialmente, con il diritto delle prove complessivamente inteso, non hanno, ad eccezione del divieto di scienza privata (avendo come detto escluso che i limiti alla percezione del giudice appena richiamati vi appartengono), carattere imprescindibile ed inderogabile ma sono il frutto di scelte di opportunità del legislatore.

A questo punto occorre tuttavia prendere posizione in ordine a quale sia il modello processuale che più rispecchi i valori del nostro tempo, e sulla base del quale concludere quale sia, non in astratto, ma nell'esperienza concreta degli ordinamenti moderni, la natura e la funzione delle norme sulle prove.

L'ultimo tassello di questa parte della presente ricerca non potrà tuttavia essere posto se non dopo aver analizzato, succintamente, le esperienze processuali passate e presenti, relativamente al diritto probatorio, confrontandole poi con i modelli processuali sopra descritti. Al termine di questa operazione dovremo poter dare una risposta più sicura alla domanda se oggetto del processo è l'accertamento della verità materiale o l'accertamento di una verità processuale, ed, in questo secondo caso, se ciò abbia come causa l'impossibilità dell'accertamento della verità perché contraria agli scopi del processo. Se così fosse, come detto, la percezione del giudice *non potrebbe che essere* limitata dal diritto probatorio, e dunque, nei termini e nei limiti che nel caso non potremmo non approfondire, questo sarebbe imprescindibile per ogni processo.

8. Le esperienze processuali reali a confronto con i modelli astratti: ordinamenti di civil law e sistema delle prove legali; ordinamenti di common law e libero convincimento del giudice

Quelli appena analizzati sono modelli processuali che non esistono nella realtà, rappresentano gli estremi di due opposte concezioni del processo che, come detto, vogliono solo avere valore descrittivo¹⁵⁵.

Compiuta dunque l'analisi dei modelli processuali che ci eravamo proposti, è ora opportuno esaminare come si configuri il diritto probatorio nell'esperienza degli ordinamenti giuridici reali.

Si è soliti, a proposito, parlare di esperienze basate sul c.d. sistema delle prove legali, cui si contrappongono quelle basate sul principio del libero convincimento del giudice.

¹⁵⁵ Ne è consapevole lo stesso Taruffo, secondo il quale «l'argomentare con riferimento a modelli «puri» può essere utile sul piano teorico o può spiegarsi sul piano della polemica ideologica, ma implica il rischio di un distacco anche rilevante dalla realtà: questa conosce infatti, solitamente, modelli «misti», cfr. M.TARUFFO, *op. ult. cit.*, 22.

Si è anche soliti, almeno in una prospettiva di ricostruzione storica, accostare la prima categoria agli ordinamenti di *civil law*, mentre la seconda agli ordinamenti di *common law*.

9. Segue: Gli ordinamenti storicamente basati sul c.d. sistema delle prove legali

Secondo illustri studiosi «*prova legale è sinonimo di verità «formale» stabilita dalla legge e del tutto priva di connessione con la specifica potenzialità conosciuta e dimostrativa della singola prova*»¹⁵⁶.

Il sistema delle c.d. prove legali è dunque intimamente connesso al modello di processo che non ha per scopo la scoperta della verità materiale.

Si tratta di un sistema che senza dubbio limita la diretta percezione del giudice dei fatti di causa, tuttavia non è detto che ciò avvenga perché si ritiene *scopo* del processo il raggiungimento solo di una verità di secondo grado ai fini della più rapida soluzione del conflitto, e mezzo per il raggiungimento di tale scopo il necessario disinteresse per la verità vera.

In altre parole, se è vero, come abbiamo osservato, che un processo ispirato al primo dei modelli sopra esaminati non possa che fondare il proprio diritto probatorio sul principio della verità formale da contrapporsi alla verità materiale, non è vero, o quantomeno non è dimostrato, il reciproco: un processo che si fonda sul principio della verità formale ben può farlo per uno scopo diverso da quello della rapida soluzione del conflitto.

In altre parole, un processo che conosca prove legali non per questo non può avere come scopo la realizzazione della giustizia sostanziale.

Nelle esperienze degli ordinamenti continentali non vi è dubbio, tuttavia, che il sistema delle prove legali sia stato ridimensionato, lasciando ampio spazio al principio del libero convincimento del giudice.

Se è vero, infatti, che un sistema di prova legale rigido e formalistico caratterizzava l'epoca del diritto comune¹⁵⁷, è altrettanto vero che nel nostro ordinamento, che pure conosce il fenomeno delle prove legali, queste costituiscono solo l'eccezione al generale principio del libero apprezzamento della prova.

¹⁵⁶ M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma 1990, 1.

¹⁵⁷ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 361 s., il quale osserva che «*la costruzione del sistema della prova legale appare già a buon punto nel sec. XIII*». L'Autore osserva che l'origine del sistema di prova legale è dovuta all'esigenza, particolarmente sentita all'epoca, di «*razionalizzare la valutazione della prova e più in generale il giudizio di fatto, riducendo tendenzialmente a zero il pericolo insito nell'arbitrio soggettivo del giudice, e per altro verso eliminando le «prove irrazionali» fondate sul principio del «giudizio di Dio*». Altra interessante osservazione è quella che l'Autore citato opera relativamente alla fonte del sistema di prova legali, che alle origini non sarebbe stato introdotto con la tecnica della normazione, ma «*frutto dell'elaborazione dottrinale compiuta dai giuristi del droit savant medievale e rinascimentale*» (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 362).

Secondo le più attendibili ricostruzioni storiche, la prova legale intesa come «sistema» organico, caratterizzante tutto il diritto probatorio, sarebbe entrata in crisi nel XVIII secolo con l'avvento della cultura illuministica e con le codificazioni, iniziando a riguardare solo alcuni mezzi di prova¹⁵⁸.

In realtà, come analizzeremo meglio in seguito, quello che si consolida già in età medievale e che costituisce l'origine del c.d. sistema di prova legale, è una tipologia processuale che rifiuta l'incontrollata discrezionalità del giudice nell'accertamento del fatto, vincolandolo a decidere solo sulla base di quanto affermato e provato dalle parti. L'origine della prova legale non è dunque dovuta al rifiuto di una determinata concezione della valutazione della prova, ma dal rifiuto di una ben più ampia discrezionalità del giudicante. Da questo punto di vista quella concezione del processo è sopravvissuta sino ai nostri giorni, nonostante il recupero di quel tanto di discrezionalità garantita al giudice dal principio del libero convincimento¹⁵⁹.

Ciò non toglie che l'attuale concetto di prova legale sia più ristretto e non coincida con il modello processuale affermatosi per il rifiuto del modello inquisitorio, ma sia limitato alla predeterminazione legislativa dell'efficacia probatoria di (alcuni) mezzi di prova. Da una parte, infatti, il processo fondato sul principio della domanda può non essere affatto caratterizzato dalla presenza di prove legali (basti pensare all'esperienza di *common law*), dall'altra non è sufficiente predeterminare

¹⁵⁸ Per un approfondimento v. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 364 s., il quale analizza in particolare il rapporto tra la prova legale di origine dottrinale e quella di origine codicistica. Per un'analisi dell'evoluzione storica del diritto delle prove cfr. anche V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 39 ss.

¹⁵⁹ E' quanto sostiene anche Taruffo, il quale, analizzando sistema probatorio di diritto medievale e dunque l'origine del sistema di prova legale ritiene in realtà che all'epoca non fosse in gioco la sola contrapposizione tra prova legale e libero convincimento, ma tra un sistema che vincolasse il giudice non solo nell'apprezzamento della prova ma che anche vietasse la c.d. scienza privata ed imponesse al giudice di decidere secolo «*secundum alligata et probata*», ed un sistema, invece, caratterizzato dalla discrezionalità incontrollata del giudice nell'accertamento del fatto (cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 367). Riaffiora anche da questo angolo visuale la contrapposizione tra modello inquisitorio e modello dispositivo fondato sul principio della domanda, nonché riemerge il concetto carneltuttiano e lato di «sistema della prova legale». Secondo V. DENTI, *op. ult. cit.*, 32, la disciplina legale della prova ha dapprima consentito una razionalizzazione dell'indagine giudiziale di fronte ai metodi primitivi di prova e ha poi rappresentato una garanzia contro la decadenza del costume giudiziario. La contrapposizione al modello *inquisitorial* è anche all'origine del c.d. *adversary system* caratterizzante il sostrato degli ordinamenti di *common law*, che tuttavia è stato influenzato anche da fattori sconosciuti agli ordinamenti continentali, come il pensiero protestante (sul punto cfr. V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo* in, AAVV, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 202) e la logica dell'individualismo derivante dal liberalismo classico inglese e dal pensiero di BENTHAM (su cui M. TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. Disc. Priv.*, VI, Torino, 1990, 324 ss.). Ciò tuttavia non toglie che, con particolare riguardo all'esperienza inglese, l'origine del sistema *adversary*, similmente all'origine del sistema di prove legali caratterizzanti gli ordinamenti di *civil law*, sia dovuta, tra l'altro, alla razionalizzazione dell'indagine giudiziale contro i sistemi primitivi di prova, in particolare le ordalie, vietate dal Concilio Laterano (cfr. J. JACOB, *The fabric of English civil Justice*, London, 1987, 6).

normativamente l'efficacia della prova per scongiurare l'arbitrio giudiziale caratterizzante il modello inquisitorio puro.

Va infine detto della tendenza a considerare quello delle prove legali come un metodo vetusto¹⁶⁰, che i sistemi moderni tendono a sostituire con il principio della libera valutazione.

Prendendo ad esempio il nostro ordinamento, è noto come la prova legale rimanga l'eccezione al generale principio del libero convincimento del giudice¹⁶¹, secondo il disposto dell'art. 116, comma 1, c.p.c.

E d'altra parte, esaminando l'«eccezione», occorre essere chiari sulla reale portata della «prova legale», cui contrapporre la «prova libera», secondo lo schema della richiamata disposizione.

Si è osservato, infatti, che le due tipologie di prova non si distinguono per una diversa idoneità dimostrativa, ma solo per le diverse modalità di apprezzamento dell'attendibilità del risultato probatorio¹⁶², che per le prove legali è svolto a priori dal legislatore.

Si potrebbe così ritenere che il giudice possa fondare il proprio convincimento su un mezzo di prova non legale, pur nella concomitanza con mezzi di prova

¹⁶⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 127, che osserva come “il prevalere del regime di prova libera altro non sia, se non il riflesso o il corollario tecnico di un'opzione ideologica, tradottasi in un atto di maggiore fiducia nei confronti del giudice”. Sul punto del tramonto della teoria della prova legale cfr. L. LOMBRADO, *op. ult. cit.*, 611 ss., che afferma la crisi, parallelamente a quella della teoria della prova legale, della teoria del sillogismo probatorio e del concetto di induzione generalizzatrice, ossia quella concezione della prova necessariamente basantesi sulla distinzione tra *factum probandum* (fatto che deve essere dimostrato) e *factum probans* (fatto probatorio, dalla cui sussistenza si desume l'esistenza del primo), che costruisce la teoria della prova e del ragionamento del giudice come inferenza dal secondo al primo, che a sua volta si deve fondare necessariamente su di un giudizio probabilistico. Sul punto si veda anche C. BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1147 ss., che individua nel BENTHAM il padre di quella concezione di prova. Sul concetto di sillogismo giudiziale e sulla sua versione estesa a tutte le fasi del ragionamento del giudice, non solo, dunque, al rapporto tra fatto e norma ma anche alla stessa configurazione del giudizio di fatto, per cui il giudice non può che disporre delle premesse generali da cui dedurre l'esistenza del fatto rilevante, cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 196.

¹⁶¹ Distingue tra libero convincimento e libera valutazione delle prove, nel senso che la seconda precede il formarsi del primo M. TARUFFO, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., 486 s. Differenza vi sarebbe anche tra libero convincimento e prudente apprezzamento, cui fa riferimento l'art. 116 c.p.c., che atterrebbe alla fase precedente la formazione del convincimento, quella appunto della valutazione della prova (*Id.*, 490).

¹⁶² Cfr. L. LOMBARDO, *op. cit.*, 617 ss., il quale esamina approfonditamente la misura ed i limiti dell'ammissibilità della prova contraria alla prova legale, escludendola tuttavia per quasi tutti i mezzi di prova esaminati (per l'atto pubblico, ad es., residuerebbe solo la possibilità di una prova contraria extraprocidentale nel giudizio di querela di falso) e ritiene, in ogni caso, che residui uno spazio nel quale il giudice è vincolato alla risultanza della prova legale nel caso in cui non vi siano prove contrarie. Peraltro lo stesso Autore individua nel diritto alla prova e nei principio costituzionali di cui all'art. 24 Cost. la necessità che una prova contraria alla prova legale sia ammissibile, e comunque un parametro con il quale valutare le singole ipotesi di inammissibilità. Riguardo al giuramento decisorio, ritiene che la prova contraria possa essere fornita in sede penale e che l'accertamento della falsità de giuramento escluda la persistenza in sede civile dell'efficacia di prova legale.

legale¹⁶³, qualora in concreto la prova contraria sia valutata come parimenti attendibile¹⁶⁴.

Si tratta, a ben vedere, dell'impostazione che emerge da alcune pronunce della Suprema Corte, secondo la quale «*nel nostro ordinamento, tranne che per il giuramento [...] non esiste alcun principio di gerarchia tra i vari mezzi di prova, ma spetta al giudice del merito il potere esclusivo di individuare le fonti del proprio convincimento, di valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento*¹⁶⁵».

Tuttavia la conclusione della dottrina maggioritaria sembra propendere per l'incontrovertibilità delle prove legali, che non sarebbero suscettibili di prova contraria¹⁶⁶, in quanto il legislatore predetermina in via generale ed astratta il valore che deve essere a queste attribuito¹⁶⁷, producendo l'accertamento definitivo dei fatti che investono¹⁶⁸. In questo senso vi sarebbe una gerarchia tra i mezzi di prova al cui primo posto starebbero i mezzo di prova legale¹⁶⁹.

¹⁶³ Ad esclusione del giuramento decisorio, su cui cfr. la giurisprudenza indicata *infra*.

¹⁶⁴ Detta impostazione non esclude tuttavia quel vincolo, ove prove contrarie non vi siano. Cfr. note precedenti.

¹⁶⁵ Cass. 22 aprile 1980, n. 2627 in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *prova civile in genere*, n. 65; conf. Cass. 10 settembre 1980, n. 5127, *Id.*, n. 64; conf. Cass. 6 gennaio 1982, n. 4, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *prova civile in genere*, n. 34; Cass. 20 giugno 1994, n. 5925, in *Rep. Foro It.*, *Id.*, 1994, n. 38; Cass. 18 aprile 2007, n. 9245 in *Rep. Foro It.*, 2007, *Id.*, n. 48; sulla possibilità che il giudice prediliga, come fonte di convincimento, la prova orale su quella documentale cfr. Cass. 10 luglio 1980, n. 4392, *Id.*, n. 68. *Contra*, nel senso che la gerarchia non esiste «*al di fuori dei casi di prove legali (art. 2700, 2702, 2709, 2721, 2733, 2738 etc.)*» Cass. 18 maggio 1994, n. 4833 in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *prova civile in genere*, n. 36; conf., seppur con riferimento generico ai casi di «prova legale» Cass. 12 maggio 1998, n. 4777 in *Rep. Foro It.*, 1998, voce *prova civile in genere*, n. 46; Cass. 12 maggio 1999, n. 4687 in *Rep. Foro It.*, 1999, *Id.*, n. 38; Cass. 6 febbraio 2003, n. 1747 in *Rep. Foro It.*, 2003, n. 53; sulla scelta libera del giudice, tranne alcune non meglio specificate «*ipotesi di prova legale*» cfr. Cass. 2 aprile 2004, n. 6519 in *Rep. Foro It.*, 2004, voce *prova civile in genere, valutazione ed utilizzazione*, n. 78. Sul «pari valore» di tutti i mezzi di prova cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10499 in *Rep. Foro It.*, 2006, *Id.*, n. 47. In dottrina mette in luce tale orientamento L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 128. Si tratta in definitiva del rifiuto della fissazione legislativa della massima d'esperienza e della prova legale incontrovertibile che emerge nella disamina di L.LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, cit., 612 ss., su cui cfr. *supra* nella note.

¹⁶⁶ L.LOMBARDO, cit., 629 s. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 365. E.T.LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 82s. M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, 24 s., che ritiene che il giudice «*in assenza di prove aventi identica natura e, soprattutto efficacia, non potrà disattendere il contenuto*» Per l'idea che per contestare il risultato probatorio di una prova legale occorre la sua «distruzione» cfr. AAVV, *Diritto civile*, I, II, Torino, 1987, 923. Distingue tra prove legali a valore assoluto, che non ammettano la prova contrarie, e prove legali a valore provvisorio, che al contrario la consentano C. FURNO, *op. cit.*, 151.

¹⁶⁷ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 811; C. FURNO, *op. ult. cit.*, 153.

¹⁶⁸ Cfr. C. FURNO, *op. ult. cit.*, 151, che attribuisce l'effetto alle prove legali che hanno valore assoluto, secondo la distinzione di cui alla nota precedente.

¹⁶⁹ Cfr. AA.VV., *Diritto civile*, cit., 922 ss. Osserva che nel nostro ordinamento, benché «*a prima vista*» le prova legali rappresentino solo una mera eccezione al principio del libero convincimento espresso dall'art. 116, comma 1, c.p.c., secondo quanto disposto dallo stesso articolo che precisa che la regola vale «*salvo che la legge disponga altrimenti*», «*tali regole, ben lungi dal costituire previsione eccezionale nel sistema delle prove, codificato negli artt. 2699ss. c.c. rappresentano piuttosto – con la solitaria esclusione della prova testimoniale – un elemento costante di questo sistema*» C. PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, 83.

10. *Gli ordinamenti storicamente basati sul principio del libero convincimento del giudice*

Così come non vi è diretta coincidenza tra modello di processo teso alla soluzione dei conflitti e processo basato sul sistema delle prove legali, allo stesso modo è ancor più evidente la non coincidenza tra modello caratterizzato dal binomio giustizia sostanziale - verità sostanziale ed ordinamenti processuali basati sul principio del libero convincimento del giudice.

Ciò in primo luogo perché il libero convincimento attiene unicamente alla valutazione del risultato della prova, e non coincide affatto con la libera percezione dei fatti da parte del giudice. Il giudice sarà libero nella valutazione delle risultanze probatorie, ma non per questo l'intera attività di percezione deve essere completamente libera¹⁷⁰. Così vi potranno essere ordinamenti che non conoscono il principio della prova legale in ordine alla valutazione delle risultanze probatorie, ma che parimenti limitano anche in modo stringente la percezione del giudice dei fatti di causa¹⁷¹.

Andando ad esaminare gli ordinamenti in concreto, non vi è dubbio che quelli più fortemente caratterizzati dal principio del libera valutazione, da parte del giudice, dei risultati della prova, siano quelli di *common law*, che come noto non conoscono prove legali.

Nei sistemi di *common law* non vi sono, infatti, limiti alla valutazione della prova da parte del giudice. Ciò non significa che tutta l'attività di percezione sia libera.

Nientaffatto: prendendo ad esempio gli Stati Uniti, il giudice del fatto, nel sistema nordamericano la giuria, incontra forti limiti nella percezione dei fatti di causa, tanto è che determinati mezzi di prova non possono essere posti alla sua attenzione, e ciò in applicazione proprio delle norme di diritto probatorio (in particolare delle *exclusionary rules*).

Approfondendo l'esame del sistema americano, dove, a differenza del processo inglese, è tuttora presente la giuria per la maggior parte dei processi civili che raggiungono il *trial*, il diritto probatorio (*evidence law*) riveste un'importanza tale da costituire una branca del diritto autonoma rispetto alla *civil procedure*.

¹⁷⁰ Inoltre anche lo stesso libero apprezzamento è soggetto a dei limiti, dettati in primo luogo dal fatto che il giudice è comunque tenuto a valutare le prove sulla base di elementi razionali. Cfr. sul punto E. ALLORIO, *Commentario del codice di procedura civile*, I, II, Torino, 1973. Sul punto v. *amplius, infra*, § 16.

¹⁷¹ E' il caso dell'ordinamento statunitense, su cui v. meglio *infra*.

La *evidence law* americana si fonda quasi esclusivamente sulle *Rules of evidence*, un corpo di norme del tutto autonomo rispetto alle regole processuali federali (*Federal Rules of Civil Procedure*) o a quelle dei singoli stati che contiene essenzialmente le c.d. *exclusionary rules*, ossia una serie di norme che escludono che un determinato mezzo di prova possa essere posto all'attenzione della giuria.

Tra le *exclusionary rules* quelle che più caratterizzano il sistema americano sono quelle riguardanti la prova che, da studiosi del diritto continentale, definiremmo *de relato* (*hearsay*), ossia le *Rules 801 e ss.*, che pongono una serie di limiti alla possibilità di ammettere come prova dichiarazioni (scritte od orali) della verità di fatti non direttamente conosciuti dal dichiarante (*Rule 801: «Hearsay» is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted*).

Riguardo all'*hearsay*, i limiti al suo ingresso vanno ricostruiti in negativo, in quanto la regola è quella dell'inammissibilità *tout court*, mentre tutte le norme che regolano l'istituto costituiscono altrettante eccezioni al divieto.

Ciascuna norma di diritto probatorio che limiti l'ingresso nel processo di un determinato mezzo di prova, per i processi in cui è prevista la presenza della giuria, va interpretata nel senso che «*In jury cases, proceedings shall be conducted, to the extent practicable, so as to prevent inadmissible evidence from being suggested to the jury by any means, such as making statements or offers of proof or asking questions in the hearing of the jury*». (*Rule 103. (c) Rulings on Evidence*). Dunque la giuria non deve in alcun modo venire in contatto con il mezzo di prova che sia inammissibile.

E' evidente, dunque, che sebbene il processo di *common law* non conosca le prove legali, il giudice del fatto incontra forti limitazioni alla libera percezione dei fatti di causa, e, con riguardo alle norme relative all'ammissibilità della prova nel processo, limiti forse più stringenti di quelli conosciuti dal nostro ordinamento¹⁷².

Occorre poi, come già accennato, sgombrare il campo dall'idea che il processo ispirato al libero convincimento del giudice abbia come fine necessariamente il raggiungimento della verità e della giustizia: al contrario il processo di *common law* è ancora una volta dimostrazione del contrario, se è vero che, soprattutto

¹⁷² E' lo stesso rilievo mosso da V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove*, cit., 51 il quale nega il tradizionale assunto secondo il quale i sistemi di *common law* sarebbero caratterizzati dal principio del libero convincimento del giudice, rilevando che «*non solo, infatti, le inammissibilità che derivano dalle rules of exclusion restringono considerevolmente la libertà di apprezzamento (law of evidence, d'altronde, ha un significato molto vicino a quello di «prova legale»)*, ma il vincolo alle risultanze delle prove può apparire per certi aspetti più intenso di quello proprio dei sistemi probatori di civil law». Secondo l'impostazione che abbiamo preferita, non c'è dubbio che tale rilievo confonda il piano della libera percezione dei fatti da quello della libera valutazione delle prove, ma non c'è dubbio che la sostanza del discorso confermi quanto sostenuto nel testo.

quello anglosassone, è ispirato, almeno come radice storica, al principio *adversary* ed alla logica del processo come gioco¹⁷³.

11. *Valore dei modelli processuali e delle esperienze descritte esaminati ai fini dell'indagine sulla natura delle norme sulle prove*

A questo punto sono stati isolati quelli che sono limiti imprescindibili del processo nei due modelli processuali esaminati ai paragrafi 6, 7. Abbiamo in particolare verificato che, se si ritiene scopo del processo la ricerca della verità vera, i limiti alla percezione del giudice sono solo quelli dettati dall'essere il processo sottoposto necessariamente ad un termine, logico e cronologico, oltre che le norme di diritto probatorio connesse con il principio della domanda e con il principio di imparzialità del giudice, in particolare il divieto di scienza privata di quest'ultimo. Abbiamo anche potuto verificare, dall'analisi delle esperienze concrete, che non vi è corrispondenza necessaria tra i modelli esaminati ed i sistemi di prova conosciuti.

Inoltre, sempre dall'analisi delle esperienze concrete, non si riscontra l'esistenza di sistemi di prova puri, ma è evidente come prove legali e libero convincimento convivano in tutte gli ordinamenti reali.

Si è sempre convinti, tuttavia, che la natura e la funzione delle norme sulle prove dipenda da quello che si ritiene essere il modello di processo, tra quelli sopra descritti, che risponda alla logica, alla morale, ai valori del nostro tempo. L'analisi dei sistemi processuali ci ha insegnato che la risposta al quesito è indipendente da questi, e che non può che essere una, che varrà sia per i sistemi di *common law* che per quelli di *civil law*.

¹⁷³ Sul concetto di *adversary system*, in particolare nell'esperienza inglese, cfr. J.JACOB, *The fabric of English civil Justice*, London, 1987. Per una traduzione in italiano cfr. E. SILVESTRI, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995. Si veda anche J.A. JOLOWICZ, *The Woolf report and the adversary system*, in *Civil Justice Quarterly*, vol. 15 1996, 198 ss. In italiano cfr. M.TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni* cit., 324 ss, dove l'Autore afferma che nel processo *adversary* la giustizia non è «una connotazione sostanziale del risultato prodotto dal processo, ma è una connotazione del processo». D'accordo con Taruffo è Jolowicz, *op. ult. cit.*, 199 ss., secondo il quale il processo *adversary* non garantirebbe la ricerca della verità, ma si accontenterebbe di raggiungere una «*procedural justice*». Di processo come gioco, con implicito riferimento alla logica *adversary*, nella fattispecie da più parti attribuita al legislatore della riforma italiana del rito societario parla espressamente S. CHIARLONI, *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, ora in *Riv. dir. proc.* 2004, 25 ss. Sull'*adversary system* connesso al libero gioco processuale delle parti si veda V.DENTI, *op. ult. cit.*, 51. Riguardo, al contrario, all'idea tradizionale che il processo di *common law* abbia come scopo l'accertamento della verità dei fatti, mentre la cultura continentale è maggiormente improntata ad uno spirito di scetticismo dove non esiste una verità assoluta ma una verità giuridica e processuale, idea superata dalla dottrina comparatista più attenta, cfr. A. MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv. arb.*, 2008, 179 ss., spec. 183.

Quindi, abbandonando a questo punto il campo della semplice elaborazione concettuale descrittiva per scendere sul campo dell'opinione giuridica, sarà tentata, una risposta alla domanda relativa a quale dei modelli sopradescritti sia da preferire.

Ebbene, non sembra vi siano ragioni per ritenere che il processo sia incompatibile con la ricerca della verità. Ciò sia per motivi logici, sia per motivi storici, nonché alla luce delle esperienze comparate.

A ben vedere, infatti, non vi è ragione per negare che la verità sia una ed una soltanto. La verità processuale non è ontologicamente diversa da quella sostanziale, ed un ordinamento giuridico moderno, ispirato alla tutela del diritto di azione e del contraddittorio ed in generale alla tutela dei diritti, non può che avere come fine ultimo quello di produrre decisioni giuste¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Che una sintesi dei modelli sopra descritti, che non rinunci all'accertamento della verità e alla realizzazione della giustizia come scopo del processo, sia ciò che è lecito attendersi da un ordinamento processuale moderno è del resto opinione diffusa e recentemente ribadita. Cfr. infatti, S. PATTI, voce *Prova civile*, in *Il Diritto Enc. Giur.*, Milano, 2008, , 385, il quale afferma che «*il processo si svolge con minori frizioni se a esso – come è avvenuto nel passato - si attribuisce l'unica funzione di porre fine alle controversie, ma si arricchisce e si perfeziona se lo si considera quale strumento di giustizia. Soltanto un procedimento tendente alla verità garantisce un'efficace tutela dei diritti individuali e la realizzazione dei fini dell'ordinamento*». Prosegue l'Autore affermando che «*il problema consiste allora nel bilanciare i limiti alla ricerca della verità che derivano dal principio dispositivo con l'esigenza di un accertamento veritiero dei fatti, e quindi un'effettiva attuazione della legge*». Merita trascrivere anche l'ultimo passo del ragionamento dell'autore citato, che dimostra di ritagliare al principio dispositivo lo stesso spazio, in ordine alle conseguenze su ciò che il diritto probatorio non può non essere, che abbiamo ritenuto di riservargli a seguito dell'analisi svolta nel testo. Egli conclude, infatti, che se «*il principio dispositivo circoscrive il campo dell'indagine del giudice – determinando una delle principali ragioni di diversità dell'attività del giudice rispetto a quello dello storico – non si devono tuttavia sopravvalutare i limiti derivanti dal principio secondo cui il giudice è tenuto a decidere *secundum alligata et probata*. D'altra parte [...] i due vincoli enunciati nella suddetta proposizione non hanno il medesimo fondamento, poiché mentre l'obbligo di limitarsi ai fatti allegati dalle parti è una conseguenza logica del principio della domanda, quello di giudicare sulla base dei fatti provati n concerne la libertà del titolare del diritto di determinare i limiti entro i quali chiedere la tutela, ma il procedimento tecnico attraverso cui il giudice perviene al convincimento e pertanto alla decisione*». Cfr., richiamato dallo stesso PATTI, anche C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1987, p. 95. Sulla scopo dell'indagine giudiziale come sforzo di raggiungimento del «massimo di verità possibile» cfr. G. VERDE, *La prova nel processo civile*, cit., 25. Sulla critica alla concezione (su cui si veda F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 29 ss., con la nota distinzione tra conoscenza della verità dei fatti, che non riguarderebbe il processo, e fissazione dei fatti all'interno del processo, «*che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente*») per la quale, non potendo l'uomo attingere alla verità assoluta, questa non potrebbe costituire la finalità dell'accertamento giudiziario, si rinvia inoltre ai giusti rilievi di di LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, cit., 614, secondo il quale «*se il processo [...] deve tendere al massimo grado di verità possibile, il problema della ricerca della verità giudiziale non è diverso da quello della ricerca della verità nel mondo materiale e scientifico*». Prosegue l'Autore affermando che «*anche il concetto di prova è unitario. Anzi, poiché la realtà fenomenica precede il processo e non viceversa, il concetto di prova è essenzialmente un concetto metagiuridico, del quale il processo si serve per il raggiungimento dei suoi scopi*». Concorde con tale impostazione è A. IACOBONI, *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006, 17 ss. *Contra*, nel senso che il processo non ha per scopo l'accertamento della verità cfr. la nota posizione del FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, cit. 9 ss. Non appare un caso che il pensiero dell'autore da ultimo citato sia associato alla convinzione che «*è pur sempre lo scopo della pacificazione giuridica che viene raggiunto mediante la decisione che attua la volontà della legge*» (C. FURNO, *Id.*, 37). L'Autore parte dalla convinzione, infatti, che all'interno del

Tale opinione trova del resto il conforto di alcuna recente dottrina, secondo la quale «vi è, almeno, un luogo comune da eliminare. Anzitutto – nell’evoluzione moderna, che ai sistemi di prova legale, basati su regole probatorie precostituite e rigide, dimostra ormai di preferire la libertà di apprezzamento e la libertà di formazione del convincimento del giudice – non ha più senso assumere che la verità del processo, in quanto accertata con prove giudiziali e per effetto di regole giuridiche del diritto probatorio, sia qualcosa di ontologicamente diverso dalla verità del mondo reale»¹⁷⁵. Prosegue l’Autore ult. citato affermando che «la verità, nel processo o al di fuori, è sempre una e, come tale, resta pur sempre conoscibile, entro i limiti propri del contesto in cui la si invoca, non potendo invece mai essere, nemmeno nel processo, negata a priori, o comunque ritenuta a priori irrilevante»¹⁷⁶.

Quanto alle esperienze comparate, la Rule 102 delle *Rules of Evidence* americane, a conforto di quanto si va argomentando, afferma, come principio ispiratore di tutte le «Rules» (*Purpose and Construction*) che «*These rules shall be construed to secure fairness in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings justly determined*».

processo civile venga in rilievo non solo l’interesse privatistico delle parti, ma l’interesse dello Stato all’applicazione del precetto legislativo. Emerge insomma dall’esame di tale illustre dottrina quel binomio tra scopo del processo come soluzione del conflitto e rifiuto dell’idea che il giudizio civile debba tendere all’accertamento della verità per far giustizia che abbiamo esaminato *supra*, nel testo. D’altra parte l’idea che il rifiuto della verità e della giustizia come scopo cui il processo debba tendere possa dipendere dalla configurazione di un interesse dello Stato nel processo, affermazione cui è possibile giungere solo interpretando liberamente il pensiero dell’autore da ultimo citato, porta ad affermare una certa relatività del concetto con riguardo al fenomeno arbitrale, dove certo un interesse dello Stato all’applicazione del comando giudiziale ed alla pacificazione delle parti non vi è. Insomma, anticipando considerazioni che riguardano il proseguo della trattazione, pare anche da questo punto di vista giustificata e giustificabile l’affermazione di chi ritiene che l’arbitrato “*mira decisamente alla verità dei fatti*” (S. LA CHINA, *L’arbitrato*, cit., 165). Nella dottrina più recente, ritiene che il processo non abbia come fine l’accertamento della verità poiché il suo scopo è “*tutelare diritti e non verità*”, e rifiuta la distinzione tra verità formale e verità materiale G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1 ss. Secondo l’Autore il principio secondo il quale il processo deve tendere alla c.d. verità materiale legittima un processo civile dominato dal potere inquisitorio del giudice e che viola il diritto d’azione e del contraddittorio (*op. ult. cit.*, 11 ss.). Da tale analisi appare emergere una ritenuta incompatibilità tra la tendenza ad accertare la verità “vera” e la tutela dei diritti delle parti che, al contrario, sembra di poter affermare essere compatibili, se entrambi i detti elementi non vengono tralasciati. Del resto è convinzione dello stesso Autore che la verità è “*una sola e senza aggettivi*”, e certo non è condivisibile (e probabilmente non è quello che intendeva affermare l’Autore) che il processo debba ignorarla. Cfr. anche, dello stesso autore, *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 863 ss. Sennonché la dottrina criticata dall’Autore, quella che associa l’idea di giustizia all’idea di verità, non dimentica affatto che “*il processo deve servire per applicare la legge al caso concreto, facendo ottenere al titolare del diritto tutelando tutto quello e proprio quello che avrebbe avuto sul piano sostanziale*”, ma semplicemente attribuisce un valore al risultato di quell’accertamento, che può essere giusto o ingiusto. Cfr. A.CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

¹⁷⁵ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2003, 15.

¹⁷⁶ L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 16.

Chiaro, dunque, in questa norma facente parte delle *Rules of Evidence* nordamericane, il riferimento sia alla verità che alla giustizia, ed è significativo che ciò avvenga in un'esperienza processuale la cui sensibilità per il tema della ricerca della verità è stata da tempo scoperta¹⁷⁷, ma che non si ritiene storicamente legata al concetto di giustizia, quanto, invece, alla logica del processo tipica del modello *adversary*¹⁷⁸.

Ciò non significa affatto rifiutare la distinzione tra verità formale e verità materiale¹⁷⁹: quella che si forma all'interno del processo è necessariamente una verità diversa da quella che può essere scoperta dallo scienziato, e per avere conferma di ciò è sufficiente rammentare il già richiamato insegnamento del Chiovenda relativo al primo ed imprescindibile limite all'accertamento della verità connaturato al processo, ossia la sua determinatezza temporale.

Al contrario, l'analisi che abbiamo compiuta ci porta ad affermare che una distinzione ed una distanza tra verità materiale e verità processuale è inevitabile per ogni processo, ma ciò non vuol dire che il processo non debba tendere ad avvicinarsi il più possibile alla verità vera.

Rimanendo l'accertamento della verità al fine della realizzazione della giustizia nel caso concreto lo scopo ultimo del processo, non si può allora che concludere, sulla base della disamina svolta nei paragrafi precedenti sul conformarsi del diritto delle prove in un modello processuale siffatto, che, almeno ad un primo esame e salvi i limiti esterni di cui diremo, le norme di diritto probatorio non costituiscono norme di ordine pubblico processuale, ad eccezione del divieto di scienza privata.

Dopo aver chiarito quel che il diritto probatorio non è, non resta che cercare di comprendere in positivo la sua natura e la sua funzione.

A ciò è dedicato il prossimo paragrafo.

12. Conclusione: la natura delle norme sulle prove nel processo civile, alla luce dell'indagine svolta

¹⁷⁷ Cfr. sul punto M. TARUFFO, *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 596 ss. E' evidente come nel sistema anglosassone si verifichi la sintesi di due diverse concezioni del processo, solo apparentemente contrapposte ed inconciliabili. L'Autore citato, richiamando lo scritto di un autore inglese, J.A. JOLOWICZ, sul cui pensiero ci siamo soffermati *supra*, in nota, osserva come nel sistema anglosassone sia ravvisabile «la riaffermazione del ruolo di arbitro neutrale e passivo che spetta al giudice, rispetto alla dialettica «attiva» svolta esclusivamente dalle parti, nel modello classico del processo *adversary*» ed allo stesso tempo «l'assunzione che la verità dei fatti sia comunque contenuta nelle contrastanti versioni che le parti ne forniscono e tendono ad accreditare con le loro attività processuali, e di conseguenza il giudice possa (e quindi debba) limitarsi ad individuarla in base ai risultati dello scontro delle parti nel trial».

¹⁷⁸ Sul concetto di *adversary system*, in particolare nell'esperienza inglese, si è già rimandato a J.JACOB, *The fabric of English civil Justice*, cit.

¹⁷⁹ In senso fortemente contrario alla distinzione cfr. invece G. MONTELEONE, *op. cit.*, 11 s., su cui *supra*, nota 173.

Chiarito che scopo del processo è avvicinare il più possibile la verità che viene formata all'interno del processo a quella sostanziale, le norme sulle prove non esistono per un'esigenza imprescindibile del processo, non sono connaturate al processo.

Non è un caso che la miglior dottrina, di fronte al quesito di quale sia il sistema probatorio «migliore», osservi che *«paradossalmente è quello che riduce il diritto probatorio ad uno scarno enunciato: il giudice deve poter acquisire e utilizzare secondo il suo «prudente apprezzamento» [...] qualsiasi dato, comunque acquisito, che gli consenta di stabilire se un fatto rilevante per il processo è o meno vero»*¹⁸⁰

Allora perché esistono le norme di diritto probatorio¹⁸¹? Chiarito che lo scopo del processo è l'accertamento della verità dei fatti, forse che lasciare libero il giudice nella percezione implica necessariamente uno scarto maggiore tra verità prodotta dal processo e verità materiale? Leggendo il rovescio della medaglia, forse che limitare quella percezione garantisce necessariamente un risultato più vicino alla verità materiale?

Dalla lettura dell'analisi del Carnelutti ci viene suggerito che, date queste premesse, lo scopo delle norme sulle prove non può che essere quello di eliminare il più possibile gli errori del giudice.

Ed in effetti non può che essere che così: perché mai, se il giudice fosse infallibile o comunque producesse un risultato soddisfacente, limitare la sua percezione? Allora si comprende che quel limite non è dato da un'esigenza imprescindibile del processo, ma dalla sfiducia nei confronti del giudicante¹⁸².

¹⁸⁰ Cfr. G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit., 8. L'Autore in realtà ritiene che ciò sia irrealizzabile in concreto. Torneremo sul punto *infra*, nel prossimo paragrafo.

¹⁸¹ E' lo stesso quesito che si pone G.VERDE, *op. ult. cit.*, 9 ss. Cfr. anche F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 27; V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, cit..

¹⁸² Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 10, il quale afferma che *«la previsione di una «gerarchia» delle prove si collega ad un atteggiamento di sfiducia verso il giudice e si pone come strumento per evitare a priori prassi giudiziarie autoritative»*. Osserva anche che Carnelutti, in una diversa parte dell'opera da ultimo citata, afferma, riferendosi al diritto positivo attuale, che la disciplina legale della prova non è (più) *«informata al pregiudizio»* ma *«viene costituita secondo lo scopo (politico) di ottenere la conoscenza dei fatti controversi per la via più rapida e più sicura»*. (F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 61 s., si vedano anche i riferimenti alla dottrina tedesca contenuti nella nota (1), *Id.*, 62). Lo stesso Autore sopra citato, G. VERDE, in uno scritto successivo ammette che *«l'intero diritto delle prove potrebbe ridursi, con qualche adattamento, alle proposizioni che l'art. 2727 c.c. usa per definire le presunzioni: è prova ogni elemento che consente al giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, di risalire dal fatto noto al fatto ignoto»*. Ritiene l'Autore, tuttavia, che ciò sarebbe possibile solo se il giudice avesse *«doti medianiche o sovranaturali»*, mentre il tipo di giudice cui occorre fare riferimento è *«l'uomo medio»*. Ecco allora giustificata quella sfiducia che è alla base del diritto probatorio, che sarebbe intrinseca nella stessa «umanità» del giudice. Cfr. G. VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)* in *Riv. dir. proc.* 1998, 12 s. Sulla costruzione dell'intero diritto probatorio come procedimento inferenziale dal *factum probans* al *factum probandum*, sulla base della terozzazione dovuta al pensiero del Bentham cui si riferisce, come appare evidente, l'osservazione di Verde cfr. *supra*, nota 159. Da questo punto di vista il diritto probatorio può ridursi all'enunciazione dei

In particolare Carnelutti afferma che «*tutti i limiti al potere di ricerca del giudice sono fondamentalmente ispirati allo scopo di utilizzare le esperienze accumulate per la eliminazione di errori (sicurezza della ricerca) o di atti superflui (economia della ricerca)*¹⁸³».

Dunque eliminazione (a livello statistico e non di singolo caso) degli errori di percezione della realtà da parte del giudice, da una parte, ed economia processuale, dall'altra: queste secondo Carnelutti è la comune *ratio* delle norme sulle prove.

Chiaro, tra l'altro, nel riferimento alla superfluità degli atti, è il riferimento alle norme sui limiti di ammissibilità della prova, e dunque al fatto che la teorizzazione proposta abbraccia tutte le norme di diritto probatorie, e non solo quelle riguardanti l'efficacia della prova, ossia le norme di prova legale in senso stretto.

Le norme sulle prove, appare doveroso concludere, eccezion fatta per il divieto di scienza privata del giudice, non appartengono all'ordine pubblico, ma alla politica del processo, volendo limitare, per ragioni di opportunità, la percezione diretta dei fatti della causa da parte del giudice. E questo sembra essere l'approdo anche del Carnelutti, secondo il quale, con riferimento al processo della conoscenza dei fatti da parte del giudice, il perché l'ordine giuridico lo disciplini «è *problema che investe profondamente da un lato la storia, dall'altro la politica del processo*¹⁸⁴».

E a questo punto, una volta compreso che ogni discorso sulla natura del diritto probatorio non deve temere la diversità tra sistemi di *common law* e di *civil law*, può essere ricordato il rilievo di chi ha sostenuto che il diritto probatorio potrebbe ridursi a due «*leading principles*» ossia «(1) *that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and (2) that everything which is thus probative should come in, unless clear ground of policy or law*¹⁸⁵ *excludes it*¹⁸⁶» In altre parole il diritto probatorio potrebbe ridursi all'enunciato che il giudice può utilizzare secondo il suo apprezzamento ogni dato, comunque acquisito, che gli consente di stabilire se un fatto rilevante¹⁸⁷ per il

limiti del ragionamento inferenziale, che secondo la detta concezione devono poggiare su base probabilistica, ma che da altro punto di vista si può ritenere essere dettati dalla necessaria razionalità dell'accertamento. Si rinvia sul punto *infra*, in sede di analisi delle eccezioni alla regola della generale estraneità del diritto probatorio dai principi imprescindibili del processo.

¹⁸³ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 28.

¹⁸⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 27. Osserva giustamente G. VERDE, *op. ult. cit.*, 9 ss., che oltre al divieto di scienza privata vi è un valore con il quale il diritto probatorio interferisce e che «merita protezione», ossia la *privacy* e la posizione dei terzi in generale. Per comodità espositiva, tuttavia, ci occuperemo del problema, anziché dal punto di vista dei limiti alla libertà della ricerca del giudice, da quello dei limiti all'utilizzo da parte degli arbitri dei mezzi di prova che interferiscono con la posizione dei terzi. Infatti il limite costituito dalla sfera giuridica dei terzi è ben più pregnante, come già accennato, nell'arbitrato, basato sull'autonomia e sul consenso, piuttosto che nel giudizio statale, basato sull'autorità.

¹⁸⁵ E' chiaro il riferimento al diritto sostanziale, e lo stesso autore ritiene che molte norme di diritto probatorio lo siano solo nominalmente, e che dietro si nasconda una «*great mass of substantial law*».

¹⁸⁶ J.B. THAYER, *A preliminary treatise on evidence at common law*, New York, 1889, 530.

¹⁸⁷ Sul concetto di rilevanza cfr. *infra*, § 14.

processo è o meno vero¹⁸⁸. Si tratta senza dubbio di una estremizzazione¹⁸⁹, che deve essere considerata solo una chiave di lettura del diritto delle prove, che non esclude ma anzi necessita l'individuazione puntuale delle eccezioni costituenti altrettante regole e principi cui nessun ordinamento processuale può rinunciare, di fronte al problema della prova giuridica.

