

Alessio Carosi

**DALLA CORTE DI CASSAZIONE
ANCORA QUALCHE UTILE
INDICAZIONE SUI POTERI DEGLI
ARBITRI NELLA ISTRUZIONE
PROBATORIA E SUI LIMITI DEL
SINDACATO IMPUGNATORIO
SUL LODO PER VIOLAZIONE
DELLE NORME SULLA PROVA**

Estratto

II) ITALIANA SENTENZE ANNOTATE

CASSAZIONE CIVILE

Sez. I, ordinanza 7 luglio 2021, n. 19282;

VALITUTTI Pres.; IOFRIDA Est.; Fiere Internazionali di Bologna S.p.A. c. Huber Pierre.

Arbitrato - Lodo - Impugnazione del lodo arbitrale - Disciplina del procedimento arbitrale - Istruzione probatoria - Principio del contraddittorio.

383

L'assoluta libertà delle forme, che caratterizza il giudizio arbitrale, fa sì che, ai sensi dell'art. 816-bis c.p.c., spetti agli arbitri, qualora non vi abbiano provveduto le parti in limine litis, di regolare lo svolgimento del procedimento, ivi inclusa la fase istruttoria, nel modo che ritengono più opportuno. Gli arbitri, in questo caso, non sono tenuti ad osservare le norme dettate dal codice di procedura civile per il processo ordinario di cognizione, potendovisi, dunque, discostare, con l'unico limite invalicabile dell'attuazione del principio del contraddittorio. (massima dell'Autore)

Il lodo arbitrale non è colpito da nullità ex art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c. quando gli arbitri, in ossequio all'art. 816-bis c.p.c., abbiano concesso alle parti ragionevoli ed equivalenti opportunità di difesa, consentendo loro di svolgere le rispettive allegazioni assertive ed istruttorie, di esporre i rispettivi assunti, di esaminare il materiale probatorio acquisito e di controdedurre su di esso, anche dopo l'esaurimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche. (massima dell'Autore).

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. La ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, sia la violazione e falsa applicazione dell'art. 24 Cost., artt. 101, 244, 253, 816-bis e 829 c.p.c., in relazione alla dedotta violazione dei principi di difesa e del contraddittorio nel giudizio arbitrale, operanti an-

che prima della Riforma 2006, per mancata articolazione della prova testimoniale in capitoli separati e specifici, ex art. 244 c.p.c., essendo stata la relativa prova ammessa genericamente, con riferimento ad alcuni documenti prodotti in giudizio, e, in sede di assunzione, essendosi consentito ai

CASSAZIONE CIVILE

384

testimoni di esprimere mere valutazioni, in violazione dell'art. 253 c.p.c., nonché per l'attribuzione, da parte dell'Arbitro, di valenza di fatto notorio a mere dicerie, la liquidazione equitativa del danno, in difetto di domanda dello H., l'alterazione delle regole di riparto degli oneri probatori tra le parti, ed essendo stata la questione della violazione delle norme processuali pure dedotta nel giudizio arbitrale, ma avendo l'Arbitro ritenuto che le norme processuali non fossero applicabili trattandosi di arbitrato internazionale, mentre la Corte di merito avrebbe negato l'applicabilità delle norme sul contraddittorio, stante la volontà espressa dalle parti, nell'ambito dell'autonomia privata, sia l'omesso esame, ex art. 360 c.p.c., n. 5, di fatti decisivi, in relazione alle contestazioni mosse da Bologna Fiere sulla conduzione dell'istruttoria in sede arbitrale; b) con il secondo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'interpretazione, da parte dell'Arbitro ma condivisa dalla Corte d'appello, della comunicazione del 6/11/2007 di (*Omissis*), a mezzo della quale il comitato organizzatore di tale manifestazione si limitava comunicare all'H. di non poterlo accogliere per mancanza di spazi espositivi disponibili, nonché del suo collegamento, sotto il profilo causale, alla successiva sospensione dall'incarico di direttore artistico della manifestazione (*Omissis*), comunicata il 16/1/2008 da Bologna Fiere a H., ritenuto unico evento imputabile alla Bologna Fiere causativo del danno; c) con il terzo motivo, la nullità della sentenza, ex art. 360 c.p.c., n. 4, per violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, stante l'omessa ed illogica motivazione o la motivazione apparente in ordine ai rilievi mossi dall'impugnante Bologna Fiere, di merito, sul fatto che l'Arbitro avesse travalicato il proprio mandato, decidendo non secondo diritto ma nell'ambito dei principi di equità, nonché avesse attribuito efficacia causale ad un evento successivo, la sospensione dall'incarico di