Abbiamo quindi chiarito che le norme sulle prove limitano la percezione del giudice non per un principio di ordine pubblico processuale, ma perché si ritiene che questo sia il modo migliore per garantire la maggior vicinanza possibile tra risultato dell'accertamento giudiziale e giustizia sostanziale, ma allora esse esistono perché vi è una sfiducia di base nei confronti del giudicante.

Allo stesso tempo si è trovata conferma che le norme sulle prove incidono sul *modus* dell'accertamento e non sul suo oggetto, ossia sul diritto sostanziale, dal che se ne ricava la loro intima natura processuale.

Si potrebbe essere tentati di affermare che quanto appena detto valga solo per i processi caratterizzati dal principio della prova legale. L'analisi delle esperienze comparate, in particolar modo dell'esperienza nordamericana, che si ispira invece all'opposto principio del libero convincimento del giudice, ha dimostrato il contrario.

Anche le norme americane, come visto, sono un limite alla diretta percezione del giudice dei fatti di causa (vedi le *exclusionary rules*): non sono limiti attinenti al risultato (*rectius* il valore) da attribuire alla percezione, ma sono limiti gravanti l'oggetto della percezione; questo non significa che non siano comunque limiti¹⁹⁰.

L'equivoco del resto nasce essenzialmente dalla confusione che si può fare tra il concetto di libera percezione dei fatti da parte del giudice e libero apprezzamento della prova: il secondo concetto è infatti, come già abbiamo visto dall'analisi che precede, molto più limitato del primo. Come insegna Carnelutti, che dell'idea di sistema di prova legale ha una concezione più ampia di quella affermata ai giorni d'oggi, come già chiarito, l'insieme delle norme sulle prove che limitano la

¹⁸⁸ Sulla connessione di tale estremizzazione con la costruzione dell'intero diritto probatorio come procedimento inferenziale dal *factum probans* al *factum probandum*, sulla base della teorizzazione dovuta al pensiero del Bentham, si vedano i riferimenti di cui *supra*, nota 159. E' evidente come, secondo la tesi appena richiamata nel testo, al detto procedimento inferenziale rimandi il concetto di rilevanza, essendo quel tipo di ragionamento indispensabile per stabilire il dato probante (*factum probans*) è rilevante o meno, potendo o meno logicamente ricondurre al *factum probandum*.

¹⁸⁹ Lo stesso Thayer ne è consapevole, affermando che per realizzare l'auspicato processo di semplificazione delle rules of evidence «*some legislation would probably necessary. It should take the shape of conferring authority on the courts, or expressly recognize it as already in them, to change an mould the rules of evidence*». J.B. THAYER, *op. cit.*, 531. Peraltro il problema dell'autorità del giudice è del tutto peculiare per ciò che a noi interessa, ossia il diritto dell'arbitrato.

¹⁹⁰ Sul fondamento delle *rules of exclusion* nella sfiducia nei confronti del giudicante, *rectius* della giuria, cfr. V. DENTI, *op. cit.*, p. 53. Come detto lo stesso autore afferma che il limite alla libertà dell'accertamento è anche più stringente nell'esperienza anglosassone che in quella continentale (*Id.*, 51).

percezione del giudice comprende non solo le norme riguardanti l'efficacia della prova (potremmo definirle norme di prova legale in senso stretto) ma anche le norme regolanti l'ingresso nel processo dei mezzo di prova. D'altronde è evidente che la percezione che il giudice ha dei fatti di causa è tanto limitata da una norma che imponga di considerare provato (*rectius* fissato) un fatto per l'applicazione di una norma di diritto, tanto da una norma che vieta che un determinato mezzo di prova, che consentirebbe la prova di quel fatto, trovi ingresso nel processo.

Del resto, occorre essere chiari, si è ben consapevoli che quanto appena affermato sulla natura delle norme di diritto probatorio è frutto di una generalizzazione che vuol essere solo una chiave di lettura per l'analisi delle singole norme di diritto probatorio: in altre parole, ciò non significa che non vi possano essere alcune norme di diritto probatorio che rivestano carattere di norme di ordine pubblico processuale, per ragioni dettate da esigenze specifiche. In altre parole, quella che si è appena fissata si ritiene essere la regola, ben consapevoli che vi possono essere eccezioni alla stessa.

Per le finalità che si è posto il presente lavoro si eviterà di analizzare singolarmente ogni norma di diritto probatorio, per avere conferma che ad essa la regola è applicabile: si procederà, invece, direttamente ad analizzare quelle che ritengo essere limiti esterni, dunque, eccezioni, alla regola proposta, ossia norme di diritto probatorio connaturate al processo ed imprescindibili, o principi inderogabili esterni al diritto probatorio che indirettamente incidono su questo.

Per le norme ed i principi che non verranno esaminati, la verifica della loro estraneità all'ordine pubblico processuale sarà operata incidentalmente quando gli stessi saranno trattati all'interno dell'esperienza arbitrale.

Prima, tuttavia, preme esaminare le opinioni della dottrina contrarie a quanto finora detto.

13. Opinioni dottrinali contrarie: critica

Ciò chiarito, vi sono elementi per criticare scientemente quelle diverse e contrarie opinioni della dottrina.

In particolare secondo E. Ricci¹⁹¹, con riferimento alle norme sulle prove, «alcuni limiti [...] rispondono [...] a così inderogabili esigenze di ogni processo, che l'idea di renderli privi di forza cogente nell'arbitrato non può non essere subito accantonata». Prosegue Ricci affermando che «quella diffidenza verso la testimonianza di certi soggetti o verso la testimonianza in genere, ovvero

¹⁹¹ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 86 s.

quell'intento di favorire il più possibile la prova scritta [...] non possono non farsi avvertire più, solo perché si sostituisce all'autorità giudiziaria un giudice occasionale»¹⁹².

Coerentemente con l'ordine logico ed espositivo che ci si è proposti di seguire nella presente indagine, in questo momento si tralascia quanto affermato da Ricci in ordine all'arbitrato, limitandoci ad analizzare quanto sostenuto dall'illustre Autore citato in ordine alla natura delle norme sulle prove.

In quest'ottica, che esistano principi in materia di prova che rispondano ad inderogabili esigenze del processo non appare proposizione che ci si possa esimere dal dimostrare, per quanto sia arduo anche dimostrare il contrario, sol perché per far ciò occorre formulare e dimostrare una proposizione in negativo. L'unica strada per sostenere, in linea generale, una tale tesi, appare quella che si è appena descritta e che si rifà alla teorizzazione dell'impossibilità ideologica dell'accertamento della verità, e che abbiamo scartato per quanto sopra detto. Occorre invece sgombrare il campo da quelli che appaiono come elementi concettuali che più che ad una rigorosa logica giuridica sembrano appartenere alla storia del diritto.

Che esistano anche in materia di prova principi inderogabili è del resto affermazione condivisibile, come appresso si cercherà di dimostrare in materia di onere della prova. Meno condivisibile appaiono generalizzazioni come quelle sopra richiamate. Dimostrazione dell'opinabilità di quella convinzione è data del resto dall'esempio che l'Autore citato propone. Perché è evidente che quel favore per la prova documentale, senza dubbio caratterizzante il processo civile italiano, non è affatto una caratteristica indissolubile di ogni processo. La dimostrazione di ciò è facilmente riscontrabile nell'esperienza comparata, in particolare dei paesi di *common law*, dove, come noto (e come sarà oggetto di indagine più approfonditamente nei paragrafi che seguono) non è conosciuto alcun istituti analogo alla nostra «prova legale», e dove l'escussione della testimonianza è elemento centrale nella dinamica e nella logica del processo.

Il discorso potrebbe sembrare vicino ad una conclusione, eppure occorre dar atto di autorevoli opinioni, anche appartenenti a quegli stessi Autori della cui ricostruzione storica e logica del diritto probatorio si è tratto largo spunto per la disamina sopra svolta che, pur nella convinzione che il diritto probatorio nasca dalla sfiducia nei confronti del giudice, ritengono la «*metodologia legale*» un'«*esigenza intrinseca ad ogni ordinamento processuale*»¹⁹³.

¹⁹² E. RICCI, *op. ult. cit.*, 86

¹⁹³ V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 33. Cfr. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 115, citato dallo stesso DENTI,

Chi sostiene tale opinione è consapevole che tali esigenze sono mutevoli e varie a seconda «*delle varie epoche storiche e dei vari ambienti sociali*», eppure è proprio tale osservazione che induce a ritenere assimilabili proprio in quell'esigenza di limitazione del giudice, pur nella loro diversità, norme di prova legale e norme di esclusione, ossia la base dei sistemi di *civil law* e di *common law* rispettivamente¹⁹⁴.

La sintesi del problema è poi messa in luce da chi ritiene che l'assenza di regole predeterminate per l'accertamento della verità dei fatti sarebbe possibile solo di

che chiarisce i termini dell'immanenza nel giudizio civile di un sistema basato, in particolare, su prove legali. L'illustre autore ritiene, infatti, che con le regole sulla prova legale «*si toglie al giudice la responsabilità e la fatica di ricominciare da capo per ogni caso quella valutazione probatoria concreta, l'esito della quale, se si tiene conto del quod plerumque accidit, non potrebbe non coincidere cogli schemi fissati in astratto dal legislatore*»

¹⁹⁴ Cfr. V. DENTI, *op. ult. cit.*, 36. L'autore approfondisce l'argomento nelle pagine seguenti, laddove individua come fondamento teorico dell'attuale assetto delle norme di diritto probatorio regolanti l'accertamento del fatto quello che definisce lo «*scientismo ottocentesco*», cui è conseguita l'«*accentuazione dell'aspetto burocratico dell'indagine giudiziale*» (*Id.*, 39 s.), ossia il prevalere della «*concezione tecnica dell'accertamento del fatto*». E ciò, se ben comprendo il pensiero dell'Autore, vale sia per gli ordinamenti di *civil law* con il loro sistema di prove legali, sia per quelli di *common law* con il loro sistema di *rules of exclusion*. (cfr. *Id.*, 36), nonostante che sia con riferimento ai sistemi di prova legale che egli individua la genesi nella razionalizzazione dell'indagine giudiziale di fronte ai metodi primitivi di prova dapprima e nella garanzia contro la decadenza del costume giudiziario poi (*Id.*, 32). L'Autore prosegue affermando che la contaminazione del pensiero ottocentesco così delineato con la dottrina tedesca ha comportato l'accettazione dei poteri inquisitori del giudice in ordine alla prova, sulla base della distinzione tra *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime*, ossia tra «*il potere delle parti di determinare l'oggetto del giudizio ed il potere di apportare al processo il materiale probatorio relativamente ai fatti affermati*» (sul punto cfr. anche M. CONTE, *op. cit.*, 28) Mentre il primo principio è considerato imprescindibile, e, mi sembra di poter affermare, coincide con il nostro principio della domanda, il secondo, coincidente con il principio dispositivo in ordine alla prova, ammette un'attenuazione, purché sia rispettato il primo, poiché «*l'attribuzione al giudice del potere di contribuire alla ricerca ed all'acquisizione delle prove costituisce un fatto di mera tecnica processuale*» (*Id.*, 40 s.). In questo modo è fatta salva la «*neutralità del giudice*». È interessante notare come riguardo alle regole di esclusione «italiane», ossia i limiti di ammissibilità della prova, si è sostenuto che «*si tratta di regole giuridiche che hanno a fondamento a medesima ratio della prova legale, ossia la predeterminazione legislativa della massima d'esperienza che deve guidare la valutazione del risultato della prova, fino alla formulazione in astratto di una presunzione legale di inattendibilità dello stesso*», L.LOMBARDO, *op. cit.*, 619 (stesso riferimento ad una presunzione legale di inattendibilità può farsi con riferimento alle norme di esclusione di *common law*, laddove tuttavia va aggiunta una presunzione di pericolosità per la genuina valutazione della prova da parte della giuria). Quelle norme sono regole di prova legale anche per CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, I, 165, secondo il quale «*quando si parla di (regole di) prova legale, giustamente si tengono in conto anche quelle che, limitando o escludendo l'ammissione di una prova, vincolano il giudice a escluderne a priori la credibilità*». L'Autore richiama in nota F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 26 ss., ed il suo concetto ampio di sistema della prova legale, che sarà fatto oggetto di ulteriori riflessioni *infra*, inteso come l'insieme delle regole che «*disciplinano la percezione e la deduzione dei fatti da parte del giudice*» (*Id.*, 27). Si veda, dello stesso tenore anche G.A.MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 164 ss., il quale esclude che tra le norme di prova legale vi sia la regola di giudizio sull'onere della prova, attinendo essa alla fase di giudizio in senso stretto, successiva alla valutazione della prova e compiuta dopo che «*la fase probatoria si è chiusa negativamente*». Nel complesso si tratta a ben vedere della considerazione, svolta questa volta da un diverso angolo visuale, che tutte le norme di diritto probatorio tendono a limitare la libera percezione dei fatti da parte del giudice costituendone altrettanti vincoli per la predeterminazione legale dell'attendibilità del materiale probatorio: in questi termini quasi tutte le norme di diritto probatorio possono essere ricondotte ad un ampio e lato concetto di prova legale. Sul punto cfr. C. FURNO, *op.cit.*, 147, secondo il quale tutte le norme di diritto probatorio «*sono regole probatorie legali: onde, latu sensu, la prova civile è sempre prova legale*».

fronte ad un giudice che avesse «doti medianiche o sovranaturali¹⁹⁵», mentre «il tipo di giudice storicamente dato, al quale si deve fare riferimento e nel quale il giudice-persona può riconoscersi, è, invece, l'uomo medio, con i limiti suoi propri, anche se deve trattarsi di persona sensibile e acculturata¹⁹⁶».

Tuttavia è quella stessa dottrina che, partendo dal dato che intende criticare, ossia la non indispensabilità al processo del diritto probatorio, si muove alla ricerca di principi superiori che in quel modo sarebbero violati¹⁹⁷.

A tale proposito ci siamo già confrontati con alcuni principi imprescindibili del processo civile e abbiamo concluso che proprio alla luce della nostra storia e della nostra attuale cultura giuridica molte delle interferenze tra giusto processo e libertà dell'accertamento sono definitivamente tramontate.

Si veda, su tutte, la problematica dei poteri officiosi del giudice in materia istruttoria, che non sembra incontrare convinte opposizioni nella dottrina più recente¹⁹⁸.

D'altra parte, di fronte alla tendenza all'uniformarsi, nelle società occidentali, dei valori del giusto processo, il permanere delle differenze nella concezione del diritto probatorio è prova che quelle norme, nate per ragioni storiche diverse ed in contesti diversi, appartengono ancora alle rispettive civiltà giuridiche ma non possono essere considerate loro valori imprescindibili, soprattutto in relazione ad un fenomeno, come quello della giustizia arbitrale, la cui regolazione spesso trascende i confini nazionali, se sol si pensa all'arbitrato commerciale internazionale¹⁹⁹.

Quei principi e quelle regole che non possono essere rinunciati saranno oggetto di questa stessa indagine, nei paragrafi che seguono. La differenza con la dottrina appena esaminata sta allora nella constatazione che il diritto probatorio non è

¹⁹⁵ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 12.

¹⁹⁶ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 13.

¹⁹⁷ Cfr. VERDE, *op. ult. cit.*, 13 ss., che, riguardo all'introduzione del «dato significativo nel processo», si confronta con il problema dei poteri officiosi del giudice e del rischio di una loro deriva autoritaria, mentre riguardo alla valutazione del dato significativo non introdotto *secundum ius* nel processo, rammenta il problema dell'introduzione nel processo di prove illecite.

¹⁹⁸ Sulle tendenze evolutive del diritto probatorio e verso l'accettazione del ruolo inquisitorio del giudice in ordine alla prova si è già detto e si rimanda per una compiuta analisi allo scritto di V. DENTI, *op. ult. cit.*, 31 ss., spec. 40 ss.

¹⁹⁹ Sono gli stessi autorevoli autori che hanno affermato il carattere imprescindibile della metodologia legale nell'accertamento del fatto, ad ammettere, sia nelle esperienze di *civil law* che in quelle di *common law*, un'attenuazione rispettivamente delle prove legali e delle regole di esclusione. Cfr. V. DENTI, *op. ult. cit.*, 42 ss. Su un'interessante riflessione riguardo alle problematiche derivanti dalle diverse culture giuridiche rispetto al diritto delle prove e dal loro incontrarsi nell'esperienza dell'arbitrato commerciale internazionale e nell'applicazione delle *IBA Rules on Taking of Evidence* cfr. A. MOURRE, *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv. arb.*, 2008, 179 ss., spec. 184 ss; Sul regolamento C.C.I. e sulle problematiche connesse alla *discovery* dei documenti cfr. E. RIGHETTI, *L'istruzione probatoria nell'arbitrato istituzionale commerciale e marittimo*, in *Riv. arb.*, 1993, 315 ss., spec. 330 ss.

imprescindibile in sé e per sé, ma lo sono, semmai, singole norme o regole per ragione specifiche.

Rispetto a quella dottrina, in altre parole, l'analisi è compiuta da una diversa prospettiva, ma le direzioni delle rispettive indagini tendono a convergere verso l'analisi di principi che rendono imprescindibili alcune regole attinenti alla prova civile.

Parte 2. Possibili eccezioni al quadro comune delineato

14. L'economia processuale e la rilevanza della prova

Abbiamo osservato nei paragrafi che precedono come non vi siano ragioni di carattere generale, dettate da principi indissolubili del processo, per ritenere le norme di diritto probatorio, nel loro complesso, come appartenenti all'ordine pubblico processuale.

A questo punto occorre confrontarsi con alcuni principi, propri del diritto probatorio, considerati storicamente come elementi cardine del processo e presenti in più o meno tutte le esperienze processuali concrete, per concludere se essi non vadano considerati come eccezioni o limiti esterni, che dir si voglia, alla «regola» sinora tracciata.

Primo aspetto da non sottovalutare sono le conseguenze in ordine alla disciplina della prova di un principio irrinunciabile del processo come quello dell'economia processuale. Abbiamo in parte anticipato il tema richiamando l'insegnamento del Chiovenda, che individuava un limite alla prova giuridica nel fatto che il processo ha necessariamente una fine.

Adesso dobbiamo ricordare che non solo il processo ha necessariamente una fine, ma deve giungere ad una conclusione nel più breve tempo possibile²⁰⁰, per non frustrare il diritto delle parti alla tutela dei propri diritti.

Ripercussione più evidente di tale principio sul diritto delle prove è, come noto, il criterio di rilevanza della prova²⁰¹.

Tale criterio non potrà essere trascurato da nessuna esperienza processuale, e così è infatti anche andando ad esaminare gli ordinamenti storicamente più lontani dal nostro.

Prendendo in esame l'esperienza nordamericana, ci si accorge come qui il concetto di rilevanza sia normativamente ben più definito che nell'ordinamento italiano.

Mentre nel nostro ordinamento, infatti, manca una definizione di rilevanza, ed al riguardo «*la nomenclatura del codice non è univoca*²⁰²», le *Rules of evidence*

²⁰⁰ Non è il caso di addentrarci nell'esame del principio di economia processuale per il quale si veda COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980.

²⁰¹ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 338; dello stesso autore *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 4. Peraltro l'Autore osserva come la norma che impone al giudice l'ammissione delle sole prove rilevanti (l'allora art.187, comma 4, c.p.c., oggi, dopo al novella del 2006, trasfuso nell'art. 183, comma 7, c.p.c.) valga solo per le prove costituenti, per le quali sole vi è un giudizio preventivo di ammissione, e tale circostanza dimostra ulteriormente come *ratio* della norma sia evitare lo spreco di attività processuali inutili.

²⁰² Cfr. VERDE, voce *Prova*, cit, 619

nordamericane dispongono che «*relevant evidence means evidence having any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence*» (Rule 401).

Senza voler indugiare troppo sul tema, basti ricordare che la miglior dottrina italiana è concorde nel ritenere che la rilevanza «*si articola in due concetti più analitici*»²⁰³. Da una parte, infatti, è rilevante la prova²⁰⁴ che abbia ad oggetto un fatto giuridico che «*integri gli estremi di uno degli elementi della fattispecie descritta nella norma*»²⁰⁵, dall'altra è rilevante la prova che verta «*su di un fatto secondario, non giuridico, quindi, tale però che da esso possano logicamente derivarsi conseguenze probatorie in ordine al fatto principale*»²⁰⁶: soltanto nel primo caso il criterio di rilevanza della prova «*coincide con quello della rilevanza giuridica del fatto da provare*»²⁰⁷.

In entrambi i casi sarà necessario un giudizio *ex ante* sulla prova in relazione al fatto, ma mentre nel primo caso sarà sufficiente valutare se il fatto è rilevante (*rectius* appartiene alla fattispecie dedotta in giudizio) e se la prova sia in grado di produrre elementi di conoscenza di quel fatto, nel secondo caso occorrerà anticipare un vero e proprio giudizio sull'esito della prova, ossia «*sulla inferenza che va dal fatto secondario al fatto giuridico*»²⁰⁸.

²⁰³ M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 338; cfr. anche G. VERDE, *op. ult. cit.*, 620.

²⁰⁴ In realtà la dottrina è concorde nel ritenere che la rilevanza debba essere riferita non tanto alla prova quanto al fatto da provare, cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 619ss.

²⁰⁵ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 620.

²⁰⁶ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 338.

²⁰⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 338 s.

²⁰⁸ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 340. Sull'approfondimento di detto procedimento inferenziale, e sulle varie teorie che si sono succedute il riferimento d'obbligo è a M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, spec. 159 ss. L'autore propende per la configurabilità del giudizio di rilevanza come giudizio ipotetico di probabilità logica, come sintesi, quindi, pare di poter affermare, tra il modello causale-deduttivo ed il modello induttivo-probabilistico (*Id.*, 231 ss). Se, infatti, «*l'inferenza non è in grado di attribuire uno status logico assoluto di verità o falsità delle sue conclusioni, come accade, invece nell'ambito del procedimento deduttivo*», ne consegue che «*si giustifica allora il ricorso alla nozione di probabilità come conferma logica di una proposizione fattuale sulla base delle relative premesse o elementi di conferma*» (*Id.*, 236). In giurisprudenza si è sostenuto che la valutazione della prova debba necessariamente seguire e non precedere la sua assunzione, poiché non può essere impedito l'ingresso nel processo di una prova «*sulla base di una valutazione di mera probabilità quale è quella inerente la inverosimiglianza del fatto da provare*». Cfr. Cass. 27 gennaio 1994, n. 847 in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *prova civile in genere*, n. 36. Applicando detto principio alla prova dei fatti secondari, secondo l'impostazione descritta e avallata dalla miglior dottrina, ci troveremmo in una situazione di *impasse* che costringerebbe a rinunciare al giudizio preventivo di rilevanza. Tuttavia la giurisprudenza a ben vedere si riferisce alla verosimiglianza del fatto da provare e non alla probabilità che la prova di un fatto secondario, attraverso un procedimento inferenziale, possa dimostrare l'esistenza del fatto giuridico principale appartenente al *thema probandum*. Al proposito è pertinente il richiamo alla critica di Taruffo rivolta alle pronunce della Corte di Cassazione degli anni '40-'50-'60, tra le quali, a titolo di esempio, Cass. 23 luglio 1960, n. 2120 in *Giust. civ.*, 1960, I, 1734, che pur non facevano riferimento alla probabilità e per le quali l'Autore concludeva osservando che «*il giudizio di rilevanza non implica un apprezzamento della verosimiglianza del fatto di cui è chiesta la prova, perché esso prende in considerazione le affermazioni ipotetiche formulate da chi chiede l'ammissione, senza*

La distinzione, che nel nostro ordinamento ha reso necessario lo sforzo ermeneutico della dottrina, è ben più netta nell'ordinamento statunitense, dove le *Rules of evidence* denominano «*rilevancy*²⁰⁹» ciò che appartiene al secondo degli elementi sopra delineati, mentre la rilevanza nella prima accezione è detta «*materiality*». Nella formulazione sopra riportata della *Rule 401* è chiaro che il concetto di rilevanza implichi una valutazione dell'incidenza causale della prova sull'esito della causa, ed è anche chiaro che essa vada riferito alla prova più che al fatto, tendendo a confondersi con i «nostri» concetti di idoneità, necessità ed indispensabilità del mezzo di prova²¹⁰.

Ad ogni modo, l'esperienza comparata d'oltreoceano, oltre alla definizione di *rilevancy*, è chiara ed univoca nella disciplina della prova rilevante. La *Rule 402*, infatti, afferma che «*all relevant evidence is admissible, except as otherwise provided [...]. Evidence which is not relevant is not admissible*».

Sono dunque posti in rilievo sia l'aspetto di inclusione²¹¹ di ogni prova rilevante, sia quello di esclusione di ogni prova non rilevante²¹².

Almeno per questo secondo aspetto la regola sembra essere un minimo comun denominatore irrinunciabile per ogni sistema processuale, derivando, come detto, da un'imprescindibile esigenza di economia processuale. Per quanto riguarda il profilo dell'inclusione, invece, la tematica, almeno negli ordinamenti di *civil law*, si intreccia con quella della tipicità della prova, poiché se si ritiene cogente il principio di tipicità la rilevanza della prova cessa automaticamente di essere un criterio di inclusione, essendo ammissibili solo le prove tassativamente indicate dal legislatore²¹³.

valutarne la veridicità o l'attendibilità [...] ma soltanto determinando se tali affermazioni, ove fossero confermate dal risultato della prova, potrebbero essere utili per l'accertamento dei fatti". Cfr. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 63 s.

²⁰⁹ Cfr. R. C. PARK, D. P. LEONARD, S. H. GOLDBERG, *Evidence Law*, 2^a ed., St Paul MN, 2004, 124 ss. Secondo gli autori, peraltro, «*rules 401 adopts a very broad conception of relevancy. Almost anything that a rational lawyer would attempt to offer onto evidence would be relevant within the meaning of Rule 401 because it would have some minimal effect on the probability that a particular proposition of consequence to the case is true or false*». Dunque non mancano critiche ad un concetto ritenuto troppo ampio ed onnicomprensivo.

²¹⁰ Sui quali cfr. G. VERDE, *op. ult.*, cit, 619. Sul concetto di indispensabilità del mezzo di prova sia consentito rinviare ad A.MENGALI, *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 99 ss.

²¹¹ Secondo Taruffo ciò non sarebbe vero per gli ordinamenti di *civil law*, dove prevale l'aspetto di esclusione ed il carattere preliminare del giudizio di ammissibilità e dove entra in gioco il principio di tipicità della prova. Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 342. Si rinvia sul punto per più dettagliata analisi all'esame del principio di tipicità della prova.

²¹² Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 341. Come osserva TARUFFO, questo dovrebbe essere l'unico criterio preliminare di ammissione delle prove, nel sistema giuridico auspicato da Bentham e come visto supra, § 12, in nota, teorizzato da Thayer, che massimizzasse la *freedom of proof*. Cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 334 e 341. Sul punto si è già detto supra, § 12.

²¹³ Cfr. supra, nota 210.

Ecco, ad ogni modo, individuato un primo principio del diritto delle prove che appare imprescindibile in qualsiasi esperienza processuale.

L'economia processuale può anche essere fondamento dell'esclusione dal processo di prove rilevanti²¹⁴. Ne sono un esempio norme come quelle sulla limitazione delle liste testimoniali sovrabbondanti (art. 245 c.p.c.²¹⁵), o come quella sulla chiusura dell'assunzione ex art. 209 c.p.c.²¹⁶.

Entriamo così nel campo dei criteri di ammissibilità della prova²¹⁷. Tuttavia, mentre per il concetto di rilevanza abbiamo verificato una coincidenza, almeno tendenziale, nelle esperienze esaminate (volutamente due esperienze considerate agli antipodi nella concezione della prova giuridica), qui troviamo un'assoluta relatività, che a ben vedere è già emersa nel corso della nostra indagine. Il rilievo è confermato da Taruffo, che evidenzia «*la essenziale relatività storica dei criteri che fondano le regole d'esclusione delle prove*».

Senza indugiare ulteriormente sulle singole regole di ammissibilità della prova, anche poiché torneremo sull'argomento nel prossimo capitolo, con particolare riguardo ai limiti di ammissibilità previsti nel nostro ordinamento per la prova testimoniale, sia d'esempio la *Rule 403* delle *Rules of Evidence* statunitensi, che, dettando una norma di portata generale, dispone che «*although relevant, evidence may be excluded if its probative value is substantially outweighed by the danger of unfair prejudice, confusion of the issues, or misleading the jury, or by consideration of undue delay, waste of time, or needless presentation of cumulative evidence*»²¹⁸. Si tratta di una norma generale di esclusione delle prove, tra cui quelle che possono comportare «*waste of time*», senz'altro sconosciuta, con questa portata, nel nostro ordinamento.

Limitandoci per ora a considerare le regole di ammissibilità/esclusione della prova connesse all'economia processuale, la relatività delle scelte nei diversi ordinamenti porta ad escludere che si tratti di norme imprescindibili a qualsiasi esperienza processuale.

²¹⁴ Taruffo ricorda a proposito l'ipotesi della «*rettificazione successiva dell'iniziale ammissione delle prove*» dovuta al criterio di economia processuale (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 347).

²¹⁵ Sui possibili contrasti con il diritto alla prova, poiché «*la riduzione a priori delle liste testimoniali colpisce alla cieca, magari lasciando sopravvivere le testimonianze che a posteriori si rivelano inutili e chiudendo la porta a quelle che si sarebbero rivelate utili*» cfr. E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 162.

²¹⁶ Si veda ancora per interferenze con il diritto alla prova E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 161 s.

²¹⁷ Taruffo osserva che trattasi di regole di esclusione solo ove l'ordinamento riconosca il principio per cui ogni prova è ammissibile in quanto rilevante, salvo, appunto, eccezione (*rectius* esclusioni, cfr. *op. ult. cit.*, 348).

²¹⁸ Sull'interpretazione della norma si veda E. J. IMWINKELRIED, *The meaning of probative value and prejudice in Federal Rule of Evidence 403: Can rule 403 be used to resurrect the common law of evidence?*, *Vanderbilt L.R.*, 1988, 879 ss.

In ogni caso l'economia processuale entrerà in gioco, se non come *ratio* di specifiche norme irrinunciabili, come criterio di valutazione della necessaria razionalità dell'accertamento (su cui *infra*).

D'altra parte economia e razionalità sono spesso concetti associati dalla nostra giurisprudenza, come criteri metagiuridici di selezione del materiale probatorio²¹⁹.

15. *L'onere della prova*

Altro principio con cui è doveroso confrontarsi è quello dell'onere della prova.

La domanda è semplice: l'onere della prova è principio di ordine pubblico processuale? Se sì, per quale ragione esso fa eccezione alla generale non appartenenza del diritto probatorio all'ordine pubblico?

Innanzitutto occorre mettere a fuoco quella che è la dimensione e la *ratio* del principio, e per far ciò non si può che analizzare la miglior dottrina sul punto.

Riguardo al primo aspetto, il principio dell'onere della prova vale da una parte come norma dettata per regolare lo svolgimento del processo, attribuendo all'attore l'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto e al convenuto l'onere di provare i fatti che costituiscono eccezione al primo, dall'altra come regola di giudizio rivolta al giudice²²⁰ per stabilire a quale parte vada imputato il rischio della mancata prova.

Nella prima accezione il principio non presenta particolari problemi, avendo una portata elastica, dal momento che è pacifico che il giudice potrà basare la decisione anche su prove non fornite dalla parte che aveva l'onere di fornirle, in forza del c.d. principio di acquisizione desumibile dall'interpretazione dell'art. 115 c.p.c.²²¹.

L'onere della prova, nella seconda accezione, è invece principio complesso, che è sua volta corollario e specificazione di un altro principio, la cui appartenenza al diritto probatorio è tutt'altra che pacifica: il divieto di *non liquet*. Il principio

²¹⁹ Cfr. Cass. 21 settembre 2001, n. 11936, in *Foro It.*, 2002, I, 444, dettata proprio in materia di arbitrato, secondo cui «il criterio di selezione preventiva dei mezzi di prova deriva da evidenti esigenze di razionalità e di economia delle attività processuali, che da nessun ordinamento possono essere ignorate, e che non sono incompatibili con il rispetto del principio del contraddittorio».

²²⁰ Sul fatto che l'art. 2697 c.c. è regola che ha «come destinatario soprattutto il giudice» cfr. R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006, 220.

²²¹ Cfr., tra le tante, Cass. 25 marzo 1995, n. 3564 in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *prova civile in genere*, n. 17. In dottrina, sul fatto che l'onere della prova è un potere ma non è un potere esclusivo, nel senso che «quando la legge dice che l'attore deve provare certi fatti, non vuol dire che soltanto l'attore può provare quei determinati fatti» cfr. R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, cit., 220.

dell'onere della prova «serve» ad evitare il *non liquet*²²²: su questa affermazione pochi dubbi vi sono in dottrina.

Ecco che, riguardo all'aspetto della *ratio* del principio, ragione dell'esistenza della regola è senza dubbio la necessità di evitare il *non liquet*.

E' la priorità logica del divieto di *non liquet* sulla regola di giudizio dell'onere della prova che ci impone allora di analizzare dapprima la portata ed il senso del «divieto», per poi tentare di capire quella della «regola».

Ebbene il «divieto» sembra appartenere senza dubbio all'ordine pubblico processuale, se non altro perché in assenza di una risposta del sistema giustizia alla richiesta di tutela del soggetto giuridico, sarebbe violato il diritto di azione, norma di rango costituzionale nel nostro ordinamento. E' semmai da approfondire la diversa questione se, con riguardo in particolar modo al diritto di azione, non si possa ravvisare un'eccezione alla generale applicabilità all'arbitrato dell'ordine pubblico processuale, eccezione dettata dall'essere fondato quest'ultimo sul consenso e sull'autonomia privata, e dunque caratterizzandosi eccezionalmente proprio nelle regole di accesso alla tutela.

In ogni caso il *non liquet* diviene principio connaturato all'arbitrato, come vedremo meglio *infra*, non in forza dell'applicazione all'arbitrato delle norme di ordine pubblico processuale, ma in forza dell'applicazione delle norme sostanziali dettati dal diritto dei contratti, che all'arbitrato si applicano in quanto fenomeno fondato sull'autonomia privata. Vedremo a tempo debito che il *non liquet*, nell'arbitrato, è vietato agli arbitri nella misura in cui esso si traduce in un inadempimento del contratto di mandato.

Ad ogni modo qui non interessa approfondire il ragionamento relativo al divieto di *non liquet*, non appartenendo detto principio al diritto probatorio.

Ciò detto quanto al divieto, occorre analizzare quel che a noi più interessa, ossia l'appartenenza o meno all'ordine pubblico processuale del principio, questo sì di diritto probatorio, dell'onere della prova, che del divieto di *non liquet* è diretta conseguenza.

Per ragioni che non interessano la nostra indagine, abbiamo detto, è principio di ordine pubblico, almeno nella giurisdizione ordinaria, quello secondo il quale il giudice non può esimersi dal decidere la causa a favore di una parte o dell'altra.

²²² Sull'origine storica dell'onere della prova come regola di giudizio volta ad evitare il *non liquet* cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 177 ss.; G.A.MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 151 ss. L'Autore ritiene il divieto di *non liquet* come il "contenuto minimo essenziale" della regola di giudizio, che può variare nel contenuto particolare nei vari processi. Cfr. *Id.*, *op. ult. cit.*, 152. Ritiene che da questo punto di vista la regola dell'onere della prova stia alla *quaestio facti* come l'art. 12 preleggi, che vieta al giudice di rifiutarsi di risolvere una controversia per mancanza di una precisa disposizione di legge, sta alla *quaestio iuris* A. PROTO PISANI, *Appunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, 82.

Per poter realizzare tale principio il giudice deve necessariamente attribuire ad una delle parti il rischio della mancata prova²²³.

Nelle esperienze processuali di *civil law* il rischio della mancata prova è senz'altro attribuito in base ad una regola precedente il processo ed il singolo caso, ed applicando la quale, alla stregua di un'operazione algebrica, è possibile individuare il soggetto su cui graverà il rischio.

Si è sostenuto in dottrina che ciò non escluderebbe che vi possano essere esperienze processuali nelle quali il rischio suddetto è attribuito dal giudice in base ad una valutazione del caso concreto, e non in base ad una regola predeterminata. E' quello che osserva Verde, descrivendo un precedente giurisprudenziale americano²²⁴.

Chi doveva provare i fatti che ha affermato, e su chi gravano le conseguenze del fatto che ciò non è avvenuto (posto che nessuna delle parti è stata in grado di provare i fatti allegati) è deciso, nel caso descritto, dal giudice in base al proprio libero apprezzamento, al proprio giudizio su quale delle due parti «abbia ragione». Si tratta di un giudizio dove i fatti affermati e le norme di diritto applicate si confondono, dove, come osserva Verde, il confine tra *questio facti* e *quaestio juris* è decisamente sfumato.

Perché laddove si possa distinguere il fatto dal diritto, non solo è possibile formulare (in astratto) la regola di giudizio (Verde), ma sembra ineluttabile. Se il caso concreto (fatto) è deciso da una norma giuridica (diritto) è inevitabile che una parte affermerà la coincidenza della fattispecie astratta con quella concreta, e l'altra parte affermerà che così non è. Ecco che appare rispondere alla logica, prima ancora che al diritto, che il rischio della mancata prova andrà a ricadere sulla parte che afferma (in positivo) quella coincidenza, piuttosto che su quella che la nega.

A questo proposito è interessante la ricostruzione storica operata da Verde, che ritiene che negli ordinamenti moderni, contrariamente agli ordinamenti «primitivi», risponde ad un principio di civiltà il fatto che sia chi agisce in giudizio a dover provare i fatti che afferma, e non l'«accusato» a dover provare la propria

²²³ Sull'onere della prova inteso come regola per lo svolgimento del procedimento tra le parti non è il caso di soffermarsi, essendo ben noti i termini del problema ed il fatto che il giudice potrà basare la decisione anche su prove non fornite dalla parte che aveva l'onere di fornirle, in forza del c.d. principio di acquisizione desumibile dall'interpretazione dell'art. 115 c.p.c. Cfr., tra le tante, Cass. 25 marzo 1995, n. 3564 in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *prova civile in genere*, n. 17. L'«onere della prova» esaminato nel testo coincide invece con la c.d. regola di giudizio che attribuisce necessariamente ad una delle parti il rischio della mancata prova.

²²⁴ Cfr. G. VERDE, *L'onere della prova*, Napoli, 1974, 28.

innocenza²²⁵. Si tratta dell'affermarsi, in epoca romana, della regola *actori incumbit probatio*²²⁶.

Ecco che anche negli ordinamenti di *common law*, dove non si distingue tra fatti costitutivi di diritti e fatti che costituiscono eccezione, pur tuttavia è ben noto il concetto di *burden of persuasion* (il nostro onere della prova, diverso il concetto, nonostante la maggiore assonanza linguistica, di *burden of proof*). Ed il *burden of persuasion* ha ad oggetto, oltre che i «claims», le «affirmative defense» (concetto che somiglia tremendamente alla «nostra» eccezione)²²⁷.

Insomma il principio *actori incumbit probatio* sembra appartenere alla civiltà giuridica ed essere a questa imprescindibile. Il principio deve essere correttamente inteso, nel senso che ciò a cui non può rinunciare un «giusto» processo è la regola per la quale le parti non possono affermare fatti senza offrirne alcun riscontro probatorio, e dunque il giudice non può dare per esistenti fatti di cui non sia stata fornita la prova²²⁸.

Diverso il discorso per il contenuto dell'onere della prova, ossia per l'onere «oggettivo o sostanziale»²²⁹ che coincide con il contenuto che il giudice dovrà dare alla decisione nell'ipotesi che taluni fatti rilevanti per l'integrazione della fattispecie dedotta in giudizio siano sforniti di sufficiente dimostrazione.

Detto in altri termini, ed adottando la terminologia di cui all'art. 2697 c.c., si tratta di stabilire se il fatto per il quale non si è raggiunta la prova sia da collocare tra i fatti costitutivi o tra quelli estintivi – modificativi - impeditivi²³⁰.

²²⁵ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 28.

²²⁶ Cfr. anche G.A. MICHELI, *op. ult. cit.*, 3 ss. L'Autore evidenzia come già nel processo romano per *legis actiones*, caratterizzato dalla natura di arbitro propria del giudice privato, seppur nella più ampia discrezionalità del giudicante, era riconosciuta una preferenza al convenuto piuttosto che all'attore (*op.cit.*, 13). Si tratta dell'osservazione, ben nota alla dottrina più recente, che già in epoca romana, seppur sulla base di «regole tralatizie» basate su mere indicazioni di convenienza «a supporto di una ripartizione giustificata dall'interesse probatorio» (L.P. COMOGLIO, *op.ult.cit.*, 177), si era individuato come principio metagiuridico quello per cui «l'attore ha l'onere primario di provare il fondamento della propria intentio» (G.A. MICHELI, *op. cit.*, 15). Sulla costruzione dell'onere come connesso all'interesse giuridico della parte di far accertare un fatto e far dichiarare a suo vantaggio l'effetto giuridico che dalla sua esistenza o inesistenza deriverebbe cfr L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 172.

²²⁷ Sul punto, per l'esperienza americana, si vedano S. BAICKER-MCKEE, W.M. JANSSEN, J. B. CORR, *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002. Per un riferimento nell'esperienza inglese, nel senso che la regola di giudizio sull'onere della prova (*burden of proof*) se il giudice «cannot decide which side of the line the decision ought to be [...] comes into play and the claimant fails» si veda J.O'HARE-K.BROWNE, *Civil litigation*, London, 2003, 559.

²²⁸ *Contra*, nel senso che la descritta ripartizione dei rischi inerenti alla mancata prova sarebbe frutto di scelte di tipo dispositivo, «subordinate all'immaneabile relatività della loro genesi storico-politica» cfr. L.P. COMOGLIO, *Le prove civili, cit.*, 186, il quale ritiene che in un processo ispirato alla ricerca inquisitoria della verità entrambe le parti, in forza di un principio di collaborazione alla ricerca della verità, dovrebbero farsi spontaneamente carico di provare, oltre all'esistenza dei fatti posti a fondamento della propria pretesa, «anche l'inesistenza di fatti estintivi o impeditivi».

²²⁹ Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 15.

²³⁰ In questi termini R. VACCARELLA, *op. cit.*, 223 s.

Ciò implica innanzi tutto l'indagine su quali siano i fatti rilevanti, e necessariamente, quindi, sulla qualificazione giuridica della fattispecie dedotta in giudizio²³¹. All'esito di tale indagine sarà chiaro quali fatti la parte *era tenuta* a provare, pena il ricadere su di sé del rischio della mancata prova.

Non è certo il caso di soffermarsi sull'ampia e complessa tematica dei criteri per collocare i fatti tra costitutivi, estintivi, modificativi o impeditivi, quando la legge non dà indicazioni a riguardo²³², ma è indubbio che il tema sia strettamente connesso con la qualificazione sostanziale dei diritti oggetto del contendere.

L'onere della prova, in quest'ultima accezione, non pare un principio inderogabile, ma, questo sì, appartiene al diritto sostanziale²³³, e alla scelta compiuta dal legislatore di predeterminare quali siano i fatti rilevanti per l'integrazione della fattispecie di diritto e conseguentemente su quali delle parti incomba l'onere di provarli²³⁴.

La dimostrazione della non appartenenza al diritto processuale e contemporaneamente dell'estraneità all'ordine pubblico del principio dell'onere della prova «oggettivo o sostanziale» è la sorte che è riservata al principio nel giudizio di equità, che pure incontra come proprio limite l'ordine pubblico, sia sostanziale sia processuale, e che non consente una dispensa dalle forme processuali prescritte per il giudizio di diritto²³⁵. Si ritiene, infatti, che nel giudizio di equità la regola dell'onere della prova trovi spazio, ma tenda a «svuotare di una parte del suo contenuto [...] che si riduce all'espressione dell'esigenza che la parte non affermi fatti senza offrirne prova»²³⁶. Difatti, «non potendosi i fatti costitutivi, impeditivi ed estintivi individuare (soltanto) a mezzo della fattispecie normativa, che è integrata dai fatti ai quali il giudice attribuisce valore decisivo, manca l'obiettiva indicazioni *a priori* di ciò che la parte è tenuta a provare»²³⁷.

²³¹ In tal senso si è sostenuto che l'art. 2697 c.c. costituisce una norma in bianco, il cui contenuto dipende dalla identificazione dell'effetto giuridico voluto dall'attore con domanda e dalla inserzione dell'effetto, tramite la tripartizione dei fatti giuridici, nell'intera esperienza normativa (V. ANDRIOLI, voce *prova*, cit., 293).

²³² E sulla quale si vede, per riferimenti, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 185 ss; Cfr. anche R. VACCARELLA, *op. cit.*, 224 ss., e la descrizione dei criteri della normalità e della facilità della prova. Sulla normalità – anormalità cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 789 s.

²³³ «Lo stabilire la natura di un fatto è compito che il giudice deve assolvere sulla base della legge» (sostanziale), cfr. R. VACCARELLA, *op. ult. cit.*, 224.

²³⁴ Salvi gli accennati criteri della normalità e della facilità della prova.

²³⁵ Sul fatto che il giudice d'equità sia tenuto al rispetto delle norme processuali si veda, in giurisprudenza, tra le tante, Cass. 1° agosto 2001, n. 10486 in *Mass. Giur. It.*, 2001.

²³⁶ Cfr. C.A. DE MARINIS, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, 223.

²³⁷ Cfr. E. GRASSO, *Equità (giudizio di)*, in *Nss. D.I., Appendice*, III, Torino, 1982, 445 s. Cfr. sul punto anche C.T. SILLANI, *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006, 29. Si pone in questo modo un problema di rispetto del principio del contraddittorio, acutamente risolto da attenta dottrina nel senso che il giudice di equità è comunque tenuto a indicare alle parti i fatti che ritiene rilevanti ai fini della pronuncia equitativa, per consentire alle stesse di esercitare il diritto di difesa. Cfr. R. VACCARELLA, *Il difensore e il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, II, 473. L'Autore osserva come nel giudizio di equità la c.d. "terza via", che non

E' evidente che così è nel giudizio di equità perché qui non trovano completo spazio le regole di diritto sostanziale²³⁸, che laddove trovino piena applicazione impongono invece la distribuzione dell'onere oggettivo in base al conformarsi della fattispecie.

Se dunque il principio da ultimo richiamato appare imprescindibile al processo, il suo contenuto oggettivo appare in concreto rinunciabile, come è, nei termini succintamente descritti, nel giudizio di equità, ma soltanto in virtù di una deroga al diritto sostanziale.

Dunque, poiché anche quello caratterizzato dal giudizio secondo equità è un processo con tutte le garanzie processuali del giudizio secondo diritto, il nocciolo della regola di giudizio che è imprescindibile per ogni esperienza processuale coincide con la regola che il giudice non può ritenere veri i fatti di cui non sia fornita la prova, poiché chi afferma un fatto in giudizio è tenuto a provarlo. Tuttavia, per ciò che a noi interessa, non può essere dimenticato che il contenuto dell'onere, se non appartiene all'ordine pubblico, tuttavia non appartiene neanche al diritto processuale.

Ecco comunque, con le precisazioni descritte, individuata un'altra eccezione alla regola della generale estraneità del diritto probatorio all'ordine pubblico processuale.

16. Segue: i criteri di valutazione della prova

Altro aspetto da affrontare, connesso al tema dell'onere della prova, è quello riguardante i criteri di valutazione del giudice. Quando può dirsi raggiunta la prova? Secondo Verde, la regola di giudizio, e con tale accezione è da intendersi quell'aspetto del principio dell'onere della prova che appartiene alla nostra civiltà giuridica ed all'ordine pubblico processuale, non si limita alla proibizione, per il giudice, di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova, ma comprende anche la necessità che quella prova sia «piena e convincente»²³⁹. Ebbene si deve ritenere, come evidenziato dallo stesso Verde²⁴⁰, che la valutazione della prova sia aspetto diverso, per quanto connesso, rispetto al tema dell'onere

è mai pienamente accettabile, è senz'altro intollerabile "in quanto vanifica totalmente il diritto di difesa costringendo la parte [...] a difendersi rispetto a un qualcosa a lei ignoto". Sulla "terza via", ritenuta lesiva del principio del contraddittorio anche nel giudizio secondo diritto dalla sentenza della Corte di Cassazione 5 agosto 2005, n. 16577 (ma già il principio era stato affermato da Cass. 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giur. It.*, 2002, 1362 ss.), si veda E.F. RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750 ss. nonché, *ibidem*, L.P. COMOGLIO, *Terza via e processo giusto*.

²³⁸ In realtà il rapporto tra norme di diritto ed equità è più complesso. Se ne farà un cenno, *infra*, cap. 4.

²³⁹ Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 27.

²⁴⁰ Cfr. G. VERDE, *op. ult. cit.*, 15, nota 8.

della prova. Un conto è dire che il giudice non può dar per provato un fatto di cui manca la prova, altro è dire quando un fatto può dirsi «provato»²⁴¹.

Il nostro ordinamento, ispirato al principio del libero convincimento²⁴², richiede al giudice di valutare, secondo il suo prudente apprezzamento²⁴³, quando ritiene provato un fatto. E' intuitivo che, senza dei criteri normativi che guidino tale percezione del giudice, la valutazione si trasformerebbe in arbitrio²⁴⁴.

A questo punto occorre far un seppur breve e superficiale cenno alla dottrina relativa alla funzione dimostrativa²⁴⁵ della prova, ed alle opposte teorie della base probabilistica ovvero semplicemente razionale²⁴⁶ della funzione dimostrativa della prova giudiziaria.

Secondo la prima di dette teorie, che ha tra i massimi esponenti la dottrina scandinava, il «grado» di prova richiesto, affinché un fatto possa dirsi provato, è predeterminato dal legislatore, e l'accertamento deve avvenire su basi probabilistiche²⁴⁷.

²⁴¹ Sui rapporti tra formazione del convincimento ed onere della prova cfr. S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 498 secondo il quale i due termini rappresentano l'alternativa cui si trova di fronte il giudice nel decidere: «nei casi in cui il giudice, pur constatando che le prove prodotte spingono in una certa direzione, non perviene al convincimento della «verità», compie per così dire un passo indietro, ripartendo da zero ed applicando la regola sull'onere della prova».

²⁴² Tralascio in questo ambito le prove legali, che chiaramente escludono il libero apprezzamento. Cfr. sul punto S. PATTI, *op. ult. cit.*, 12 s.

²⁴³ Sulla distinzione tra libero convincimento e prudente apprezzamento, nel senso che il riferimento del legislatore al secondo dei detti concetti, in forza dell'art. 116, comma 1, c.p.c., varrebbe ad escludere il ricorso ad elementi di tipo intuizionistico, imponendo al giudice una valutazione delle prove «*sul piano del concreto e del particolare, con il solo supporto della ragione e dell'esperienza*» cfr. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

²⁴⁴ Secondo S. PATTI, *op. ult. cit.*, 13, «*il giudice perviene ad un convincimento che deve formarsi secondo certe regole, in base alle quali, ad esempio, occorre tenere conto di certi fatti e non di altri*».

²⁴⁵ Tralascio il dibattito che ha visto contrapposte la teoria della specificità della prova giuridica che deriverebbe, secondo una certa interpretazione, dalla funzione solo persuasiva del giudice e non dimostrativa e quella che, invece, nega che la prova giuridica sia un *quid* di diverso della prova in generale e di conseguenza che essa, come quella, abbia funzione dimostrativa. Sul punto si rinvia a G. F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1129 ss. E' tuttavia opportuno sottolineare il rilievo dell'Autore appena citato, che osserva giustamente che solo avendo riguardo alla funzione dimostrativa della prova è possibile tentare di individuare il corretto modo di esercizio del libero convincimento del giudice, «*onde evitare che si trasformi in arbitrio*». Cfr. anche A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)* in *Riv. dir. proc.* 2001, 73 ss. In senso solo apparentemente difforme, in quanto l'Autore individua elementi di specificità della prova giuridica pur non negandone la funzione dimostrativa cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 315 ss. *Contra* A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1959.

²⁴⁶ Si tralasciano le opinioni di chi ritiene l'irrazionalismo nella valutazione della prova l'unica alternativa alla prova legale, ritenendo dunque incompatibile con la logica razionale il criterio del libero apprezzamento. Sul punto cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 373.

²⁴⁷ Cfr. A. CARRATTA, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)* in *Riv. dir. proc.* 2001, 73 ss., spec. 91 ss., il quale compie un'approfondita ricostruzione storica, individuando come fondamento della teoria della probabilità la dottrina scandinava, in particolare quella svedese, tra cui si veda in particolare Per Olof- Ekelof, *La libera valutazione delle prove*, in Studi in onore di A. SEGNI, II, Milano, 1967, 93 ss.; sul punto cfr. anche S. PATTI, *op. ult. cit.*, 481 ss. Osserva l'Autore (504) che «*generalmente le norme svedesi sono formulate secondo il seguente schema: se A è,*

Seguendo la dottrina scandinava, secondo gli interpreti italiani, sarebbe sufficiente «*per considerare provato un fatto il 51%*²⁴⁸»

Nell'esperienza tedesca, invece, nonostante l'influenza della teoria probabilistica scandinava, è richiesta un'alta probabilità della verifica del fatto, che la dottrina ha ritenuto coincidere con una percentuale superiore al 75% (probabilità alta, *hohe Wahrscheinlichkeit*)²⁴⁹.

In Nordamerica lo *standard of proof* sufficiente per ritenere un fatto provato, nel processo civile, coincide con il parametro «*more probable than not*», (o, se si preferisce, della *preponderance of the evidence*) che tradotto in percentuale si potrebbe far coincidere con il sopra indicato 51%, che la dottrina tedesca indica come un dato di probabilità rilevante (*überwiegende Wahrscheinlichkeit*)²⁵⁰.

Nella stessa esperienza, invece, lo *standard of proof* per il processo penale coincide con il parametro «*beyond every reasonable doubt*», che tradotto in percentuale potrebbe esser fatto coincidere con il 99% (la quasi certezza che il fatto corrisponda al vero, nella dottrina tedesca *Sicherheitgrenzende Wahrscheinlichkeit*).

Quanto descritto è dato dal precedente *Lee vs. Corwille*²⁵¹, in forza del quale «*it is not required that civil cases be proved beyond a reasonable doubt but only by the preponderance of evidence*» e che «*to satisfy proof of causation by a preponderance of the evidence, the law requires only that the evidence as a whole show that it is more probable than not that the harm resulted from the tort*» (nella fattispecie si trattava della prova di un danno da illecito extracontrattuale).

Ma queste, a ben vedere, non sono le uniche soluzioni possibili.

Ben può esservi, infatti, un ordinamento che «chieda» al giudice di ritenere provato un fatto quando la probabilità che esso sia vero sia, ad esempio, superiore al 55% delle possibilità, o altrimenti al 60%, al 70% e così via, così come un ordinamento che rimetta allo stesso prudente apprezzamento del giudice la

allora vale B, tranne che C appaia (rispettivamente) presumibile, verosimile, probabile». Quando il grado di verosimiglianza non è determinato dalla legge, sarà determinato dal giudice stesso (*Id.*, 503 s.). Per un approfondimento sulle varie sfaccettature della teoria probabilistica cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 143 ss., che in particolare analizza la probabilità quantitativa, la probabilità logica e la probabilità baconiana.

²⁴⁸ S. PATTI, *op. ult. cit.*, 24.

²⁴⁹ Citato da A. CARRATTA cfr. BENDER, *Das Beweismass*, in *Festschrift für F. Baur*, Tubingen, 1981, 247 ss. Osserva tuttavia S. PATTI, *op. cit.*, 510, che il diritto tedesco conosce un istituto [...] – *Anscheinsbeweis* – che presenta alcuni punti di contatto con la teoria scandinava della verosimiglianza.

²⁵⁰ La fonte è sempre A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 93. Stesso *standard of proof* è richiesto dalla *case law* inglese, cfr. *Re H (minors) (sexual abuse) [1996] All. E.R. 1*, secondo cui “*a court is satisfied an event occurred if the court considers that, on the evidence, the occurrence of the event was more likely than not*”. Sul punto cfr. J.O'HARE-K.BROWNE, *Civil litigation*, London, 2003, 558 s.

²⁵¹ Court of Appeal of Louisiana, 168 So. 2d 469; 1964 La. App, Lexis 1998.

determinazione, caso per caso, del grado di prova richiesto²⁵². Una volta stabilito il parametro di probabilità, il giudice avrà correttamente applicato la regola di giudizio qualora abbia ritenuto, in base al parametro, provato un determinato fatto, non l'applicherà correttamente qualora, invece, non applicherà correttamente il detto criterio, ritenendo provato un fatto che, secondo l'ordinamento, o secondo il suo stesso apprezzamento, non deve ritenersi provato.

Nell'individuazione del parametro il legislatore ed il giudice incontreranno in ogni caso un limite, poiché certamente mal si concilierebbe con la civiltà giuridica dei nostri giorni la scelta di un parametro inferiore al 50%²⁵³.

Superata detta soglia, tuttavia, tutti i valori, da 51 a 100 (o meglio, si dovrebbe dire, da 51 a 99, perché la certezza assoluta è di per sé irraggiungibile e porterebbe alla conclusione che nessun fatto può esser provato) sono possibili.

Alla stessa conclusione si perviene, a ben vedere, se si abbraccia invece la teoria razionalista, che parte dalla convinzione che non esistano nella realtà dati che consentano di calcolare oggettivamente quale sia il rapporto tra *factum probandum* e *factum probans*²⁵⁴. In base a tale convinzione non si può che scartare l'idea di quantificare i diversi gradi di probabilità di cui si è fatto cenno²⁵⁵, e si dovrà basare la prova giuridica solo sulla razionalità dell'accertamento²⁵⁶.

A tal fine il giudice dovrà fare ricorso a massime di esperienza, ossia all'insieme delle nozioni che rappresentano il patrimonio di cultura media che di solito si designa come «*sensu comune*»²⁵⁷, tuttavia, «*trattandosi [...] di nozioni o regole dal contenuto quanto mai vario, dotate di struttura logica e di significati conoscitivi diversi e spesso vaghi ed indefinibili*» occorrerà una selezione di quelle «*sulle quali vi è un consenso diffuso nella cultura media del luogo e del momento in cui viene formulata la decisione*»²⁵⁸

²⁵² E' l'esempio fatto da S. PATTI, *op. cit.*, 22, il quale suddivide l'attività del giudice di valutazione delle prove in due fasi: dapprima egli deve stabilire quale sia il grado di prova sufficiente per decidere, dopo deve attribuire un certo grado alle prove fornite dalle parti.

²⁵³ Si veda a tale proposito e con riferimento all'esperienza svedese l'esempio di S. PATTI, *op. cit.*, 502.

²⁵⁴ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 143 ss.; A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 93 ss.

²⁵⁵ A. CARRATTA, *op. cit.*, 93.

²⁵⁶ Sul carattere razionale delle prove come presupposto del carattere razionale del processo cfr. G. VERDE, *voce prova (diritto proc. civ.)*, cit., 582 ss. Sulla razionalità della valutazione delle prove si veda M. TARUFFO, *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 33 ss.; A. IACOBONI, *prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006, 17 ss. Sulla necessaria "coerenza logica" della valutazione della veridicità delle allegazioni fattuali, essendo quella fondata sulle massime di esperienza un'operazione gnoseologica e non giuridica cfr. A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

²⁵⁷ Cfr. A. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 94; M. TARUFFO, *Sensu comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 665 ss.

²⁵⁸ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 397 s.

Anche in questo caso esisterà dunque un limite all'apprezzamento del giudice, dato dal criterio di razionalità basato sulle massime di esperienza²⁵⁹.

Nel nostro ordinamento, dove il principio del libero convincimento è espresso dall'art. 116 c.p.c.²⁶⁰, non esiste una predeterminazione da parte del legislatore del grado di prova necessario a ritenere un fatto vero, anche se più o meno unanimemente la dottrina ritiene che il giudice italiano dovrà considerare provato il fatto quando della sua verità (o, se si preferisce, della sua verosimiglianza) sarà «convinto»; predeterminazione, invece, che esiste nelle esperienze nordamericane²⁶¹ nonché in quella scandinava e tedesca.

Il ragionamento sopra svolto e l'esperienza comparata, tuttavia, non possono che farci osservare che: a) il criterio di valutazione in concreto voluto da un ordinamento appartiene ad una scelta di politica del diritto e non all'ordine

²⁵⁹ Sulla razionalità come strumento per fare «perno sulle condizioni di uso appropriato del ragionamento probabilistico», e dunque nel senso dell'assimilabilità dei limiti alla libera valutazione sia che si abbraccino le teorie probabilistiche, sia che si preferiscano le teorie razionali, cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 398. Per una critica alla validità scientifica del concetto di massima di esperienza, sulla base della dottrina epistemologica del falsificazionismo di Popper, solo per un riferimento, tenendo fede alla premessa di inizio capitolo di non addentrarci nella teoria generale della prova e nel dibattito epistemologico, cfr. L. LOMBARDO, *op. cit.*, 615 ss. Peraltro le conclusioni dell'applicazione della dottrina del falsificazionismo alla prova giuridica sono nel senso di limitare e non escludere il valore delle massime di esperienza, attribuendo più ampio rilievo, rispetto ad esse, alla dialettica tra le parti (poiché è impossibile verificare un'asserzione – *factum probandum* – mediante un'esperienza basata sull'osservazione, ma solo attraverso un procedimento negativo di esclusione - falsificazione di varie asserzioni particolari), ed in definitiva ad escludere solo l'«irrigidimento della massima d'esperienza, con la conseguente attribuzione ad un particolare mezzo di prova del carattere della incontrovertibilità», in definitiva ad escludere l'opportunità della predeterminazione normativa della massima d'esperienza ossia della prova legale incontrovertibile. In giurisprudenza, sull'interpretazione del principio del libero convincimento, si ritiene che «l'articolo 116, comma 1, del c.p.c. consacra il principio generale del libero convincimento del giudice, per cui lo stesso deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento salvo che la legge disponga altrimenti. Tale disposizione sancisce la fine del sistema fondato sulla predeterminazione legale della efficacia della prova, conservando solo specifiche ipotesi di fattispecie di prova legale e la formula del prudente apprezzamento, allude alla ragionevole discrezionalità del giudice nella valutazione della prova, che va compiuta tramite l'impiego di massime di esperienze», Cass. 10 novembre 2003, n. 16831 in *Guida dir.*, 2004, 2, 95.

²⁶⁰ Si è già accennato che la dottrina distingue, come del resto la giurisprudenza (cfr. nota precedente) il libero convincimento da prudente apprezzamento: il secondo è riferita alla fase di valutazione della prova che precede il formarsi del convincimento, ed il riferimento alla prudenza deve essere letto come richiamo ad un generale criterio di razionalità; la formazione del convincimento, in quanto momento susseguente a quello della valutazione della prova, può essere libero solo se libera è la prima. Cfr. S. PATTI, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., 490 ss., spec 486 s. Qui non interessa definire, tuttavia, l'esegesi dell'art. 116 c.p.c., poiché ciò che preme è fissare il concetto che quella necessaria razionalità della valutazione della prova, desumibile dall'art. 116 c.p.c., è principio imprescindibile prima ed oltre la sua formulaizone positiva nel nostro ordinamento. Sul punto cfr. anche A. IACOBONI, *op. cit.*, 6 s.

²⁶¹ Che la si voglia ricondurre a percentuali o no, infatti, non vi è dubbio che la *preponderance of evidence* sia più lontana dalla verità della prova raggiunga *beyond every reasonable doubt*. E' certo, inoltre, che trattasi comunque di un giudizio di verosimiglianza più che di verità, e ciò per quelle ragioni epistemologiche che ci siamo proposti di non trattare per non appesantire ulteriormente il discorso, e per le quali si veda su tutti P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, cit., 164 ss. Distingue tra giudizio di verosimiglianza e di probabilità, nel senso che, seppur in entrambi i casi il giudice fa ricorso a massime di esperienze ed *all'id quod plurimque accidit*, solo nel secondo caso si assisterebbe al procedimento inferenziale che consente di collegare il *factum probans* al *factum probandum* A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

pubblico processuale; b) sussiste in ogni caso un il limite al libero convincimento, che è imprescindibile da qualsiasi esperienza processuale, caratterizzato dalla razionalità della valutazione della prova, o, se si preferisce la concezione probabilistica, dall'(almeno) rilevante probabilità della verosimiglianza.

In altri termini, sia che lo si voglia ricondurre o meno a delle percentuali di probabilità, può dirsi tracciato un limite alla libera valutazione della prova per un principio extragiuridico²⁶², coincidente con la necessaria razionalità dell'accertamento. All'interno della cornice tracciata dalla detta razionalità, qualsiasi criterio di valutazione è accettabile, senza che si possa ritenere violato alcun principio fondamentale.

Ecco che emerge, già in quest'ottica, quel principio di razionalità che caratterizza un limite generale al libero accertamento giudiziale²⁶³.

17. *Il principio di tipicità delle prove e le prove illecite: a) il principio di tipicità*

Il problema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento delle prove c.d. atipiche o innominate ha interessato vivacemente la dottrina italiana.

A proposito il principio cui occorre confrontarsi per verificarne l'appartenenza all'ordine pubblico processuale è quello di tipicità della prova.

Non sarà necessario, tuttavia, soffermarsi a lungo sull'argomento, che pure si accenna, per completezza sistematica, in quanto l'appartenenza all'ordine pubblico processuale del principio di tipicità delle prove può essere esclusa sulla base di alcune semplici considerazioni:

- a) il dibattito investe principalmente il processo ordinario di cognizione, essendovi pochi dubbi sul fatto che nei processi sommari siano ammesse prove atipiche o assunte in modo atipico²⁶⁴;

²⁶² Sono i principi extragiuridici consistenti nei criteri logico-razionali, che devono essere applicati alla prova giuridica così come alla prova storica. In questo senso va rifiutata la concezione della specificità della prova giuridica e valorizzata la sua portata metagiuridica. Sul punto cfr. G. F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica*, cit., 1159 ss.

²⁶³ Sulla razionalità dell'accertamento come limite alla libertà «tendenzialmente assoluta dell'apprezzamento giudiziale» cfr. F. DE SANTIS, *nota a Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041 in Foro It.*, 1993, 2340 ss. L'Autore ritiene che la necessaria razionalità dell'accertamento di fronte alla spinta volontaristica e irrazionale dell'intelletto umano, imponga l'individuazione di altri criteri tali da garantire la correttezza della valutazione, e tali criteri coincidono con il principio del contraddittorio nella formazione della prova ed all'obbligo di motivazione. Si tratta della convinzione già espressa da Taruffo, che ritiene contraddittorio e motivazione del giudizio di fatto i criteri del controllo razionale del sapere giudiziale. Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 401 ss.

²⁶⁴ Cfr. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 46 che a riguardo delle «sommarie informazioni» dei processi speciali parla di «fonti di prova strutturalmente e funzionalmente atipiche sia nei contenuti sia nelle forme di acquisizione». Cfr. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3^a ed., Milano, 2000, 97;

- b) il dibattito è tipicamente italiano, in quanto «*in tutti gli ordinamenti esistono [...] le prove che nella dottrina italiana si definiscono atipiche*²⁶⁵»;
- c) buona parte della dottrina ritiene che le prove atipiche siano ammissibili anche, *de iure condito*, nel processo civile ordinario di cognizione²⁶⁶, e alle prove atipiche, nel senso della loro ammissibilità, si riferisce recentemente anche la giurisprudenza²⁶⁷;

Inoltre la giurisprudenza italiana maggioritaria attribuisce valore probatorio alle prove provenienti da altri processi²⁶⁸, alle sentenze rese in altri processi²⁶⁹, alle perizie stragiudiziali²⁷⁰ ed agli scritti provenienti da terzi²⁷¹.

²⁶⁵ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 377

²⁶⁶ Cfr. Taruffo, che a confutazione del principio di tipicità osserva che «*la ragione principale per cui una prova deve essere ammessa in giudizio non è affatto l'esistenza di una norma che se ne occupi (che spesso non c'è) bensì la sua utilità per l'accertamento dei fatti*» (M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 379). In senso conforme L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 41 ss., che distingue tra atipicità riguardante la fonte probatoria, che sarebbe quasi unanimemente ammessa, anche alla luce delle posizioni della giurisprudenza, ed atipicità riguardante il modo, il metodo e la forma dell'assunzione o dell'acquisizione della prova. Così come Taruffo, l'Autore da ultimo citato è concorde infine nel ritenere che l'ingresso delle prove atipiche nel processo sia dovuto «*all'intrinseca atipicità dell'indizio o all'estensibilità contenutistica del concetto di documento*» (*op. cit.*, 43). Interessante è poi il richiamo dell'Autore alle «*recenti evoluzioni del processo penale*», in particolare all'art 189 c.p.p., che consente alle parti di chiedere l'ammissione di prove non disciplinate dalla legge, sottoponendo però quell'ammissione al vaglio da parte del giudice che deve verificarne l'idoneità all'accertamento dei fatti (*Id.*, *op. cit.*, 44 ss). *Contra*, B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss; L. MONTESANO, *Le prove «atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 233 ss., secondo il quale «*sarebbe [...] troppo aberrante dai principi legalitari che reggono il nostro sistema processuale, per essere seriamente sostenuta, ogni proposta di lasciare al giudice la discrezione, o meglio l'arbitrio, di usare per l'acquisizione delle fonti di convincimento mezzi diversi da quelli predisposti dal «diritto scritto»*. Per una ricostruzione storica della dottrina e della giurisprudenza in tema di prove atipiche, con particolare riguardo alle opinioni contrarie di Monteleone, Mandrioli, Grasso, Proto Pisani e dei citati Montesano e Cavallone cfr. G. MAERO, *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001.

²⁶⁷ Riconoscono l'ammissibilità delle prove atipiche, pur chiedendo al giudice un certo rigore nella loro valutazione, precisamente che esse non siano smentite dal raffronto con le altre risultanze del processo App. Napoli 28 novembre 2008, in www.leggiditaliaprofessionale.it; conf. Cass. 25 marzo 2004, n. 5965 in *Rep. Foro It.*, voce *prova civile in genere, valutazione ed utilizzazione*, n. 81; Cass. 27 marzo 2003, n. 4666 in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *prova civile in genere*, n. 51; Cass. 26 giugno 2000, n. 12763 in *Giur. It.*, 2001, 1378, con nota di BESSO, che esclude espressamente nel nostro ordinamento l'esistenza di un principio di tassatività dei mezzi di prova. Per la qualificazione di "prova documentale atipica" di un verbale di diverso processo cfr. Cass. 6 ottobre 1998, n. 9902 in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1999, 100. *Contra* Cass. sez. un. 17 giugno 2004, n. 11353 (la rimessione alle sezioni unite non riguardava il punti di diritto trattato).

²⁶⁸ Cfr. Cass. 10 luglio 1975, n. 2728 in *Rep. Foro It.*, 1975, voce *prova civile in genere*, 46; Cass. 22 agosto 1978, n. 3919 in *Rep. Foro It.*, 1978, voce *prova civile in genere*, n. 39; Cass. 4 marzo 2002, n. 3102, in *Rep. Foro It.*, 2002, *Id.*, n. 44, che precisa che le prove devono essere acquisite nel secondo giudizio; Giudice di pace di Monza, 4 novembre 2001, in *Giudice di pace*, 2002, 140, secondo il quale, addirittura, quelle risultanze avrebbero il valore di prova piena; Cass. 26 febbraio 1983, n. 1484 in *Rep. Foro It.*, 1983, *Id.*, n. 38, laddove la Suprema Corte specifica che è indifferente che il precedente processo si sia svolto tra le stesse o tra altre parti; conf. Cass. 16 aprile 1987, n. 3776 in *Rep. Foro It.*, 1987, *Id.*, n. 33; Cass. 25 gennaio 1989, n. 422 in *Rep. Foro It.* 1989, *Id.*, n. 9.; Cass. 20 dicembre 1994, n. 10972 in *Rep. Foro It.*, 1994, *Id.*, n. 24; Cass. 20 gennaio 1995, n. 623 in *Giust. civ.*, 1995, I, 2460; Cass. 1 aprile 1997, n. 2839 in *Rep. Foro It.*, 1997, *Id.*, n. 19; Cass. 15 ottobre 2004, n. 20335 in *Rep. Foro It.*, 2004, voce *prova civile in genere, mezzi di prova e fonti di convincimento*, n. 49, che precisa che dette risultanze possono essere sufficienti a fondare il convincimento del giudice; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21115 in *Rep. Foro It.*, 2005, *Id.*, n. 41; Cass. 29

marzo 2007, n. 7767 in *Rep. Foro It.*, 2007, *Id.*, n. 36; riguardo alle prove testimoniali assunte in diversi processi, Cass. 22 dicembre 1981, n. 6749 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 45; Cass. 22 dicembre 1981, n. 6749 in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *prova civile in genere*, n. 36; nel senso del valore meramente indiziario delle prove esperite in un diverso processo, tali da poter fornire solo elementi concorrenti di giudizio cfr. Cass. 13 maggio 1982, n. 2994 in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *prova civile in genere*, n. 38; Cass. 15 novembre 1994, n. 9630 in *Rep. Foro It.*, 1994, *Id.*, n. 25; Cass. 17 gennaio 1995, n. 478 in *Rep. Foro It.*, 1995, *Id.*, n. 46; sul valore di “argomento di prova” Cass. 25 marzo 2003, n. 4373 in *Rep. Foro It.*, 2003, *Id.*, n. 52; sul fatto che le prove raccolte in diversi processi non possono formare fonte esclusiva del convincimento del giudice Cass. 28 settembre 2004, n. 19457, in *Rep. Foro It.*, 2004, *Id.*, n. 46; per il valore delle prove provenienti dal giudizio penale, nel senso che il materiale probatorio ivi raccolto possa costituire fonte esclusiva del convincimento del giudice Cass. 10 agosto 1979, n. 4662 in *Rep. Foro It.*, 1979, voce *prova civile in genere*, n. 45; Cass. 19 febbraio 1979, n. 1072, *Id.*, n. 47; Cfr. Cass. 10 aprile 1980, n. 2308 in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *prova civile in genere*, n. 41; Cass. 7 luglio 1984, n. 3981 in *Rep. Foro It.*, 1984, *Id.*, n. 27; Cass. 25 maggio 1987, n. 24684 in *Rep. Foro It.*, 1987, *Id.*, n. 30; Cass. 27 maggio 2002, n. 7713 in *Rep. Foro It.*, 2002, *Id.*, n. 43; Cass. 5 agosto 2005, n. 16593 in *Rep. Foro It.*, 2005, *Id.*, n. 42; Cass. 6 aprile 2006, n. 8096 in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 207, con nota di BERTOLINO. *Contra*, nel senso del valore meramente indiziario delle prove raccolte in sede penale cfr. Cass. 1° aprile 1980, n. 2115, in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *prova civile in genere*, n. 44; Cass. 3 luglio 1979, n. 3760, *Id.*, n. 45; Cass. 28 novembre 1981, n. 6346 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 46; Cass. 20 dicembre 2001, n. 16069 in *Rep. Foro It.*, 2001, *Id.*, n. 30; ancora in senso rigoroso, per il valore indiziario della prova così raccolta e per la necessità che le parti possano controdedurre su dette risultanze cfr. Cass. 20 febbraio 1986, n. 1032 in *Rep. Foro It.*, 1986, *Id.*, n. 34; sul valore di prova di una consulenza tecnica proveniente da un altro processo Cass. 8 gennaio 1979, n. 66 in *Rep. Foro It.*, 1979, *Id.*, n. 44; Cass. 30 novembre 1988, n. 6501 in *Rep. Foro It.*, 1988, *Id.*, n. 26; Cass. 10 dicembre 2004, n. 23132 in *Rep. Foro It.*, 2005, *Id.*, n. 48, secondo la quale a garantire il contraddittorio è sufficiente la rituale acquisizione del detto materiale; sul fatto che una perizia disposta in sede penale possa avere valore di prova esclusiva Cass. 16 maggio 2006, n. 11426 in *Rep. Foro It.*, 2006, *Id.*, n. 33; sul valore probatorio del comportamento extraprocessuale delle parti cfr. Cass. 25 giugno 1985, n. 3800 in *Rep. Foro It.*, 1985, *Id.*, n. 14; Cass. 5 giugno 1991, n. 6344 in *Rep. Foro It.*, 1991, *Id.*, n. 12. La Suprema Corte è arrivata a sostenere, in uno slancio di apertura ai poteri inquisitori e alla libera valutazione del giudice, con dubbia osservanza del principio del contraddittorio e, forse, del divieto di scienza privata, che «il giudice può sempre fondare la decisione su fatti dei quali sia venuto a conoscenza esaminando, per ragioni di ufficio, gli atti di altre cause, ancorché non vi sia stata in proposito alcuna trattazione», cfr. Cass. 19 luglio 1989, n. 3374 in *Giust. civ.*, 1989, I, 2549 con note critiche di VACCARELLA e GAZZONI. In senso più rigoroso, con riferimento al valore probatorio delle sentenze rese in altri processi tra parti diverse, ne afferma il valore meramente indiziario con la conseguenza che non possono assurgere a fonti determinanti dell'accertamento in difetto di raffronto critico con le altre risultanze del processo Cass. 22 aprile 1993, n. 4763 in *Rep. Foro It.*, 1993, *Id.*, n. 28. Sul fatto che possa costituire elemento di giudizio il documento costituito dalla sentenza penale non irrevocabile cfr. Cass. 15 febbraio 2001, n. 2200 in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, 204 con nota di CERESOLA. Riguardo alle risultanze probatorie di diversi processi non si tratterebbe di prove atipiche secondo l'opinione di G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 360 ss., in quanto si tratterebbe di ipotesi suscettibili di disciplina per l'applicazione analogica dell'art. 310, comma 3, c.p.c., riguardante il valore probatorio delle prove raccolte nel processo estinto. Diverso discorso varrebbe per il valore probatorio delle sentenze, cfr. G.F. RICCI, *Id.*, 410 e 419 ss.

²⁶⁹ Cfr. quanto alla sentenza civile, Cass. 6 giugno 1987, n. 4949 in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *prova civile in genere*, n. 21; sul fatto che possa costituire elemento di giudizio il documento costituito dalla sentenza penale non irrevocabile cfr. Cass. 15 febbraio 2001, *cit.*; conf. Cass. 24 febbraio 2004, n. 3626 in *Rep. Foro It.*, 2004, *Id.*, n. 52; sul valore probatorio della sentenza di patteggiamento Cass. 21 marzo 2003, n. 4193 in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *prova civile in genere*, n. 32; Cass. 5 maggio 2005, n. 20765 in *Foro It.*, 2005, I, 191; sul fatto che le sentenze penali possano costituire fonte di “prova atipica”, liberamente valutabili dal giudice, cfr. Trib. Roma, 20 maggio 2002 in *Giur. Merito*, 2003, 1381 con nota di CARRATO; in senso più rigoroso, con riferimento al valore probatorio delle sentenze rese in altri processi tra parti diverse, ne afferma il valore meramente indiziario che non possono assurgere a fonti determinanti dell'accertamento in difetto di raffronto critico con le altre risultanze del processo Cass. 22 aprile 1993, n. 4763, *cit.*. Si veda anche la nota precedente con i riferimenti dottrinali.

²⁷⁰ Nel senso che esse possano essere fonte anche unica di convincimento del giudice Cass. 4 gennaio 1977, n. 17 in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *prova civile in genere*, n. 63; Cass. 17 settembre 1980, n. 5286 in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *prova civile in genere*, n. 54; Cass. 15 giugno 1981, n. 3882 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce

Quanto al fatto che la giurisprudenza maggioritaria ammette che il giudice possa fondare il proprio convincimento sugli argomenti di prova²⁷² desumibili dalle risposte date in sede di interrogatorio libero²⁷³ e, in generale, dal contegno processuale delle parti nel processo (art. 116, comma 2, c.p.c.)²⁷⁴, e che alcune

prova civile in genere, n. 46; Cass. 28 febbraio 1983, n. 1504 in *Rep. Foro It.*, 1983, *Id.*, n. 36; Cass. 24 febbraio 1984, n. 1325 in *Rep. Foro It.*, 1984, *Id.*, n. 26; Cass. 23 luglio 1987, n. 6431 in *Rep. Foro It.*, 1988, *Id.*, n. 33. In senso più rigoroso, ossia che il giudice nel fondare la sua decisione sulla perizia stragiudiziale “*deve specificamente indicare le ragioni in forza delle quali ha ritenuto la consulenza d parte attendibile e convincente*” Cass. 3 marzo 1992, n. 2574 in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 361, con nota di GRAGNOLI. Nel senso che dette prove, espressamente definite “atipiche” possano formare solo elementi concorrenti di convincimento cfr. Trib. Bologna 14 febbraio 2002, in *Foro pad.*, 2003, I, 121, con nota di MELANDRI.

²⁷¹ Ha senso parlare in proposito di prove atipiche con riferimento a dichiarazioni di scienza di terzi che vengano introdotte nel processo come prove costituite e non dunque, come testimonianze formate nel processo. Sulla testimonianza scritta cfr. anche *infra*, cap. 3, con riferimento al rispetto del principio del contraddittorio. Per una recente sentenza di merito che esclude l’ammissibilità di dette prove in caso di contestazione della controparte della violazione del diritto del contraddittorio, «derivante dal non aver partecipato alla formazione della prova stessa» cfr. App. Bari, 15 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, I., 1905; sulla giurisprudenza ammissiva di dette prove, sulle quali il giudice può fondare il suo convincimento, e che espressamente le qualifica come prove atipiche cfr. Cass. 26 settembre 2000, n. 12763 in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *prova civile in genere*, n. 50; conf. Cass. 14 giugno 2001, n. 8063, in *Rep. Foro It.*, 2001, *Id.*, n. 52; che espressamente precisa che la dichiarazione del terzo era di scienza e non di volontà; Trib. Roma 29 ottobre 2008, in www.leggiditaliaprofessionale.it, mass. red; sul valore meramente indiziario di dette risultanze cfr. Cass. 14 agosto 2001, n. 11105 in *Rep. Foro It.*, voce *prova civile in genere*, n. 40. Nel senso, invece, dell’inammissibilità delle dichiarazioni di scienza provenienti da terzi, poiché «*le dichiarazioni di scienza da parte di terzi possono essere acquisite al processo unicamente nel rispetto delle modalità descritte dagli artt. 244 seg. c.p.c.*», Trib. Napoli 23 luglio 2003, in *Dir. ind.*, 268 con nota di FLORIDIA. Sulla giurisprudenza precedente attributiva di un valore probatorio agli scritti provenienti da terzi, che tuttavia si riferisce più che a dichiarazioni di scienza assimilabili a testimonianza scritte, ad atti di volontà come la “conferma d’ordine” cfr. Cass. 13 dicembre 1979, n. 6479, *cit.* In dottrina, sul punto, cfr. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., 409 ss.

²⁷² Nel senso che l’argomento di prova possa costituire «una sufficiente fonte di prova» Cass. 26 marzo 1997, n. 2700 in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *prova civile in genere*, n. 24.

²⁷³ Cfr. Cass. 27 febbraio 1990, n. 1519 in *Not. Giur. lav.* 1990, 454; Cass. 14 giugno 1978, n. 2944 in *Rep. Foro It.*, 1978, voce *prova civile in genere*, n. 49; Cass. 3 settembre 1994, n. 7644 in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *prova civile in genere*, n. 33. Cass. 15 luglio 2005, n. 15019; Cass. 2 aprile 2002, n. 4685. Per la giurisprudenza contraria si veda la nota successiva.

²⁷⁴ Cass. 25 gennaio 1979, n. 575 in *Arch. civ.*, 1979, 615; Cass. 9 ottobre 1980, n. 479 in *Rep. Foro It.*, 1980, voce *prova civile in genere*, n. 33; Cass. 11 marzo 1981, n. 1377 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 26; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6885 in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *prova civile in genere*, n. 35; Cass. 24 novembre 1988, n. 6320 in *Rep. Foro It.*, 1988, *Id.*, n. 22; Cass. 13 luglio 1991, n. 7800, in *Rep. Foro It.*, 1991, *Id.*, n. 13; Tar Sicilia, sez. Catania, 31 maggio 1999, n. 1203 in *Rep. Foro It.*, 2000, *Id.*, n. 42; Cass. 10 agosto 2002, n. 12145 in *Rep. Foro It.*, 2002, *Id.*, n. 40; Cass. 27 gennaio 2005, n. 1658 in *Rep. Foro It.*, 2005, voce *prova civile in genere*, n. 40; Cass. 8 febbraio 2006, n. 2815 in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *prova civile in genere, mezzi di prova e fonti di convincimento*, n. 30; Cass. 26 giugno 2007, n. 14748 in *Rep. Foro It.*, 2007, *Id.*, n. 35; Cons. Stato, 13 giugno 2008, in www.leggiditaliaprofessionale.it, mass. red.; sulla possibilità per il giudice di fondare il convincimento su una confessione stragiudiziale resa ad un terzo Cass. 4 marzo 1991, n. 2231 in *Giur. It.*, 1993, I, 694 con nota di FREDIANI. *Contra*, nel senso il comportamento processuale ed extraprocessuale della parte può costituire solo elemento di valutazione delle risultanze processuali cfr. Cass. 10 giugno 1998, n. 5784 in *Rep. Foro It.*, 1998, *Id.*, n. 33; Cass. 4 aprile 2000, n. 4085 in *Rep. Foro It.*, 2000, *Id.*, n. 41; nel senso che l’interrogatorio libero e gli argomenti di prova possono costituire solo fonte sussidiaria di convincimento Cass. 23 aprile 1979, n. 2292 in *Rep. Foro It.*, 1979, voce *prova civile in genere*, n. 42; Cass. 16 marzo 1981, n. 1443 in *Rep. Foro It.* 1981, voce *prova civile in genere*, n. 25; Cass. 10 novembre 1988, n. 6060 in *Rep. Foro It.*, 1988, *Id.*, n. 23, che precisa tuttavia che la nozione di contegno processuale della parte è comprensiva del sistema difensivo adottato dalla parte mediante il suo procuratore; conf. Cass. 13 luglio 1991, n.7800, *cit.*; per un’enunciazione in sede

pronunce attribuiscono lo stesso effetto, in generale, alle prove indiziarie o per presunzioni²⁷⁵, non ritengo sia il caso di entrare nel vivo della questione se esse costituiscano indici di un principio di atipicità della prova, anche se a ben vedere sembra più persuasiva la dottrina contraria²⁷⁶.

Da queste semplici osservazioni è evidente che, anche qualora si voglia dar credito alle teorie dottrinarie che individuano per il processo ordinario di cognizione italiano un principio di tipicità e tassatività dei mezzi di prova, certo sembra pacifico che esso non possa essere elevato a principio di ordine pubblico irrinunciabile per qualsiasi esperienza processuale.

arbitrale di tale ultima nozione Coll. arb. 3 marzo 1986, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 63; recentemente, Cass. 28 febbraio 2008, n. 5290, che è tornata ad affermare, riguardo alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero, che il giudice «*in difetto di altre risultanze processuali, non può attribuire efficacia probatoria al relativo contenuto*».

²⁷⁵ Cfr. Cass. 9 agosto 2003, n. 13201 in *Arch. civ.*, 2004, 958; Conf. Cass. 24 gennaio 1983, n. 671 in *Rep. Foro It.*, 1983, n. 47. Cass. 18 gennaio 2000, n. 941 in *Rep. Foro It.*, 2000, *Id.*, n. 54. *Contra* Cass. 26 ottobre 1993, n. 10620, in *Rep. Foro It.*, 1993, *Id.*, n. 36, secondo la quale «*il potere del giudice di libera valutazione della prova, secondo il suo prudente apprezzamento, non consente allo stesso di attribuire efficacia probatoria esaustiva ad elementi di prova meramente indiziari*». Nello stesso senso cfr. le pronunce citate nella nota precedente in senso restrittivo rispetto all'elevazione degli argomenti di prova di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c., a prove capaci di fondare, da sole, il convincimento del giudice. Per un'applicazione nello stesso senso relativamente alla confessione stragiudiziale resa ad un terzo cfr. Cass. 27 luglio 1992, n. 9017 in *Informazione prev.*, 1992, 1273. In senso ammissivo ed allo stesso tempo testimonianza del fatto che la prova indiziaria sia indice di atipicità cfr. Cass. 18 settembre 2000, n. 12288 in *Rep. Foro It.*, 2000, *Id.*, n. 55, secondo cui «*è rimessa alla prudente valutazione del giudice riconoscere il valore di indizi, aventi la stessa efficacia probatoria delle presunzioni, a prove testimoniali raccolte in un altro giudizio, anche tra parti diverse*».

²⁷⁶ Nel senso che dalla prova indiziaria si desumerebbe l'ammissibilità delle prove atipiche cfr. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 393; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 178 ss. *Contra* B.CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., 700, secondo il quale è illogico individuare proprio in una voce del catalogo il fondamento della legittimità delle prove non catalogate, riferendosi alla norma relativa alle presunzioni semplici. L'Autore approfondisce poi l'argomento, sia nel senso che la presunzione semplice è la forma «più tipica» del ragionamento giudiziale, sia nel senso che l'indizio può sì acquisire rilievo come fatto noto utilizzabile per costruirvi una presunzione, ma solo in quanto il giudice ne abbia acquisita la conoscenza in uno dei modi consentiti dalla legge (*op. ult. cit.*, 700 ss.). Ritiene invece che l'art. 2727 c.c. lasci intendere l'indefinibilità del fatto noto, che coincide con l'indizio, G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 193. Quanto all'efficacia probatoria degli argomenti di prova, su cui si veda la giurisprudenza citata nella nota (2 sopra) deve ritenersi condivisibile l'impostazione di G. RUFFINI, «*Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1353, secondo il quale «*il 2° comma dell'art. 116 c.p.c., ove interpretato come autorizzazione al giudice ad assumere a fondamento di presunzioni in ordine al factum probandum i comportamenti e le attività ivi tipizzati, non si rivela affatto un inutile doppione dell'art. 2727 c.c., ma si affianca all'art. 115 c.p.c. per precisare che le inferenze presuntive del giudice possono essere fondate, oltre che su fatti noti perché notori o emergenti da prove (art. 115 c.p.c.), anche su predetti comportamenti ed attività*». L'Autore, se ben intendo, concorda con l'insegnamento del Cavallone, nel ritenere che la presunzione non sia fonte di atipicità, poiché il fatto noto, ai sensi dell'art. 2727 c.c., deve comunque risultare dal processo e essere provato con gli strumenti e le fonti di prove previste dal legislatore, ma ritiene che altre due norme (l'art. 115 c.p.c. per il notorio e l'art. 116, comma 2, c.p.c., per il contegno delle parti nel processo) individuino altrettante ipotesi di fissazione di un fatto noto (che coinciderà con il contegno della parte o con il notorio), ulteriori rispetto alla «prova» di quel fatto, su cui basare un meccanismo inferenziale per risalire al fatto ignoto. Conclude, infatti, l'Autore, affermando che «*si può ben dire, allora, che gli argomenti di prova sono le presunzioni che il giudice fonda sul contegno processuale delle parti*».