curatore artistico della manifestazione (*Omissis*), nel gennaio 2008, rispetto ad evento anteriore, l'esclusione dello H., ad opera di soggetti terzi rispetto a Bologna Fiere, dall'evento (*Omissis*), nel novembre 2007, o processuali; d) con il quarto motivo, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1375, 1223 c.c., in relazione al rigetto del vizio di ultrapetizione, per l'aver l'Arbitro, a fronte di una domanda di accertamento della responsabilità contrattuale di Bologna Fiere "per mancata disclosure dei dati contabili", come da obbligo assunto nell'accordo denominato "*Omissis*", delineato una responsabilità contrattuale di diversa specie, "fraitendendo" l'effettiva portata delle doglianze di H., sulla base di un asserito "obbligo di protezione" dell'H., discendente dal principio generale di buona fede, ex art. 1175 c.c., ma intesa come "salvaguardia della posizione della controparte nella società" *erga omnes*, nel mercato dell'arte, e comunque non attinente all'espletamento dell'attività rientrante nel programma della rassegna (*Omissis*) del 2008, imputando inoltre alla Bologna Fiere una condotta omissiva, senza verificare l'esistenza di un danno, del nesso di causalità e della prevedibilità dell'evento, in violazione delle norme sulla responsabilità contrattuale; e) con il quinto motivo, l'omesso esame, ex art. 360 c.p.c., n. 5, di fatti decisivi, rappresentati dall'essere intervenuta la sospensione dello H. dalla Fiera di (*Omissis*), nel gennaio 2008, quando nel mercato dell'arte soggetti terzi rispetto a Bologna Fiere (il gallerista parigino N., come da sue dichiarazioni rese in atti, con le quali aveva accusato lo H. di sfruttare gli incarichi conferitigli, anche nell'ambito dell'evento (*Omissis*), per interessi lucrativi personali) avevano già animato polemiche, nella seconda metà del 2007, sulla condotta dello H., con una conseguente reputazione negativa, nonché dall'essere intervenuta la sospensione dello H. dall'evento (*Omissis*), anteriormente, nel no-

vembre 2007, come da documenti in atti, sulla base di una decisione del Comitato di (*Omissis*), e dal fatto che lo H. non aveva mai fornito chiarimenti circa la coincidenza tra le opere di artisti da lui acquistati in veste di mercante d'arte ed artisti da lui esposti, in qualità di curatore della rassegna (*Omissis*) 2007, presenti nel catalogo della rassegna.

2. La prima censura è infondata.

La Corte d'appello ha ritenuto infondato il vizio dedotto dall'impugnante Bologna Fiere di nullità del lodo per violazione dell'art. 829 c.p.c., nn. 7 e 9, rilevando che le parti non avevano scelto l'osservanza rigorosa delle norme processuali e che comunque il principio del contraddittorio e della parità di trattamento era stato rispettato, avendo avuto Bologna Fiere il medesimo spazio difensivo in sede istruttoria.

Ora, quando non siano state fissate le regole procedurali, gli arbitri del giudizio arbitrale possono regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno purché, come espressamente stabilito dall'art. 816 c.c., prima della Novella 2006, ed ora dall'art. 816-*bis* c.p.c., sia rispettato il principio del contraddittorio e, perciò, consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni, nonché la collaborazione nell'accertamento dei fatti mediante il reperimento delle prove e la confutazione di quelle avversarie, così da contribuire al convincimento del giudice non solo nel momento iniziale del processo, ma anche nel corso del procedimento (Cass. 11936/2011).

Questa Corte ha poi chiarito che “in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono

liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengono più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 c.p.c., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse” (conf. Cass. 8331/2018; 5243/2019).

Va anche osservato che, come più volte statuito da questa Corte, nell'arbitrato rituale, ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare le iniziali domande, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c., salvo il rispetto del principio del contraddittorio (Cass. 28189/2020; Cass. n. 2717/2007; e Cass. n. 8937/2000).