Né d'altra parte il principio di tipicità della prova è paventato dalla dottrina più critica verso la generale ammissibilità delle prove atipiche.

Mi riferisco alla tesi del Cavallone, che ritiene che «*l'impostazione del problema delle prove atipiche in termini di tassatività e non tassatività del catalogo è illogica e ingannevole*²⁷⁷».

L'Autore ritiene, di conseguenza, che «*ciò che in realtà interessa sapere non è se il repertorio delle prove sia chiuso o aperto, bensì se taluni requisiti o condizioni, previsti dalla legge per l'ammissione o l'assunzione di una prova, abbiano o meno carattere essenziale e inderogabile*».

Dunque, in definitiva, ciò che conta per Cavallone è la natura della norma «tipizzante», per cui il problema confluisce su di un terreno a noi ben noto, perciò che, per ritenere compatibili con l'ordine pubblico processuale le c.d. prove atipiche, anche prendendo come punto di partenza la dottrina più sfavorevole alla loro ammissibilità, è sufficiente verificare l'appartenenza a quell'ordine di quei *requisiti* e di quelle *condizioni*, in definitiva delle norme di diritto probatorio, operazione che stiamo già svolgendo e che sta giungendo alla sua conclusione.

Un principio di ordine pubblico processuale con cui occorre confrontarsi, in relazione alle prove atipiche, è ad esempio il principio del contraddittorio, ma sul punto si preferisce rimandare a quando si affronterà il problema all'interno dell'esperienza arbitrale (cfr. *infra*, cap. 3).

Infine va ricordato che nel dare ingresso alle prove, e dunque anche nella scelta e nella valutazione della prova (tipica o atipica) da ammettere, il giudice incontrerà quello stesso limite che abbiamo visto sussistere per la valutazione della prova, ossia la necessaria razionalità dell'accertamento²⁷⁸.

La coincidenza non è casuale. Difatti lo stesso libero convincimento del giudice è, secondo la dottrina favorevole alle prove atipiche ed alla giurisprudenza

²⁷⁷ B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.* 1978, 693. L'autore ritiene, infatti, se ben intendo, che chi ritiene il repertorio delle prove una classificazione *per summa genera* dovrà non ritenere tassativo l'elenco ma negare la possibilità astratta del superamento dei limiti, abbracciando la detta classificazione necessariamente tutto ciò che può essere oggetto di prova; ritenendolo invece «*un'elencazione per species [...] il richiamo a presunti principii di tassatività ovvero di esemplificatività risulterà del tutto inutile al fine di valutare la legittimità di queste fonti «atipiche»; trattandosi, invece, più semplicemente, di interpretare ed applicare in relazione a ciascuna ipotesi specifica la disciplina di istituti tipici*», *op. ult. cit.*, 690.

²⁷⁸ Cfr. L.P.COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 50 s., che evidenzia la necessità di «*una adeguata e corretta motivazione del giudice, circa l'adozione di criteri razionali di valutazione differenziale dell'idoneità probatoria, dell'attendibilità e dell'efficacia di tali prove*»; cfr. anche G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 511 ss., che evidenzia come «*la razionalità che deve presentare l'esposizione giustificativa delle scelte operate dal giudice, è un requisito fondamentale della motivazione che appare imposto dalla logica prima ancora che dal diritto*» (*Id.*, 513, nota 79). Va da sé che nel dare ingresso alle prove atipiche dovranno comunque essere rispettati i principi del contraddittorio e della parità delle armi, soprattutto in relazione alla prova formata in un diverso processo. Sul punto ancora L.P.COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 50 s.; G.F. RICCI, *Id.*, 459 ss. Si veda anche *infra*.

prevalente, l'elemento che legittima il giudice a dare ingresso alla prova atipica²⁷⁹, e non sempre è affermato ciò che certa dottrina suggerisce²⁸⁰, ossia che in questo caso, superato lo scoglio dell'ammissibilità, debba tuttavia essere limitata l'efficacia probatoria di quella prova²⁸¹.

In ogni caso è un dato che non può che essere condiviso che la necessaria razionalizzazione del convincimento del giudice, con riferimento a mezzi di prova non espressamente previsti dalla legge²⁸² si traduce nella necessità di evitare che «vengano costruiti ed impiegati strumenti probatori svincolati dall'osservanza dei diritti delle parti», nonché di evitare che «il significato reale del principio del libero convincimento diventi la legittimità del giudizio arbitrario e incontrollato²⁸³».

18. Segue: b) le prove illecite

Diverso dal problema dell'ammissibilità delle prove atipiche è quello dell'ammissibilità delle prove illecite²⁸⁴.

La dottrina distingue a proposito tra illiceità della prova costituenda e illiceità della prova costituita²⁸⁵.

Nel primo caso si tratta della violazione delle norme sui limiti di ammissibilità e sull'assunzione²⁸⁶, ed il problema non interessa la nostra indagine, dal momento che l'analisi si sposterebbe necessariamente sull'appartenenza all'ordine pubblico processuale di quelle norme che eventualmente sarebbero violate, appartenenza che in via generale abbiamo già escluso e che sarà oggetto di specifica indagine nel prossimo capitolo.

²⁷⁹ Cfr. Cass. 17 gennaio 1995, in Rep. Foro It., 1996, *Prova documentale*, n. 29; Cass. 20 dicembre 1978, n. 6125, in Rep. Foro It 1978, voce *prova civile in genere*, n. 48, secondo cui «il giudice di merito è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove o risultanza di prove che ritenga più attendibili ed idonee alla formazione dello stesso»; Cass. 10 agosto 1979, n. 4662 in Rep. Foro It. 1979, voce *prova civile in genere*, n. 60. In dottrina nel senso che il principio del libero convincimento escluda la tassatività dei mezzi di prova si veda M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 270 s.; cfr. anche M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in Riv. dir. proc., 1973, 389 ss.

²⁸⁰ Per le opportune indicazioni L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 49.

²⁸¹ Si veda la giurisprudenza sopra citata che ritiene gli argomenti di prova capaci di fondare da soli il convincimento del giudice.

²⁸² Almeno se si ritiene l'elencazione dei nostri codici come *per species* e non *per summa genera*.

²⁸³ M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice* in Riv. dir. proc., 1973, 434.

²⁸⁴ Cfr. G.F. RICCI, *Le Prove illecite nel processo civile*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1987, 34 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 51 ss.; F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in Riv. dir. proc. civ., II, 1936, 63 ss.; V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)* cit., 291 ss.

²⁸⁵ Cfr. G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 35.

²⁸⁶ Sul punto cfr. M. CONTE, *Le prove civili*, cit., 587 ss.

Esamineremo così il solo caso dell'illiceità della prova costituita, illiceità che, data la precostituzione della prova rispetto al processo, non può riguardare la violazione di norme processuali ma attiene ad un illecito che precede il processo²⁸⁷.

L'ipotesi di scuola, a proposito, è quella del documento rubato o sottratto con violenza²⁸⁸.

In questa ipotesi la dottrina maggioritaria ritiene che entrino in gioco principi costituzionali inviolabili. Alcuni ritengono che l'ingresso nel processo di prove così formate comporti la violazione dell'art. 111 Cost, ossia in generale di principi del giusto processo, poiché un processo giusto non può essere «amorale» o «immorale»²⁸⁹, altri ricollegano la loro non utilizzabilità nel processo alla violazione della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.), perché la parte non può «*sostituirsi al motivato provvedimento del giudice nel sottrarre la corrispondenza e altre forme di comunicazione [...] né l'attività di sottrazione della parte può essere convalidata dal posteriore provvedimento di ammissibilità e rilevanza del giudice*»²⁹⁰.

Non manca tuttavia chi ritiene al contrario che, proprio per quell'anteriorità rispetto al processo del comportamento illecito, che subito abbiamo evidenziato, «*tale illiceità non rilevi e la prova conservi tutto il suo valore*»²⁹¹.

In effetti non può essere taciuto che i principi violati dall'acquisizione di prove costituite acquisite in modo illecito siano principi sostanziali, per quanto di rilevanza costituzionale, attinenti alla libertà della persona. Il loro ergersi a principi di ordine pubblico processuale, attraverso la mediazione, o, se si preferisce utilizzare il termine di chi si è mostrato ben conscio del problema, la sintesi compiuta da norme costituzionali come l'art. 111 Cost., «*capaci di coniugare tra di loro e di fondere insieme, entro, categorie superiori, valori sostanziali e principi processuali*»²⁹², non appare del tutto persuasivo, come non appare del

²⁸⁷ Cfr. in questo senso G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 70. Ritiene invece che i termini del problema siano analoghi sia con riferimento alle prove precostituite sia con riferimento a quelle costituende E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1965, 213 ss., spec. 217), poiché anche nell'ingresso nel processo delle prove costituite vi sarebbe un procedimento.

²⁸⁸ G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 35.

²⁸⁹ L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 52. Per processo amorale l'Autore intende un processo che perda di vista la «morale», ossia la commisurazione o relazione in termini di «giusto» o «ingiusto». Per processo immorale intende un processo insensibile all'etica comune. Lo stesso Autore definisce tali prove come «*prove incostituzionali*».

²⁹⁰ V. ANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 291. Sull'esclusione della legittimità delle prove acquisite con mezzi proibiti per l'illicita interferenza nella privacy individuale cfr. lo stesso L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 60. Ritiene che l'illiceità si estenda anche alla fase della produzione in giudizio, in quanto evento-conseguenza voluta o prevedibile della condotta illecita M. CONTE, *op. cit.*, 591. Nel senso dell'inutilizzabilità anche F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 63 ss.

²⁹¹ G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 71.

²⁹² L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 63.

tutto convincente il riferimento alla «giustizia» o all'«etica», che non può essere l'interprete ad elevare a rango di norma cogente.

Mi sembra pertanto discutibile l'appartenenza all'ordine pubblico processuale del divieto di ingresso nel processo di prove illecitamente acquisite, per quanto sarebbe necessario un maggiore approfondimento della materia, che non è possibile compiere in questa sede, per potersi pronunciare in modo meno dubitativo²⁹³.

19. *Il principio nemo testis in re sua*

Ritenuto per assodata la non appartenenza all'ordine pubblico processuale del principio di tipicità della prova, con il limite della razionalità della scelta giudiziale dei mezzi di prova, per quanto detto *supra*, occorre confrontarsi con un dogma del diritto probatorio, che già *de iure condito*, nel processo ordinario, subisce importanti limitazioni.

Si tratta del principio *nemo testis in re sua*, o, il che sembra equivalente, *nullum testum in re sua audiendum esse*, principio che esclude valore probatorio alla dichiarazione informativa resa dalla parte²⁹⁴.

Espressione di detto principio nel nostro ordinamento processuale è senz'altro l'art. 246 c.p.c., che vieta la testimonianza delle persone che hanno nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio²⁹⁵.

Il principio, come detto, subisce nel nostro processo civile quella che ad un occhio attento è soltanto un'apparente compressione.

Il valore indiziario, *rectius* di argomento di prova, delle risultanze dell'interrogatorio libero²⁹⁶, non deriva infatti dall'attribuzione di un valore probatorio alla dichiarazione informativa resa dalla parte, ma dal contegno tenuto in sede di interrogatorio e dagli argomenti desumibili dalle chiarificazioni delle

²⁹³ Il rilievo appare tuttavia confermato anche dalle esperienze comparate, su cui si veda COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 54 s., che, con riguardo all'esperienza statunitense, mette in rilievo la crisi delle *rules of exclusion* di matrice prevalentemente costituzionale, come quelle sancite l'inutilizzabilità di qualsiasi prova acquisita per mezzo di perquisizione illegittima o confessione estorta, con particolare riguardo ai fini pratici della deterrenza, della prevenzione e della *judicial integrity*.

²⁹⁴ Cfr. sul punto M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., spec. 195 ss.

²⁹⁵ Sull'art. 246 c.p.c. si veda *infra*, § 20. Secondo M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 81 ss., si tratterebbe, peraltro, dell'unica disposizione nel nostro ordinamento dalla quale emerge la contraddizione tra la qualità di parte e la funzione di testimone.

²⁹⁶ Si veda sul punto Cfr. G. RUFFINI, *«Argomenti di prova» e fondamento della decisione del giudice civile*, cit.; G. DELLA PIETRA, *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero ed interrogatorio formale in Giur. mer.* 2002, 1112; R. CONVERSO, *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. It.*, 2001, 635 ss.; sia consentito infine rinviare a C. CECHELLA- A. MENGALI, *Risultanze dell'interrogatorio libero: valore probatorio e vizio di omessa motivazione*, in *Avv. 24 ore*, 2008, 12, 50 ss.

allegazioni rese dalle parti²⁹⁷. Solo attribuendo valore probatorio alla dichiarazione informativa, in definitiva, si può parificare il ruolo della parte a quello di un testimone.

Qui non interessa, tuttavia, interpretare il diritto positivo, ma solo comprendere se l'attribuzione di un valore probatorio alla testimonianza della parte contrasti con qualche principio superiore o, in ultima analisi, con il principio della necessaria razionalità dell'accertamento.

Stesso problema si pone per il valore probatorio di un documento formato unilateralmente da una delle parti, in quanto ciò che rileva non è la forma orale o scritta della dichiarazione, ma il fatto che essa provenga dalla parte che se ne vuole avvalere nel processo²⁹⁸.

Soccorre anche in questo caso l'analisi del diritto comparato, e qui non è necessario far riferimento alle esperienze di *common law*, potendo essere preso ad esempio la vicina (non solo geograficamente) esperienza tedesca²⁹⁹, che espressamente attribuisce valore probatorio all'interrogatorio delle parti, in particolare in forza del § 453 della ZPO (*beweiswürdigung bei Parteivernehmung*). Ciò per non parlare, invece, dei paesi di *common law*, dove, oltre all'importanza dell'*examination* delle parti³⁰⁰, è attribuito alle dichiarazioni delle parti un valore che va oltre la prova dei fatti, erigendosi a principio basilare del processo.

Prendendo in esame l'esperienza inglese, la maggior parte degli atti processuali e dei mezzi di prova devono essere accompagnati da uno *statement of truth*, ossia da una dichiarazione sottoscritta dalla parti con le quali viene affermato che la stessa crede veritiero il contenuto dell'atto (*statement of case*) o del mezzo di prova (*witness statement* o *expert report*). L'istituto è disciplinato, dopo la riforma del 1999, dalla *Part. 22* delle *C.P.R.* Come noto, poi, le dichiarazioni mendaci hanno rilievo penale³⁰¹.

²⁹⁷ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 201 s. L'autore distingue al proposito l'interrogatorio di chiarificazione con efficacia probatoria soltanto indiretta dall'«*interrogatorio libero con funzione direttamente probatoria*». L'Autore parte dalla premessa che l'allegazione sia un atto di volontà e non informativo, per cui da essa distingue l'interrogatorio che avrebbe valore informativo ed efficacia probatoria, consapevole che l'interpretazione prevalente ritiene invece entrambi come atti informativi a cui tuttavia non ricollega alcuna efficacia probatoria in forza del noto principio.

²⁹⁸ In giurisprudenza si esclude che siffatti documenti possano avere valore probatorio. Sulla mancanza del valore probatorio di una fattura commerciale ai fini della prova di un rapporto obbligatorio cfr. Trib. Cagliari, 16 dicembre 1992, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 90, con nota di ZUDDAS.

²⁹⁹ cfr. M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, 207. In particolare il § 453 della ZPO riconosce valore di prova all'interrogatorio delle parti, come si desume dalla stessa rubrica della norma (*beweiswürdigung bei Parteivernehmung*).

³⁰⁰ Su cui si veda, con ampia ricostruzione storica, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., 421 ss.

³⁰¹ Sul punto si veda G.SLAPPER-D. KELLY, *English Legal System*, London, 2004, 314 ss.

Interessante sul punto è notare che la logica della responsabilità delle parti nell'accertamento della verità, estranea alla nostra tradizione, ci tocca oggi direttamente, in forza della recente entrata in vigore della procedura di ingiunzione europea, che richiede, tra i requisiti dell'emissione, una dichiarazione «in coscienza e fede» circa la veridicità delle informazioni fornite³⁰².

Quanto appena descritto pare un segno evidente di un chiaro processo di omogeneizzazione del diritto processuale, almeno a livello europeo, che dovrebbe far riflettere sull'attualità di quelle interpretazioni del diritto positivo che tendano a elevare a principi inviolabili regole o norme, sol perché radicate nella storia di un ordinamento nazionale.

20. Il principio del contraddittorio, il divieto di istruzione segreta ed il diritto alla prova

I limiti alla libera percezione del giudice dei fatti di causa appartenenti all'ordine pubblico processuale sono stati individuati nell'elaborazione sopra svolta con riguardo essenzialmente al punto di vista del giudice.

Ciò perché abbiamo affermato la coincidenza del diritto delle prove con la disciplina dei limiti imposti a quella libera percezione.

Spostando invece il punto di osservazione dal giudice alle parti, il diritto probatorio non può che confrontarsi con i precetti, sicuramente appartenenti all'ordine pubblico processuale, individuanti il diritto d'azione ed il diritto al contraddittorio.

Si tratta a ben vedere, volendo essere coerenti con l'impostazione appena ricordata, di un'interferenza esterna di detti principi con quello che abbiamo definito, non senza ampia argomentazione, essere il diritto delle prove. Purtroppo detta interferenza non può essere tralasciata e sottovalutata, ed in certi limiti, vedremo, incide sullo stesso contenuto di alcune norme appartenenti senza dubbio al diritto probatorio.

Il discorso può in realtà essere unitario, ed unitariamente è stato trattato dalla miglior dottrina³⁰³. Perché il diritto di agire e contraddire in giudizio per far valere

³⁰² Cfr. art. 7 Reg. (CE) n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006. Cfr. sul punto A. DE PAULI, *Nuove Prospettive di cooperazione europea: il decreto ingiuntivo europeo*, atti dell'incontro, organizzato dal CSM, sul tema «Formazione dei giudici nazionali sul titolo esecutivo europeo per i crediti incontestati e l'accesso al sistema giudiziario dell'esecuzione di un altro Stato Membro», Roma, 16- 18 ottobre 2006 in <http://appinter.csm.it/internat/relaz/0L14047.pdf>

³⁰³ Si veda su tutti M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 74 ss; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili, cit.*, 27 ss.

i propri diritti e interessi legittimi, tutelato dagli artt. 24 e 111 Cost., implica necessariamente anche il diritto alla prova dei fatti affermati³⁰⁴ ed il diritto a contraddire rispetto alle prove proposte dalla controparte, ossia il c.d. diritto alla prova contraria³⁰⁵.

Dell'estensione del diritto al contraddittorio sulla prova già abbiamo dato alcuni riferimenti, rispetto alla materia che a noi interessa, nel primo capitolo, e sul punto torneremo incidentalmente anche *infra*, capitolo 3.

Si aggiunga sin da ora che al principio del contraddittorio conseguirà necessariamente il divieto di un'istruzione segreta³⁰⁶, mentre è controverso se debba discendere necessariamente l'obbligo di verbalizzazione delle attività del giudice³⁰⁷.

Inoltre la corretta applicazione del principio del contraddittorio nell'ammissione, nella formazione e nella valutazione della prova è ritenuto dalla miglior dottrina un criterio di controllo della razionalità dell'accertamento giudiziale³⁰⁸.

In questo momento preme invece fissare il concetto che le garanzie costituzionali del giusto processo impongono come principio di ordine pubblico processuale che alle parti sia consentito formulare le proprie richieste istruttorie (diritto alla prova³⁰⁹), nonché il diritto di far assumere le prove ammesse (diritto all'assunzione della prova³¹⁰).

³⁰⁴ Del diritto di «difendersi provando» si ha chiaro riferimento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, cfr. Corte cost., 8 luglio 1992, n. 318; sul punto cfr. L.P. COMOGLIO, *Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 61; G. VERDE, *La prova nel processo civile ecc*, cit., 18 s., in particolare le note 27, 28, 29 e 30 dove sono richiamate diverse sentenze ed ordinanze della Corte Costituzionale che giustificano la limitazione del diritto alla prova. In particolare si segnala Corte Cost. 18 maggio 1989, n. 251, in *Foro It.*, 1989, I, 2700, che riguardo al processo amministrativo ha affermato che le limitazioni circa «la possibilità di utilizzare certi mezzi probatori sono insite in ogni sistema processuale in ragione della peculiarità della controversia relativa a ciascuno di essi». Per V. DENTI, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1994, 673 ss., «il diritto alla prova può essere ricondotto al diritto alla tutela giurisdizionale, sancito dall'art. 6 della convenzione europea».

³⁰⁵ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 98; Si veda anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 31 ss., che ritiene indispensabile che il contraddittorio sulle prove «pur non potendo sempre instaurarsi direttamente sulla formazione stessa di quelle prove, sia quantomeno sempre pieno ed effettivo sulle modalità della loro acquisizione, nonché (soprattutto) sulla determinazione dell'efficacia probatoria da attribuire a ciascuna di esse nel giudizio».

³⁰⁶ Per un'applicazione del principio in sede di arbitrato cfr. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 199; G.F. RICCI, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna, 2001, 280.

³⁰⁷ Ci si occuperà del problema direttamente rispetto all'arbitrato, cfr. *infra*, cap. 3. Sul punto per il momento si veda E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 121 ss.

³⁰⁸ Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 401 ss.

³⁰⁹ Cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 77 ss.

³¹⁰ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 92 ss.

Il diritto alla prova sembra allora non possa non riconoscersi in un ordinamento basato sui principi costituzionali da noi conosciuti, ed appartiene in questo senso all'ordine pubblico processuale³¹¹.

Rispetto alla libera percezione del giudice dei fatti di causa, peraltro, esso non sembra incidere in modo particolare, non ne costituisce cioè, a differenza del diritto delle prove così come lo abbiamo identificato nella precedente ricostruzione, un limite, ma finisce, semmai, per garantire l'esistenza del contatto tra giudice e rappresentazione dei fatti di causa, contro ingiustificate ed arbitrarie esclusioni di tale fondamentale momento del processo.

Da questo punto di vista il diritto alla prova non sembra appartenere al diritto delle prove, ma costituire un principio ad esso esterno, per quanto su esso incidente.

Approfondendo il tema è ancor più chiaro che il diritto alla prova si pone in contrapposizione con il diritto delle prove, anziché farne parte: il diritto alla prova stimola anziché limitare il contatto diretto tra giudice e rappresentazione dei fatti di causa.

Se ne ha una conferma in dottrina ed in giurisprudenza, dove il diritto alla prova è utilizzato come metro della legittimità costituzionale delle norme di diritto probatorio che limitano l'ammissibilità di determinati mezzi di prova. Un esempio su tutti è la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 247 e 248, c.p.c., limitativi della capacità a testimoniare dei parenti ed affini delle parti e dei minori di anni 14, pronunciata con le sentenze della Corte Costituzionale n. 248 del 23 luglio 1974 e n. 139 del 1° giugno 1975³¹².

In altri casi la Corte Costituzionale ha ritenuto giustificati i limiti al diritto alla prova voluti dal legislatore, come nel caso dell'art. 246 c.p.c.³¹³, che vieta la testimonianza di «*persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio*». Senza voler entrare nel merito del problema, che ci allontanerebbe dai nostri obiettivi, è evidente come tali norme limitative dell'ammissibilità di determinati mezzi di prova, così come quelle riguardanti la

³¹¹ Contra, G. VERDE, *La prova nel processo civile ecc, cit.*, 18 s., il quale ritiene che l'argomento provi troppo, poiché se da un lato «è innegabile che un diritto d'azione e di difesa cui sia sottratto il diritto alla prova sarebbe in diritto soltanto apparente; dall'altro lato, però, è da dimostrare che il legislatore non possa prevedere limiti alle prove utilizzabili e regole di assunzione, che comunque circoscrivano la possibilità di utilizzazione del mezzo probatorio»

³¹² Rispettivamente in *Foro It.*, 1974, I, 2220 e *Foro It.*, 1974, I, 2393. Sul punto sia consentito rinviare a A. MENGALI, in AAVV, *Guida al processo civile*, a cura di C. CECHELLA, Milano, 2008, 124. Cfr. anche SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ.: prospettive e problemi*, in Riv. dir. proc. 1975, 99 ss; L.P. COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in Riv. dir. proc., 1976, 41 ss.

³¹³ Si veda per i necessari riferimenti M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile, cit.*, 81.

prova per testimoni dei contratti³¹⁴, costituiscono compressioni del diritto alla prova³¹⁵.

Insomma è già evidente ciò che approfondiremo nel prossimo capitolo, ossia che il diritto alla prova, calato nell'esperienza arbitrale, anziché costituire un limite alla libertà delle forme con riguardo alle norme di diritto probatorio, ne costituisce un'esaltazione, e consente di giustificare³¹⁶ ulteriormente il superamento di alcuni di quei vincoli che il legislatore ordinario ha posto alla libera percezione dei fatti di causa da parte del giudice ordinario.

³¹⁴ In relazione ai limiti di cui agli artt. 2721 ss. le ritiene norme che possono costituire violazione del diritto alla prova E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159 ss., il quale si sofferma sul potere discrezionali attribuiti al giudice dagli artt. 2721, comma 2 e 2723 c.c., di superamento dei rispettivi limiti di ammissibilità previsti, osservando che tali regole da una parte costituiscono un'arma contro i nemici del diritto alla prova, dall'altra attribuiscono alla parte non un diritto ma solo una "speranza di provare" (*Id.*, 160).

³¹⁵ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 81 ss. L'Autore offre interessanti interpretazioni, come quella, relativa all'art. 246 c.p.c, secondo cui «*la contraddizione tra la condizione di parte, attuale o a fortiori virtuale, e la funzione di testimone, non esiste [...] in numerosi ordinamenti, che ammettono la testimonianza delle parti. E' lecito dubitare, d'altronde, che tale principio esista nel nostro stesso ordinamento, posto che siffatta contraddizione nasce dallo stesso art. 246, ma non deriva da altre norme, né da principi generali*» (*Id.*, *op. cit.*, 81). Riguardo ai limiti di ammissibilità alla prova per testimoni dei contratti, l'Autore osserva correttamente che «*alcune norme non riguardano invero primariamente la prova dei contratti, ma la loro disciplina sostanziale, come accade ogniqualvolta la forma scritta sia richiesta come requisito di validità del negozio*» (*Id.*, *op. cit.*, 84.). Quando la legge richiede la prova scritta anche se un atto è validamente concluso in forma orale si ha invece senz'altro un problema di diritto probatorio. L'Autore non ritiene tuttavia che l'esclusione dell'ammissibilità della prova orale possa derivare esclusivamente dalla sfiducia nei confronti di quest'ultima, sotto il profilo della sua attendibilità. Se fosse solo questione di attendibilità, essa potrebbe essere risolta dal giudice, e non sarebbe necessario prevederne invece l'esclusione. Ecco allora lo spunto dell'Autore, che giustifica diversamente la *ratio* del limite, affermando che «*il codice [civile, ndr] sembra dare la prevalenza, in materia di contratti, alle prove che provengono dalle stesse parti che hanno espresso la volontà negoziale, piuttosto che alle prove – come la testimonianza, provenienti da terzi. Si tratterebbe, in altri termini, di una sorta di estensione implicita del dogma della volontà alla materia delle prove, la cui fondatezza andrebbe attentamente valutata*» (*Id.*, *op. cit.*, 87). Ragione giustificatrice diversa, e anche diverso peso, seppur concordando sull'individuazione di una *ratio* di diritto sostanziale più che di diritto processuale sembra invece dare delle norme limitative dell'ammissibilità della testimonianza G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit., 10, secondo il quale la prevalenza della prova documentale non riguarderebbe soltanto il processo ma «*lo stesso problema della circolazione dei beni, che, nel nostro ordinamento, è largamente improntato al formalismo giuridico*» e che si inserisce in una civiltà che «*di sicuro non fonda sulla fiducia*». Sul punto, dello stesso Autore, *Prova legale e formalismo giuridico*, in *Foro It.*, 1990, V, 465 ss. In senso analogo cfr. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 283, il quale ritiene che «*le norme in questione assumono il significato di salvaguardia di un precetto sostanziale [...] quale può ad esempio essere quello che invita i consociati a non addivenire a date convenzioni senza una prodente oculatezza, onde la documentazione della convenzione [...] rappresenti [...] una garanzia e quasi un sintomo esterno di quella oculatezza*», di tal che «*la regola [...] varrà [...] come sanzione [...] comminata contro colui il quale [...] abbia [...] agito senza curarsi di lasciar traccia*». Ritiene ragione giustificatrice dei limiti alla prova testimoniale «*una società poco sensibile alla bona fides nei rapporti umani*» V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove*, cit., 34. Sull'interpretazione dell'art. 246 c.p.c. cfr. M. MONTANARI, sub art. 246, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 1990 ss.

³¹⁶ In realtà il superamento di quei limiti, secondo la nostra ricostruzione, non ha bisogno di alcuna giustificazione, poiché secondo l'impostazione da noi preferita e ampiamente argomentata nel primo capitolo le norme di diritto probatorio dettate per il processo ordinario non costituiscono affatto disciplina residuale per l'esperienza arbitrale.

21. Considerazioni conclusive

A questo punto della trattazione non resta che «tirare le fila» del discorso, unendo gli approdi cui siamo giunti nei primi due capitoli per entrare finalmente in *medias res*, affrontando puntualmente i quesiti sottesi al presente lavoro, ossia quali siano, se esistono, le norme di diritto probatorio, dettate dal legislatore per il processo ordinario, di cui gli arbitri devono fare necessaria applicazione e quali quelle che gli arbitri non possono applicare, oltre alla diretta indagine dei limiti alla facoltà dei compromettenti di determinazione delle norme sulle prove.

A ciò, come già premesso, è deputato il terzo ed ultimo capitolo del presente lavoro.

Cap. 3. I principi e la disciplina delle prove nell'arbitrato, alla luce dell'indagine svolta

Sommario: Parte 1: Le norme probatorie comuni che impongono vincoli all'arbitrato e quelle che viceversa non sono necessariamente applicabili 1. Un primo bilancio dell'indagine svolta; 2. Il diritto delle prove e l'arbitrato nell'esperienza statunitense 3. I principi di diritto probatorio obbligatori per l'arbitrato 4. Segue: a) il principio del contraddittorio nell'ammissione, nella formazione e nella valutazione della prova 5. Segue: b) Il divieto di scienza privata dell'arbitro: il confine con il fatto notorio e la sua particolare estrinsecazione nella giustizia arbitrale 6. Segue: c) Il principio di rilevanza della prova 7. Segue: d) Il principio per cui il giudicante non può ritenere veri i fatti di cui non sia fornita la prova. 8. Segue: e) la necessaria razionalità dell'accertamento, nella sua duplice veste di razionalità nella scelta dei mezzi di prova e nella valutazione delle risultanze probatorie; l'obbligo di motivazione 9. I principi e le norme di diritto probatorio non necessariamente applicabili nell'arbitrato: a) Il principio di tipicità delle prove ed il divieto dell'acquisizione delle prove illecite; 10. Segue: b) Il principio dispositivo in ordine alla prova ed il conseguente divieto di iniziative istruttorie officiose; 11. Segue: c) Le norme sui limiti di ammissibilità della prova e l'arbitrato; 12. Segue: d) Le norme sull'efficacia legale della prova nell'arbitrato; la sfiducia nei confronti del giudicante come loro ratio giustificatrice a cospetto del rapporto fiduciario sotteso al contratto di mandato agli arbitri; 13. Segue: e) Le norme sulle modalità di assunzione della prova e le altre norme sulla dinamica della fase istruttoria. 14. Segue: f) Il principio nemo testis in re sua e la testimonianza della parte **Parte 2: I limiti all'applicazione delle norme probatorie comuni nell'arbitrato: le c.d. norme incompatibili.** 15. Le c.d. norme incompatibili: riflessioni generali. 16. Arbitrato e terzi: a) La testimonianza; 17. Segue: b) l'ispezione e l'ordine di esibizione; 18. Segue: c) La consulenza tecnica. 19. Arbitrato e diritto pubblico: a) Il giuramento decisorio. 20: Segue: b) la verifica e la querela di falso.

Parte 1: Le norme probatorie comuni che impongono vincoli all'arbitrato e quelle che viceversa non sono necessariamente applicabili

1. Un primo bilancio dell'indagine svolta.

A questo punto è arrivato il momento di trarre delle conclusioni da quanto finora è stato oggetto di studio.

A tale fine occorrerà calare l'insegnamento tratto nella realtà delle singole norme di diritto probatorio, procedendo, se non ad un loro esame analitico, ad un sguardo ad esse per gruppi o categorie, utilizzando a tale scopo quelle comunemente adoperate da dottrina e giurisprudenza.

Tuttavia alcune considerazioni possono già essere svolte. Perché, una volta dimostrata la natura processuale delle norme sulle prove e la non automatica applicazione delle norme processuali comuni all'arbitrato, in virtù del principio della libertà delle forme; una volta rilevato che le norme di diritto probatorio non appartengono, salvo eccezioni, all'ordine pubblico processuale (limite invalicabile di tale libertà), le conseguenze ci appaiono come il risultato di un'equazione matematica: nell'arbitrato (salvo diversa disposizione della disciplina speciale dell'istituto, delle parti o degli arbitri) non si applicano le norme probatorie contenute nel codice civile e nel codice di procedura civile e dettate per il processo innanzi al giudice statale.

Nonostante che sinora si sia proceduto su di un terreno piuttosto solido, senza stravolgere le sedimentate convinzioni della dottrina e della giurisprudenza ma al più passandole ad un vaglio critico e confrontandole tra loro, l'affermazione, che pure è la conseguenza immediata di tale percorso, suona lontana dalle posizioni più consolidate degli esperti di diritto.

Una su tutte quella del Ricci, già richiamata nei capitoli precedenti, laddove l'Autore, riguardo ai limiti di ammissibilità della prova testimoniale, si mostra convinto della loro necessaria cogenza nel procedimento arbitrale.

Prima di procedere, dunque, ad un esame del rapporto tra l'arbitrato ed i principali istituti di diritto probatorio, alla luce dell'indagine svolta ma non mancando di richiamare le posizioni di dottrina e giurisprudenza sulle singole problematiche emergenti, ritengo opportuno cercare ulteriori conferme alla regola generale sinora individuata dall'esame del diritto comparato.

2. Il diritto delle prove e l'arbitrato nell'esperienza statunitense

Osservando l'esperienza statunitense, ci accorgiamo come qui non sia necessario un particolare sforzo ermeneutico per giungere alla conclusione cui l'indagine sinora svolta ha portato per il nostro diritto nazionale. Dato per assodato che l'esperienza nordamericana si basa sul principio del precedente (*stare decisis*),

sono appunto numerosi precedenti nella *case law* d'oltreoceano ad affermare che «*arbitrators are not bound by the rules of evidence*³¹⁷».

Inoltre si ritiene che gli arbitri americani non siano vincolati neanche dagli *standard of proof* che abbiamo visto essere imposti al giudice civile da fonti non formali, potendo determinare il peso e la sufficienza, ai fini dell'accertamento, del materiale probatorio acquisito³¹⁸.

Senza soffermarsi oltre su un dato che è incontrovertibile, è invece indispensabile contestualizzarlo all'interno dell'esperienza americana, per capire se quel dato è significativo agli occhi del giurista italiano. Prescindendo da una tale contestualizzazione e da tale verifica la comparazione sarebbe infatti momento sterile e di nessuna utilità ai fini della nostra indagine.

E' così indispensabile richiamare la seppur sommaria descrizione delle *Rules of Evidence*, già in parte anticipata nel capitolo 2, per comprendere che cosa gli arbitri americani non sono tenuti ad applicare e perché. E' altresì indispensabile verificare se l'arbitrato, nell'esperienza americana, è fenomeno qualificabile come processuale, e per farlo occorrerà verificare l'esistenza di quel minimo comun denominatore di ogni esperienza processuale che è il principio del contraddittorio.

Quanto a primo aspetto, è una comune convinzione quella secondo la quale i sistemi di *common law* non conoscono vincoli alla libera valutazione delle prove da parte del giudice, a differenza di quelli basati sul sistema delle prove legali.

Tuttavia, se è vero che il giudice del fatto può liberamente valutare le prove che vengono poste al suo esame, è pur vero che esiste un complesso di norme volte ad escludere che determinati mezzi di prova possano giungere di fronte alla giuria. Vi sono inoltre limiti all'utilizzo delle presunzioni come fonte di prova e un paragrafo

³¹⁷ *Catz American Co., Inc. v. Pearl Grange Fruit Exchange Inc.*, 292 *F. Supp.*, 549; 1968 U.S. Dist. Lexis 9598; Cfr. anche *Comercial Solvents Corp. V. Louisiana Liquid Fertilizer Co.*, 20 *F.R.D.* 359 (F.D.N.Y. 1959); *Accor Petroleum Separating Co v. Interamerica Refining Corp*, 296 *F.2d*, 124 (riguardo all'hearsay); *Barker v. Governmente Employees Ins. Co.*, 339 *F. Supp.* 1064 (Colo 1972); *Brotherhood of Railway Trinmen v. St. Louis S. Railway*, 252 *F. Supp.*, 961, 96 (D.D.C. 1966); *Great Scott Supermarkets v. Local Union* 363 *F. Supp.*, 1351; 1973 U.S. Dist. Lexis 11905; 17 *Fed. R. Serv. 2d* (Callaghan), 1272; 84 *L.R.R.M.* 2514; 72 *Lab. Cas. (CCH)* P14,181; *Harver Aluminium, Inc. v. United Steelworkers of America*, 263 *F. Supp.*, 488, 490 (C.D. Cal 1967). In dottrina cfr. R. ROADMAN, *Commercial arbitration*, St. Paul MN., 1984, 392, il quale osserva che «*formal rules of evidence do not apply in arbitration*»; M. TUPMAN, *Discovery and Evidence in U.S. Arbitration: The Prevailing Views*, *The Arbitration Journal*, March 1989, 44, 1, 32.

³¹⁸ Cfr. R.ROADMAN, *Commercial arbitration*, cit., 396, secondo il quale «*the weight and sufficiency of the evidence are matters which are within the power of the arbitrators to decide, even though that evidence may not have been sufficient to support a jury's verdict or a court's finding*». Il principio è stato chiaramente espresso nel caso *Koepke v. E. Liethen Grain Co.*, May, 2, 1931, 205 *Wis.*, 75, 236 *N.W.*, 544, che ha sancito che «*the technical rules of law as to the competency and sufficiency of evidence, and the necessity of confining the tribunal's consideration to matters which appear of record are not applicble in arbitration proceedings as they are in court litigation. Contentions such as that the arbitrators misconceived real issue as to responsability for an item of damage, or that they failed to duly regard the technical legal requirements as to satysfying the burden of proof, or otherwise decided an issue contrary to law of the technicly relevant or competent evidence, do not warrant vacating their award*».

è dedicato alla rilevanza della prova. Riprendendo quanto detto in ordine alla comune natura delle norme di diritto probatorio, non appare dubitabile che tali norme costituiscano, in modo non dissimile da quelle interne, limiti alla libera percezione dei fatti da parte del soggetto giudicante³¹⁹. Tanto più se si considera quanto già osservato, ossia che anche nel momento valutativo il giudice civile americano è vincolato ad un ben preciso criterio, quello della *proponderance of the evidence*, che può in concreto non coincidere con il suo reale e concreto libero convincimento.

La comparazione con un sistema di *common law*, da questo punto di vista, non appare allora fuori luogo né forzata, come invece comunemente si sostiene³²⁰, dal momento che quell'esperienza ha risolto con la cruda semplicità di una massima giurisprudenziale, che oltreoceano contribuisce alla formazione del diritto positivo, il rapporto tra prova ed arbitrato.

E di questo chi scrive rimane convinto nonostante non si voglia porre in dubbio che la prima considerazione che appare di tutta evidenza è che nell'arbitrato non avrebbero senso quelle norme la cui *ratio* è proteggere la giuria da mezzi di prova che altererebbero la genuinità del giudizio, dal momento che la giuria è istituto sconosciuto dalla giustizia privata³²¹. Se fosse questa l'unica ragione per la quale nell'arbitrato non si applicano le *Rules of Evidence*, avrebbe ragione chi sostiene che si tratterebbe di una ragione tutta «americana», che niente potrebbe insegnare agli studiosi del nostro diritto. Tuttavia il discorso non sta in questi termini, perché tale considerazione di per sé stessa prova troppo. Difatti la giuria non è presente anche in alcuni giudizi civili ordinari, e non per questo le *Rules of Evidence* non trovano ivi applicazione. Inoltre non tutte le *Rules of Evidence* sono finalizzate alla protezione della giuria, e a tal fine è sufficiente pensare a quelle riguardanti le presunzioni e la rilevanza della prova. Che la giuria sia il giudice del fatto nella stragrande maggioranza dei processi civili statunitensi è un dato, ma che tutte le norme di diritto probatorio siano dettate in funzione di tale scelta strutturale è assolutamente contestabile.

Per avere ulteriore conferma di quanto sinora detto è sufficiente analizzare i commenti di dottrina e giurisprudenza al dato dell'esclusione delle norme di diritto

³¹⁹ Il riferimento è ancora a V. DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove*, cit., 51. Sulla *ratio* delle *exclusionary rules*, nel senso che esse tendono a proteggere la giuria da prove che potrebbero compromettere la genuinità della decisione cfr. AAVV, *Evidence Law*, 2004, St. Paul MN, 3 ss.

³²⁰ Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 80. Secondo l'Autore «sarebbe fuor di luogo richiamare l'esperienza nordamericana sulla perdita di autorità delle comuni norme di evidence: giacché [...] a renderla scarsamente indicativa provvede il rilievo che mancano, nei sistemi di Common Law, regole compatibili a quelle di cui si parla».

³²¹ Cfr. R.ROADMAN, *op. cit.*, 392, il quale afferma che «many of the technical and legal rules of evidence originally were developed to protect juries from prejudicial or unreliable testimony or exhibits, and are therefore inapplicable to administrative tribunal and to arbitrators».

probatorio nell'arbitrato, per accorgersi che l'assenza della giuria non è né l'unica né la principale tra le ragioni che vengono individuate.

Ciò facendo non è, infatti, difficile scorgere opinioni come quelle di chi sostiene che «*incorporation of formal rules, without stipulation by the parties, is simply beyond the scope of the arbitrator's role and authority*³²²».

Chi si è occupato a livello monografico del tema ha poi sostenuto che nell'arbitrato «*admission is preferable to exclusion because of the therapeutic value of allowing people to let off steam. Moreover, an arbitrator who adopts liberal admission standard is less likely to have his award overturned by a reviewing court than is one who adopts a restrictive standard*»³²³.

Dunque la libertà dell'arbitro avrebbe l'effetto terapeutico di far sfogare le parti e risolvere così il contenzioso con minor rischio che le stesse impugnino il lodo.

Riguardo al secondo aspetto, abbiamo già visto *supra*, cap. 1, che l'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio emerge anche nell'esperienza statunitense³²⁴.

Il *Federal Arbitration Act*, section 10, tra i motivi di nullità del lodo prevede il caso in cui «*the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced*³²⁵».

Approfondendo il rapporto tra procedimento arbitrale e processo civile, ci accorgiamo che, analogamente a quanto osservato per la nostra esperienza, anche quella nordamericana è caratterizzata dal principio della libertà delle forme, con il limite del rispetto del principio del contraddittorio, oltre alle regole stabilite dalla disciplina speciale dell'istituto contenuta nel già citato e succintamente descritto *Federal Arbitration Act*³²⁶.

Il caso *Foremost Yarn, Inc. v. Rose Mnills*³²⁷, ad esempio, ha osservato che «*the Arbitration Act itself does not in any way attempt to regulate the procedures before the arbitrators or prescribe rules or regulations with respect to hearings before arbitrators*³²⁸».

³²² M.S. WINAGRAD, *Arbitration and evidence*, in *Dispute resolution Journal*, 2000, May, 47.

³²³ M.F.HILL-A.V.SINCAPI, *Evidence in Arbitration*, Washington, 1987, 4 ss. Gli Autori proseguono affermando che in ogni caso l'arbitro dovrà rispettare il principio del contraddittorio, consentendo alle parti di presentare «*their respective evidence and argument*».

³²⁴ Cfr. M.F. HILL JR. – A.V. SINCAPI., *Evidence in Arbitration*, cit., 4.

³²⁵ La norma è alla base, secondo alcuni, dell'irrinunciabilità nell'arbitrato anche dei principi minimi, se non delle regole tecniche previste per il processo ordinario, della discovery. Cfr. M. TUPMAN, *op. cit.*, 32. Sul punto v. anche *infra*.

³²⁶ Cfr. *supra*, cap. 1.

³²⁷ 25 F.R.D. 9, 11 (E.D. PA 1960)

³²⁸ Di conseguenza si è detto, con particolare riguardo alle regole della discovery, che «*accordingly, a party*

Esempio significativo è quello delle norme riguardanti la *discovery*, istituto che attiene alla fase del *pre trial*, le cui regole, previste minuziosamente dalle *F.R.C.P.*, non sono ritenute applicabili all'arbitrato, anche se i suoi principi basilari, che vengono ricondotti al dovere di lealtà processuale, sono ritenuti imprescindibili³²⁹.

Gli arbitri americani non sono dunque tenuti al rispetto delle *Rules of civil procedure*, così come non sono tenuti all'applicazione delle *Rules of Evidence*.

Ciò non toglie che dovrà essere rispettato nel processo arbitrale il principio del contraddittorio e le parti dovranno mettere a reciproca disposizione dell'altra il rispettivo materiale probatorio.

Sotto entrambi gli aspetti esaminati, ci sembra di poter affermare che l'esperienza americana è la conferma che la generale inapplicabilità delle norme di diritto probatorio all'interno di un procedimento arbitrale che possa essere considerato «processo» può esistere ed è possibile in un ordinamento che rispecchi i valori della nostra cultura e del nostro tempo. Tanto più se si considera che quanto detto

must look to the arbitration agreement or arbitration rules for any discovery right», M. TUPMAN, *Discovery and Evidence in U.S. Arbitration: The Prevailing Views*, cit., 29. Lo stesso Autore, *op. cit.*, 29, chiarisce anche il senso del riferimento della Rule 81 (a) (3), *Rules of Civil Procedure*, che testualmente recita: “*In proceedings under Title 9, U.S.C., relating to arbitration [...], these rules apply only on the extent that matters of procedure are not provided for in those statutes*». Non si tratta, infatti, dell'applicazione delle *F.R.C.P.* all'arbitrato, ma dell'applicazione di queste ai «*proceedings under the act*», ossia ai processi civili di cognizione incidentali rispetto all'arbitrato, come quello dove si discute della validità della clausola arbitrale o quello introdotto per dare esecutività al lodo. Interessante, anche se si tratta di questione tecnica di dettaglio, per ciò che a noi interessa, è il recupero dell'autorità giudiziaria relativa alle regole di *discovery*, che come noto riguardano la fase *pre-trial* del processo, quando “*party commences a court action which is then stayed pending arbitration pursuant to section 3 of the Arbitration Act*». In questo caso, nel caso cioè di sospensione del processo civile per l'introduzione di un giudizio arbitrale, si ritiene che sospeso sia solo «*the trial of the action*», ossia il dibattimento, mentre il giudice ordinario mantiene giurisdizione su questioni attinenti alla fase predibattimentale come la *discovery*. Sull'inapplicabilità all'arbitrato delle regole formali della *discovery* si veda anche R. ROADMAN, *op. cit.*, 353. La mancata applicabilità delle regole di *discovery*, tuttavia, non toglie che gli arbitri dovranno far sì che le prove rilevanti di una parte siano disponibili all'altra prima dell'udienza. Cfr. *Chevron Transportation Corp v. Astro Vencedor Compania Naviera, S.S.*, 300 *F. Supp.*, 179, 181 (S.D.N.Y. 1969), su cui si veda ancora M. TUPMAN, *op. cit.*, 32. Si tratta in definitiva dell'affermazione che il principio basilare della *discovery* non può essere dimenticato neanche in sede arbitrale, e ciò è dovuto, evidentemente, all'esser considerato l'obbligo di *discovery* come imprescindibile ad un processo leale, secondo i principi espressi dalle stesse *Rules of civil procedure*. Tale irrinunciabilità del principio base della disponibilità all'altra parte delle prove prima dell'udienza, per la stretta dipendenza con il principio di lealtà processuale è desumibile dallo stesso Autore appena citato, M. TUPMAN, *op. cit.*, 32, ed emerge chiaramente se sol si indagli succintamente la storia e la *ratio*, nell'esperienza di *common law*, del dovere di *discovery*. Cfr. sul punto M. TARUFFO, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, cit.. Sulla non applicabilità delle regole di *discovery* all'arbitrato cfr. anche W.S. SIMPSON – O. KESIKLI, *The contours of arbitration discovery*, in 67 *Ala. law.*, 280, secondo i quali «*the discovery rules applicable in court have no field of operation in an arbitral proceeding*». Gli autori osservano poi che la norma del *FAA* che più si avvicina ad una regola di *discovery* è quella della section 7, su cui cfr. *supra*, cap. 1, che «*empowers arbitrators to compel witnesses to produce records and appear at arbitration hearings*». Proseguono infatti osservando che «*this statute is the closest thing to a "rule" on the issue of permissible discovery in arbitration*». Sulle origini delle regole di *discovery*, risalenti alle corti di *equity*, con riguardo all'esperienza inglese, cfr. J. JACOB, *The fabric of English civil justice*, cit., 93 ss.

³²⁹ Si veda la nota precedente anche per i dovuti riferimenti riguardo all'istituto della *discovery*.

sulla sorte del diritto probatorio nell'arbitrato statunitense non deriva da una fonte statutaria ma dalla casistica giurisprudenziale, anche se si è ben consci della relatività di tale ultima affermazione trattandosi di sistema di *common law*.

3. I principi di diritto probatorio obbligatori per l'arbitrato

Procedendo così nell'analisi che ci siamo proposti di svolgere ad inizio capitolo, è arrivato il momento di calare gli approdi cui siamo giunti nel concreto della disciplina delle prove, e riepilogare ciò che è già emerso riguardo a quei principi che appaiono veramente imprescindibili per ogni esperienza processuale e così anche per l'arbitrato, nonostante in tale esperienza alberghi il principio di libertà delle forme.

Essi sono senza dubbio:

- a) il principio del contraddittorio nell'ammissione e nella formazione della prova
- b) il divieto di scienza privata dell'arbitro
- c) il principio di rilevanza della prova
- d) il principio per cui il giudicante non può ritenere veri i fatti di cui non sia fornita la prova
- e) la necessaria razionalità dell'accertamento, nella sua duplice veste di razionalità nella scelta dei mezzi di prova e nella valutazione delle risultanze probatorie.

Ne sarà esaminato uno alla volta, riepilogando perlopiù quanto già detto *supra*, cap. 2, ed aggiungendo le opportune considerazioni nascenti dall'essere l'arbitrato il contesto dell'attuale disamina.

Successivamente sarà il momento di esaminare quei principi, comunemente ritenuti cogenti anche nell'arbitrato, e che invece l'analisi svolta ha portato ad escludere dall'elenco appena richiamato.

4. Segue: a) il principio del contraddittorio nell'ammissione, nella formazione e nella valutazione della prova della prova

Abbiamo già esaminato il senso e la portata del principio del contraddittorio, con riferimento all'esperienza arbitrale, *supra*, nel cap. 1, § 3 e 5.

Molto altro potrebbe essere aggiunto, essendo il principio del contraddittorio in relazione all'arbitrato uno degli argomenti più dibattuti in dottrina ed in giurisprudenza.

Ritengo tuttavia sufficiente, ai fini che a noi interessano, richiamare quelle che sono le dirette conseguenze dell'applicazione del principio in tema di prova, e sui ci siamo già soffermati *supra*, cap. 1, § 5 e cap. 2, § 20, chiarendo che il principio del contraddittorio nell'istruttoria va riferito non solo alla fase dell'ammissione della prova e della sua valutazione (il che è assolto, in linea di massima, dallo scambio delle memorie istruttorie e delle memorie conclusionali), ma anche alla fase della sua formazione.

Né sembra necessario soffermarsi su un ovvio corollario del principio del contraddittorio nella formazione-assunzione della prova che è il divieto di un'istruttoria segreta, che se tanto rilievo ha avuto nella storia della dottrina italiana in materia di arbitrato lo si deve ad una pronuncia che l'aveva espressamente ammessa³³⁰, prima che fosse normativamente sancito in materia arbitrale il limite del rispetto del principio in esame.

Con una celebre nota a sentenza il Ricci criticava la pronuncia della Cassazione, desumendo il divieto dall'art. 24 Cost., più che dal rispetto del principio del contraddittorio, o, meglio, dal rispetto delle norme comuni che allora lo affermavano³³¹.

Non venga dunque il dubbio che il principio del contraddittorio, che dopo la riforma del 2006 è sancito espressamente dalla disposizione regolante lo svolgimento del processo arbitrale (art. 816 *bis*, c.p.c.) e la cui violazione era già stata prevista come motivo di nullità del lodo dopo la riforma del 1994 (art. 829, comma 5, c.p.c.) non sia da solo sufficiente ad escludere l'istruttoria segreta³³²: la disamina del Ricci va collocata storicamente in modo corretto; il Ricci scrive ben prima della novella dell'art. 111 Cost. e dell'affermazione dei principi del giusto processo, né a ben vedere egli pone in dubbio che sia il principio del contraddittorio a vietare una siffatta modalità dell'istruttoria; a ben vedere, infatti, egli si limita a constatare che quel principio, nei soli termini in cui allora era espresso, ossia dall'art. 101 c.p.c. e dall'art. 816, comma 3, c.p.c., si riferiva da un lato soltanto alla *vocatio in ius* e dall'altro, almeno espressamente, soltanto alla fase dell'ammissione e al più della valutazione della prova. Per cui una sua più compiuta forma egli andava a ricercare nell'affermazione del diritto di difesa, ex

³³⁰ Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, con nota di E.RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss. Nella dottrina più recente, contro l'istruzione segreta nel giudizio arbitrale cfr. L.P.COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 162; C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 145 s.

³³¹ E.RICCI, *op. ult. cit.*, spec. 706 ss.

³³² Prima di tali riforme, in senso contrario, oltre alla citata pronuncia di Cassazione annotata dal Ricci cfr. Cass. 13 maggio 1965, n. 916, in *Foro It.*, 1965, I, 1710, commentata in senso favorevole da G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano, 1988, 504 che afferma che, in caso le parti esonerino l'arbitro dalle forme del rito ordinario, questi «non ha alcun obbligo di comunicare alle parti né l'ammissione della prova né il tempo o il luogo di assunzione delle prove ammesse e può escutere anche testi non indicati dalle parti».

art. 24 Cost., ritenendo che esso attribuisse «*all'art. 206 cod. proc. civ. una dignità diversa e maggiore, di quella che gli compete nel semplice contesto della legge*³³³», ma che a ben vedere costituisce l'affermazione embrionale di quei principi oggi espressi dall'art. 111 della Carta Costituzionale.

E' a tal fine, *ad abundantiam*, opportuno ricordare che l'ultima riforma, non solo ha espressamente previsto che nell'arbitrato debba essere rispettato il principio del contraddittorio, ma si riferisce alle «*ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*³³⁴» che devono essere concesse alle parti, con un indubbio richiamo all'effettività del principio.

Non vi è dubbio, dunque, che «oggi» il principio del contraddittorio si riferisca, sia per il processo ordinario che per l'arbitrato, non solo alla fase dell'ammissione e alla fase della valutazione, ma anche alla fase della formazione della prova.

Ciononostante residuano delle zone d'ombra nell'applicazione del principio, soprattutto con riferimento a prove acquisite in diversi processi, ed all'istituto della testimonianza scritta.

Ecco che riemerge, da un diverso angolo visuale, rispetto a quello dal quale finora lo abbiamo esaminato, il problema delle prove atipiche.

Posto che il principio di tipicità della prova non è principio appartenente all'ordine pubblico processuale, e, conseguentemente, che esso non trova luogo nell'esperienza arbitrale (sul punto e sulle diverse interpretazioni si tornerà *infra*, § 9, in sede di analisi dei principi probatori comuni non cogenti nell'arbitrato), è necessario esaminare l'ammissibilità di quelle prove che non sono formate nel processo sotto il profilo della possibile violazione del principio del contraddittorio.

A questo proposito vi è chi ha autorevolmente affermato che «*le prove atipiche sostitutive di quelle costituenti [...] debbono essere ritenute del tutto inammissibili, e non già solo munite di minore efficacia probatoria. La conclusione si trae [...] non tanto da un principio di «tipicità» delle prove, contrapposto in termini assoluti al principio di ammissibilità delle prove atipiche, quanto alla considerazione, proprio, della centralità della garanzia del contraddittorio nel nostro ordinamento processuale*³³⁵».

³³³ E.RICCI, *op. ult. cit.*, 707, che si riferisce all'affermazione del diritto delle parti di assistere personalmente all'assunzione dei mezzi di prova, di cui all'art. 206 c.p.c.

³³⁴ Sul punto G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Padova, 2006, 100 e M.F. GHIRGA, sub *art. 816 bis*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI), *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1253 ss.

³³⁵ G.TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 641. Sulla posizione della giurisprudenza in relazione alle prove atipiche, sia riguardo alle prove provenienti da diversi processi che alle dichiarazioni scritte di terzi, giurisprudenza prevalentemente ammissiva, il rinvio è alle note di cui *supra*, cap. 2, § 17.

Ad avviso di chi scrive questo, almeno nell'arbitrato, è un falso problema, e non è un caso che l'affermazione dell'illustre Autore citato in nota sia condizionata dall'inciso «*fin quando non si riscontrino contrarie indicazioni di legge*».

Da un lato, infatti, la disciplina speciale dell'arbitrato, quantomeno con riferimento alla testimonianza scritta, costituisce una di quelle «*contrarie indicazioni di legge*» di cui, dalla riforma del 1994 che ha stabilito che gli arbitri «*possono [...] deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono*³³⁶», non si può che prendere atto³³⁷.

Dall'altro, sembra potersi affermare, il vero problema non è ritenere che quei mezzi di prova siano inammissibili perché atipici, ma perché, in forza del principio del contraddittorio, nel processo e non prima del processo devono essere formate tutte le prove rappresentative «ripetibili», quelle cioè che non rappresentano il fatto della loro formazione ma rappresentano un fatto diverso, secondo la distinzione cara al Carnelutti tra testimonianza e documento (o, se si preferisce, tra prova costituenda e prova costituita). Stando così le cose, ben può essere ritenuta lesiva del contraddittorio anche l'ammissione di una prova «tipica», come la testimonianza scritta prevista dall'art. 819 *ter*, c.p.c., ed allora in quel caso il problema diventa la legittimità costituzionale, alla luce dell'art. 111 Cost., della relativa norma³³⁸.

Tuttavia non sembra che tale conclusione, che pure, non si nega, è diretta applicazione del principio del contraddittorio, debba ritenersi decisiva: il principio del contraddittorio, infatti, per quanto principio inviolabile, può sempre essere compresso o limitato (ad esempio posticipandolo, nel nostro caso, ad un momento successivo alla formazione della prova³³⁹) da altri principi generali, come, nel caso che a noi interessa, il principio di economia processuale³⁴⁰.

³³⁶ art. 819 *ter*, c.p.c., attualmente, dopo la riforma del 2006, trasfuso nell'art. 816 *ter*, comma 2, c.p.c.

³³⁷ Nonostante le critiche che la norma ha suscitato, proprio in relazione alla violazione del contraddittorio. Cfr. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv arb.*, 1994, 673; Sul punto, suppur prima della novella del 1994, già E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 118, secondo il quale la testimonianza scritta non è inammissibile né perché rientrante tra «*i connotati identificanti delle singole prove*» né perché la deroga alla forma orale non rientri nel dominio dell'art. 816 c.p.c., ma soltanto per «*l'unica ma decisiva ragione che non si forma nel contraddittorio davanti all'arbitro*». Per la qualificazione della testimonianza scritta come prova atipica cui desumere al più argomenti di prova, nonostante la previsione normativa di cui all'allora art. 819 *ter*, G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 449 ss.

³³⁸ Ciò che in effetti è stato sostenuto, ma non ha avuto alcun seguito nella giurisprudenza. Cfr. E.F. RICCI – W. RUOSI, sub art. 12 [art. 817 *ter* c.p.c.], *Assunzione delle testimonianze*, in G. TARZIA – R. LUZZATO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova., 1995, 117.

³³⁹ Per C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 175, nota 8, «*pare necessario e sufficiente che sulle risultanze della testimonianza scritta si possa misurare il contraddittorio delle parti e l'eventuale replica mediante controprova*». In giurisprudenza, nel senso dell'ammissibilità della testimonianza scritta si vedano le pronunce citate *supra*, cap. 2, §17, di cui si richiama Cass. 14 giugno 2001, n. 8063, in *Rep. Foro. It.*, 2001, voce *prova civile in genere*, n. 52. Nella giurisprudenza di merito, nel senso invece dell'inammissibilità

Risultano attualissime a tal proposito le parole del Ricci, che, in relazione alle interferenze tra il diritto alla prova ed il principio di economia processuale, con particolare riferimento agli artt. 245, comma 1 e 209 c.p.c., su cui si è incidentalmente detto *supra*, cap. 2, § 14, così concludeva: «*ho la sensazione spiacevole di notare un tale conflitto tra diritto alla prova e necessità di impedire l'uso dell'istanza istruttoria in senso defatigatorio, da imporre un sacrificio all'una o all'altra garanzia. La menzione del problema è dunque il solo contributo che posso dare alla nostra discussione*³⁴¹».

Il problema, è indubbio, vi è, ma risolverlo sulla base dell'applicazione del solo principio del contraddittorio, a discapito di altre importanti garanzie come quella detta, non è necessariamente la soluzione³⁴².

Del resto, se così invece, fosse, si dovrebbe ritenere, come accennato, ciò che pure è stato sostenuto³⁴³, ossia la illegittimità costituzionale dell'attuale art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., mentre la realtà è che nei prossimi mesi la testimonianza scritta potrebbe trovare definitivo ingresso e disciplina all'interno del processo civile³⁴⁴.

della testimonianza scritta poiché quando è possibile la testimonianza deve essere assunta nel contraddittorio delle parti cfr. Trib. Nola 30 gennaio 2004, in *Guid. dir.*, 2004, 40, 73; conf. App. Bari, 15 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, I., 1905

³⁴⁰ Per una recente sentenza di merito che, invece, ha escluso l'ammissibilità di uno scritto proveniente da terzi che "si riveli sostitutivo della prova testimoniale", in caso di contestazione della controparte della violazione del diritto del contraddittorio, "derivante dal non aver partecipato alla formazione della prova stessa" cfr. App. Bari, 15 aprile 2005 in *Foro It.*, 2005, I., 1905.

³⁴¹ E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, cit., 159 ss.

³⁴² A tal proposito, ritiene che la garanzia del contraddittorio nella formazione della prova sia «piena» da un punto di vista logico, «*pur non potendo sempre instaurarsi*» L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 31 s. e, *Ibid.*, nota 93.

³⁴³ Cfr. E.F. RICCI – W. RUOSI, sub art. 12, cit., 116 ss. Sul punto cfr. anche G. F. Ricci, art. 816 bis, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F. CARPI, 2^a ed., Bologna, 2007, 377 ss.

³⁴⁴ Il Senato della Repubblica, il 4 marzo 2009, ha approvato, con modificazioni, il disegno di legge d'iniziativa del Governo, già approvato dalla Camera dei deputati, recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile", che all'art. 47, comma 7, prevede l'inserimento al libro secondo, titolo I, capo II, sezione III, paragrafo 8 del c.p.c. dell'art. 257 bis. dal seguente testo: «*Art. 257-bis. – (Testimonianza scritta) – Il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza, può disporre di assumere la deposizione chiedendo al testimone, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 203, di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. Il giudice, con il provvedimento di cui al primo comma, dispone che la parte che ha richiesto l'assunzione predisponga il modello di testimonianza in conformità agli articoli ammessi e lo faccia notificare al testimone. Il testimone rende la deposizione compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte, con risposta separata a ciascuno dei quesiti, e precisa quali sono quelli cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione. Il testimone sottoscrive la deposizione apponendo la propria firma autenticata su ciascuna delle facciate del foglio di testimonianza, che spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice. Quando il testimone si avvale della facoltà d'astensione di cui all'articolo 249, ha l'obbligo di compilare il modello di testimonianza, indicando le complete generalità e i motivi di astensione. Quando il testimone non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine stabilito, il giudice può condannarlo alla pena pecuniaria di cui all'articolo 255, primo comma. Qualora la testimonianza abbia ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti, essa può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e ricevuta dal difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma. Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni,*

Diversa questione è quella dell'efficacia probatoria di tali prove, che saranno rimesse al prudente apprezzamento del giudice³⁴⁵, con la speranza, almeno per chi scrive, che sia in ogni caso, nella prassi applicativa, preferito *il sistema dell'oralità*³⁴⁶.

può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato».

³⁴⁵ Non è necessario approfondire il seppur complesso problema. Secondo la giurisprudenza esse sono sufficienti, anche da sole, a fonderne il convincimento (cfr. la giurisprudenza indicata *supra*, cap. 2. § 17. *Contra*, M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., 430, con particolare riferimento all'art. 209 c.p.c. ed alla giurisprudenza che ritiene che il giudice possa respingere ogni deduzione probatoria in giudizio sulla base di prove assunte fuori dal processo, tra cui cfr. Cass. 28 aprile 1961, n. 961 in *Foro It.* 1962, I, 510.

³⁴⁶ Sul fatto che, più che il principio del contraddittorio, l'adozione su larga scala della testimonianza scritta sacrifichi il principio dell'oralità e dell'immediatezza, cfr. M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, 2008, attualmente in *www.judicium.it*, 12, il quale afferma che il c.d. disegno di legge Alfano di quei principi sancisce la fine. Né l'adozione della testimonianza scritta si giustifica sulla base del diritto comparato, almeno con riferimento alla esperienza di *common law* dei *witness statement*. I *witness statements* sono testimonianze scritte che le parti si scambiano prima di arrivare al *trial*, ed hanno la funzione di evitare l'elemento della sorpresa al dibattimento, di favorire soluzioni transattive, di aiutare l'identificazione delle questioni ed in questo modo di ridurre la lunghezza del *trial* (semplificando l'assunzione della prova orale – cfr. H. WOOLF, *Access to justice – Interim report to the ord Chancellor on the civil justice in England and Wales*, London, 1995, cap. 22, dal «padre» della riforma del 1999 istitutiva delle Civil Procedure Rules; F. CORSINI, *Le proposte di privatizzazione dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1272 ss.). Senza indugiare sulle novità della riforma del 1999, basti tener presente che nell'esperienza inglese lo scambio dei *witness statement* nella fase *pre – trial*, secondo la logica della *discovery*, non pregiudica l'oralità del dibattimento, ma ha solo la funzione, analoga a quella della *discovery* (*rectius disclosure*) dei documenti, di far giocare le parti a carte scoperte, nell'ottica di giungere ad una definizione della lite prima del dibattimento (cfr. F. CORSINI, *Id.*, 1292). Nel caso in cui questo non avvenga, i testimoni devono essere sentiti nel dibattimento, ed anzi la riforma del 1999 ha corretto la disciplina previgente, che non consentiva che in udienza il teste potesse ampliare la propria deposizione rispetto al contenuto dello *statement*, e questo per evitare che i difensori trasformassero i *witness statement* in veri e propri atti processuali, eccessivamente dettagliati, per il rischio di non poter «correggere il tiro» in udienza. Sul punto si vedano le acute osservazioni di A. Dondi, anche con riferimento all'esperienza francese delle *attestation*, in senso critico del precedente tentativo di introduzione nel nostro ordinamento della testimonianza scritta con il punto 20 del progetto di riforma Vaccarella. Cfr. A. DONDI, *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile* in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621 ss., spec. 623 ss. Si è realizzato, o meglio sembra che si stia per realizzare, a ben vedere, ciò che aveva previsto B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, cit., 779 s., affermando, in relazione ad un vecchio progetto di riforma, che la tendenza all'espansione del libero convincimento e del diritto alla prova con la salvezza, contestualmente, delle esigenze di economicità e celerità del giudizio, avrebbe finito col sacrificare, per la contraddittorietà intrinseca dei due termini, il primo, con l'espansione in nome del libero convincimento, ma in realtà per esigenze di economia processuale, delle prove documentali atipiche e con il progressivo accantonamento dell'idea chiovendiana di oralità (che il CHIOVENDA ingannandosi, ritiene CAVALLONE, associava attraverso una sorta di corrispondenza biunivoca al libero convincimento, il riferimento è a G. CHIOVENDA, *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc., civ.*, 1924, I, 5ss), pur invocata dai riformatori. Poiché la garanzia dell'oralità e – sembra intendersi dal pensiero dell'Autore, quella del contraddittorio, hanno un prezzo altissimo. Riguardo al pensiero del Chiovenda quella corrispondenza più che una convinzione sembra un auspicio, dal momento che egli ritiene che «la libertà del convincimento [...] vuole l'aria e la luce dell'udienza. Nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore» (*Id., op. ult. cit.*, 32). D'altra parte che un sistema di prova legale in senso ampio sia funzionale a limitare gli atti superflui con un beneficio per l'*economia della ricerca* è considerazione già evidenziata dal CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 28, e su cui cfr. *supra.*, cap. 2., § 12. E che allo stesso tempo il momento della *contradictio* sia essenziale in un sistema che gravita intorno alla «testimonianza» più che ad un sistema che sia orientato verso il documento è osservazione che proviene dall'esame del diritto comparato e su cui si veda A. GIULIANI, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 652 ss. Ad ogni modo, tornando a pensare al recente disegno di legge c.d. Alfano, sono ben

Discorso diverso è quello relativo all'obbligo di verbalizzazione.

Vi è in passato chi ha ritenuto che essa non fosse strettamente necessaria³⁴⁷, tuttavia la dottrina maggioritaria, anche prima dell'espressa previsione della possibilità di impugnare il lodo per violazione del contraddittorio, riteneva che la verbalizzazione delle attività compiute dagli arbitri fosse attività obbligatoria, e che l'obbligo in tal senso degli arbitri non fosse suscettibile di deroga pattizia³⁴⁸.

La necessità di verbalizzazione dell'attività istruttoria appare invero indispensabile ad un pieno dispiegarsi del contraddittorio, «*poiché solo attraverso di essa può esprimersi nella pienezza la replica della parte*³⁴⁹».

Del pari dovuto al necessario rispetto del principio del contraddittorio è il divieto per gli arbitri di restringere, seppur con scelta operata in *limine litis*, il novero dei mezzi di prova ammissibile ad alcuni soltanto dei mezzi di prova astrattamente prevedibili (ad esempio solo ai documenti), mentre una tale facoltà non sembra incontrare alcun problema se riferita alle parti³⁵⁰.

5. Segue: b) Il divieto di scienza privata dell'arbitro: il confine con il fatto notorio e la sua particolare estrinsecazione nella giustizia arbitrale

Abbiamo già detto della connessione del divieto di scienza privata con il principio di terzietà ed imparzialità del giudicante. Pochi dubbi, quindi, possono sussistere sul fatto che detto principio sia cogente anche per gli arbitri³⁵¹, sulla base dei principi descritti *supra*, capitolo 1.

lontani i tempi nei quali le allora proposte di riforma spingevano per l'adozione nel nostro ordinamento civile dell'esame e del controesame del testimone, con tutt'altre conseguenze sul principio dell'oralità. Cfr. E. LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 452 ss. Il riferimento è all'allora proposta di riforma dell'art. 218 c.p.c. Ancor prima, per un'esaltazione dell'oralità a commento di un progetto di riforma che sanciva la centralità del dibattimento orale ed il principio dell'immediatezza si veda il già richiamato pensiero di G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra (1909)*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, II, cit., I ss., con ampia critica dei limiti di ammissibilità alla prova testimoniale, che quel progetto all'art. 36 cpv intendeva sopprimere (il riferimento è all'art. 1341 c.c. del 1865 (*Id.*, 69 ss.)).

³⁴⁷ Cfr. A. CARNACINI, *Arbitrato rituale* cit., 884, il quale ritiene che la verbalizzazione sia «opportuna e consigliabile» ma non la ritiene obbligatoria; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 508 s.

³⁴⁸ In tal senso, tra gli altri, E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 121 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 488 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 199; G. DELLA PIETRA, *Il Procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 177.

³⁴⁹ C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 199 s.

³⁵⁰ Cfr. sul punto E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69.

³⁵¹ In senso affermativo cfr. S.M. CAVATORTA, *op. cit.*, 65; M. MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, in G. FICHERA-M. MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare* *L'arbitrato*, Torino, 2008, 436; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 181. *Contra*, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, 106 secondo il quale nell'arbitrato «non è che l'arbitro non possa utilizzare le sue conoscenze private, è che egli non può utilizzarle violando il principio del contraddittorio».

L'affermazione della necessaria imparzialità dell'arbitro trova, infatti, pressoché unanime conferma in dottrina³⁵².

Eppure fermarsi all'enunciazione della sua cogenza nella materia arbitrale non risolve gli interrogativi ed i problemi che possono sorgere nella pratica.

Primo tra tutti il problema della rilevazione del vizio e della sua conseguenza sulla validità del lodo, su cui si rinvia alla breve trattazione che chiuderà il presente lavoro e che vuol essere solo un accenno ed un richiamo alla prassi applicativa.

Ciò che invece può da subito essere approfondito è un altro problema, che riguarda la stessa individuazione della violazione del divieto, prima che la sua rilevazione in sede di impugnazione, poiché in un ramo del diritto come l'arbitrato, dove il giudicante è spesso scelto dalle parti sulla base delle sue conoscenze tecniche, non è difficile che egli conosca direttamente, oltre che la materia su cui verte la lite, anche la vicenda controversa, o elementi di fatto rilevanti per essa.

Soprattutto in relazione al secondo aspetto, si è evidenziato in dottrina come «*di frequente in arbitrato [...] gioca un più ampio ruolo che nel processo civile il fatto notorio*³⁵³».

Prosegue l'Autore citato in nota affermando che in arbitrato, accanto «*al notorio locale – fatti di comune esperienza in un dato ambiente territoriale – v'è un notorio per così dire ambientale – di ambiente umano, di ceto, di categoria di attività – che [...] trova l'occasione più propizia di manifestarsi, perché quivi il giudicante non è dato ma è scelto, ed è scelto anche per la sua familiarità con l'ambiente ove è nato il rapporto sfociato in controversia, e quindi per la sua partecipazione alla conoscenza di dati e fatti comuni in quell'ambiente*³⁵⁴».

Non ha bisogno di particolare approfondimento il rapporto tra notorio e scienza privata, costituendo il primo una deroga al divieto della seconda³⁵⁵, oltre che una deroga al principio del contraddittorio ed al principio dispositivo.

Sul principio di imparzialità dell'arbitro, come requisito per conferire all'arbitrato la qualificazione di alternativa paritaria al giudizio civile cfr. F. ZICCARDI, *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 603 ss. Si vedano anche i riferimenti contenuti *supra*, cap. 1.

³⁵² Cfr., oltre agli autori citati nella nota precedente e *supra.*, cap. 1, E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss., secondo il quale «*la imparzialità è valore etico intrinseco al compito di giudicare l'altrui contesa, e si estende, quindi, tanto al giudice statale quanto all'arbitro, prima ed a prescindere dall'imposizione normativa*».

³⁵³ Cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 181. Conf. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 107.

³⁵⁴ *Id.*, 182.

³⁵⁵ Cfr. da ultimo Cass. 12 marzo 2008, n. 6684, in *Resp. civ.*, 2008, 5, 464, che ricorda come il notorio costituisca deroga anche al principio dispositivo ed a quello del contraddittorio; conf. Cass. 7 marzo 2005, n. 4862 in *Mass. giur. lav.* 2005, 6, 502; Cass. 27 febbraio 2004, n. 3980 in *Arch. civ.*, 2004, 1482; Cass. 8 agosto 2002, n. 11946, in *Arch. civ.*, 2003, 689. In dottrina si veda per gli opportuni riferimenti L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, cit., 78 e 89 ss. In senso critico cfr. S. PATTI, *Prova: I*, in *Enc. giur.*, Roma,

Occorre invece premettere che, pur rimanendo nella convinzione che la libertà delle forme non imponga come disciplina residuale il codice di procedura civile, il principio desumibile dall'art. 115, comma 2, c.p.c. può senz'altro essere ritenuto vigente anche nell'arbitrato, come deroga, giustificata e giustificabile, ai sopravvisti principi – di cui uno, il contraddittorio - senz'altro di ordine pubblico, in nome proprio di quella libertà.

Ma proprio perché il codice di procedura civile non costituisce lo *ius commune* del giudizio arbitrale, secondo l'impostazione che si ritiene preferibile, il notorio non incontra necessariamente quei limiti di rigore che sono propri, invece, dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 115, comma 2, c.p.c.³⁵⁶, ed ecco che le osservazioni di La China appaiono quanto mai pertinenti e degne di nota.

E' chiaro che in concreto, così come non è agevole tracciare il confine tra notorio e scienza privata del giudice ordinario (ne sono un esempio le pronunce richiamate), altrettanto non lo è in sede arbitrale: si deve ritenere, almeno in linea di principio, che il limite massimo oltre il quale non può spingersi il notorio dell'arbitro sia proprio quel concetto di *notorio ambientale* cui fa riferimento La China: pensando soprattutto agli arbitrati amministrati, che un fatto possa essere ritenuto comune esperienza della collettività di chi ne fa parte è conclusione che necessita, in definitiva, di specifica indagine nel caso concreto.

6. Segue: c) Il principio di rilevanza della prova

Sul punto della necessità che gli arbitri ammettano soltanto le prove rilevanti, per un principio extragiuridico di razionalità dell'accertamento oltre che per il principio di economia processuale, non vi è molto da dire, se non rinviare a quanto detto nel capitolo 2.

1991, XXV, 7, secondo il quale il notorio non avrebbe a che fare con la «scienza privata» del giudice, ma con la «scienza ufficiale».

³⁵⁶ Cfr., oltre alle pronunce citate alla nota precedente, e tra le tante, Cass. 7 gennaio 2003, n. 26 in *Rep. Foro It.*, voce *prova civile in genere*, n. 23, secondo la quale il notorio “è costituito dalle cognizioni comuni e generali in possesso della collettività, nel tempo e nel luogo della decisione, e non può quindi risolversi nella conoscenza del fatto particolare intorno al quale si contende”. Conf. Cass. 20 aprile 2004, n. 7500 in *Rep. Foro It.*, 2004, voce *prova civile in genere, mezzi di prova e fonti di convincimento*, n. 42; Cass. 21 maggio 2004, n. 9705 in *Rep. Foro It.*, 2004, *Id.*, n. 43. Ritengono tuttavia numerose pronunce che sia ammissibile il ricorso al c.d. “notorio locale”, da intendersi come “fatto generalmente conosciuto, almeno in una determinata zona (cd. notorietà locale) o in un particolare settore di attività o di affari da una collettività di persone di media cultura”. Cfr. Cass. 21 febbraio 2007, n. 4051 in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass. 19 agosto 2003, n. 12112 in *Arch. civ.*, 2004, 828; Cass. 1° giugno 1987, n. 4826 in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *prova civile in genere*, n. 22.

L'osservazione trova ovvio riscontro nella dottrina³⁵⁷.

In particolare si è giustamente osservato che, rispetto al giudizio ordinario, «nessuna differenza al riguardo è riscontrabile circa la rilevanza della singola prova: anche per l'arbitro frustra probatori non relevant; si tratta invero di una regola logica prima ancora che giuridica, giacché non ha senso alcuno portare chi deve giudicare in contatto (immediato o mediato, diretto o attraverso presunzioni) con fatti che non siano quelli sui quali si poggiano le pretese o le eccezioni delle parti»³⁵⁸.

7. Segue: d) Il principio per cui il giudicante non può ritenere veri i fatti di cui non sia fornita la prova e l'onere della prova oggettivo o sostanziale

Abbiamo visto nel capitolo 2 in che limiti possano ritenersi rinunciabili o modificabili le norme ed i principi che ruotano intorno all'«onere della prova».

Quella parte dell'onere che appartiene al diritto processuale, abbiamo detto, non può essere rinunciata in alcun processo, appartenendo alla logica prima che al diritto.

Abbiamo però osservato, con particolare riferimento al divieto di *non liquet*, che ciò deriva dal carattere pubblicistico della giurisdizione e dal rapporto tra questa ed il diritto d'azione.

Il divieto di *non liquet*, in definitiva, sembra connotato imprescindibile del processo, ma, e qui sta la particolarità, del solo processo basato sull'autorità statale.

A questo proposito si è osservato in dottrina che, nel processo ordinario, «il carattere pubblicistico della *jurisdictio* viene a prevalere sugli aspetti arbitrari ed equitativi dell'intervento del magistrato, imponendo a quest'ultimo il dovere di pronunciarsi in ogni caso sulla lite»³⁵⁹.

In definitiva siamo in presenza di un'ipotesi, del tutto peculiare, nella quale un principio imprescindibile del processo civile viene meno nell'ambito della giustizia privata, poiché si basa su una connotazione del processo che l'arbitrato, per quanto possa ritenersi «processo», nel senso descritto nel cap. 1, non ha, e non ha per definizione: si tratta della sua connotazione pubblicistica, del tutto assente in un'esperienza che ha radici e natura privatistica e la cui equiparazione al giudizio statale è soltanto sul piano degli effetti (cfr. *supra*, cap. 1).

³⁵⁷ C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 176; G.F. RICCI, sub art. 816 bis, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, cit. 376 s.

³⁵⁸ A. CARNACINI, voce *arbitrato rituale*, cit., 890.

³⁵⁹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 177.

Tuttavia l'osservazione rischia di rimanere sul piano meramente teorico, e per questo non è opportuno soffermarvisi oltre. Difatti il *non liquet* è vietato, senza dubbio, anche nell'arbitrato, per ragioni proprie della natura e della disciplina dell'arbitrato.

Si tratta, molto banalmente, del fatto che gli arbitri, che abbiano ricevuto un mandato a dirimere una controversia, debbano deciderla, appunto, dirimendola, pena il loro inadempimento al contratto.

Il riscontro di ciò si ha anche sul piano della disciplina dell'istituto, in particolare l'art. 809, comma 1, c.p.c., che impone che gli arbitri siano in numero dispari. Che la *ratio* della norma, infatti, sia quella di evitare il *non liquet* è posizione espressa in dottrina³⁶⁰ e che appare piuttosto pacifica.

Dall'applicazione, se pure non dovuta alla sua appartenenza all'ordine pubblico processuale, per quanto chiarito, del divieto di *non liquet* all'arbitrato, discende che valga anche per l'arbitrato quanto detto in ordine al principio *actori incumbit probatio*: detto principio, dal momento che si rende indispensabile attribuire ad una delle parti il rischio della mancata prova, per evitare appunto il *non liquet*, non sembra trovare alternative, a prescindere che ci si trovi di fronte ad un giudice privato o statale, imponendosi come l'unica regola rispondente a criteri di logica prima che giuridici che eviti l'inaccettabile risultato di ritenere vero un fatto quando non sia stato sufficientemente provato.

Quanto, infine, al contenuto c.d. sostanziale dell'onere, nel senso chiarito nel capitolo 2, esso è determinato dalla qualificazione giuridica della fattispecie, e ciò senza dubbio non appartiene al diritto processuale³⁶¹.

Ne consegue che, se l'onere della prova può essere «svuotato» di un suo contenuto nell'ambito della giustizia privata, ciò è vero soltanto per l'arbitrato di equità³⁶², come del resto abbiamo visto essere in generale per il giudizio d'equità.

Da ultimo, ricordando come il principio dell'onere della prova sia conosciuto, in termini sostanzialmente identici a quelli del nostro art. 2697 c.c., anche dagli ordinamenti di *common law*, dove il *burden of persuasion* riguarda tanto i fatti

³⁶⁰ C.CECHELLA, *op. ult. cit.*, 119. Sul punto cfr. anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3a ed., Napoli, 1964, 794; R. MARENGO, *sub art. 809 c.p.c.*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 30; SALVANESCHI L., *sub art. 4 [Art. 809 c.p.c.]*, in G. TARZIA – R. LUZZATO – E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova., 1995, 35; G. RUFFINI, *sub art. 809*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO e F.P. LUISSO, III, Milano, 2007, 5773. In argomento cfr. anche F. DANOVÌ, *Gli arbitri e la loro formazione*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO- SAMMARTANO, Torino, 2009, 351 ss; M. MAFFINUCCI, *Gli arbitri*, in G.FICHERA-M.MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 359.

³⁶¹ Si parte dal presupposto che si possa distinguere tra norme processuali e norme sostanziali. Sul punto si rinvia *supra*, *Introduzione*.

³⁶² In senso conforme, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 115.

costitutivi della domanda dell'attore, quanto, dal lato del convenuto, le «*affirmative defenses*», preme evidenziare come la «transnazionalità» del principio trovi riscontro nell'arbitrato commerciale internazionale.

Da una recente opera che si occupa approfonditamente del tema, emerge infatti come, in materia di istruzione probatoria dell'arbitrato commerciale internazionale, «*criterio fondamentale è il rispetto dell'onere della prova. La generalità dei sistemi giuridici impone alla parte la prova dei fatti sui quali essa fonda le proprie pretese, salvo là dove la notorietà³⁶³ del fatto escluda tale obbligo³⁶⁴*».

8. Segue: e) la necessaria razionalità dell'accertamento, nella sua duplice veste di razionalità nella scelta dei mezzi di prova e nella valutazione delle risultanze probatorie; l'obbligo di motivazione

Di fronte alla generale estraneità del diritto probatorio all'ordine pubblico processuale abbiamo individuato quello che costituisce un limite cui qualsiasi accertamento giudiziale, inteso in senso lato (comprendendo dunque anche il giudizio privato), non può travalicare: quel limite è dato da un principio extragiuridico, ossia la necessaria razionalità dell'accertamento.

Si tratta in altri termini di quel limite invalicabile alla libera valutazione delle prove da parte del giudice, che nel nostro ordinamento positivo è espresso dall'art. 116 c.p.c.

Per essere coerenti con l'impostazione sinora preferita, non dovremmo ritenere necessariamente applicabile all'arbitrato l'art. 116, comma 1, c.p.c., ma è certo che il legislatore, con la formula «prudente apprezzamento», ha inteso proprio sottolineare la necessità di quel limite alla libera valutazione delle prove³⁶⁵.

Razionalità e logicità, che della prima è sintomo esteriore³⁶⁶, che emerge sotto il duplice profilo della scelta dei mezzi di prova e della loro valutazione³⁶⁷.

³⁶³ Sul fatto notorio, cfr. *supra*, § 5, in relazione al divieto di scienza privata.

³⁶⁴ P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008, 172.

³⁶⁵ In dottrina la «*prudenza nel giudizio*» è accostata alla «*consapevolezza dei limiti della ragione nel campo del probabile*». Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., 183 s. Sulla distinzione tra prudente apprezzamento, libero convincimento del giudice e libera valutazione delle prove cfr. M. TARUFFO, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, cit., 481 ss.

³⁶⁶ Il vizio logico è quello che consente alla Cassazione di sindacare il giudizio di fatto svolto dal giudice del merito, secondo la celebre ricostruzione del Calogero, cfr. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2^a ed., Padova, 1964. L'Autore analizza le pronunce della Cassazione che autorizzano il giudice di legittimità ad intervenire nel giudizio di fatto in caso di suo vizio logico. Osserva l'Autore che la sindacabilità della sentenza per vizio logico dovrebbe imporre un sindacato del giudizio di fatto solo allorché vi sia il vizio logico; tuttavia per poter dire se un giudizio di fatto presenti un vizio logico occorre sindacarlo, quindi si arriva alla conclusione che la Cassazione, per poter stabilire se vi sia o meno vizio logico, deve sindacare tutti i giudizi di fatto, e ciò in pieno contrasto con il principio della generale insindacabilità del giudizio di fatto stesso. (cfr. *Id.*, *op. ult. cit.*, 187 ss.).

Non potranno essere dunque ammesse dall'arbitro mezzi di prova che non rispondano a detto criterio, e ciò costituisce un limite – che certo ha un valore eminentemente teorico – per definire inammissibili prove irrazionali come – per citare un ricorrente caso di scuola – la stregoneria o le ordalie³⁶⁸; allo stesso tempo la prova dovrà essere razionalmente valutata, per cui il prudente apprezzamento del giudice non potrà trasformarsi in arbitrio: metro di tale razionalità sarà la corretta applicazione delle c.d. massime di esperienza.

Il controllo di tale logicità e razionalità non può che essere dato dall'obbligo di motivazione³⁶⁹, ripetutamente affermato in giurisprudenza anche con riferimento alle determinazioni prese in sede di selezione e valutazione del materiale probatorio. Senza soffermarsi sul complesso tema della motivazione della sentenza, è opportuno ricordare come la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene sì imprescindibile la motivazione in ordine all'apprezzamento del materiale probatorio³⁷⁰, ma allo stesso tempo afferma come sia sufficiente «*al fine della congruità della motivazione [...] che il convincimento [...] risulti raggiunto attraverso la valutazione dei vari elementi probatori acquisiti, considerati nel loro complesso, e dovendosi reputare disattesi per implicito quelli ontologicamente incompatibili con la decisione adottata*³⁷¹».

³⁶⁷ Cfr., sulla razionalità della valutazione, Cass. 21 dicembre 1977, n. 5670 in *Rep. Foro It.* 1977, voce *prova civile in genere*, n. 53.