Ora, tali principi sono stati osservati dalla Corte d'appello, la quale ha rilevato che era corretta la decisione dell'Arbitro sulle forme del processo in assenza di diverso accordo delle parti prima del processo, alla luce della libertà delle forme che caratterizza quindi il giudizio arbitrale, e che il principio del contraddittorio era stato pienamente rispettato nel giudizio arbitrale, con pari trattamento delle parti, anzitutto nella formulazione delle istanze istruttorie e poi in sede di assunzione delle prove anche testimoniali. — (*Omissis*).

CASSAZIONE CIVILE**Dalla Corte di cassazione ancora qualche utile indicazione sui poteri degli arbitri nella istruzione probatoria e sui limiti del sindacato impugnatorio sul lodo per violazione delle norme sulla prova.**

1. La società F, il signor LR e il signor PH avevano stipulato nel lontano 2006 un contratto denominato “Puntuazione”¹. Il Contratto aveva ad oggetto la realizzazione di un progetto pluriennale per la creazione di una rassegna artistica in Shanghai. In forza di esso la società F, tra l’altro, si era obbligata a riconoscere a PH una quota di partecipazione pari al quindici per cento del capitale sociale di una costituenda newco, alla quale sarebbe stata affidata la gestione della predetta rassegna artistica, nonché a conferire al medesimo PH l’incarico di *advisor* del Consiglio di Amministrazione della stessa newco.

La Puntuazione era assistita da patto per arbitrato rituale secondo diritto. PH, ad un certo punto, lo attivò per la declaratoria di risoluzione del Contratto in ragione dell’inadempimento della società F nonché per la condanna della convenuta al risarcimento del connesso danno patrimoniale. La società F partecipò al procedimento arbitrale, spiegando a propria volta domanda riconvenzionale volta ad ottenere la risoluzione del Contratto per l’asserito inadempimento di PH e per la condanna di quest’ultimo al risarcimento dei danni subiti dalla compagine sociale.

Il procedimento arbitrale passò per un’articolata fase istruttoria, anche in punto di escussione di prova testimoniale.

L’arbitro unico accolse la domanda di PH e, con lodo del dicembre del 2009, accertò l’inadempimento della società F, dichiarò la Puntuazione risolta e condannò la convenuta al risarcimento dei danni in ragione di oltre tre milioni di euro.

La società F propose impugnazione avverso il lodo ai sensi dell’art. 829 c.p.c., affidato a quattro motivi, che l’adita Corte d’Appello di Milano dispense integralmente con sentenza del luglio del 2015, dichiarandone l’infondatezza.

La soccombente, quindi, avanzò ricorso per la cassazione della statuizione della Corte distrettuale meneghina, articolato in cinque motivi, che il giudice di legittimità ha respinto con l’ordinanza in commento.

2. Il provvedimento che si annota interviene su diversi aspetti e contiene vari spunti di riflessione. La Corte di Cassazione, tra l’altro, predica e ribadisce alcuni importanti principi di diritto in materia di istruttoria arbitrale, con particolare riferimento agli aspetti più marcatamente processuali dell’assunzione della prova e della sua acquisizione al processo. Ci troviamo al cospetto della riaffermazione di assiomi ben consolidati. Essi, tuttavia, ribadiscono assai utili criteri orientativi per gli arbitri che, nella conduzione del procedimento, debbano dirimere dubbi, risolvere questioni e, in ultima analisi, assumere decisioni afferenti alla prova. Sono questi i profili che reputo di maggiore interesse nell’ordinanza *de qua* e su di essi intendo brevemente soffermarmi.

Torniamo per un momento alla fattispecie concreta.

Si legge nel provvedimento che la società F, fin dalla spiegata impugnazione del lodo, ne aveva allegato la nullità ai sensi tanto del n. 7 quanto del n. 9 del comma primo dell’art. 829, comma 1, c.p.c., cioè per l’inosservanza delle forme procedurali stabilite dalle parti a pena di nullità e per la violazione del principio del contraddittorio. La ricorrente

¹ D’ora in avanti solo “Contratto” o “Puntuazione”.

aveva costruito entrambe le doglianze sull'affermata inosservanza, da parte dell'arbitro unico, della disciplina del codice di rito sul modo di deduzione della prova testimoniale e sulla sua formazione ed acquisizione al processo: in definitiva, sulla violazione degli artt. 244 e 253 c.p.c. La Corte d'Appello di Milano, in veste di giudice competente a conoscere dell'impugnazione del lodo nel caso di specie, concluse per l'infondatezza del motivo « (...) considerato che le parti non avevano scelto di applicare all'arbitrato le norme processuali fissate dal codice di rito per l'audizione delle testimonianze, che tale inosservanza non era stata eccepita nel corso dell'istruttoria dinanzi all'arbitro e che la parte impugnante aveva avuto il medesimo spazio difensivo in sede istruttoria (...) »².