³⁶⁸ Talasciando quelli che sono casi di scuola, il limite alla discrezionalità del giudice nella formazione del proprio convincimento è stato affermato in giurisprudenza con riferimento a «*materiale di prova ontologicamente inesistente, quale uno scritto privo di qualsiasi sottoscrizione e neppure inoltrato o trasmesso a colui che ne sarebbe dovuto essere il destinatario*». Cfr. Cass. 14 marzo 1987, n. 2666 in *Rep. Foro It.*, 1987, voce *prova civile in genere*, n. 43.

³⁶⁹ Oltre che, come accennato, dal rispetto del principio del contraddittorio. Cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 401 ss.

³⁷⁰ Cfr., tra le molte, Cass. 27 maggio 1981, n. 3485 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 59.

³⁷¹ Cass. 21 maggio 1981, n. 3340 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 60. Conf. Cass. 15 febbraio 1982, n. 950, *Id.*, 1982, n. 56; Cass. 12 giugno 1984, n. 3505 in *Rep. Foro It.*, 1984, *Id.*, n. 34; Cass. 11 novembre 1986, n. 6609 in *Rep. Foro It.*, 1986, *Id.*, n. 46; Cass. 26 aprile 1990, n. 3476 in *Rep. Foro It.*, 1990, *Id.*, n. 29; Cass. 7 marzo 1992, n. 2767 in *Rep. Foro It.*, 1992, *Id.*, n. 37; Cass. 7 ottobre 1994, n. 8198 in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass. 20 giugno 1995, n. 6956 in *Rep. Foro It.*, 1995, *Id.*, n. 1; Cass. 7 novembre 2000, n. 14472 in *Not. Giur. lav.*, 2001, 258; Cass. 10 maggio 2000, n. 6023 in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *prova civile in genere*, n. 60; Cass. 10 maggio 2002, n. 6765 in *Arch. civ.*, 2003, 336; Cass. 23 novembre 2005, n. 24589 in *Rep. Foro It.*, 2005, *Id.*, n. 63; Cass. 28 giugno 2006, n. 14972 in *Rep. Foro It.*, 2006, *Id.*, n. 50; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3601 in *Mass. Giur. It.*, 2006. Chiarisce la non necessità che le risultanze probatorie siano singolarmente esaminate e apprezzate, se tale apprezzamento è unitario e globale, «*per modo che la decisione costituisca il risultato di una sintesi logica del complesso delle prove offerte dalle parti*» Cass. 14 ottobre 1988, n. 5585 in *Rep. Foro It.*, 1988, *Id.*, n. 40. In senso, invece, più rigoroso, cfr. Cass. 19 gennaio 1981, n. 454, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, 503; nel senso, invece, che il giudice debba dar conto della valutazione di tutte le risultanze istruttorie comunque acquisite al giudizio, e che l'eventuale omissione costituisce vizio della motivazione cfr. Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041 in *Foro It.*, 1993, I, 2339 con nota di DE SANTIS. Per un'interpretazione singolare, dove il vizio derivante dalla mancata assunzione di un mezzo istruttorio rilevi come vizio di motivazione solo ove sia possibile un controllo della motivazione dal quale emerga un nesso di causalità tra l'omissione e la decisione, cfr. Cass. 23 novembre 1994, n. 9928 in *Rep. Foro It.*, 1994, *Id.*, n. 30.

A questo punto un seppur breve cenno è doveroso fare al regime, nell'arbitrato, di rilevazione del vizio di logicità del lodo, che secondo parte della dottrina e la costante giurisprudenza della Suprema Corte ha un oggetto più ristretto rispetto a quello del giudizio di cassazione.

A tal proposito non si può dimenticare che la disciplina speciale dell'arbitrato, all'art. 823, n. 5 c.p.c, prevede tra i requisiti del lodo l'«*esposizione sommaria dei motivi*», e che l'art. 829, n. 5, c.p.c., sancisce la nullità del lodo soltanto se esso non contiene detto elemento: non vi è dunque alcun riferimento, a differenza di quanto disposto dall'art. 360, n. 5, c.p.c per il giudizio ordinario, all'«*insufficiente o contraddittoria motivazione*».

La Corte di Cassazione, in alcune pronunce, ha interpretato la norma nel senso che il lodo è nullo «*soltanto nell'ipotesi in cui la motivazione manchi del tutto ovvero sia a tal punto carente da non consentire di individuare la ratio della decisione adottata*³⁷²», se non addirittura escludendo anche il rilievo dell'individuazione della *ratio decidendi*³⁷³.

Si tratta, a ben vedere, di un'interpretazione non dissimile da quella, restrittiva, che il Calogero riservava al «difetto di motivi» nel giudizio di cassazione. L'Autore criticava l'interpretazione della Suprema Corte che identificava il vizio non come mancanza dei motivi ma come loro manchevolezza (=illogicità). Nel senso preferito dal Calogero, invece, il difetto di motivi coincideva con un *error in procedendo*, consistente nella mancanza nella sentenza dei mezzi attraverso i quali si potesse intendere come il giudizio di fatto si era svolto (=mancanza dei motivi) e non estendendola ai casi in cui ciò s'intenda ma quel giudizio sia illogico³⁷⁴.

Da ciò potrebbe desumersi che la razionalità dell'accertamento arbitrale non sia censurabile in sede di impugnazione del lodo, poiché non rilevarebbe – volendo utilizzare la terminologia suggerita dal Taruffo – la mancanza sostanziale dei

³⁷² Cass. 26 gennaio 1998, n. 717 in *Riv. arb.* 1998, 283. Ma si veda, *contra*, nel senso che «*in difetto, nel lodo arbitrale, del requisito dell'esposizione sommaria dei motivi, quale causa di nullità del lodo medesimo denunciabile davanti al giudice dell'impugnazione (art. 829 n. 5 c.p.c.), va riscontrato con gli stessi criteri posti per il sindacato in sede di legittimità della motivazione della sentenza del giudice ordinario, e, pertanto, sussiste anche quando i motivi della decisione, pur non essendo del tutto mancanti, risultino insufficienti ed inadeguati rispetto ai quesiti posti agli arbitri*» Cass. 25 ottobre 1986, n. 6264 in *Mass. Giur. It.*, 1986; dello stesso tenore Cass. 25 ottobre 1989, n. 6264.

³⁷³ Cass. 6 luglio 1990, n. 7160 in *Mass. Giur. It.*, 1990; Cass. 27 gennaio 1989, n. 485, in *Mass. Giur. It.*, 1989. Riguardo alla contraddittorietà della motivazione, essa, non espressamente prevista come motivo di nullità, rilevarebbe solo in casi contraddizione tra diverse argomentazioni tanto grave da risolversi nella loro reciproca esclusione e dunque nell'impossibilità di individuare una motivazione. Sul punto cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, sub art. 829, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, 2^a ed., Bologna, 2007, 740.

³⁷⁴ G. CALOGERO, *op. cit.*, 187 ss., spec. 228, che cita Cass. 19 febbraio 1935, n. 595. Sul fatto che in ogni caso il vizio della motivazione dà luogo ad un *error in procedendo*, e mai ad un errore di «giudizio», dipendendo il riesame del fatto, semmai, da un'interpretazione errata che la Cassazione dà dell'art. 360, n. 5, c.p.c., cfr. M. TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, 512.

motivi ma solo la loro mancanza formale («*ossia la carenza totale di qualsivoglia argomento giustificativo*³⁷⁵»).

Esistono, peraltro, illustri posizioni dottrinarie contrarie, fatte proprie anche dalla giurisprudenza, come quella dello stesso Taruffo, che ritengono che il difetto di motivazione del lodo sarebbe rilevabile alla stregua del sindacato di legittimità della motivazione della sentenza del giudice civile, e, pertanto, sussisterebbe anche quando i motivi della decisione siano (non necessariamente, mancanti ma) insufficienti ed inadeguati³⁷⁶.

Tale convinzione si basa sulla constatazione, che chi scrive ritiene di condividere, che «*non qualsiasi discorso è [...] motivazione in senso proprio, ma solo l'argomentazione che per struttura e contenuto sia idonea a giustificare razionalmente la decisione*³⁷⁷»

Tuttavia, anche si ritenesse il vizio di logicità non rilevabile in sede di impugnazione, ciò non significa che la decisione degli arbitri non debba essere logica e razionale: la mancata rilevabilità di un vizio non significa che quel vizio non esista più; in altre parole occorre distinguere, come l'illustre autore citato suggeriva già con il titolo della propria opera, la logica del giudice (*rectius*, dell'arbitro) dal suo controllo.

In quest'ottica, che «*gli arbitri dovranno rendere ragione nella motivazione del loro operato, anche sotto il profilo istruttorio*³⁷⁸», è del resto convinzione del più schietto sostenitore della libertà delle forme in arbitrato che è Salvatore Satta, poiché la libertà mai deve divenire arbitrio.

Va da sé che entro tale cornice sarà concesso all'arbitro di utilizzare lo strumento della prova inferenziale o per presunzione anche oltre i limiti di cui all'art. 2729 c.c.

Altro aspetto su cui incide l'obbligo di motivazione, questa volta connesso al principio del contraddittorio, è quello riguardante il rigetto delle richieste

³⁷⁵ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 509.

³⁷⁶ Cfr. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 287 s.; TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1991, 507 ss. Quest'ultimo peraltro, oltre ad affermare la tendenziale coincidenza del rilievo del vizio di motivazione tra giudizio arbitrale e giudizio di Cassazione (anche se non manca di rilevare come il mancato riferimento dell'art. 829, n. 5, c.p.c. alla contraddittorietà debba far intendere che ivi rilevi solo «quella più grave ipotesi in cui la contraddittorietà della motivazione del lodo equivale ad una omissione sostanziale dei motivi»), critica la giurisprudenza della Suprema Corte che interpreta in modo restrittivo l'art. 360, n. 5, c.p.c., prendendo in considerazione la contraddittorietà solo «*quando sia tale che la decisione appaia in realtà priva di giustificazione*». In giurisprudenza cfr. Cass. 25 ottobre 1986, n. 6264, cit.; dello stesso tenore Cass. 25 ottobre 1989, n. 6264; cfr. infine Cass. 22 febbraio 1993, n. 2177 in *Mass. Giur. It.*, 1993, secondo la quale comporta vizio rilevante ex art. 829, n. 5, c.p.c. «*la motivazione che non consenta di comprendere la ratio della decisione e di apprezzare se l'iter logico seguito dagli arbitri per addivenire alla soluzione adottata sia percepibile e coerente*».

³⁷⁷ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 511.

³⁷⁸ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano 1971, 277.

istruttorie, e per il quale una recente pronuncia della Cassazione³⁷⁹ ha ritenuto la decisione arbitrale che quel rigetto ometteva di motivare, come immune da vizi. Si veda a proposito il commento critico di Fazzalari³⁸⁰, che rileva come i risultati dell'estrinsecarsi del contraddittorio tra le parti possono essere «disattesi dall'autore del provvedimento, ma non obliterati», dal che l'Autore ricava una «corrispondenza biunivoca tra contraddittorio e motivazione del provvedimento».

9. I principi e le norme di diritto probatorio non necessariamente applicabili nell'arbitrato: a) il principio di tipicità della prova ed il divieto dell'acquisizione delle prove illecite

Già abbiamo detto della non appartenenza all'ordine pubblico processuale del principio di tipicità della prova, e richiamato la dottrina contraria alla sua stessa configurabilità (*supra*, cap. 2, § 17). Ne consegue, come per gli altri principi presi in considerazione, la sua non cogenza in materia arbitrale.

A questo punto non resta che confrontare la conclusione cui siamo giunti con la dottrina che sul punto si è espressa in riferimento all'arbitrato.

Sembra a proposito di poter riscontrare un'opinione maggioritaria favorevole al superamento, nell'esperienza arbitrale, del principio in esame³⁸¹.

Taluni ritengono che le parti «*possono ben prevedere l'ammissibilità di mezzi di prova atipici ed autorizzare gli arbitri a disporli d'ufficio*³⁸²».

Altri, critici nei confronti della «teoria delle prove atipiche», sulla scia del Cavallone, risolvono il problema constatando che «*la tipicità della prova è un concetto molto relativo*³⁸³», e che se si assumono come «tipo» categorie generali come, ad esempio, la prova documentale, tutte le fonti di prova possono farvisi rientrare e dunque essere ammissibili, concludendo che nell'arbitrato possa avere ingresso «*ogni sorta di fonte di prova*», anche se sarebbero cogenti le forme processuali ordinarie³⁸⁴.

³⁷⁹ Cass. 21 settembre 2001, n. 11936 in *Riv. arb.*, 2001, 685 ss.

³⁸⁰ E.FAZZALARI, *Contraddittorio e motivazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 687 ss. (nota a Cass. 21 settembre 2001, n. 11936).

³⁸¹ Oltre agli autori citati nelle note successive cfr. E. FAZZALARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)* in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1987, 399

³⁸² MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1997, 310. L'Autore precisa altresì che ciò deve avvenire «*con l'esclusione di quelli che violino l'ordine pubblico o il buon costume*». Conf. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 175;.

³⁸³ La CHINA, *op. ult. cit.*, 167.

³⁸⁴ Fonti di prova e forme processuali sono i due distinti aspetti in cui può estrinsecarsi l'atipicità della prova. Sul punto cfr. *supra*, cap. 2

Riguardo alle prove di provenienza illecita, sembra evidente che la risposta alla loro ammissibilità nell'arbitrato derivi integralmente dal fatto che le si consideri o meno contrarie all'ordine pubblico (sul punto si veda *supra*, cap. 2).

La dottrina maggioritaria in materia arbitrale è in senso contrario³⁸⁵.

10. Segue: b) Il principio dispositivo in ordine alla prova ed il conseguente divieto di iniziative istruttorie officiose

Anche in relazione al principio in esame il discrimine che va individuato per rispondere alla domanda se gli arbitri debbano sottomettersi, rinunciando quindi ad iniziative probatorie officiose, almeno sino a quando non espressamente autorizzati dalle parti, è quello dell'appartenenza o meno del principio all'ordine pubblico processuale.

In relazione al principio espresso dall'art. 115, comma 1, c.p.c., infatti, pochi dubbi vi sono sulla sua appartenenza al diritto processuale³⁸⁶, e non a caso la dottrina convinta della sua estraneità ai principi irrinunciabili del processo lo ritiene pienamente superabile dagli arbitri.

Vi è chi si spinge sino ad affermare che «*l'istruttoria arbitrale [...] è retta dal principio officioso*³⁸⁷», ma in ogni caso l'interpretazione prevalente ammette l'iniziativa officiosa dell'arbitro³⁸⁸.

11. Segue: c) Le norme sui limiti di ammissibilità della prova e l'arbitrato

Dalla disamina svolta nei primi due capitoli è emerso, implicitamente, che non trovano necessaria applicazione all'interno del fenomeno della giustizia privata le norme relative ai limiti di ammissibilità della prova.

Esse, difatti, non rientrano tra le eccezioni alla regola della generale estraneità del diritto delle prove all'ordine pubblico processuale, ed in forza del principio di

³⁸⁵ Cfr. C. CECHELLA, *op. ult. cit.*, 177.

³⁸⁶ Si rinvia sul punto all'ampia ricostruzione svolta *supra*, cap. 2.

³⁸⁷ S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 165. L'Autore giustifica l'assunto evidenziando che l'arbitrato «*mira decisamente alla verità reale dei fatti*» e constatando nella giustizia privata «*un di più di fiducia personale verso il giudicante, di intuitus personae*». L'interpretazione trova il suo fondamento nel pensiero del RICCI, cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 93. Considerazione che è condivisibile, ma la cui portata potrebbe non essere limitare al solo problema del principio dispositivo o inquisitorio, ma estesa al diritto delle prove complessivamente inteso.

³⁸⁸ E. RICCI, *ibid.*, che ritiene che il principio dispositivo sia riconducibile entro l'area dominata dall'(allora) art. 816, comma 2, c.p.c.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 157, il quale evidenzia le concessioni al potere inquisitorio del giudice presenti in alcuni regolamenti arbitrali, come il Regolamento Nazionale dell'A.I.A.; S.M. CAVATORTA, *op. cit.*, 65; D. GIACOBBE, *La prova*, in *Arbitrato, ADR conciliazione*, a cura di M. RUBINO-SAMMARTANO, Torino, 2009, 744. *Contra* A. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, cit., 892 s; M. MAFFINUCCI, *Le regole del procedimento arbitrale*, cit., 436.

libertà delle forme e della ampiamente illustrata non applicazione residuale della disciplina comune in materia di prove all'arbitrato, potranno non essere applicate dagli arbitri e/o la loro applicazione potrà essere esclusa per volontà delle parti, con le modalità previste dalla disciplina speciale dell'istituto.

In questa sede ci si limita soltanto a corroborare quanto già emerso con ulteriori elementi, oltre che a registrare le opinioni – talvolta concordi – talvolta contrarie – della dottrina e della giurisprudenza.

Ci si occuperà principalmente dei limiti di ammissibilità alla prova testimoniale.

La dottrina maggioritaria ritiene che gli arbitri di diritto siano tenuti in ogni caso all'osservanza delle norme sui limiti di ammissibilità della prova³⁸⁹ e detta dottrina trova riscontro in giurisprudenza³⁹⁰.

L'assunto è figlio della convinzione del carattere sostanziale delle norme sui limiti di ammissibilità della prova, almeno con riferimento ai limiti riguardanti la prova dei contratti contenuti nel codice civile.

Se, infatti, si ritiene il carattere sostanziale delle norme contenuto negli artt. 2721 ss. c.c., ne discende che essi dovranno essere applicate dagli arbitri, a meno che essi siano dispensati dall'applicazione delle norme di diritto e chiamati a decidere secondo equità.

In parte diverso è il discorso per le norme previste dal codice di procedura, che contiene i c.d. limiti soggettivi alla prova per testimoni³⁹¹.

³⁸⁹ Già M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868, 177, riteneva che «il riconoscere quali prove si debbano ammettere e quali respingere dipende dall'applicazione dei principii del diritto, i quali devono o non devono osservarsi, secondo che gli arbitri decidono giusta le regole del diritto, oppure come amichevoli compositori». Nella dottrina recente cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 174; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 499 s. Sul punto si veda anche L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 165, sul pensiero del quale cfr. *amplius, infra*, che ritiene nell'arbitrato di equità sia più agevole giustificare il superamento dei limiti di ammissibilità della prova. Ritiene invece che anche gli arbitri di equità siano tenuti al rispetto delle norme sulle prove, nonostante ne affermi la natura sostanziale, D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 739, secondo la quale l'equità riguarda solo «le regole di giudizio che gli arbitri devono applicare per definire la controversia. Le norme sulle prove disciplinano, invece, il ruolo degli elementi, di fatto e di diritto, che il giudicante deve porre a fondamento della propria decisione e, quindi, esse si pongono in una posizione logicamente antecedente rispetto alle norme che devono essere applicate per pervenire alla soluzione della lite». Sembra di poter dire, anche alla luce della dottrina richiamata in nota, che l'A. da ultimo citato sia incorso in un equivoco: le ragioni espresse sono quelle per le quali non si può che essere convinti della natura processuale e non sostanziale delle norme di diritto probatorio, e su cui cfr. *supra*, *Introduzione*, e da cui discende, come giustamente affermato dalla dottrina citata dall'A. (AULETTA, G.F. RICCI), la soggezione a quelle anche degli arbitri di equità (se si ritengono gli arbitri soggetti alle norme processuali comuni o se così han disposto le parti). Diversamente, se le si ritiene norme sostanziali, non si può che trarne la conseguenza (errata secondo la prospettazione preferita nel testo) che esse si atteggino diversamente nell'arbitrato di equità rispetto all'arbitrato di diritto. Sul punto si veda l'ampia disamina di E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 27 ss. Nel senso invece che la libertà degli arbitri comprenda anche la possibilità di disattendere le norme relative all'ammissibilità dei mezzi di prova cfr. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 199; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 174; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 526.

³⁹⁰ Cfr. App. Roma, 30 settembre 1985, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1985.

³⁹¹ Cfr. L.P. COMOGLIO, *Le Prove civili*, cit., 441 ss. Così anche S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 174.

La distinzione non è tanto importante dal punto di vista concettuale, quanto dal punto di vista normativo, dal momento che da quella distinzione la giurisprudenza ritiene di desumere il carattere sostanziale delle norme contenute nel codice civile, e detta bipartizione è considerata decisiva anche da una parte della dottrina³⁹².

Ne consegue che per le norme sui limiti soggettivi alla prova per testimoni è ben più agevole e condivisa l'affermazione del carattere processuale³⁹³.

Ritenendo il carattere processuale delle norme sui limiti di ammissibilità delle prove³⁹⁴, considerarle cogenti per gli arbitri di diritto a prescindere da una diversa volontà delle parti può solo dipendere dalla convinzione della loro appartenenza all'ordine pubblico processuale o dalla convinzione che le norme processuali dettate per il rito ordinario costituiscano lo *ius commune* del giudizio arbitrale e, contemporaneamente, che le norme in questioni non rientrino nel campo di applicazione dell'art. 816 *bis* c.p.c.³⁹⁵.

Non manca peraltro chi in dottrina, ritenendo le norme sui limiti di ammissibilità delle prove di natura processuale e concordando sulla non automatica applicazione della disciplina processuale comune all'arbitrato, in difetto di diversa volontà delle parti o, in loro difetto, degli arbitri, concorda sul fatto che i giudici privati, se i compromittenti non hanno diversamente stabilito, non sono tenuti alla loro applicazione³⁹⁶.

E' rimasto sullo sfondo il problema del rapporto di quei limiti con l'ordine pubblico processuale.

E' fin troppo evidente, infatti, che, se non le si ritiene norme processuali, non possono appartenere all'ordine pubblico processuale.

Tuttavia anche le norme sostanziali hanno con l'arbitrato un rapporto ben definito, determinato dalla possibilità che gli arbitri siano chiamati dalle parti a decidere

³⁹² In dottrina, sul fatto che il discrimine tra norme probatorie sostanziali e norme probatorie processuali sia dato dalla collocazione nel codice civile ovvero nel codice di procedura cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 643 s.; condivide il pensiero di PUNZI G. GIACOBBE, *La prova*, cit., 738.

³⁹³ Per un'indicazione in tale senso in giurisprudenza cfr. Cass. 10 settembre 1999, n. 9640 in *Danno e Resp.*, 2000, 5, 502.

³⁹⁴ Non si intende tornare sulla questione della processualità delle norme sulle prove: si sono già espresse le ragioni a sostegno di questa tesi, e richiamato a conferma l'illustre dottrina che si è pronunciata in argomento.

³⁹⁵ Così, sia sotto il profilo del carattere irrinunciabile di quelle norme sia sotto il profilo dell'interpretazione dell'(allora) art. 816 c.p.c., è per E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 81 ss. Il pensiero dell'Autore è già stato ampiamente illustrato supra, nel testo, cap. 1. e 2. Egli ritiene, come ormai noto, che «quella diffidenza verso la testimonianza di certi soggetti o verso la testimonianza in genere, ovvero quell'intento di favorire il più possibile la prova scritta [...] non possono non farsi avvertire più, solo perché si sostituisce all'autorità giudiziaria un giudice occasionale» (*Id.*, 87).

³⁹⁶ Così E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 175; F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 199; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 526.

senza l'applicazione del diritto, ma con il limite, in ogni caso, dell'ordine pubblico, questa volta sostanziale³⁹⁷.

In definitiva l'autonomia delle parti incontra, sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo processuale, il limite dell'ordine pubblico.

E, quanto ai limiti di ammissibilità alla prova testimoniale previsti dal codice civile, è assolutamente pacifico in giurisprudenza, che quelle norme ritiene di natura sostanziale, almeno con riferimento a quelle contenute nel codice civile, che si tratti di norme poste nell'interesse delle parti perché non appartenenti all'ordine pubblico³⁹⁸.

Ne consegue che, seguendo, in ipotesi, la posizione della giurisprudenza che ritiene quelle norme come norme sostanziali e non processuali, quanto finora affermato non perde in assoluto valore, ma viene ridimensionato al solo arbitrato d'equità.

Peraltro resta valida a tal fine la disamina contenuta nel capitolo 2, in quanto là è stato affrontato a tuttotondo, con un'analisi che ha percorso temi di teoria generale e di diritto comparato, il problema del carattere indispensabile o meno del diritto delle prove, e soprattutto sotto il profilo del diritto comparato l'esclusione di tale sacralità in relazione ai limiti di ammissibilità è sembrata netta. Ciò rende irrilevante, a ben vedere, se ci si debba confrontare con l'ordine pubblico sostanziale o con l'ordine pubblico processuale, essendo in ogni caso certo, e confermato dalla nostra giurisprudenza, che quelle sui limiti di ammissibilità alla prova testimoniale non sono norme imprescindibili.

Per completezza e chiarezza espositiva è opportuno soffermarsi ancora un attimo sulla *ratio* dei limiti di ammissibilità alla prova per testimoni dei contratti, pur avendo già compiuto incidentalmente detta analisi *supra*, cap. 2.

In dottrina si è sostenuto che *«alcune norme non riguardano invero primariamente la prova dei contratti, ma la loro disciplina sostanziale, come accade*

³⁹⁷ Sull'arbitrato d'equità si vedano in ogni casi i cenni contenuti *infra*, cap. 4.

³⁹⁸ Secondo Cass. 12 febbraio 1977, n. 629, in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *prova testimoniale*, n. 8, «l'inosservanza delle norme che concernono le limitazioni poste dagli art. 2721 e segg. c.c. all'ammissibilità della prova testimoniale, non può essere rilevata d'ufficio, né eccepita dalla parte interessata dopo l'espletamento della detta prova e, tantomeno, per la prima volta in cassazione, giacché, non essendo tali norme fondate su ragioni d'ordine pubblico, la prova stessa deve ritenersi acquisita al processo quanto sia stata eseguita senza opposizione dell'interessato». Conf. Cass. 3 dicembre 1977, n. 5251, in *Rep. Foro It.* 1977, voce *prova testimoniale*, n. 6; da ultimo, Cass. 28 aprile 2006, n. 9926 in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *prova testimoniale*, n. 4; Cass. 14 febbraio 2006, n. 166 in *Rep. Foro It.*, 2006, *Id.*, n. 6; conf la non appartenenza all'ordine pubblico per quanto riguarda l'inammissibilità della prova per testi dei contratti cui è prevista la forma scritta *ad probationem* Cass. 8 gennaio 2002, n. 144 in *Rep. Foro It.*, 2002, voce *prova testimoniale*, n. 8; Cass. 20 febbraio 2004, in *Rep. Foro It.*, 2004, *Id.*, n. 6. *Contra*, nel senso che l'inammissibilità di una prova per testi per contrasto con le norme che la vietano (art. 2722, 2725 c.c.) può essere rilevata anche per la prima volta in appello cfr. Cass. 8 marzo 1997, n. 2101, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *prova testimoniale*, n. 19.

ogniquale volta la forma scritta sia richiesta come requisito di validità del negozio³⁹⁹».

Quando la legge richiede la prova scritta anche se un atto è validamente concluso in forma orale si ha invece senz'altro un problema di diritto probatorio. L'Autore citato in nota non ritiene tuttavia che l'esclusione dell'ammissibilità della prova orale possa derivare esclusivamente dalla sfiducia nei confronti di quest'ultima, sotto il profilo della sua attendibilità. Se fosse solo questione di attendibilità, essa potrebbe essere risolta dal giudice, e non sarebbe necessario prevederne invece l'esclusione. Ecco allora lo spunto dell'Autore, che giustifica diversamente la *ratio* del limite, affermando *che «il codice [civile, ndr] sembra dare la prevalenza, in materia di contratti, alle prove che provengono dalle stesse parti che hanno espresso la volontà negoziale, piuttosto che alle prove – come la testimonianza, provenienti da terzi. Si tratterebbe, in altri termini, di una sorta di estensione implicita del dogma della volontà alla materia delle prove, la cui fondatezza andrebbe attentamente valutata⁴⁰⁰»*

Ragione giustificatrice diversa, e anche diverso peso, seppur concordando sull'individuazione di una *ratio* di diritto sostanziale più che di diritto processuale sembra invece dare delle norme limitative dell'ammissibilità della testimonianza Verde⁴⁰¹, secondo il quale la prevalenza della prova documentale non riguarderebbe soltanto il processo ma *«lo stesso problema della circolazione dei beni, che, nel nostro ordinamento, è largamente improntato al formalismo giuridico»* e che si inserisce in una civiltà che *«di sicuro non fonda sulla fiducia»⁴⁰².*

Altri ancora hanno ritenuto, invece, ragione giustificatrice dei limiti alla prova testimoniale *«una società poco sensibile alla bona fides nei rapporti umani⁴⁰³»*.

Si tratta, in definitiva, di una conferma di quanto ritenuto dalla giurisprudenza, ossia l'estraneità di quelle norme all'ordine pubblico.

Quanto ai limiti soggettivi alla prova per testimoni, ci si riferisce essenzialmente all'art. 246 c.p.c., poiché le norme seguenti sono state dichiarate costituzionalmente illegittime.

³⁹⁹ M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 84. In questi casi la giurisprudenza prevalente ritiene che si abbia a che fare con l'ordine pubblico, e di conseguenza afferma la rilevanza d'ufficio della relativa inammissibilità. Tra le tante pronunce, cfr. Cass. 8 gennaio 2002, n. 144 in *Corr. giur.*, 2002, 3, 294. Sul punto cfr. anche R. MURONI, *sub art. 2725 in Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 18.

⁴⁰⁰ M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 87.

⁴⁰¹ G. VERDE, *La Prova nel processo civile (Profili di teoria generale)*, cit., 10

⁴⁰² Sul punto, dello stesso Autore, *Prova legale e formalismo giuridico*, cit., 465 ss.

⁴⁰³ V. Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove*, cit., 34.

Detta disposizione è già stata esaminata *supra*, cap. 2, ed è emerso come l'ordine pubblico processuale ed i principi del giusto processo tendano ad escluderla, o quanto meno a comprimerla, anziché a giustificarla. Non pare dunque opportuno tornare nuovamente sul punto, se non per ricordare che la giurisprudenza è altresì costante nel ritenere che «*l'incapacità a testimoniare è prevista dall'art. 246 c.p.c. nell'interesse privato ed esclusivo delle parti, onde l'eventuale inosservanza del divieto e la conseguente nullità della testimonianza può essere opposta soltanto dalla parte interessata nel modo e nei termini di cui all'art. 157 c.p.c.*⁴⁰⁴», dunque nel negare all'art. 246 c.p.c. la natura di norma di ordine pubblico.

12. Segue: d) Le norme sull'efficacia legale della prova nell'arbitrato; la sfiducia nei confronti del giudicante come loro ratio giustificatrice a cospetto del rapporto fiduciario sotteso al contratto di mandato agli arbitri

E' arrivato il momento di trarre la conclusione forse più estrema della presente trattazione, almeno considerando che si tratta di un'interpretazione che non trova il riscontro, pur con le precisazioni che seguono, nella prevalente dottrina che si è occupata del problema.

Perché dall'analisi che precede pare di poter concludere, pur consapevoli delle obiezioni che possono essere mosse, che le norme di prova legale non sono cogenti nell'arbitrato.

Il riferimento è all'efficacia di prova legale dell'atto pubblico, della scrittura privata autenticata o legalmente riconosciuta, della confessione, del giuramento (su quest'ultimo, si badi bene, non si sta affrontando in questo momento il problema della sua ammissibilità, su cui *infra*, ma solo, in ipotesi, il suo valore probatorio, anche se occorre anticipare che la dottrina prevalente non distingue i due aspetti, ritenendo che un giuramento che non abbia valore di prova legale non sia un «giuramento»).

E' superfluo richiamare ancora una volta le ragioni di tale interpretazione, che sono state già riassunte all'inizio del capitolo.

Non resta dunque che esaminare le posizioni, prevalentemente contrarie, della dottrina e della scarna giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, non prima di indicare un ulteriore elemento, che sin qui è rimasto sullo sfondo, a sostegno della tesi proposta.

⁴⁰⁴ App. Milano 9 marzo 1976 in *Arch. civ.*, 1976, 1361; Conf. Cass. 14 gennaio 1977, n. 189 in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *prova testimoniale*, n. 37; Cass. 3 dicembre 1977, n. 5251 in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *prova testimoniale*, n. 39; Cass. 28 ottobre 1977, n. 4647 in *Rep. Foro It.*, 1977, voce *prova testimoniale*, n. 40.

Si tratta dell'osservazione che, appurato che le norme di diritto probatorio in generale e le norme sull'efficacia di prova legale in particolare⁴⁰⁵ trovano il loro fondamento nella sfiducia nei confronti del giudicante, un ulteriore argomento per la loro derogabilità all'interno della giustizia privata è dato dal carattere fiduciario del rapporto che lega parti ed arbitri, riconducibile al contratto di mandato⁴⁰⁶.

Insomma, fermo restando tutto quanto emerso, e chiarendo che tale osservazione non avrebbe alcun valore se avessimo concluso per l'appartenenza all'ordine pubblico processuale, o al diritto sostanziale, di quelle norme, sembra un dato che in un processo dove il giudice è scelto dalle parti, non trova spazio quella sfiducia nelle capacità del giudicante che ha indotto il legislatore italiano a predeterminare il valore probatorio di alcuni mezzi di prova.

Tale osservazione trova un indiretto riscontro in dottrina⁴⁰⁷, laddove si è sostenuto, rispetto all'ammissibilità del giuramento decisorio, che il «*carattere «decisorio» del giuramento e l'efficacia di prova legale ad esso attribuita, vincolando il giudice alle risultanze della dichiarazione resa, si porrebbero in aperta dissonanza rispetto alla ratio giustificatrice del giudizio arbitrale, che è quella «di devolvere la formazione della decisione al giudizio di soggetti nei quali le parti stesse nutrano particolare fiducia*⁴⁰⁸». L'Autore citato esclude la fondatezza del rilievo, considerando, tra l'altro, che «*così ragionando, il medesimo trattamento dovrebbe essere riservato a tutte le prove legali (confessione, atto pubblico)*», e che «*occorre tener conto che le regole sulla prova legale costituiscono determinazioni fissate a priori dal legislatore; non si vede quindi perché negarne l'efficacia in un giudizio, come quello arbitrale, che persegue finalità identiche e porta ad effetti equiparabili*⁴⁰⁹».

Interessante è in particolare la prima proposizione. Perché in effetti quell'osservazione, sopra richiamata e riferita al giuramento decisorio, ha colto un aspetto comune a tutte le prove legali⁴¹⁰, ed a tale proposito non va confusa, come anticipato, la problematica dell'ammissibilità del giuramento da quella della sua efficacia di prova legale. Si tratta, *tout court*, di quanto si è appena osservato riguardo al carattere fiduciario dell'arbitrato, in confronto con la *ratio* delle regole di prova legale che si incentra sulla mancanza di quella fiducia.

⁴⁰⁵ Abbiamo appena visto, ad esempio, con riguardo ai limiti di ammissibilità alla prova dei contratti, che attenta dottrina individua, accanto ad essa, altre e diversi fondamenti teorici. Cfr. *supra*, § 9.

⁴⁰⁶ Cfr. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 95 ss.

⁴⁰⁷ In senso conforme, invece, anche se l'Autore non trae esplicitamente le conseguenze descritte nel testo in ordine alla disciplina legale della prova, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 68 ss.

⁴⁰⁸ Cfr. F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., 35, che fa riferimento a S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 278.

⁴⁰⁹ F. DANOVI, *op. ult. cit.*, 36.

⁴¹⁰ Sul punto cfr. anche F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 200.

La seconda proposizione pare invece che non provi a sufficienza: perché mai non si dovrebbe negare l'efficacia delle regole sulla prova legale sulla base del fatto che esse sono predeterminate da legislatore? Forse che il principio dispositivo in ordine alla prova, che lo stesso Autore considera rinunciabile, seppur per espressa previsione pattizia, nell'arbitrato, non è predeterminato dal legislatore? E non lo sono le norme di stretta tecnica processuale (che, come vedremo *infra*, non sono ritenute cogenti dalla dottrina prevalente)?

In realtà la ragione primaria per la quale la dottrina maggioritaria ritiene cogenti nell'arbitrato le norme sull'efficacia legale della prova è che esse sono ritenute di natura sostanziale⁴¹¹, e, comunque, perché non sono norme di mera tecnica processuale, secondo la già vista interpretazione restrittiva dell'art. 816 *bis* c.p.c.⁴¹². Parte della dottrina, infine, appare disinteressarsi del problema, dando per scontato, si deve ritenere, che quelle norme sono necessariamente applicabili perché di natura sostanziale⁴¹³.

Già si sono esaminate quelle obiezioni, di cui la più fondata sembra la prima, nonostante quanto abbiamo ampiamente argomentato sulla natura processuale delle norme di diritto probatorio.

⁴¹¹ Cfr. già in questo senso G. MORTARA, *Commentario*, cit., 148, il quale affermava, con riferimento al giuramento, che «*si tratta di un mezzo di prova legale, contemplato e disciplinato nel codice civile, come le prove per documenti. E alla stessa guisa che gli arbitri non potrebbero negar fede a un atto pubblico, così non mi pare che possono negarla al giuramento*». Che la ragione della cogenza anche nell'arbitrato delle norme di prova legale, sia, per il Mortara, l'appartenenza di quelle disposizioni al codice civile e la loro conseguente natura sostanziale lo dimostra il fatto che egli è convinto che le norme processuali ordinarie non costituiscano una disciplina applicabile, di regola, all'arbitrato (*op. ult. cit.*, 147). In senso conforme E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 469, secondo il quale dall'applicazione di alcune norme di prova legali possono essere dispensati gli arbitri d'equità. Tra la dottrina più recente S. LA CHINA, *op. ult. cit.*, 183, che per giustificare quella stessa cogenza fa leva sull'art. 116, comma 1, c.p.c., e sull'enunciazione del principio del prudente apprezzamento, *salvo che la legge disponga altrimenti*. L'Autore dà per scontato che si tratti della legge sostanziale, ma non vi è dubbio che la norma niente dica sulla natura processuale o sostanziale delle norme di prova legale; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 643 ss., distingue tra *probationes probatae*, contenute nel codice civile e *probationes probandae*, contenute nel codice di procedura, ritenendo che le prime, in quanto di natura sostanziale, dovranno necessariamente essere applicate dagli arbitri di diritto che, ad esempio, «non potranno negare all'atto pubblico l'efficacia di pubblica fede ad esso attribuita dall'art. 2700 c.c.». Cfr. anche D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 751. Sulla natura sostanziale delle norme sulle prove, che al più possono essere rinunciate nell'arbitrato d'equità anche G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 499, il quale ritiene che mentre i limiti di ammissibilità alla prova testimoniale siano superabili ove le parti autorizzino gli arbitri a decidere «*senza vincoli in iudicando*», lo stesso non possa dirsi per le norme di prova legale. L'atteggiamento più ricorrente della dottrina, a dire il vero, è di indifferenza verso la sorte di quelle norme nel «procedimento arbitrale».

⁴¹² Su cui *supra*, cap. 1. In ogni caso si veda, con riferimento al previgente art. 816, comma 2, c.p.c. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 74.

⁴¹³ Non fa menzione del problema R. MARENCO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 310, che si limita a considerare le norme del codice civile sui limiti di ammissibilità della prova; si veda anche F. DANOVI, *L'istruzione probatoria*, cit., che ne fa cenno solo incidentalmente; E. FAZZALARI, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 68 ss., che sembra orientato verso l'interpretazione che l'intero regime delle prove nell'arbitrato sia dominato dal principio di libertà delle forme, non avendo la «*disciplina dettata dal nostro codice civile in materia di prove [...] natura di disciplina sostanziale*»; S. MAGNONE CAVATORTA, *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008.

Ogni diversa considerazione pare, almeno ad avviso di chi scrive, condizionata da un pregiudizio ideologico influenzato da una sorta di sacralità delle norme di prova legale.

In dottrina si riscontrano alcune, tuttavia isolate, opinioni in linea con la ricostruzione prospettata⁴¹⁴: si è sostenuto, ad esempio, che *«le parti, o in loro vece gli arbitri, possono far pieno rinvio al sistema tipico di prove offerto dalla giurisdizione e ai vincoli che quel sistema, per alcune prove (c.d. legali), impone all'accertamento del giudice oppure contrariamente preferire un modello aperto di prove lasciate sempre alla prudente valutazione del giudice»*⁴¹⁵.

Un'apertura, seppur timida, si riscontra anche in Comoglio, che ritiene da una parte che gli unici limiti imprescindibili per arbitri e parti⁴¹⁶ nella disciplina del procedimento, con particolare riferimento alla disciplina della prova, siano, in linea con quanto emerso dall'indagine svolta, il principio del contraddittorio, il divieto di istruzione segreta, l'obbligo di verbalizzazione e il *«rispetto inderogabile di quei limiti di ammissibilità delle prove (ad es., l'indisponibilità sul piano sostanziale del diritto o del rapporto, i cui fatti costitutivi siano l'oggetto di una confessione o di un giuramento decisorio; oppure i divieti di prova per testi di un contratto per il quale sia prevista la forma scritta ad substantiam) che non possono non annoverarsi fra i principi generali di ordine pubblico»*⁴¹⁷.

Dopodiché l'Autore corregge l'impostazione osservando che *«dubbi e perplessità continuano a rimanere per l'arbitrato di diritto, nel quale il silenzio delle parti sulle norme da osservare nel procedimento (art. 816, 2° comma⁴¹⁸) 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. Nell'ottica di questo vincolo tendenziale, nell'arbitrato rituale di diritto sembra*

⁴¹⁴ Per una generale deroga al sistema dei limiti legali della prova, anche per l'arbitrato di diritto, compreso le norme dettate dal codice civile, delle quali l'Autore riconosce implicitamente natura processuale, si veda invece S. SATTÀ, *Commentario*, IV, cit., 277. D'altra parte la conclusione dell'illustre autore è poco significativa, basandosi sulla convinzione della natura non processuale dell'arbitrato, e su cui si veda, *amplius, supra*, cap. 1.

⁴¹⁵ C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 175.

⁴¹⁶ Senza distinzioni tra le rispettive sfere di autonomia, come invece ritiene la dottrina maggioritaria sulla scia del pensiero del Ricci. Sul punto, *supra*, cap. 1.

⁴¹⁷ Conferma l'appartenenza all'ordine pubblico delle norme relative alla forma scritta *ad substantiam* dei contratti la prevalente giurisprudenza. Cfr. Cass. 8 gennaio 2002, n. 144 in *Corr. giur.* 2002, 3, 294; conf. Trib. Bassano del Grappa 19 aprile 2004 in *dir. mercato lav.*, 2005, 364 con nota di ROSIN; Cass. 10 agosto 2001, n. 11054 in Rep. Foro It., 2001, voce *prova civile in genere*, n. 58, secondo la quale il principio per i fatti pacifici non devono essere provati incontra un limite quando la prova verta su un atto per il quale la forma scritta sia richiesta *ad substantiam*. Sembra invece affermare la natura di norma estranea all'ordine pubblico dell'art. 1350 c.c., sostenendo che il giudice di pace che decide secondo equità può non farne applicazione Cass. 27 marzo 2003, n. 4577 in *Arch. civ.*, 2004, 276.

⁴¹⁸ Oggi art. 816 *bis*.

dunque opportuno prospettare soluzioni di mediazione e di compromesso, in forza delle quali: - le prove legali in senso classico (confessione, giuramento, atti pubblici e scritture private autenticate o legalmente riconosciute) sono ammissibili e devono essere assunte od acquisite inderogabilmente come tali, senza che la loro efficacia probatoria vincolata possa dirsi incompatibile con le strutture del giudizio arbitrale o con i poteri decisorii degli arbitri⁴¹⁹»

Per quanto non espressamente ritenuta di natura processuale, pare di poter affermare che egli ritiene, da una parte, la disciplina legale della prova derogabile per volontà delle parti, ex art. 816 *bis* c.p.c., ma, allo stesso tempo, applicabile automaticamente da parte degli arbitri in difetto di contraria volontà di queste. Non è chiaro, allora, il riferimento successivo all'inderogabilità.

Ad ogni modo pare che l'Autore condivida sia il punto della natura processuale delle norme sulle prove, dal momento che le ritiene derogabili ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., sia la loro estraneità all'ordine pubblico processuale, eccetto che per l'elencazione sopra riportata.

Non è ben chiara, invece, l'inclusione tra le «*norme di diritto applicabili*» di quelle «*processuali*», alla luce del disposto dell'art. 816 *bis*⁴²⁰, ma si riscontra, in ogni caso, che la conclusione dell'Autore relativamente all'«*efficacia probatoria vincolata*», nell'arbitrato, della confessione, del giuramento, dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o riconosciuta, a suo stesso dire, è una soluzione «*di mediazione e di compromesso*» che sembra «*opportuno prospettare*».

Rimane, in definitiva, la sensazione che dalla disamina svolta l'Autore avrebbe dovuto, o quantomeno potuto, giungere a opposta conclusione, riguardo al rapporto tra prova legale e arbitrato, ma ciò non ha ritenuto di fare per ragioni di opportunità, compromesso e mediazione, il cui senso mi sembra, per il carattere valutativo e relativo dei termini usato, alquanto sfuggente.

La ricostruzione prospettata ha, a ben vedere, importanti risvolti pratici, poiché risolve nella maggioranza dei casi concreti il problema degli incidenti di cognizione derivanti dalle eventuali istanze di verifica o proposizioni di querele di falso, che saranno in ogni caso esaminati *infra*.