La società F ha poi riproposto il motivo di doglianza in sede di legittimità, ovviamente trasferito sul versante dell'impugnazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano, segnatamente sotto l'egida dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, c.p.c. Si legge, infatti, nell'ordinanza che « La ricorrente lamenta: a) con il primo motivo, sia la violazione e falsa applicazione degli artt. 24 Cost, 101, 244, 253, 816-*bis* e 829 c.p.c., in relazione alla dedotta violazione dei principi di difesa e del contraddittorio nel giudizio arbitrale, operanti anche prima della Riforma del 2006, per mancata articolazione della prova testimoniale in capitoli separati e specifici, ex art. 244 c.p.c., essendo stata la relativa prova ammessa genericamente, con riferimento ad alcuni documenti prodotti in giudizio, e, in sede di assunzione, essendosi consentito ai testimoni di esprimere valutazioni, in violazione dell'art. 253 c.p.c. (...) ed essendo stata la questione della violazione delle norme processuali pure dedotta nel giudizio arbitrale, ma avendo l'Arbitro ritenuto che le norme processuali non fossero applicabili trattandosi di arbitrato internazionale, mentre la Corte di merito avrebbe negato l'applicabilità delle norme sul contraddittorio, stante la volontà espressa dalle parti, nell'ambito dell'autonomia privata, sia l'omesso esame, ex art. 360 n. 5, c.p.c., di fatti decisivi, in relazione alle contestazioni mosse da Bologna Fiere sulla conduzione dell'istruttoria in sede arbitrale (...) »³. La Corte di Cassazione, da parte propria, ha disatteso il motivo di impugnazione formulato dalla ricorrente perché « (...) quando non siano state fissate le regole procedurali, gli arbitri del giudizio arbitrale possono regolare il procedimento nel modo ritenuto più opportuno purché, come espressamente stabilito dall'art. 816 cod. proc. civ., prima della Novella 2006, ed ora dall'art. 816-*bis* c.p.c., sia rispettato il principio del contraddittorio e, perciò, consentito alle parti il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni, nonché la collaborazione nell'accertamento dei fatti mediante il reperimento delle prove e la confutazione di quelle avversarie, così da contribuire al convincimento del giudice non solo nel momento iniziale del processo, ma anche nel corso del procedimento (...) »⁴. La Corte di Cassazione ha, quindi, proseguito il proprio ragionamento mediante la reiterazione di quell'orientamento di legittimità, consolidatosi nel corso degli anni, per cui « (...) "in tema di arbitrato, qualora le parti non abbiano determinato, nel compromesso o nella clausola compromissoria, le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo che ritengono più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito, con l'unico limite del rispetto dell'inderogabile principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 cod. proc. civ., il quale, tuttavia, va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, nel senso che

² Così la Corte di Cassazione ha ricostruito quanto avvenuto di fronte agli arbitri.

³ Cfr. l'ordinanza che si annota, § 1.

⁴ Cfr. l'ordinanza che si annota, § 2.

CASSAZIONE CIVILE

deve essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse" (conf. Cass. 8331/2018; 5243/2019) (...)»⁵. La Corte ha, quindi, così concluso sul punto «(...) tali principi sono stati osservati dalla Corte d'Appello, la quale ha rilevato che era corretta la decisione dell'Arbitro sulle forme del processo in assenza di diverso accordo delle parti prima del processo, alla luce della libertà delle forme che caratterizza quindi il giudizio arbitrale, e che il principio del contraddittorio era stato pienamente rispettato nel giudizio arbitrale, con pari trattamento delle parti, anzitutto nella formulazione delle istanze istruttorie e poi in sede di assunzione delle prove anche testimoniali (...)»⁶.

3. L'ordinanza rileva sotto un duplice profilo. Il primo riguarda la disciplina dell'istruttoria arbitrale ed i connessi poteri degli arbitri. Il secondo pertiene, invece, ai limiti entro i quali la violazione delle regole istruttorie da parte degli arbitri riverbera ai fini dell'impugnazione del lodo arbitrale *ex art.* 829 c.p.c.