Con riguardo alla scrittura privata, scompaiono poi i problemi derivanti dall'inapplicabilità all'arbitrato, qualora le parti non abbiano rinviato in sede compromissoria alle forme previste dal codice di procedura civile, del meccanismo del riconoscimento tacito della scrittura, puntualizzati da un'attenta dottrina⁴²¹, che

⁴¹⁹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 163 s.

⁴²⁰ Una ragione potrebbe essere il ritenere la disposizione riferita solo alle norme di stretta tecnica processuale, ma dall'esame di altre parti del testo non sembra che questa sia la convinzione dell'autore.

⁴²¹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 650 s.

ha sostenuto, coerentemente con l'impostazione secondo la quale gli arbitri sono tenuti ad applicare soltanto le norme previste dal codice civile, la non automatica applicazione dell'art. 215 c.p.c. e la conseguente necessità, in caso di mancato riconoscimento espresso della sottoscrizione del documento prodotto, di un sistematico ricorso all'istanza di verifica⁴²².

Qualora, infatti, l'osservanza delle norme processuali comuni (tali ritenendo anche quelle relative alla prova e contenute nel codice civile), non sia imposta dalla volontà delle parti e non sia voluta dagli arbitri, la non applicabilità delle norme comuni sull'efficacia legale della prova comporta che le parti potranno contrastare il valore probatorio di un documento con qualsiasi mezzo di prova, e gli arbitri potranno liberamente fondare il loro convincimento.

Non si porrà dunque a priori il problema dell'osservanza delle norme relative alla verifica, né di quelle relative alla querela di falso, con conseguente soluzione del problema relativo alla compatibilità di quegli strumenti incidentali di cognizione con il fenomeno arbitrale (e su cui *infra*). Gli arbitri saranno liberi, nel caso, di fondare il loro convincimento anche attraverso ausili tecnici come scritture di comparazione e perizie calligrafiche, ma ciò rientrerà nel loro libero apprezzamento e non si porrà alcun problema di applicazione delle norme del codice di procedura civile di cui agli artt. 214 ss.⁴²³.

Qualche parola in più merita essere spesa in relazione all'efficacia di prova legale del'atto pubblico e della scrittura privata.

Poiché, quanto al primo, viene in gioco la c.d. «pubblica fede», e, per entrambi, occorre confrontarsi, per completezza espositiva, con la norma di cui all'art. 1368 c.c., che dispone che «*la transazione nei giudizi civili di falso non produce alcun effetto, se non è stata omologata dal tribunale, sentito il pubblico ministero*».

Il primo aspetto, che non a caso non costituisce un argomento utilizzato comunemente dalla dottrina per sostenere la cogenza delle norme di prova legale nell'arbitrato, si presta a facili suggestioni solo ad un interprete poco attento.

Poiché la «*pubblica fede*» è sì indice del rilievo pubblicistico delle norme di prova legale, ma tale caratteristica non va confusa con l'appartenenza all'ordine pubblico

⁴²² Sui problemi di compatibilità di detto istituto con l'arbitrato e su cui si veda *infra*. Detti problemi appaiono del resto come la conseguenza inevitabile della distinzione delle norme sulle prove tra processuali e sostanziali, a seconda che siano contenute nel codice civile o nel codice di procedura civile, e, dunque, ancora una volta, dimostrano come quella distinzione voluta dal legislatore del 1940-42 sia quanto mai arbitraria.

⁴²³ Secondo questa ricostruzione l'efficacia di prova di un atto pubblico o di una scrittura privata legalmente riconosciuta sarà suscettibile di una prova contraria all'interno del processo, e non solo di una prova extraprocedimentale, nel giudizio di querela di falso, secondo la ricostruzione prospettata di L.LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 611 ss, su cui si veda *supra*. Cap. 2, § 9.

della norma che tale caratteristica attribuisce all'atto formato da un pubblico ufficiale.

Natura pubblicistica ha, infatti, tutto il diritto processuale civile, ed allora, semmai, quella caratteristica è indice ancora una volta della natura processuale e non sostanziale della norma.

Diverso dall'appartenenza all'ordine pubblico è il problema della derogabilità convenzionale: il carattere pubblicistico la esclude nel modo più assoluto, per cui sarebbe senz'altro nullo un negozio processuale volto ad escludere la pubblica fede e l'efficacia legale di un atto pubblico. Nell'arbitrato, tuttavia, il discorso è diverso, poiché si tratta di un'esperienza caratterizzata dal principio di libertà delle forme, per cui riguardo alla disciplina processuale comune, come visto, non si ha un problema di derogabilità, ma, più semplicemente, di estraneità alla medesima esperienza⁴²⁴; in ogni caso, anche a voler parlare di derogabilità, questa sarebbe consentita, eccezionalmente, dall'art. 816 *bis*, c.p.c.

Ciò posto, si è indirettamente chiarito anche il secondo aspetto del problema: perché l'intransigibilità derivante da un'interpretazione *cum grano salis* degli artt. 1366 ss., ed in relazione alla quale illuminante è il pensiero del Ricci⁴²⁵ che l'art. 1968 vada interpretato in senso assolutamente restrittivo, niente altro apporta alla nostra indagine se non l'ovvia considerazione che sulle norme di efficacia legale della prova è inammissibile e nullo qualsiasi negozio, proprio per la loro natura processuale, così come sarebbe nullo il negozio con le quali le parti stabilissero che, in un dato processo civile, la prova per testimoni fosse ammissibile anche se avente ad oggetto patti contrari contestuali al contenuto di un documento.

Nell'arbitrato, dominato dalla libertà delle forme, per ritenere quelle norme non operanti non è necessario un negozio processuale, e argomentare altrimenti dalla non compromettibilità in arbitri della materia significa confondere l'oggetto (necessariamente dispositivo) del giudizio arbitrale con le norme riguardanti il *quomodo* dell'accertamento.

Ulteriori considerazioni sui giudizi civili di falso, con riferimento al procedimento per querela di falso civile, verranno svolte in sede di esame delle c.d. norme incompatibili con l'arbitrato (*infra*, § 18).

13. Segue: e) Le norme sulle modalità di assunzione della prova e le altre norme sulla dinamica della fase istruttoria

⁴²⁴ Ciò se si è d'accordo con la tesi per cui le norme processuali comuni non costituiscono la disciplina residuale del giudizio arbitrale su cui, *amplius*, cap. 1

⁴²⁵ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 56.

Appurato che nell'arbitrato non vige il principio di tipicità della prova e contemporaneamente esso è dominato dalla libertà delle forme, ne consegue che non troveranno applicazione le norme regolanti le forme di assunzione delle prove costituenti e le norme relative alla dinamica della fase istruttoria, ossia «*alle modalità di forma, tempo luogo delle istanze e in genere degli atti istruttori*»⁴²⁶.

Se la seconda affermazione non incontra alcuna apprezzabile obiezione in dottrina, rientrando quelle norme tra quelle regolanti «*l'iter del procedimento*», per cui esse sono ritenute assoggettate al disposto dell'art. 816 *bis*, c.p.c., anche privilegiando una sua interpretazione restrittiva⁴²⁷, riguardo al primo aspetto la posizione degli interpreti va di pari passo con quella relativa all'ammissibilità delle prove atipiche, che qui devono essere intese nel senso di «prove atipicamente assunte».

Vi è a proposito chi ritiene che le prove debbano essere introdotte «*nelle forme procedurali proprie del nostro sistema processuale*»⁴²⁸.

Si deve ritenere invece, per quanto emerso dalla presente indagine, che dette norme non siano cogenti per gli arbitri, ed a proposito certo non si può negare che esse siano norme processuali né che siano estranee all'ordine pubblico⁴²⁹.

L'unica ragione a sostegno della tesi contraria resta quindi la convinzione della coerenza in arbitrato del principio di tipicità della prova, intesa come tipicità delle forme di introduzione dei mezzi di prova nel processo. Sull'infondatezza, a parere

⁴²⁶ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 89.

⁴²⁷ Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 89 s.; si veda anche R. VECCHIONE, *op. cit.*, 521 ss; D. GIACOBBE, *La prova*, cit., 738 s.; G.F. RICCI, *sub art. 816 ter in Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F. CARPI, 2a ed., Bologna, 2007, 419, che si riferisce agli artt. 202-208 c.p.c., ritenendole disposizione meramente ordinatorie, fatta eccezione quelle, come l'art. 206 c.p.c., che tutelano indirettamente il principio del contraddittorio.

⁴²⁸ Cfr. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 168; dello stesso avviso G. F. RICCI, *op. ult. cit.*, 419, che ritiene che forme di acquisizione diverse da quelle previste dal codice di rito per singoli mezzi di prova sarebbero lesive del principio del contraddittorio. Contra C. PUNZI, *Disegno sistematico*, I, cit., 644, il quale prende ad esempio dell'art. 232 c.p.c. riguardante le conseguenze della mancata risposta all'interrogatorio formale, per escluderne l'applicabilità all'arbitrato in quanto disciplina di una *probatio probandae* (l'interrogatorio formale) come tale appartenente al diritto processuale e superabile perciò dal principio della libertà delle forme; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 69, il quale ritiene che le parti possono regolare diversamente – rispetto alla legge comune – l'impiego di uno dei mezzi di prova di estrazione codicistica.

⁴²⁹ Per una conferma in giurisprudenza, relativamente alle norme disciplinanti la modalità di assunzione della prova testimoniale per rogatorie internazionali cfr. Cass. 14 aprile 1981, n. 2241 in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *prova civile in genere*, n. 32. Per l'estraneità all'ordine pubblico delle norme concernenti l'espletamento e l'assunzione della prova per testi cfr. Cass. 13 gennaio 1997, n. 264 in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *prova testimoniale*, n. 18; Cass. 18 dicembre 1998, n. 12687 in *Giust. civ.*, 1999, I, 2067 con nota di F. AULETTA, *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, secondo la quale trova applicazione in caso di violazione di dette norme l'art. 157 c.p.c.; conf. Cass. 8 gennaio 2002, n. 144 in *Rep. Foro It.*, 2002, *Id.*, n. 9; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15554 in *Rep. Foro It.*, 2003, *Id.*, n. 2.

di chi scrive, di tale posizione, ci si è già soffermati per cui non resta che rinviare a quanto detto *supra*.

E' indubbio, tuttavia, come suggerisce l'Autore richiamato in nota, che in ogni caso, nell'acquisizione o assunzione di prova in forme «atipiche», dovrà essere rispettato il principio del contraddittorio. Sull'argomento si rinvia alla disamina compiuta *supra*.

Riguardo al modo di assunzione delle testimonianze, oltre a non essere cogenti le norme comuni, vi sarà ampia facoltà delle parti e, in via residuale, degli arbitri, di determinarne le regole, prevedendo, ad esempio, l'esame diretto ed il controesame del testimone da parte dei difensori, in ossequio ad un vecchio progetto di riforma del codice di procedura civile⁴³⁰.

14. Segue: f) *Il principio nemo testis in re sua e la testimonianza della parte*

Ritenuto per assodato che nell'arbitrato non trova spazio il principio di tipicità della prova, per quanto detto *supra*, capitolo 2, e cap. 3, § 10 e 11, mi sembra opportuno richiamare un dogma del diritto probatorio, che già dei *iure condito*, nel processo ordinario, subisce importanti limitazioni, e che a maggior ragione non può dirsi cogente nell'arbitrato.

Si tratta del principio *nemo testi in re sua*, con la conseguente convinzione che la testimonianza di parte non abbia alcun valore probatorio.

A prescindere, infatti, dall'interpretazione dell'art. 116, comma 2, c.p.c., e dalla possibilità di ritenere che gli argomenti di prova desumibili dal contegno delle parti possano da soli fondare il convincimento del giudice⁴³¹, nell'arbitrato, dominato dalla libertà delle forme, sarà possibile attribuire pieno valore probatorio alla dichiarazione informativa resa dalla parte, la cui «testimonianza» sarà pertanto pienamente ammissibile.

La prova, inutile precisarlo, sarà valutata dall'arbitro secondo il suo libero convincimento⁴³².

Da ciò consegue anche l'ammissibilità della testimonianza di persone che hanno un interesse nella causa che potrebbe giustificare la loro partecipazione al giudizio,

⁴³⁰ Si tratta dell'art. 218 del c.p.c. secondo la proposta di riforma LIEBMAN del 25 gennaio 1977, su cui si veda E.T. LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processi civile di cognizione*, cit., 475.

⁴³¹ Cfr. sul punto cap. 2 e la giurisprudenza ivi citata. In dottrina cfr. RUFFINI, «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1329 ss.

⁴³² Sull'ammissibilità degli *affidavit* nell'arbitrato, proveniente da un avvocato che assiste la parte in un altro giudizio, tra i precedenti in sede arbitrale, cfr. Coll. Roma 14 novembre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, 673, con nota di P. VITUCCI, *La prova che il distributore sia titolare di diritti di utilizzazione sul film*, *Id.*, 677 ss.

con superamento dei limiti di cui all'art. 246 c.p.c., delle cui interferenze con il diritto alla prova abbiamo ampiamente detto *supra*, § 19.

Parte 2: I limiti all'applicazione delle norme probatorie comuni nell'arbitrato: le c.d. norme incompatibili

15. Le c.d. norme incompatibili: riflessioni generali

Sino ad ora abbiamo indagato entro quali limiti, nell'arbitrato, può spingersi la libertà delle forme con riguardo all'applicabilità delle norme sulle prove.

E' arrivato il momento di prendere in considerazione l'ipotesi che le parti, o, in difetto di loro espressa volontà, gli arbitri, decidano di seguire, ancorché non a ciò tenuti, le norme probatorie comuni.

La prospettiva è in definitiva, inversa rispetto a quella che sino ad ora ci ha guidato: si tratta di capire, non più quali norme comuni *devono* necessariamente essere applicate nell'arbitrato e perché, ma quali norme comuni, se ve ne sono, *non possono* essere applicate all'interno della giustizia privata, ed ovviamente la ragione di tale divieto.

L'analisi che segue, già ampiamente svolta da quasi tutti gli studiosi del diritto dell'arbitrato, anche se con esiti non sempre concordi, è, per intenderci, quella delle c.d. norme incompatibili con l'arbitrato. Tendenzialmente, laddove vi è un'incompatibilità tra la disciplina comune e l'istituto arbitrale, si è assistito, quantomeno grazie all'ultima riforma, ad un intervento del legislatore che colmasse la lacuna derivante da quella inapplicabilità. E' il caso delle incompatibilità derivanti dall'impossibilità per l'arbitrato, quale fenomeno di autonomia privata, di incidere sulla sfera giuridica di terzi, e da cui inizieremo questo secondo aspetto dell'indagine.

16. Arbitrato e terzi: a) La testimonianza

Occorre, quindi, approfondire un aspetto della nostra disamina che avevamo accennato *supra*, cap. 1, che è quello relativo alle norme di diritto probatorio che determinano effetti, rapporti giuridici, diritti od obblighi in capo soggetti non vincolati dalla volontà compromissoria: come abbiamo accennato nel cap. 1, qui siamo di fronte al problema connaturato ad ogni fenomeno nascente dall'autonomia privata, come l'arbitrato, ossia quello di estendere i propri effetti nella sfera dei terzi.

Problema che, nell'arbitrato appunto, ha conseguenze se si vuole più evidenti con riferimento alle problematiche del processo plurisoggettivo, ma che non possono essere trascurate neanche in confronto alla testimonianza, all'ispezione, all'ordine di esibizione ecc.

Iniziando dal primo dei mezzi di prova sopra citati, sino a questo punto della trattazione la prova per testimoni è emersa sotto l'aspetto della cogenza in materia arbitrale dei limiti alla sua ammissibilità, sotto l'aspetto dell'ammissibilità e del valore probatorio in arbitrato della testimonianza della parte, sotto l'aspetto di quella sua peculiare conformazione, che rinnega i principi di immediatezza ed oralità che dovrebbero esserne il fondamento, che è la testimonianza scritta.

Altro aspetto affrontato, seppur non espressamente, è quello delle norme comuni relative all'assunzione della testimonianza, la cui necessaria applicazione nell'arbitrato abbiamo implicitamente escluso.

E' arrivato il momento, come detto, di confrontarci con quelle norme e con quei principi del diritto probatorio comune che presuppongono un ingresso nella sfera giuridica del terzo testimone.

Primi tra tutti, le norme che consentono al giudice di applicare al testimone non comparso una pena pecuniaria o disporre l'accompagnamento coatto.

Il problema principale è quello dell'impossibilità, sia per le parti del giudizio arbitrale che per gli arbitri, di incidere nella sfera giuridica del terzo obbligandolo a testimoniare.

In dottrina, per la verità, la questione non è sempre stata posta in questi termini. Poiché è di molti la convinzione che quella impossibilità discenda in realtà dalla mancanza di poteri autoritativi degli arbitri.

Chi scrive concorda invece con chi ritiene che quei limiti non discendano tanto dalla carenza di quei poteri, «*poiché anche questi, immanenti alla giurisdizione, incontrano comunque il limite della infungibilità dell'attività del terzo*⁴³³» e poiché, se non vi fosse il problema di coinvolgere la posizione di terzi e accertare il suo diritto a non subire interferenze nella sua sfera giuridica «*non vi sarebbe difficoltà ad ammettere pure l'arbitro agli stesso rimedi di coazione indiretta*⁴³⁴».

Nell'uno o nell'altro caso, è fuor di dubbio che quelle norme non possono essere applicate dagli arbitri: l'arbitro non può imporre al testimone una sanzione pecuniaria, non può chiedere alla forza pubblica che se ne disponga l'accompagnamento coatto, insomma gli sono preclusi, *de iure condito*, quegli strumenti di coazione indiretta capaci di obbligare il teste a deporre⁴³⁵.

A tale proposito la riforma del 2006, ispirata dalle esperienze di diritto comparato, come quella nordamericana⁴³⁶, ha finalmente stabilito ciò che la riforma del 1994,

⁴³³ Cfr. C.CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 173.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Cfr. in questo senso Coll. arb. 23 maggio 1989, in *Arch. giur. oo.pp.* 1990, 343.

⁴³⁶ Cfr. cap. 1, § 7, nota 84.

nonostante i lavori preparatori lo prevedessero, non aveva previsto⁴³⁷, ossia che «*se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato che ne ordini la comparizione davanti a loro*».

Come già detto nel cap. 1, dove la norma è stata richiamata a titolo esemplificativo, si può ritenere implicito che all'ordine del giudice possa seguire anche la possibilità di ordinare l'accompagnamento coattivo⁴³⁸.

Forse, però, sarebbe stato opportuno che il legislatore fosse più preciso, così come lo è stato il legislatore americano del *Federal Arbitration Act*, il quale prevede che «*if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States*⁴³⁹». Sarebbe stato opportuno, cioè, un richiamo agli stessi meccanismi di coazione indiretta previsti per il testimone chiamato a testimoniare innanzi al giudice statale.

Problema diverso, e connesso più al fondamento privatistico e non pubblicistico dell'arbitrato è quello relativo al giuramento del testimone.

Perché se da una parte è per l'impossibilità di incidere nella sfera del terzo che gli arbitri non possono pretendere che le dichiarazioni del teste siano «giurate», dall'altra è il contesto estraneo alla giurisdizione statale che esclude che il falso giuramento di fronte ad arbitri sia sanzionabile penalmente.

La dottrina non manca, tuttavia, di osservare come il giuramento del testimone, ove questi acconsenta, si risolva in ogni caso in un impegno morale, anche se privo di conseguenze giuridiche⁴⁴⁰.

17. Segue: b) l'ispezione e l'ordine di esibizione

⁴³⁷ «sembra per il timore che ne derivasse un aggravio per la già sovraccarica giustizia ordinaria» è il commento di CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, cit., 673.

⁴³⁸ Così LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 170.

⁴³⁹ *Section 1, Chapter 1, FAA*.

⁴⁴⁰ Cfr. R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 528. Per un precedente in sede arbitrale, nel senso che quando i testimoni, «senza coercizione alcuna, si presentino e dichiarino di voler deporre sotto il vincolo del giuramento, nessun problema sorge sulla loro audizione secondo rito» (Coll. arb. 23 maggio 1989, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1990, 343).

Riguardo all'ispezione ed all'ordine di esibizione, nessun dubbio sulla piena compatibilità degli istituti nei limiti in cui la richiesta o l'ordine siano rivolti ad una parte⁴⁴¹.

E' evidente che detti ordini non saranno coercibili, ma il giudice potrà trarre dall'eventuale rifiuto della parte a consentire l'ispezione o a produrre il documento elementi probatori utili per il proprio convincimento⁴⁴².

Non si capiscono, al proposito, i dubbi su una pretesa differenza a riguardo tra giudice ordinario ed arbitro, nascenti dalla convinzione che l'arbitro non sia dotato dell'autorità del giudice⁴⁴³: non risulta, infatti, che il giudice statale possa utilizzare mezzi di coazione diretti o indiretti in caso di ingiustificato rifiuto delle parti di ottemperare all'ordine di ispezione o di esibizione: egli può soltanto trarre da quel rifiuto argomenti di prova per il proprio convincimento (art. 118, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 210 c.p.c.)⁴⁴⁴.

I problemi nascono, evidentemente, quando l'ordine sia rivolto ad un terzo.

E' qui che si apprezza il difetto di autorità dell'arbitro, a cospetto del potere del giudice ordinario⁴⁴⁵.

Questi, seppur sprovisto di mezzi di coazione diretta nei confronti del terzo⁴⁴⁶, può accertarne incidentalmente il diritto quando quest'ultimo porti un interesse contrario a consentire l'ispezione o ad ottemperare all'ordine (art. 118, comma 1, e 211 c.p.c, che prevede che il giudice possa citare in giudizio il terzo, e ciò per accertare se debba prevalere il diritto di questi alla riservatezza o il diritto alla prova della parte), e può imporre una sanzione al terzo che rifiuti l'ispezione (art. 118, comma 3, c.p.c.⁴⁴⁷).

Per quanto riguarda l'arbitrato, invece, la dottrina è concorde nel ritenere che l'ispezione e l'ordine di esibizione rivolti al terzo siano incoercibili⁴⁴⁸, anche se

⁴⁴¹ Non mancano tuttavia precedenti arbitrali in senso contrario, che argomentano dalla mancanza di jus imperii degli arbitri, cfr. Coll arb. 5 maggio 1990, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1991, 1735.

⁴⁴² Cfr. D. GIACOBBE, *op. cit.*, 758; Coll arb. Roma, 23 luglio 1996, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1998, 944.

⁴⁴³ In tal senso, mi pare, D.GIACOBBE, *op. cit.*, 708.

⁴⁴⁴ L'interpretazione è confermata dalla giurisprudenza. Cfr. Cass. 10 dicembre 2003, n. 18833 in *Rep. Foro It.*, 2003, voce *prova civile in genere*, n. 22, secondo la quale "l'ordine di esibizione non è suscettibile di esecuzione coattiva, né per iniziativa del giudice [...] né ad iniziativa della parte interessata [...]; il rifiuto dell'esibizione può, pertanto costituire esclusivamente un comportamento de quale il giudice può desumere argomenti di prova ex art. 116, 2° comma, c.p.c."

⁴⁴⁵ Cfr. C.CECHELLA, *L'arbitrato, cit.*, 172 s.

⁴⁴⁶ Nella quale eventualità «anche il giudice togato è disarmato», C.CECHELLA, *op. ult. cit.*, 173.

⁴⁴⁷ Attualmente la disposizione è di fatto *tamquam non esset*, non essendo mai stata adeguata all'inflazione l'originario ammontare di lire diecimila. Si veda tuttavia l'art. 46, comma 16, del disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica in data 4 marzo 2009 (c.d.riforma Alfano): all'articolo 118, terzo comma, del codice di procedura civile, le parole: «non superiore a euro 5» sono sostituite dalle seguenti: «da euro 250 a euro 1.500».

⁴⁴⁸ Cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit.*, 528. Tra i precedenti resi in sede arbitrale cfr. Coll. Roma 14 novembre 1990, in *Riv. arb.*, 1993, 673, con nota di VITUCCI.

non vi sono ragioni per ritenere che la semplice richiesta al terzo, pur senza alcune conseguenze in caso di inottemperanza, sia inammissibile⁴⁴⁹.

Incompatibile con l'arbitrato sarà così, senz'altro, la disposizione di cui all'art. 211 c.p.c., che disciplina i criteri e le modalità dell'accertamento giudiziale del conflitto di interessi tra terzo e parti in causa: l'accertamento del diritto del terzo sarà del tutto precluso agli arbitri; allo stesso modo sarà incompatibile con l'arbitrato la disposizione di cui all'art. 118, comma 3, c.p.c.

E' invece compatibile con l'arbitrato la disposizione di cui all'art. 213 c.p.c.: questo è dovuto ad una espressa disposizione legislativa, in difetto della quale, analogamente a quanto sopra detto per gli artt. 210-212 c.p.c., avremmo probabilmente dovuto concludere in senso contrario.

L'art. 816 *ter*, come modificato in seguito alla novella del 2006, prevede, infatti, al comma 6, che «*gli arbitri possono chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio*».

Peraltro attenta dottrina individuava nella P.A., già prima della riforma, un terzo qualificato, portatore di un obbligo di cooperazione con gli arbitri analogamente e nella misura in cui alla cooperazione fosse obbligata nei confronti della generalità dei privati⁴⁵⁰.

18. Segue:c) la consulenza tecnica.

Non è necessario soffermarsi sulla questione dell'ammissibilità o meno della consulenza tecnica, dal momento che la riforma del 2006, premiando l'interpretazione di gran lunga prevalente della dottrina e della giurisprudenza⁴⁵¹,

⁴⁴⁹ Cfr. C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 174 s., secondo il quale «*al rifiuto del terzo [...] alla esibizione [...] l'arbitro nulla può e il terzo resta immune da sanzioni e da un previo accertamento de suo diritto a mantenere riservate notizie e fatti che coinvolgono anche i suoi particolari interessi*»; D. GIACOBBE, *op. cit.*, 759.

⁴⁵⁰ F. AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 203, che fa riferimento ai diritti dei privati nei confronti della P.A. nascenti dalla legge n. 241/90. Nel senso dell'ammissibilità dell'ordine ex art. 213 c.p.c. alla P.A. già prima della riforma, tra i precedenti in sede arbitrale cfr. Coll. arb. 3 marzo 1986, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, 63.

⁴⁵¹ Sull'inammissibilità, invece, in arbitrato, di una consulenza avente ad oggetto quesiti giuridici cfr. Cass. 7 giugno 1989, n. 2765 in *Giust. civ.*, 1989, I, 2345; 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?*. Evidente che riguardo alla perizia giuridica entri in gioco il problema della delga di funzioni decisorie. Cfr. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1139. Per l'ammissibilità della soluzione di quesiti tecnici da parte di un membro del collegio particolarmente qualificato, con dubbio rispetto del principio di collegialità, Coll. Arb. 23 dicembre 1986, in *Arch. giur. oo. pp.* 1987, 128. Sul fatto che la consulenza tecnica possa non essere disposta quando gli arbitri siano in possesso delle cognizioni necessarie per decidere la causa in base alle prove già raccolte si veda Cass. 8 ottobre 1969, n. 3212 in *Rep. Foro It.*, 1969, voce *arbitrato*, n. 67.

ha espressamente previsto l'istituto all'interno della disciplina speciale dell'arbitrato.

Si rammentano soltanto, incidentalmente, le ragioni del precedente contrasto.

L'ammissibilità era invocata come logica espressione del diritto alla prova e come strumento indispensabile per garantire un pieno ed effettivo contraddittorio nella formazione della prova⁴⁵². Gli unici dubbi erano dovuti, invece, ad una pretesa violazione, da parte degli arbitri, che nominassero un consulente per essere coadiuvati nella cognizione di profili tecnici del contendere, del contratto di mandato, atteso che normalmente questi sono scelti proprio per le loro competenze tecniche⁴⁵³.

Indubbiamente, anche in una prospettiva *de iure condendo*, non si può che condividere la scelta del legislatore, apparendo *icto oculi* evidente come preponderanti siano le ragioni per ritenere la consulenza tecnica ammissibile rispetto a quelle contrarie a quell'ammissibilità⁴⁵⁴.

La possibilità di nominare uno o più consulenti tecnici, sul modello del processo ordinario di cognizione, è oggi data, come detto, dall'art 819 *ter*, comma 5.

Piuttosto il tema della consulenza tecnica in arbitrato è dibattito in ordine all'estensione che deve essere assicurata al principio del contraddittorio durante il suo espletamento.

Non si può che richiamare a proposito quanto già detto in ordine all'affermazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova (*supra*, § 4).

Riguardo alla sua applicazione alla consulenza tecnica, non già mezzo di prova in senso stretto ma «istituto di confine⁴⁵⁵», la posizione della dottrina maggioritaria, che ritiene che il contraddittorio debba espletarsi in tutte le fasi delle operazioni peritali, con la possibilità per le parti di parteciparvi, nominare consulenti di parte e di conoscere non solo il momento delle inizio delle operazioni, ma anche il loro

⁴⁵² Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 120 s. Il mezzo probatorio era già pacificamente ammesso in sede arbitrale dalla giurisprudenza, cfr. tra le tante Cass. 26 settembre 2007, n. 19949, cit.

⁴⁵³ Il problema è inconsistente per V. Vigoriti, dal momento che delegata al consulente è solo la percezione di taluni aspetti tecnici e non invece la decisione. Più rilevante, anche se l'Autore conclude per l'ammissibilità della consulenza tecnica nell'arbitrato, sarebbe invece il problema della riservatezza nella valutazione di aspetti tecnici della controversia, prendendo ad esempio questioni di *know how* o di accertamenti contabili. Cfr. V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss., spec. 186. Inammissibile sarebbe la consulenza tecnica nel caso in cui gli arbitri siano stati designati proprio per le loro competenze tecniche per E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 70.

⁴⁵⁴ Sulla compatibilità dell'istituto con la disciplina della *privacy*, che sarebbe applicabile all'arbitrato in quanto non sarebbe configurabile una sua esclusione sull'inerenza alle «ragioni di giustizia», che riguarderebbero solo l'«ambito pubblico» cfr. F. AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss. spec. 1142 s., il quale conclude per la necessità del consenso espresso delle parti o per la «necessarietà» della nomina del consulente affinché gli arbitri siano immuni da responsabilità.

⁴⁵⁵ Così da ultimo F. DANOVI, *op. ult. cit.*, 28.

prosiegua⁴⁵⁶, non trova il riscontro che dovrebbe nella giurisprudenza, che esclude qualsivoglia profilo di nullità del lodo sia nelle ipotesi in cui non sia data possibilità alle parti di partecipare personalmente alle operazioni peritali, sia nelle ipotesi in cui non sia dato termine per la nomina di un consulente di parte, sia infine nelle ipotesi in cui non sia concesso di chiamare il consulente tecnico a chiarimenti⁴⁵⁷.

19. Arbitrato e diritto pubblico: a) il giuramento decisorio

Grande attenzione da parte della dottrina che si è occupata del tema della prova nell'arbitrato ha suscitato l'istituto del giuramento decisorio, sotto il profilo, in particolare, della sua compatibilità con il fenomeno arbitrale.

Le ragioni per cui il giuramento non sarebbe ammissibile, sarebbero, in sintesi:

- 1) il carattere fiduciario del giudizio arbitrale che contrasterebbe con l'idoneità del giuramento, quale prova legale, a definire il giudizio⁴⁵⁸.
- 2) l'impossibilità di configurare in sede arbitrale il reato di falso giuramento⁴⁵⁹.

Più isolata sembra l'opinione di chi ritiene che il giuramento sia incompatibile con l'arbitrato per la mancanza di poteri autoritativi degli arbitri⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Cfr. G.F. RICCI, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1 ss, spec. 7 ss.; V. VIGORITI, *Arbitrato e consulenza tecnica*, cit., 190 s.

⁴⁵⁷ Cfr. Cass. 29 gennaio 1992, in *Foro It.*, 1992, I, 1385; Cass. 21 settembre 2001, n. 11936, *cit.* Neanche rilievo avrebbe il fatto che il consulente abbia dato solo un breve preavviso per l'inizio delle operazioni, cfr. Coll. arb. Genova 2 dicembre 1993, in *Riv. arb.* 1994, 759 ss., con nota di A. BERLINGUER che «assolve» il collegio arbitrale sulla base del fatto che un termine seppur breve era stato concesso e che le parti non avevano niente obiettato al proposito.

⁴⁵⁸ Cfr. S. SATTA, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano, 1971, 278; nel senso dell'infondatezza del rilievo F. DANOVÌ, *op. ult. cit.*, 35; D. GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1186; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 51.

⁴⁵⁹ Così G. BONGIORNO, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, 757 (nota a Coll. arb. 8 aprile 1991); F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 200, ritiene che «la risalente intuizione dell'inammissibilità del giuramento per carenza di sanzione penale non è sostenuta da una esegesi scontata delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 371 e 372 c.p.», ma è lo stesso autore che dall'esame delle norme penali non può non rilevare che esse si riferiscono ai «giudizi civili» e all'«Autorità giudiziaria». Sembra che dato il principio di tipicità del reato e di legalità dette norme penali non possano essere estese ai giudizi arbitrali. *Contra*, con riferimento all'art. 221 del c.p. allora vigente, G. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 148, il quale ritiene che «le sanzioni per il caso di giuramento falso sono comuni ai giudizi arbitrali»; tra la dottrina contemporanea, nel senso della configurabilità del reato anche nel caso di giuramento reso in sede arbitrale si veda anche D. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 1187.

⁴⁶⁰ In questo senso si veda S. LA CHINA, *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, cit., 172 s., secondo il quale il giuramento è il «segno di una particolare autorità in chi lo può esigere e lo riceve: autorità che l'intero ordinamento riverbera sul singolo, magistrato o funzionario od altro che sia [...]»; ma l'arbitro non gode mai di siffatto tipo di autorità». *Contra* C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 173, secondo il quale i limiti che l'arbitro incontra nello svolgimento dell'istruttoria non discendono dalla carenza di poteri autoritativi. Ampia critica alla tesi dell'inammissibilità del giuramento per mancanza di poteri autoritativi degli arbitri si

Riguardo ai primi due aspetti, si ritiene prevalentemente che il primo sia inconsistente, in quanto così argomentando si dovrebbe escludere l'ammissibilità di tutte le prove legali nell'arbitrato⁴⁶¹, e che il secondo derivi da una non corretta interpretazione delle norme penali, che sarebbero estensibili anche all'arbitrato pur riferendosi letteralmente solo ai «giudizi civili»⁴⁶².

Partendo invece dalla non necessaria applicazione delle regole di prove legale nell'arbitrato, si può osservare come gli argomenti descritti confondano il piano dell'ammissibilità da quello dell'efficacia del giuramento decisorio.

Come già detto e ampiamente argomentato, secondo la ricostruzione prospettata *supra* gli arbitri non sono tenuti al rispetto delle norme attributive di efficacia legale alla prova: ribaltando la ricorrente obiezione che viene mossa dalla dottrina, forse che privare l'atto pubblico della propria efficacia di prova legale significa renderlo inammissibile? Lo stesso, sembra poter dire, vale per il giuramento: il giuramento della parte, con una formula di impegno morale, che derivi – perché di questo si tratta anche nel rito ordinario – da un deferimento, quindi da una richiesta in tal senso della controparte, è pienamente ammissibile, e, in un contesto privatistico ed associativo dove in ipotesi l'impegno morale e la parola data hanno un loro valore intrinseco, può avere concreta efficacia a prescindere dal valore di prova legale riconosciuto dalla legge e – vedremo – dalle conseguenze penali di false dichiarazioni.

Né, abbiamo visto, è contrario ad alcun principio l'attribuzione di un valore probatorio alle dichiarazioni di parte (il riferimento è a *supra*, § 14).

Né ritengo sia decisiva a proposito l'obiezione del Ricci⁴⁶³, che, riprendendo il pensiero già espresso dal Mortara⁴⁶⁴, afferma che in questo modo «*ci troveremmo poi di fronte [...] a quel principio del diritto comune, dal quale il mezzo è escluso quanto volte la sua incapacità di vincolare il giudice sia riconoscibile a priori*»: secondo l'impostazione che abbiamo preferito, infatti, quella stessa regola non sarà cogente nell'arbitrato, per cui non è affatto detto che dal giuramento debba

rinvieni in un precedente reso in sede arbitrale, Arb. Roma 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, 1181 con nota di D.GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1185 ss., dove si osserva giustamente che “*il problema dell'esercizio ex officio di poteri istruttori da parte degli arbitri non riguarda l'iperium, ma l'obbligo di imparzialità*” (il riferimento diretto è al giuramento suppletorio, ma la pronuncia prende in esame come *obiter dicta* anche il problema dell'ammissibilità del giuramento decisorio).

⁴⁶¹ La dottrina rileva che altrimenti lo stesso trattamento dovrebbe essere riservato alle altre prove legali, cfr. F. DANОВI, *op. ult. cit.*, 36; E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 51.

⁴⁶² Cfr. *supra*, in nota.

⁴⁶³ E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 50.

⁴⁶⁴ Cfr. G. MORTARA, *op. ult. cit.*, 148. L'Autore peraltro, nella convinzione, si deve ritenere, della natura sostanziale delle norme di prova legale, riservava agli arbitri di equità la facoltà di essere dispensati dalle norme sul giuramento.

dipendere la risoluzione della controversia⁴⁶⁵, se così le parti non hanno stabilito *in limine litis*.

D'altra parte, se le parti intendono attribuire al giuramento, con la regolamentazione redatta in *limine litis*, valore di mezzo capace di definire il giudizio, il contrasto dell'istituto con il fondamento volontario dell'arbitrato viene meno per definizione.

Anche riguardo al problema della rilevanza penale del falso giuramento, esso, comunque lo si voglia risolvere, non sembra decisivo per negare l'ammissibilità del mezzo: a proposito è interessante ciò che è stato sostenuto in dottrina quando si è scritto che «*l'irrelevanza penale del falso giuramento nel giudizio arbitrale può semmai costituire elemento fortemente dissuasivo al deferimento del mezzo; ma non è decisivo per negarne in radice l'utilizzabilità*»⁴⁶⁶.

Dubbi permangono, invece, per l'attribuzione al giuramento del valore di prova legale capace di definire il giudizio, quando ciò non sia voluto dalle parti.

Posto, infatti, che gli arbitri non sono vincolati al valore di prova legale del giuramento, per quanto detto, attribuirgli la capacità di definire il giudizio è sì nel loro potere, in base al principio di libertà delle forme, ma si deve ritenere, per la particolare incidenza che l'istituto ha nella risoluzione della causa, non comune a nessun altro mezzo di prova, che in tal caso ciò debba essere stabilito prima del deferimento, venendo pregiudicato altrimenti il principio del contraddittorio ed il principio di parità delle armi: la parte che deferisce il giuramento, insomma, deve sapere preventivamente se tale strumento avrà valore di prova a tutti gli effetti, liberamente apprezzabile, o sarà un mezzo di definizione della lite⁴⁶⁷.

20. Segue: b) il giudizio di verifica e la querela di falso

Abbiamo già detto che, nella prospettiva che qui si è preferita di ritenere gli arbitri non soggetti alla disciplina legale della prova, laddove in effetti gli arbitri non siano chiamati o non intendano essi stessi applicare la disciplina comune, non si

⁴⁶⁵ Anche a voler considerare quel principio estraneo al diritto delle prove, esso appartiene in ogni caso al diritto processuale, in ipotesi alla regolamentazione della fase decisoria della controversia.

⁴⁶⁶ F.AULETTA, *L'istruzione probatoria*, cit., 202. Tra i precedenti arbitrale, nel senso dell'ammissibilità del giuramento, sia suppletorio che decisorio si veda Arb. Roma 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, 1181 con nota di D.GIACOBBE, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1185 ss.; con riferimento al solo giuramento suppletorio, ritenuto ammissibile, Coll. Arb. 8 aprile 1991, in *Riv. arb.* 1991, 757, con nota di G. BONGIORNO. In giurisprudenza, nel senso dell'ammissibilità del giuramento decisorio, almeno implicitamente, si veda Cass. 21 marzo 1953, n. 729 in *Foro It.*, 1953, I, 1072.

⁴⁶⁷ Sulla natura del giuramento, nel senso che esso non sarebbe un mezzo di prova a un mezzo di definizione della lite, cfr. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2007, 4^a ed., II, 144; nel senso invece che esso sarebbe un mezzo di prova G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006, 152.

pone alcun problema nell'accertamento della genuinità dei documenti: sia sotto il profilo della autenticità della sottoscrizione, sia sotto il profilo di alterazioni materiali o falsità ideologiche, gli arbitri potranno accertare la verità con ogni mezzo: in questo modo, si è anticipato, si evitano i problemi nascenti dalla scarsa compatibilità con l'arbitrato delle norme comuni relative al falso civile ed alla verifica della sottoscrizione, fornendo uno strumento interpretativo che, se applicato, snellirebbe le procedure arbitrali nelle quali sia contestata la genuinità di una prova documentale.

Laddove, tuttavia, la disciplina comune sia imposta dalle parti o, in loro difetto, scelta dagli arbitri, rimane il problema di stabilire ed eventualmente delimitare quella incompatibilità.

Da questo punto di vista, controverso in dottrina è l'ammissibilità in arbitrato di un'istanza di verifica in via incidentale della scrittura privata⁴⁶⁸.

Chi la ammette, tendenzialmente non si sofferma più di tanto a motivare il proprio assunto⁴⁶⁹.

L'«onere della prova», se è concessa la similitudine, spetta infatti alla dottrina che ritiene sussistere, in positivo, una ragione di incompatibilità.

Si sostiene a proposito l'incompatibilità dell'istituto con la giustizia arbitrale poiché «*gli arbitri non possono conferire specifica certezza (dell'autenticità del documento, ndr), la quale è prerogativa dei pubblici ufficiali*⁴⁷⁰».

Tuttavia la verifica della scrittura privata, in sé e per sé, non implica alcuna sostituzione ad un pubblico ufficiale, che non è affatto richiesto affinché una scrittura privata si elevi al rango di prova legale, essendo a ciò sufficiente un'attività della parte, o finanche un'omissione, ossia il mancato disconoscimento della stessa scrittura.

Ciò è vero, però, fino a quando quell'efficacia rimanga tale all'interno del processo nel quale la scrittura è prodotta: un'efficacia esoprocessuale renderebbe infatti l'accertamento assimilabile all'autenticazione del pubblico ufficiale.

⁴⁶⁸ Mentre quasi unanimemente è negata la possibilità di un giudizio di verifica in via principale, cfr. A. CARNACINI, voce *arbitrato rituale*, cit., 892.

⁴⁶⁹ A. CARNACINI, *op. cit.*, 892; R. VECCHIONE, *op. cit.*, 527; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 650 ss., ritiene, riprendendo il pensiero di Satta, che la verifica, anche qualora si affermi l'efficacia di cosa giudicata della relativa pronuncia, rimane un'istanza istruttoria e non un accertamento incidentale. Ne consegue che non sarebbe necessario il consenso della controparte per la sua proposizione, e dunque non vi sarebbe necessità di un compromesso ad *hoc*. Inoltre non si porrebbe il problema della compromettibilità sui giudizi di falso, non scaturendo dall'istanza di verifica un giudizio sulla autenticità del documento. Si tratta di un'interpretazione, figlia senza dubbio della convinzione della natura sostanziale delle norme sulle prove, che tuttavia non appare capace di superare le obiezioni che sono esposte *infra*, nel testo, conseguenti al ritenere l'efficacia esoprocessuale della pronuncia.

⁴⁷⁰ Cfr. F. AULETTA, *L'istruzione*, cit., 206; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 111; R. MARENGO, *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, cit., 311 ss.

Di questo è ben consapevole l'Autore un cui passaggio argomentativo si è appena citato, tanto da aver colto il discrimine della compatibilità tra verifica e arbitrato nella posizione che si voglia assumere attorno alla *vexata quaestio* dell'efficacia di cosa giudicata o meno della sentenza di verifica⁴⁷¹.

Anche ammettendo, come ci siamo dimostrati convinti sinora, che gli arbitri non siano soggetti necessariamente alle norme di prova legale, questo non li autorizza ad attribuire ad un documento un'efficacia di prova che sia spendibile in un processo ordinario: così facendo essi si sostituirebbero al pubblico ufficiale senza averne il necessario potere di fonte pubblicistica: né si può pensare che, ritenendo normalmente la sentenza di verifica suscettibile di efficacia di giudicato esterno, si possa ritenere sussistere un'automatica e parziale deroga a quella disciplina, concludendo che davanti agli arbitri – e solo davanti ad essi – l'efficacia dell'accertamento sia solo endoprocessuale: se le parti stabiliscono che gli arbitri debbano osservare le norme del codice di procedura civile, o in subordine ciò discenda dalla volontà dei giudicanti, è chiaro che la disciplina codicistica deve essere (se compatibile) interamente applicata, senza che siano possibili deroghe «d'ufficio».

Il problema rimane dunque aperto, e non resta che ricordare come in giurisprudenza si ritenga in via prevalente l'efficacia esoprocessuale del giudizio di verifica⁴⁷², mentre buona parte della dottrina ritiene al contrario che la sentenza di verifica, quando proposta in via incidentale, abbia effetto solo all'interno del processo nella quale si inserisce⁴⁷³.

Riguardo alla querela di falso, la dottrina ed i precedenti arbitrali sono concordi nel ritenerla inammissibile nell'arbitrato⁴⁷⁴.