L'analisi muove dal primo aspetto. È ormai abbastanza condiviso che la disciplina dell'istruttoria arbitrale risulti dal combinato disposto degli artt. 816-*ter* e 816-*bis* c.p.c. La rubrica dell'art. 816-*ter* c.p.c., introdotto nel codice di rito dall'art. 22 del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recita "Istruzione probatoria", ma non deve trarre in inganno. La disposizione *de qua*, infatti, interviene su singoli aspetti dell'istruttoria arbitrale, che vanno dalla facoltà per gli arbitri di delegare l'intera istruttoria o singoli atti della stessa ad uno di essi alle modalità di assunzione della prova testimoniale, per finire con la possibilità per gli arbitri stessi di avvalersi di uno o più consulenti tecnici nonché di chiedere informazioni scritte alla pubblica amministrazione.

Si è così ritenuto che l'art. 816-*ter* c.p.c. sia da coordinarsi, e quindi da integrarsi, con l'art. 816-*bis* c.p.c. (art. 816 c.p.c. ante D. Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)⁷, dedicato allo "Svolgimento del procedimento", di cui l'istruttoria è, d'altra parte, una fase fondamentale. Anche l'art. 816-*bis* c.p.c., però, non va oltre la cornice. Esso, infatti, demanda alle parti, in prima battuta, di stabilire *in limine litis* — cioè nella stessa convenzione di arbitrato o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale — le norme che gli arbitri devono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato e, in via sussidiaria (cioè nel silenzio delle parti), lascia agli arbitri «(...) di regolare lo svolgimento e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno». Il solo limite che l'art. 816-*bis* stabilisce è che gli arbitri «(...) debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»: in buona sostanza, fermo l'ossequio al fondamento volontaristico dell'istituto, né le parti né gli arbitri possono derogare ai principi cardine del giusto processo, che sono, per l'appunto, il contraddittorio e l'equidistanza del giudicante dalle parti.

⁵ Cfr. l'ordinanza che si annota, § 2.

⁶ Cfr. l'ordinanza che si annota, § 2.

⁷ Lo rileva PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Seconda edizione, Padova, 2012, 234. Cfr. anche DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 367-368. Si coglie il profilo anche in LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Quarta edizione, Milano, 2011, 183-184.

La lettura congiunta degli artt. 816-*bis* e 816-*ter* c.p.c. dimostra che la disciplina dell'istruttoria arbitrale è quasi in nulla dettagliata. Essa, infatti, è pressoché del tutto sprovvista di disposizioni specifiche, tanto sugli aspetti più strettamente processuali (*i.e.* formazione ed ingresso della prova nel processo) quanto sulla parte più schiettamente sostanziale della valutazione del materiale probatorio acquisendo (*i.e.* ammissibilità e rilevanza) ed acquisito (*i.e.* efficacia). Tale lacuna, tra l'altro, non è casuale e nemmeno è il prodotto dell'opera di un legislatore poco attento. Si tratta, piuttosto, di una scelta consapevole e, a mio avviso, benemerita.

È noto l'antico dibattito dottrinale che si è formato intorno alla disciplina dell'istruttoria nell'arbitrato, sollecitato proprio dall'approccio morbido che il legislatore nazionale ha scelto di avere sul punto ⁸.

Un primo orientamento nega risolutamente che al giudizio arbitrale trovino applicazione principi e regole alla base della disciplina probatoria dettata per il processo civile ordinario, incluso l'art. 115 c.p.c. e l'ivi sancito principio della disponibilità della prova ⁹. Uno degli argomenti su cui tale tesi si fonda fa leva sulla rubrica dell'art. 115 c.p.c., "Dei poteri del giudice", la quale ne circoscriverebbe l'ambito di operatività al processo dinanzi al giudice togato, mentre non basterebbe per sovrapporre le due figure del giudice ordinario e dell'arbitro rituale la mera constatazione che entrambi esercitano la funzione di *ius dicere* ¹⁰. Un altro elemento di supporto della prospettazione è stato individuato nella posizione di sostanziale isonomia tra gli arbitri e le parti ¹¹, laddove, invece, il principio della disponibilità della prova e il generale divieto per il giudice togato di assumere iniziative istruttorie officiose affondano le proprie radici, secondo un'impostazione tradizionale, nella diffidenza verso la figura del giudice inquisitore ¹². In questa prospettiva, gli arbitri ben potrebbero discostarsi dalle norme probatorie contenute nel codice di rito e, specificamente, dall'art. 115 c.p.c.: il rapporto di regola-eccezione tra iniziativa istruttoria di parte e poteri officiosi del giudice sarebbe così rovesciato in arbitrato e agli arbitri non sarebbe impedito di "sollecitare" alle parti l'indagine fattuale su profili considerati rilevanti, che le parti abbiano trascurato o che non siano stati adeguatamente approfonditi ¹³. Resterebbe comunque invalicabile l'onere dell'allegazione dei fatti a carico delle parti (e, correlativamente, il principio della domanda *ex art.* 99 c.p.c.) e l'onere della prova, inteso sia come criterio guida dell'attività di parte (*i.e.* stimolo primario per le loro iniziative ed istanze istruttorie) sia come regola di giudizio a

⁸ Dà atto del dibattito DITTRICH, *op. cit.*, 368. Cfr. pure DANOVÌ, *L'istruttoria*, in *L'Arbitrato*, Salvaneschi-Graziosi (a cura di), Milano, 2020, 309 ss.; IDEM, *L'istruzione probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2008, 21 ss.

⁹ Cfr. LA CHINA, *op. cit.*, 185; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, *Quaderni de « Il giusto processo civile »*, Napoli, 2018, 117, per la quale l'art. 115 c.p.c. è norma valida solo per il processo di cognizione ordinario; BOVE, *L'istruzione probatoria nel giudizio arbitrale*, in *Giust. proc. civ.*, 4, 2014, 988.

¹⁰ Questo argomento è proposto da LA CHINA, *Ibidem*.

¹¹ Cfr. sempre LA CHINA, *Ibidem*; DANOVÌ, *L'istruttoria*, 317.

¹² Si veda LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 3 ss. Cfr. anche RICCI G.F., *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, 94.

¹³ Cfr. LA CHINA, *op. cit.*, 185-186. Sull'istruttoria come fenomeno necessariamente collaborativo si veda DITTRICH, *op. cit.*, 373-377. Per ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 117, il ricorso ai poteri inquisitori da parte degli arbitri non sarebbe da escludere tutte le volte in cui esso sia funzionale a conseguire una semplificazione e, dunque, una maggiore efficienza del processo.

CASSAZIONE CIVILE

disposizione del giudicante per scampare il *non liquet* (i.e. il fatto contestato dall'altra parte e non provato da quella che l'ha allegato nuoce a quest'ultima).

Un altro indirizzo, invece, argomenta in senso esattamente opposto, per cui l'istruttoria arbitrale sarebbe retta proprio dalle stesse regole e dagli stessi principi che sono a fondamento della disciplina dell'istruttoria nel processo dinanzi al giudice togato¹⁴. Il rapporto di regola-eccezione inferibile dall'art. 115 c.p.c. sarebbe replicato in arbitrato di guisa che gli arbitri dovrebbero porre a fondamento della loro decisione le sole prove proposte dalle parti, mentre sarebbe loro impedita qualsiasi attività istruttoria officiosa. Gli argomenti a fondamento della tesi sono stati: la collocazione sistematica dell'art. 115 c.p.c. nel Libro I del codice di procedura civile, dedicato alle "Disposizioni generali", applicabili anche ai procedimenti speciali del Libro IV, di cui pure l'arbitrato fa parte; la constatazione dell'equiparazione *quoad effectum* tra sentenza del giudice togato e lodo arbitrale, ricavabile dal regime dettato dagli artt. 824-bis e 825 c.p.c.; il fondamento privatistico dell'arbitrato e la natura necessariamente disponibile delle situazioni giuridiche soggettive compromettibili, mentre il modello di processo inquisitorio trova oggi terreno di applicazione rispetto alle sole situazioni giuridiche soggettive metaindividuali e di rilievo pubblicistico (incompatibili, dunque, con l'arbitrato)¹⁵.

Altri Autori ritengono che, ferma restando la portata generale dell'art. 115 c.p.c. e la conseguente tendenziale applicabilità del principio della disponibilità della prova anche in arbitrato, le parti sarebbero libere di dotare gli arbitri di più penetranti poteri d'iniziativa istruttoria. Il che potrebbe avvenire direttamente, cioè per effetto di un'espressa pattuizione che abiliti gli arbitri all'esercizio di simili poteri, o indirettamente, ovverosia quale conseguenza del rinvio ad un regolamento di arbitrato precostituito che preveda siffatti poteri (il regolamento, infatti, sarebbe recepito *per relationem* nel patto di arbitrato stipulato tra le parti, di cui diverrebbe parte integrante)¹⁶.