Senza necessità di addentrarsi nell'interpretazione dell'art. 1968 c.c., che abbiamo già accennato⁴⁷⁵, è sufficiente per escludere la compatibilità dell'istituto la necessaria presenza del P.M.⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 205.

⁴⁷² Cfr. Cass. 27 giugno 1974, n. 1428, in *Rep. Foro It.*, 1974.

⁴⁷³ E' la posizione di V. DENTI, *La verifica delle prove documentali nel processo civile*, Torino, 1957, 177 ss., 261 ss., che ritiene che il giudizio di verifica si risolva in un mero incidente istruttorio. Sul punto cfr. anche M. FABIANI, sub art. 216, in C. CONSOLO - F.P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1919; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili, cit.*, 341 ss;

⁴⁷⁴ Cfr. Coll. arb. Livorno, 30 settembre 2002, in *Riv. arb.* 2004, 347 ss., con nota di E. OCCHIPINTI, *Si può ammettere la sospensione per pregiudizialità nell'arbitrato irrituale?*

⁴⁷⁵ Cfr. supra, § 12; sull'interpretazione dell'art. citato, in senso restrittivo, ossia che tale norma non consentirebbe la transazione ma solo il ritiro negoziato del documento additato di falsità da parte di chi aspirava a servirsene cfr. F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 205; E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale, cit.*, 56. *Contra* A. CARNACINI, voce *Arbitrato, cit.*, 892, che sembra ammettere la transigibilità ma osserva come nell'arbitrato non si veda come possa avere ingresso l'omologazione prevista dalla norma.

⁴⁷⁶ A. CARNACINI, *op. ult. cit.*, 892; F. AULETTA, *op. ult. cit.*, 205;

Nel caso di sua proposizione, quindi, il rimedio per gli arbitri è quello della sospensione per pregiudizialità ex art. 819 c.p.c.⁴⁷⁷, come espressamente prevedeva il codice di procedura del 1865⁴⁷⁸, che imponeva agli arbitri di rimettere le parti di fronte all'autorità giudiziaria quando venisse in gioco un «*incidente relativo a un fatto che possa dar luogo all'azione penale*» (art. 8, comma 2).

⁴⁷⁷ Cfr. Coll. arb. Livorno, 30 settembre 2002, cit.

⁴⁷⁸ Sul punto A. CARNACINI, *op. ult. cit.*, 892.

Capitolo 4. Ultime osservazioni e conclusioni

1. Cenni ad alcune questioni rimaste sullo sfondo: a) la prova nell'arbitrato di equità; 2. Segue: b) Derogabilità della disciplina speciale dell'istituto; 3. Segue: c) Rilevabilità dei vizi in sede di impugnazione del lodo; 4. Conclusioni

1. Cenni ad alcune questioni rimaste sullo sfondo: a) la prova nell'arbitrato di equità;

Prima di trarre le conclusioni dell'indagine, sembra doveroso chiarire un aspetto sinora rimasto implicito, a tratti appena accennato: si tratta del fatto se i risultati dell'indagine svolta valgono anche per l'arbitrato di equità, e in caso contrario quali sono le differenze.

Secondo la ricostruzione prospettata, che si fonda, come detto, sul carattere processuale delle norme di diritto probatorio, non vi sono differenze rilevanti, se non rispetto a quelle norme che sono, eccezionalmente, di natura sostanziale, come quelle che impongono la forma scritta *ad substantiam* dei contratti, e per le quali abbiamo già detto di non esser convinti della loro appartenenza al diritto delle prove.

Tali norme, se non le si ritiene appartenenti all'ordine pubblico⁴⁷⁹, potranno non essere applicate dagli arbitri di equità, mentre in ogni caso dovranno essere applicate dagli arbitri chiamati ad applicare il diritto.

In realtà il discorso sarebbe più complesso, dovendosi registrare l'interpretazione per la quale gli arbitri di equità sarebbero comunque tenuti all'applicazione delle disposizioni di legge, in quanto «*solo le norme sarebbero in grado di dare rilievo giuridico a circostanze materiali ed attribuire alle stesse valore di fattispecie giuridica idonea [...] a produrre determinati effetti*⁴⁸⁰», ma questa non è la sede per un tale approfondimento.

Per il resto, se si parte dal dato della natura processuale delle norme sulle prove, tra arbitrato di equità ed arbitrato di diritto non vi è sotto tale aspetto, come detto,

⁴⁷⁹ Come non le ritiene d'ordine pubblico, ma poste nell'interesse dei privati Cass. 8 gennaio 2002, n. 144, in *Corr. giur.*, 2002, 3, 294, a dispetto della giurisprudenza prevalente che invece, come visto *supra*, cap. 3, quell'appartenenza afferma.

⁴⁸⁰ Cfr. C.T. SILLANI, *op. cit.*, 24 ss. All'arbitro di equità non resterebbe che la possibilità di disapplicare, in tutto o in parte, le conseguenze giuridiche derivanti dalla fattispecie legale. Cfr. R. VACCARELLA, *Il difensore e il giudizio di equità*, cit., 471. Per l'impostazione secondo la quale giudicare secondo equità significa sì giudicare secondo regole, ma le regole sono create dal giudice si veda F. GALGANO, *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 409 ss. spec. 413.

alcuna differenza⁴⁸¹, essendo gli arbitri di equità, al pari degli arbitri di diritto, tenuti all'osservanza delle regole del processo⁴⁸².

Se si ritiene, invece, la natura sostanziale di tutte od alcune norme di diritto probatorio, la conseguenza è una maggior estensione dell'area della non applicazione del diritto probatorio per l'arbitrato di equità.

E' quello che emerge in dottrina⁴⁸³ e, talvolta, anche in giurisprudenza⁴⁸⁴.

Rispetto alle norme limitative dell'ammissibilità dei mezzi di prova ed alle norme di prova legale in senso stretto, in particolare, si ritiene perlopiù che l'arbitro di equità non sia tenuto alla sua osservanza⁴⁸⁵, con ciò confermando ancora una volta, tra l'altro, l'estraneità all'ordine pubblico delle seconde, oltre che delle prime.

Un cenno particolare merita il problema dell'onere della prova: come abbiamo già accennato, *supra*, cap. 2, § 14 e cap. 3, § 8, se si ritiene di abbracciare la distinzione che la miglior dottrina compie tra onere formale ed onere sostanziale, nell'arbitrato di equità sarà cogente il primo, per la ragione che anche agli arbitri di equità è fatto divieto di *non liquet*, mentre il discorso è diverso rispetto all'onere oggettivo o sostanziale, perché, nel giudizio equitativo, *l'impossibilità di preconfigurare a priori il criterio di valutazione dell'ipotesi controversa esclude che le parti siano in grado di stabilire, nell'ambito dell'episodio di vita dedotto nel processo, quali siano i fatti rilevanti per le pretese di ciascuna della parti e, quindi, che le stesse possano articolare su tale prefigurazione le loro richieste istruttorie*⁴⁸⁶».

2. Segue: b) derogabilità della disciplina speciale dell'arbitrato?

Altro aspetto rimasto sullo sfondo è quello della possibilità, per le parti, e, nell'esercizio del loro potere succedaneo, degli arbitri, di derogare alle norme speciali previste in materia di istruttoria arbitrale.

Il problema è relativamente giovane, poiché prima del 1994 non vi era, in sostanza, alcuna disciplina dell'istruttoria in arbitrato, se si eccettua l'affermazione del principio di collegialità.

⁴⁸¹ Cfr. E. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 27 ss; dello stesso autore *Note sul giudizio d'equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 387 ss.

⁴⁸² Cfr. Cass. 25 giugno 1979, n. 3523 in *Giust. civ.* 1978, I, 1862.

⁴⁸³ Cfr. CARNACINI, *op. ult. cit.*, 890. Sul punto cfr., *amplius, supra*, cap. 3, § 11.

⁴⁸⁴ Cfr., con riguardo ai limiti di ammissibilità della prova per testimoni App. Roma 30 settembre 1985, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 1985.

⁴⁸⁵ Cfr. A. CARNACINI, voce *arbitrato rituale*, cit., 890. *Contra* E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, cit., 35 ss. Sul punto si rinvia ancora a C.T. SILLANI, *op. cit.*, 29 s.

⁴⁸⁶ R. VACCARELLA, *op. cit.* Si veda anche *supra*, cap. 2, § 14, nelle note, per i problemi che sorgono nell'applicazione della regola di giudizio nel giudizio d'equità, con riferimento alla c.d. "terza via".

E proprio eccettuato quel principio, sulla cui inderogabilità vi sono pochi dubbi, le norme dovute alle novelle del 1994 e del 2006 sono perlopiù norme che attribuiscono agli arbitri ed alle parti delle facoltà, al fine di superare i problemi nascenti dall'incompatibilità con l'arbitrato di alcuni aspetti della disciplina comune dell'istruttoria.

Non si tratta, dunque, di norme precettive, per cui più che di derogabilità vi sarà libertà delle parti e degli arbitri di non avvalersi delle relative facoltà.

Tuttavia di derogabilità si può parlare riguardo a quelle norme che attribuiscono agli arbitri dei poteri, che le parti potrebbero invece avere interesse ad escludere.

Si è a proposito sostenuta la derogabilità dell'art. 816 *ter*, comma 3, laddove esso dà agli arbitri il potere di ordinare la comparizione innanzi a loro del teste che rifiuta di comparire; «*previsione comprensibile, ma la cui attenzione può mettere in pericolo la riservatezza*⁴⁸⁷».

Sembra di poter dire che tale osservazione possa essere estesa anche alle altre norme attributive di poteri e facoltà agli arbitri, così che le parti potranno, senz'altro, escludere che nell'arbitrato possa essere utilizzata la testimonianza scritta e, si deve ritenere, anche la consulenza tecnica.

In quest'ultimo caso, riprendendo gli argomenti di chi escludeva, prima dell'ultima riforma, l'ammissibilità in arbitrato della consulenza tecnica, deve essere salvaguardato l'interesse delle parti, qualora espresso in *limine litis*, a far risolvere la questione tecnica dall'arbitro che esse stesse si siano scelte proprio per le sue competenze, senza l'ausilio di consulenti esterni, risultandone in difetto pregiudicata la piena attuazione ed estrinsecazione del contratto di mandato.

3. Segue: c) Rilevabilità dei vizi in sede di impugnazione del lodo – cenni

Un brevissimo cenno merita anche il problema della rilevabilità dei vizi attinenti all'istruttoria.

Intanto vi è dire che non tutte le violazioni delle norme e dei principi di diritto probatorio emergono sotto forma di *error in procedendo* o di *error in iudicando*, rilevante essendo lo spettro di ciò che è ritenuto appartenere al giudizio di fatto.

Ad esempio, secondo la Suprema Corte, «*il giudizio circa l'ammissibilità, concludenza e rilevanza dei mezzi di prova e la valutazione delle stesse si risolve*

⁴⁸⁷ G. De Nova, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonoma privata*, in *Riv. arb.* 2007, 423 ss, spec. 428.

*in un apprezzamento di fatto, sottratto al sindacato di legittimità se congruamente e logicamente motivato*⁴⁸⁸».

E' un dato incontrastabile che nel giudizio di impugnazione del lodo non possono essere sindacati gli errori di fatto⁴⁸⁹, se non si traducono in un difetto di motivazione⁴⁹⁰.

I motivi elencati dall'art. 829 abbracciano infatti, soltanto, *errores in procedendo* (comma 1) ed *errores in iudicando* (comma 2).

Ma anche a prendere in considerazione i casi in cui l'applicazione delle norme di diritto probatorio sia collocata fuori dall'ambito della *quaestio facti*, gli spazi di impugnativa non sono molto più ampi.

Tutta la disamina effettuata apparirà, infatti, permeata da un senso di relatività, se si considera che:

- 1) qualificando le norme sulle prove come norme processuali, o, comunque, per quelle norme che si vogliono considerare di tale natura, dati i motivi di nullità del lodo elencati nel primo comma dell'art. 829 c.p.c., l'impugnazione in caso di loro violazione è ammessa soltanto se il vizio incide sul principio del contraddittorio (n.9) o se l'osservanza di quelle norme è stata espressamente prevista dalle parti pena la sanzione di nullità (n.7)
- 2) qualificando le norme sulle prove come norme sostanziali relative al merito della controversia, o, comunque, per quelle norme che si vogliono considerare di tale natura, dopo la riforma del 2006⁴⁹¹ l'impugnazione, per errore di diritto⁴⁹², è ammessa «se espressamente disposta dalle parti o dalla legge», e, in ogni caso, se violate sono norme di ordine pubblico (art. 829, comma 3, c.p.c.).

Ne consegue evidentemente uno spazio molto ristretto alla rilevazione del vizio attinente all'errata applicazione delle norme di diritto probatorio, sia che e si consideri di natura sostanziale, sia che le si consideri di natura processuale⁴⁹³, che tuttavia, pare di poter dire, non fa altro che confermare che gli unici limiti alla libertà per gli arbitri di accertare i fatti attraverso i mezzi probatori ritenuti più

⁴⁸⁸ Cfr. Cass. 7 aprile 1975, n. 1253 in *Rep Foro It.* 1975, voce prova civile in genere, n. 28; conf. Cass. 7 maggio 1977, n. 1764 in *Rep Foro It.*, 1977, n. 50.

⁴⁸⁹ Cfr. C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 289; E. FAZZALARI, sub *art. 829*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 211, secondo il quale il giudice dell'impugnazione del lodo "non è giudice del fatto (nel senso che non può, né deve replicare il giudizio di fatto)". Ne consegue che il motivo di cui al secondo comma dell'art. 829 c.p.c. e su cui cfr. *infra* nel testo «*si apparenta a quello di cui al n. 3 dell'art. 360*».

⁴⁹⁰ Sui vizi attinenti alla motivazione cfr. *supra*, cap. 3, § 8.

⁴⁹¹ Cfr. sul punto C.CONSOLO, *op. ult. cit.*, 299 s; G. VECCHIO, *Le Impugnazioni*, in *Il nuovo processo arbitrale*, a cura di C.CECHELLA, Milano, 2006, 169.

⁴⁹² Secondo l'interpretazione preferibile l'errore di diritto coincide con la violazione o falsa applicazione delle norme di diritto di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., cfr. C.CONSOLO, *op.ult.cit.*, 288.

⁴⁹³ Sciogliamo così la riserva assunta *supra*, Introduzione.

idonei siano costituiti dall'autonomia delle parti, che può imporre, anche a pena di nullità, il rispetto di una determinata procedura o delle norme di diritto sostanziale, e dall'ordine pubblico, processuale, nonostante che l'art. 829 si riferisca espressamente soltanto al principio del contraddittorio, o sostanziale.

Tuttavia il vero punto essenziale per un corretto controllo della correttezza, e, lo si consenta, della giustizia dell'accertamento arbitrale, sia costituito dal sindacato sulla motivazione, che dovrebbe essere inteso in senso meno restrittivo di come invece è ammesso dalla giurisprudenza.

Sul punto, peraltro, si rinvia alla disamina svolta *supra*, cap.3, § 8.

4. Conclusioni

Siamo giunti così alla fine del percorso, che ha attraversato, a ben vedere, argomenti, attinenti sia al diritto delle prove che al diritto dell'arbitrato, che hanno suscitato l'interesse della dottrina e che hanno rilevanti risvolti pratici.

Da tale disamina, di cui si vuole brevemente richiamare gli approdi, sono emerse tuttavia risposte molto spesso diverse da quelle che l'interpretazione prevalente ha dato ai quesiti posti *supra*, *Introduzione*.

Perché dalla constatazione, abbastanza pacifica, per quanto smentita dalla giurisprudenza prevalente, della natura processuale delle norme di diritto probatorio; dall'ulteriore considerazione, pur contrastata da buona parte della dottrina, che le norme processuali comuni non costituiscono uno *ius commune* per il giudizio arbitrale; dal rilievo, infine, che le norme di diritto probatorio sono tendenzialmente estranee all'ordine pubblico processuale, unico limite alla libertà delle forme in arbitrato, si è concluso che gli arbitri, con i limiti descritti attinenti alla necessaria razionalità dell'accertamento, di cui momento essenziale è il controllo della motivazione del lodo, ed al rispetto dell'ordine pubblico processuale, hanno la più ampia libertà nella scelta, nell'introduzione e nella valutazione del materiale probatorio.

Conclusione confortata, come è emerso, dal rilievo che le norme di diritto probatorio sono essenzialmente dettate per la sfiducia dell'ordinamento nei confronti del soggetto giudicante, mentre nella giustizia arbitrale gli arbitri sono scelti sulla base della fiducia e dell'*intuitus personae*, oltre che dalle esperienze comparate, su tutte quella nordamericana, che abbiamo illustrato nei tratti essenziali.

Ciò facendo si sono individuate, come or ora ricordato, le eccezioni alla regola, principalmente per ciò che riguarda l'incidenza sul diritto delle prove di principi generali e fondamentali come il diritto al contraddittorio, l'imparzialità del

giudicante, l'economia processuale, oltre al limite extragiuridico della necessaria razionalità dell'accertamento, di cui quei principi costituiscono elementi per il suo controllo giudiziale. Quei principi a loro volta sono fondanti di altri principi imprescindibili, come la necessità che siano ammesse solo le prove rilevanti, il divieto di scienza privata del giudice, la regola dell'onere della prova, quest'ultima nei termini e nei limiti che si sono tentati di descrivere.

Abbiamo altresì evidenziato le ragioni delle interpretazioni difformi da quella preferita, che si basano a volte sulla natura sostanziale del diritto probatorio, altre sull'appartenenza del diritto probatorio, con particolare riferimento al sistema delle prove legali ed ai limiti di ammissibilità della prova testimoniale, ai principi imprescindibili del processo, altre sulla residualità dell'applicazione delle norme processuali comuni, altre ancora sulla limitazione della libertà delle forme alle norme di «stretta tecnica processuale».

Dette interpretazioni, molto spesso, non vanno di pari passo, e lasciano l'impressione, soprattutto con riferimento alle norme di prova legale, che l'interprete ricerchi nell'uno o nell'altro argomento la ragione migliore per ritenerle cogenti nel giudizio arbitrale, quando in realtà l'opzione verso tale necessaria applicazione appare data a priori.

Quanto all'applicazione residuale delle norme comuni, la convinzione verso la correttezza di tale assunto ha portato, coerentemente con esso, la dottrina a ricercare i limiti della derogabilità di quelle norme; concetto di derogabilità che, invece, nella nostra disamina, è rimasto sullo sfondo, proprio per la convinzione che la non necessaria applicazione delle norme processuali comuni in tema di prova derivi dalla libertà delle forme discendente dalla stessa natura dell'arbitrato, e non da un potere di deroga attribuito dalla legge alle parti o agli arbitri.

La ricostruzione prospettata, infine, ha, se non altro, il pregio di eliminare alla radice molti di quei problemi di compatibilità tra norme probatorie comuni e giustizia privata, che derivano dal dover applicare al processo arbitrale, anche in difetto di una volontà delle parti o degli arbitri in tal senso, la disciplina comune. Ci si riferisce a quanto detto in relazione al giudizio di verifica, alla querela di falso, al giuramento decisorio.

Così argomentando risulta poi più ampio lo spazio riservato all'autonomia privata, che potrà decidere in che limiti, se vorrà, imporre agli arbitri di fare applicazione della disciplina comune sulle prove, ma che anche, si deve ritenere, come osservato, potrà limitare i poteri degli arbitri previsti dalla stessa disciplina speciale dell'istituto, che deve ritenersi tendenzialmente derogabile.

Bibliografia

1. AA.VV., *Diritto civile*, I, II, Torino, 1987, 923 ss.
2. AA.VV., *L'arbitrato*, a cura di E. BOCCHINI, Padova, 2006
3. ALLORIO E., *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1965, 213 ss.
4. ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale altri studi*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, 117 ss.
5. AMAR M., *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1868
6. ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, 3a ed., IV, Napoli, 1964
7. ANDRIOLI V., *Prova (dir. proc. civ.)* in *Noviss.Dig.It*, vol XIV, Torino, 1967, 260 ss.
8. ATTERITANO A., *Le impugnazioni*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 905 ss.
9. AULETTA F., *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato* (a cura di G. VERDE), 3^a ed., Milano 2005, 313 ss.
10. AULETTA F., *L'istruzione probatoria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., a cura di G. Verde, Torino, 2000, 197 ss.
11. AULETTA F., *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1123 ss.
12. AULETTA F., *Sulla sanatoria delle nullità relative alla prova testimoniale*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2068 ss.
13. BAICKER-MCKEE S., JANSSEN W.N., CORR J.B., *A student's Guide to the Federal Rules of civil procedure*, St. Paul M.T., 2002, 77 ss.
14. BALENA G., *Elementi di diritto processuale civile*, II, Bari, 2006
15. BARBARESCHI L., *Gi arbitrati*, Milano, 1937, 126 ss.

16. BERLINGUER A., *Contraddittorio e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.* 1994, 762 ss.
17. BERNARDINI P., *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, 2008
18. BESSO MARCHEIS C., *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1991, 1147 ss.
19. BETTO G.J., *L'arbitre n'est pas tenu par les formalités applicables à l'instruction civile*, in *Reveu de l'arbitrage*, 2000, 271 ss.
20. BOLARD G., *Les principes directeurs du procès arbitral*, in *Reveu de l'arbitrage*, 2004, 511 ss.
21. BONFANTE P., *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nella forma dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, 45 ss.
22. BONGIORNO G., *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, 757 (nota a Coll arb. 8 aprile 1991)
23. BOVE M., *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it.
24. BOVE M., *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, 2008, attualmente in www.judicium.it
25. BOVE M., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Il nuovo processo civile*, a cura di C.CECHELLA, Milano, 2006, 57 ss.
26. BUONFRATE A. – LEOGRANDE A., *L'arbitrato negli appalti pubblici*, Milano, 1998
27. CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 115 ss.
28. CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1955, I, 164 ss.
29. CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2^a ed., Padova, 1964
30. CALOGERO G., *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir proc. civ.*, 1939, 129 ss.

31. CAPONI R., *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 2005, I, 1771
32. CAPPELLETTI M., *La sentenza del bastone e della carota (nota a Corte Cost. 23 luglio 1974, n. 248)*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3586 ss.
33. CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962
34. CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, II, Milano, 1962
35. CARBONNEU T.E., *The law and practise of arbitration*, 2^a ed., New York, 2007
36. CARNACINI A., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, 740 ss.
37. CARNACINI A., voce *Arbitrato rituale* in *Noviss. Dig. It.*, I, 1957, 881 ss.
38. CARNELUTTI F., *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1936, 63 ss.
39. CARNELUTTI F., *La prova civile*, Padova, 1947
40. CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936
41. CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938
42. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 389 ss.
43. CARPI F., *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.*, 1994, 673 ss.
44. CARRATTA A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)* in *Riv. dir. proc.* 2001, 73 ss
45. CARRATTA A., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.

46. CAVALLONE B., *Crisi delle «maximen» e disciplina dell'istruzione probatoria* in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.
47. CAVALLONE B., *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 679 ss
48. CAVALLONE B., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1984, 720 ss.
49. CECHELLA C.- MENGALI A., *Risultanze dell'interrogatorio libero: valore probatorio e vizio di omessa motivazione*, in *Avv. 24 ore*, 2008, 12, 50 ss.
50. CECHELLA C., *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 213 ss.
51. CECHELLA C., *Il nuovo motivo di nullità del lodo rituale per violazione del contraddittorio (art. 829, comma I, n.9, c.p.c.) ed un atteso indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Riv. arb.*, 1996, 298 ss.
52. CECHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 2005
53. CHIARLONI S., *Relazioni tra le parti i giudici e i difensori*, in *Riv. dir. proc.* 2004, 25 ss
54. CHIOVENDA G., *L'oralità e la prova*, in *Riv. dir. proc., civ.*, 1924, I, 5 ss.
55. CHIOVENDA G., *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di dir proc. civ.*, I, Roma, 1930, 241 ss.
56. CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, 1980
57. CHIOVENDA G., *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra (1909)*, in *Saggi di dir proc. civ.*, II, Roma, 1931, 1 ss.
58. CHUANG C.S., *Assigning the burden of proof in contractual jury waiver challenges: how valuable is your right to a jury trial?*, in 10, *Empl. Rts. & Employ. Pol'y J.*, 2006, 205

59. COLESANTI V.- MERLIN E. – RICCI E.F., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2007
60. COMOGLIO L.P., *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 785 ss.
61. COMOGLIO L.P., *Art. 24*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 61
62. COMOGLIO L.P., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 673 ss.
63. COMOGLIO L.P., *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702 ss.
64. COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980
65. COMOGLIO L.P., *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 41 ss
66. COMOGLIO L.P., *Le Prove civili*, Torino, 2003
67. COMOGLIO L.P., *Note sulla determinazione della sede e sulle regole processuali nell'arbitrato rituale* in *Riv. arb.* 2003, 675 ss.
68. COMOGLIO L.P., sub *art. 2697*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 80 ss.
69. COMOGLIO L.P., *Terza via e processo giusto*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750 ss.
70. CONSOLO C., *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
71. CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006
72. CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 5a ed., Padova, 2006, 159 ss.
73. CONSOLO C., *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.* 2003, 241 ss.
74. CONTE M., *Le prove civili*, Milano, 2005

75. CONVERSO R., *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. It.*, 2001, 635 ss.;
76. CORSINI F., *Le proposte di privatizzazione dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2002, 1272 ss.
77. DANOVI F., *Gli arbitri e la loro formazione*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO - SAMMARTANO, Torino, 2009, 351 ss.
78. DANOVI F., *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir proc.*, 2008, 21 ss
79. DE NOVA G., *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.* 2007, 423 ss
80. DE PAULI A., *Nuove Prospettive di cooperazione europea: il decreto ingiuntivo europeo*, atti dell'incontro, organizzato dal CSM, sul tema «Formazione dei giudici nazionali sul titolo esecutivo europeo per i crediti incontestati e l'accesso al sistema giudiziario dell'esecuzione di un altro Stato Membro», Roma, 16- 18 ottobre 2006 in <http://appinter.csm.it/internat/relaz/0L14047.pdf>
81. DE SANTIS F., *nota a Cass. 18 ottobre 1991, n. 11041* in *Foro It.*, 1993, 2340 ss.
82. DELLA PIETRA G., *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2a ed., a cura di G. VERDE, Torino, 2000, 163 ss.
83. DELLA PIETRA G., *L'interrogatorio della parte: interrogatorio libero ed interrogatorio formale*, in *Giur mer.* 2002, 1112;
84. DELLA PIETRA G., *Un excursus di regole applicate dalla Suprema Corte in tema di arbitrato rituale*, in *Riv. arb.*, 2006, 122 ss.
85. DELLA VEDOVA P., *sub art. 2702*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 128 ss.
86. DENTI V., *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1994, 673 ss.
87. DENTI V., *Diritto comparato e scienza del processo*, in AAVV, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 202 ss.

88. DENTI V., *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1964, p. 65ss
89. DENTI V., *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 39 ss.
90. DENTI V., *La natura giuridica delle norme sulle prove civili* in *Riv. dir. proc.* 1969, 8 ss.
91. DENTI V., *La verifica delle prove documentali nel processo civile*, Torino, 1957
92. DONDI A., *Diritto delle prove e discrasie nella recente riforma italiana del processo civile* in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621 ss.
93. DONDI A., *L'evoluzione della hearsay rule nel processo civile angloamericano*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 97 ss.
94. FABIANI M., sub art. 216, in C. CONSOLO - F.P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1915 ss.
95. FABIANI M., sub art. 216, in C. CONSOLO - F.P. LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2007, 1919 ss.
96. FAZZALARI E., *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2004, 661 ss
97. FAZZALARI E., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)* in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, I, Torino, 1987, 389 ss.
98. FAZZALARI E., *Contraddittorio e motivazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 687 ss. (nota a Cass. 21 settembre 2001, n. 11936).
99. FAZZALARI E., *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 1 ss.
100. FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino, 1997
101. FAZZALARI E., *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss.
102. FAZZALARI E., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 1 ss.
103. FAZZALARI E., *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, s.d., 298 ss.

104. FAZZALARI E., sub *art. 816*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 102 ss.
105. FAZZALARI E., sub *art. 829*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 204 ss.
106. FAZZALARI E., *Sulla «libertà di forme» del processo arbitrale* in *Riv arb.* 1999, 637 ss.
107. FENNELLY J.E., *Inevitable Discovery: An Overview*, in *Army Law.*, 1988, 11
108. FRANCK S.D., *International arbitrators: civil servants? Sub rosa advocates? Men of affairs? The role of international arbitrators*, in 12 *ILSA J Int'l & Comp L*, 2006, 499
109. FURNO C., *Contributo alla teoria della prova legale*, Milano, 1940
110. FUSILLO A., *Norme processuali applicabili al processo arbitrale*, nota a A.Roma 6 novembre 1995, n. 3198, in *Riv. arb.* 1996, 317 ss.
111. GABRIEL H. - RAYMOND A.H., *Ethics for commercial arbitrators: basic principles and emerging standards*, in 5 *Wyo. L. Rev.*, 2005, 453
112. GALGANO F., *L'equità degli arbitri*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1991, 409 ss.
113. GEOFFERY C. HAZARD Jr, *La nozione di «substantial evidence» nel processo civile statunitense*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1996, 251 ss.
114. GHIRGA M.F., sub *art. 816-bis*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI), *Le nuove leggi civ. commentate*, 2007, 1253 ss.
115. GHIRGA M.F., sub *art. 816-ter*, in *Riforma del diritto arbitrale* (a cura di S. MENCHINI), *Le nuove leggi civ. commentate*, 2007, 1268 ss.
116. GIACOBBE D., *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1185-1190.
117. GIACOBBE D., *Il procedimento arbitrale*, in D.GIACOBBE-E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 97 ss.
118. GIACOBBE D., *La prova*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, Torino, 2009, 737 ss.

119. GIARDINA A., *Il procedimento arbitrale: diritto italiano e diritto tedesco*, in *Riv. arb.*, 1999, 393 ss.
120. GIULIANI A., *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1961
121. GIULIANI A., *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in *Riv. trim dir. e proc civ.*, 1962, 652 ss.
122. GOLD V.J., *Federal Rule of evidence 403: observations on the nature of unfairly prejudicial evidence*, in *58 Wash. L. Rev.*, 1983, 497
123. GOLDSTEN S., *La giuria anglo Americana vista da un osservatore esterno (o quasi)*, in *Riv. trim dir e proc. civ.*, 1995, 603 ss.
124. GRASSO E., *Equità (giudizio di)*, in *Nss. D.I., Appendice, III*, Torino, 1982, 443 ss.
125. GRASSO E., sub art. 115 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, II, Torino, 1973, 1298 ss.
126. GRASSO E., sub art. 116 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. ALLORIO, I, II, Torino, 1973, 1314 ss.
127. GRASSO E., *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 1 ss.
128. GREENSLADE D., *Objections to Woolf*, in *New Law Journal*, 1996, 1147 s.
129. GUARNIERI A., voce *Ordine pubblico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez, civile, XIII, Torino, 1995, 155 ss;
130. HILL M.F. - ANTHONY V.S., *Evidence in Arbitration*, Washington, 1987
131. HILL M.F. – WESTHOFF T.M.: *I'll Take it for What it is Worth -The Use of Hearsay Evidence by Labor Arbitrators: A Primer and modest Proposal*, in *J. Disp. Resol.*, 1998, 1 ss.
132. JACOB J., *The fabric of English civil Justice*, London, 1987
133. JOLOWICZ J. A., *The Woolf report and the adversary system*, in *Civ. just. quat.*, 15, 1996, 198 ss.

134. IACOBONI A., *Prova legale e libero convincimento del giudice*, Milano, 2006
135. IMWINKELRIED J., *The meaning of probative value and prejudice in Federal Rue of Evidence 403: Can rule 403 be used to resurrect the common law of evidence?*, Vanderbilt L.R., 1988, 879 ss
136. LA CHINA S., *L'arbitrato il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007
137. LIEBMAN E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 6 ss.
138. LIEBMAN E.T., *Norme processuali nel codice civile*, in *Problemi del Processo civile* Napoli, 1962, 155 ss.
139. LIEBMAN E.T., *Proposte per una riforma del processo civile di congizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 452 ss
140. LIEBMAN E.T., *Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazioni delle norme sulle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 353 ss.
141. LOMBARDO L., *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1992, 611 ss.
142. LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, IV, 4^a ed., Milano, 2007, 352 ss.
143. LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, II, 4^a ed., Milano, 2007
144. LUISO F.P., *L'impugnazione del lodo di equità*, in *Riv. arb.*, 2002, 458 ss.
145. MAERO G., *Le prove atipiche nel processo civile*, Padova, 2001
146. MAFFINUCCI M., *Gli arbitri*, in G.FICHERA-M.MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 359
147. MAFFINUCCI M., *Le regole del procedimento arbitrale*, in G.FICHERA-M.MAFFINUCCI, *I procedimenti camerali nel diritto societario e fallimentare L'arbitrato*, Torino, 2008, 433 ss.
148. MAGNONE CAVATORTA S., *Prova documentale e arbitrato*, Padova, 2008

149. MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, VI ed., I, Torino, 2007
150. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, XVII ed., I, Torino, 2005, 88 ss.
151. MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, XVII ed., II, Torino, 2005, 167 ss.
152. MARENGO R., *Lo svolgimento del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1997, 311
153. MARENGO R., *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 793 ss.
154. MARENGO R., sub *art. 809 c.p.c.*, in BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 29 ss.
155. MENCHINI S., *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 843 ss.
156. MENGALI A., *La produzione di nuovi documenti in appello*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 99 ss.
157. MERONE A., sub *art. 816 bis c.p.c.*, *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, 3^a ed., Milano, 2008, 3690 ss.
158. MERONE A., sub *art. 816 ter c.p.c.*, *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, 3^a ed., Milano, 2008, 3696 ss.
159. MICHELI G.A., *L'onere della prova*, Padova, 1942
160. MIRABELLI G. – GIACOBBE D., *Diritto dell'arbitrato*, Napoli, 1994
161. MONTANARI M., sub *art. 115*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUIO F.P., III, Milano, 2007, 1093 ss.
162. MONTANARI M., sub *art. 116*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUIO F.P., III, Milano, 2007, 1106 ss.
163. MONTANARI M., sub *art. 246*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUIO F.P., III, Milano, 2007, 1990 ss.

164. MONTELEONE G., *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1 ss.
165. MONTELEONE G., *Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 863 ss.
166. MONTESANO M., *Le prove «atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 233 ss.
167. MOURRE A., *Differenze e convergenze tra common law e civil law nell'amministrazione della prova: spunti di riflessione sulle IBA Rules on Taking of Evidence*, in *Riv. arb.*, 2008, 179 ss.
168. MORTARA G., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1905
169. MURONI R., sub *art. 2721*, in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, 168 ss.
170. MURONI R., sub *art. 2725* in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 186 ss.
171. NELA P.L., Sub *art. 808-ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II
172. NELA P.L., Sub *art. 816-bis c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II
173. NELA P.L., Sub *art. 816-sexies c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile* (a cura di S. CHIARLONI) Bologna 2007, II
174. O'HARE J.-BROWNE K., *Civil litigation*, London, 2003
175. OCCHIPINTI E., *Si può ammettere la sospensione per pregiudizialità nell'arbitrato irrituale?*, in *Riv. arb.*, 2004, 347 ss.
176. OCCHIPINTI E., *Il procedimento arbitrale*, in *Il nuovo processo arbitrale*, a cura di C.CECHELLA, Milano, 2006, 65 ss.
177. PANZA G., voce *Ordine Pubblico (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, Roma, s.d., 1 ss.
178. PARRELLA A., *La contumacia nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 305 ss.

179. PARK R.C.- REONARD R.C. - GOLDBERG S.H., *Evidence Law*, 2a ed., St Paul MN, 2004
180. PASSANANTE L., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1353 ss.
181. PASSANANTE P. J. –MEFFORD D. M., *Cross – Examination*, in *62 J. Mo. B.*, 2006, 28
182. PATTI S., voce *Prova civile*, in *Il Diritto Enc. Giur*, Milano, 2008, 385 ss.
183. PATTI S., *Liberio convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 481 ss.
184. PATTI S., *Prova: I*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXV, 1 ss.
185. PINSOLLE P. – KREINDLER R.H., *Les limites du role de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, 41 ss.
186. PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 209 ss.
187. PROTO PISANI A., *Appunti sulle prove civili*, in *Foro It.*, 1994, V, 49 ss.
188. PROTO PISANI A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000, V, 241 ss.
189. PUGLIATTI S., voce *Conoscenza*, in *Enc. Diritto.*, Milano, 1988, 98 ss.
190. PUNZI C., *I principi generali della nuova normativa dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 646 ss
191. PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche III*, Torino, 2008, 157 ss.
192. PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche, II*, Torino, 2008, 68 ss.
193. PUNZI C., *Arbitrato:I*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss.
194. PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato, I*, Padova, 2000

195. PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000
196. PUNZI C., *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim dir. proc civ.* 2002, 749 ss.
197. PUNZI C., *La collegialità nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 646 ss.
198. RAMPAZZI G., Sub art. 808-ter, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006, 2171 ss.
199. RAMPAZZI G., Sub art. 816-bis, in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006.
200. RAMPAZZI G., Sub art. 816-sexies c.p.c., in *Commentario breve al codice di procedura civile* (a cura di F. CARPI e M. TARUFFO), 5^a ed., Padova 2006, 2203-2204.
201. REDENTI E., *Diritto processuale civile*, 2^a ed., III, Milano, 1957, 465 ss.
202. REDENTI E., *Diritto processuale civile*, 4^a ed., II, Milano, 1997, 231 ss.
203. RESCIGNO P., *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, 13 ss.
204. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974
205. RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 750 ss.
206. RICCI E.F., *Contro l'istruzione probatoria segreta nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 703 ss.
207. RICCI E.F., sub art. 8 [art. 816 c.p.c.] *Svolgimento del procedimento*, in TARZIA – LUZZATO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova., 1995, 84 ss.
208. RICCI E.F. – CUOSI W., sub art. 12 [art. 817ter c.p.c.], *Assunzione delle testimonianze*, in TARZIA – LUZZATO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova., 1995, 116 ss.
209. RICCI E.F., *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159 ss.

210. RICCI E.F., *Note sul giudizio d'equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 387 ss.
211. RICCI F., *Commento al codice di procedura civile italiano*, I, 5^a ed., Firenze, 1886, 1 ss.
212. RICCI G.F., *Le Prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 34 ss.
213. RICCI G.F., *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2003, 1 ss.
214. RICCI G.F., sub art. 816, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, Bologna, 2001, 258 ss.
215. RICCI G.F., sub art. 816 bis, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, 2^a ed., Bologna, 2007, 353 ss.
216. RICCI G.F., sub art. 816 ter, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F.CARPI, 2a ed., Bologna, 2007, 407 ss.
217. RICCI G.F., *Nuovi rilievi sul problema della specificità della prova giuridica*, in *Riv. trim dir. proc. civ.* 2000, 1129 ss.
218. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999
219. RIGHETTI E., *L'istruzione probatoria nell'arbitrato istituzionale commerciale e marittimo*, in *Riv. arb.*, 1993, 315 ss.
220. ROADMAN R., *Commercial arbitration*, St. Paul MT, 1984
221. ROBERT J., *Arbitrage civil et commercial*, 4^a ed., Paris, 1967
222. RUBINO SAMMARTANO M., *Divieto all'arbitro di nominare un consulente tecnico giuridico o incapacità dell'arbitro?*, in *Foro Pad.*, 1990, I, 278
223. RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto alla difesa*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. RUBINO SAMMARTANO, Torino, 2009,
224. RUFFINI G., *«Argomenti di prova e fondamento della decisione del giudice civile»*, in *Riv. dir proc.*, 2004, 1353

225. RUFFINI G., sub. *art. 809*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 5773 ss.
226. RUFFINI G., sub. *art. 816 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 5856 ss.
227. RUFFINI G., sub. *art. 816 ter*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 5873 ss.
228. RUFFINI G., sub. *art. 829*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di CONSOLO C., e LUISO F.P., III, Milano, 2007, 6038 ss.
229. RUFFINI G. voce *arbitrato (dir.proc.civ.)*, *Il diritto enc. giur.*, Milano, 2008, 554 ss.
230. SALETTI, *La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 247 cod. proc. civ.: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. proc.* 1975, 99 ss.
231. SALVANESCHI L., sub *art. 4 [Art. 809 c.p.c.]*, in TARZIA – LUZZATO – RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova., 1995, 34 ss.
232. SALVANESCHI L., *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e omessa integrazione del contraddittorio* (nota a Cass. 27 settembre 1994, n. 7872), in *Corr. giur.*, 1995, 327-329
233. SALVANESCHI L., *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss.
234. SASSANI B., *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2008, 203 ss.
235. SATTA S., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931
236. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, 2, Milano 1971, 269 ss.
237. SATTA S., *La legge regolatrice della prova*, in *Soliloqui di un giurista*, Padova, 1968, 362 ss.
238. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano, 1988
239. SILLANI C.T., *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006
240. SILVESTRI E., *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995

241. SIMPSON W.S. – KESIKLI O., *The contours of arbitration discovery*, in *67 Ala. law.*, 280
242. SLAPPER G.- KELLY D., *English Legal System*, London, 2004, 314 ss.
243. SOLDATI N., *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005
244. SOLIGNANI, C., sub. *art. 816 c.p.c. Commentario al codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, 3^a ed., Milano, 2004, 2668 ss.
245. SOLIGNANI, C., sub. *art. 819 ter c.p.c. Commentario al codice di procedura civile*, a cura di N. PICARDI, 3^a ed., Milano, 2004, 2679 ss.
246. TARUFFO M., *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. Disc. Priv.*, VI, Torino, 1990, 324 ss
247. TARUFFO M. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1995, 784 ss.
248. TARUFFO M., *I modi alternativi di risoluzione delle controversie*, in L.P. COMOGLIO – C. FERRI – M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2006, 29 ss.
249. TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 74 ss
250. TARUFFO M., *La Prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992
251. TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975
252. TARUFFO M., *La ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, in *Riv. dir. proc* 1977, 596 ss
253. TARUFFO M., *Prova (in generale)*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 3 ss.
254. TARUFFO M., *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1973, 393;
255. TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970
256. TARUFFO M., *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1991, 512

257. TARUFFO M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim dir e proc. civ.* 2001, 665 ss.
258. TARUFFO M., voce *Libero convincimento del giudice*, in *Enc. Giuridica Treccani XVIII* Roma 1990, 1 ss.
259. TARZIA G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir proc.* 1984, 641
260. THAYER J.B., *A preliminary treatise on evidence at common law*, New York, 1889
261. TUPMAN M., *Discovery and Evidence in U.S. Arbitration: The Prevailing Views*, *The Arbitration Journal*, March 1989, 44, 1, 32
262. VACCARELLA R., *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006, 220 ss.
263. VACCARELLA R., *Il difensore e il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, II, 465 ss.
264. VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971
265. VERDE G., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, 633 - 644
266. VERDE G., *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., a cura di G. Verde, Torino, 2000, 1 ss.
267. VERDE G., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro* in *Riv. dir. proc.* 1977, 220
268. VERDE G., *L'onere della prova*, Napoli, 1974
269. VERDE G., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)* in *Riv. dir proc.* 1998, 12 s
270. VERDE G., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004
271. VERDE G., voce *Prova (dir. Proc civ.)*, in *Enc. Diritto*, Milano 1988, 618
272. VERDE G., *Prova legale e formalismo giuridico*, in *Foro It.*, 1990, V, 465 ss

273. VECCHIO G. *Le Impugnazioni*, in *Il nuovo processo arbitrale*, a cura di C. CECHELLA, Milano, 2006, 169 ss.
274. VIGORITI V., *Arbitrato e consulenza tecnica*, in *Riv. arb.*, 1993, 185 ss.
275. VITUCCI P., *La prova che il distributore sia titolare di diritti di utilizzazione sul film*, in *Riv. arb.*, 1993, 677 - 679.
276. WINAGRAD M.S., *Arbitration and evidence*, in *Dispute Resolution Journal*, May 2000, 47
277. WOOLF H., *Access to justice – Interim report to the Lord Chancellor on the civil justice in England and Wales*, London, 1995
278. WOOLF H., *Access to justice – Final report to the Lord Chancellor on the civil justice in England and Wales*, London, 2005
279. ZAMBONI M., sub art. 2699, in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 112 ss.
280. ZAMBONI M., sub art. 2699, in *Codice civile commentato*, a cura di G. ALPA e V. MARICONDA, Milano, 2005, IV, 119 ss.
281. ZANDER M., *Why Lord Woolf's proposed reform of civile litigation should be rejected*, in *Reform of civil procedure, Essays on Access to Justice*, a cura di AA. ZUCHERMAN, Oxford, 1995
282. ZICCARDI F., *Il ruolo dell'ordine pubblico nel processo arbitrale*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, a cura di M. Rubino- Sammartano, Torino, 2009, 603 ss.
283. ZUCCONI GALLI FONSECA E., sub art. 829, in *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-830*, a cura di F. CARPI, 2a ed., Bologna, 2007, 712 ss.
284. ZUFFI B., *L'arbitrato nel diritto inglese*, Torino, 2008