La tesi per cui l'istruttoria arbitrale sarebbe governata da regole e principi propri della disciplina dell'istruttoria nel processo ordinario di cognizione, pur autorevolissimamente sostenuta, non mi pare condivisibile. Infatti, non si può trascurare il dato di diritto positivo, che mi pare emergere in modo lampante dagli artt. 816-bis e 816-ter c.p.c., che rimarca la scelta del legislatore nazionale di non intervenire con una disciplina di dettaglio della prova in arbitrato. È stato, d'altronde, osservato che un simile approccio non rappresenta un dato isolato, ma che esso è comune alle varie legislazioni nazionali, le quali « (...) ben raramente contengono apposite ed esaustive disposizioni in materia di prova anche quanto agli aspetti più tipicamente "processuali" della assunzione e dell'ac-

¹⁴ Si veda CARNACINI, (voce) *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1957, 892 ss., il quale pareva ammettere un'attenuazione del rigore del principio dispositivo solo rispetto all'arbitrato d'equità. Cfr. PUNZI, *op. cit.*, 235-237, che, però, critica, ritenendola apodittica, l'affermazione per cui la disciplina delle prove dettata per il processo ordinario di cognizione operi senz'altro e per intero anche nel giudizio arbitrale.

¹⁵ Cfr. DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 318, il quale alla nota 21 evidenzia l'ulteriore limite della carenza dei poteri coercitivi in capo agli arbitri, i quali non potrebbero rendere cogenti mezzi di prova quali l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. o la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ex art. 213 c.p.c.

¹⁶ Si veda BRIGUGLIO, *Riflessioni sulla prova nell'arbitrato, fra individuazione delle regole applicabili e flessibilità arbitrale (con una esercitazione conclusiva sulla « non contestazione »)*, in questa *Rivista*, 3, 2013, 864 e, in particolare, alla nota 9. Cfr. anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Chiarloni (a cura di), Bologna, 2014, 433 ss.

quisizione al processo (...)»¹⁷. Al di là delle ragioni di diritto positivo, va tenuto sempre presente che l'arbitrato è qualcosa di diverso rispetto al processo dinanzi al giudice togato e che questa diversità è — o dovrebbe essere, per chi operi avvedutamente la scelta compromissoria — il motivo del ricorso alla convenzione arbitrale. La tendenza alla sempre maggiore giurisdizionalizzazione dell'istituto (determinata dalla crescente complessità delle dispute, soprattutto nell'ambito degli arbitrati multi-parti o multi-contratto)¹⁸ non giustifica la trasposizione indiscriminata delle regole del processo civile ordinario in arbitrato e predicarla rischia di contraddire proprio la volontà espressa dalle parti del patto arbitrale.

Mi sono permesso, poco sopra, di definire l'opzione praticata dal legislatore italiano benemerita. Lo è, a mio avviso, perché essa è indice di quella flessibilità che una parte della dottrina, anche se con un *focus* particolare sull'arbitrato internazionale, ha posto in risalto come caratteristica intrinseca e valore dell'arbitrato, cioè come strumento di cui gli arbitri possono servirsi per adeguare la disciplina del procedimento alle effettive esigenze dello specifico giudizio e, in definitiva, per far sì che ogni atto del processo consegua il suo scopo senza che sia dovuta l'osservanza di forme non indispensabili a quel fine¹⁹.

Considerare la disciplina dell'istruttoria arbitrale ricavabile dall'integrazione degli artt. 816-*bis* e 816-*ter* c.p.c. e svincolata dalle regole e dai principi vigenti per il processo civile ordinario assicura diversi vantaggi. In primo luogo, si presta ossequio alla volontà delle parti (le quali potrebbero dettare specifiche previsioni in materia probatoria e addirittura — scelta da non predicare sul piano pratico — vincolare gli arbitri all'osservanza delle norme dettate dal codice di procedura civile per il processo ordinario di cognizione). In secondo luogo, si lascia il giusto spazio alla flessibilità (gli arbitri si troveranno, per un verso, ad interpretare la volontà delle parti e, in alcuni casi, addirittura a disattenderla, qualora esse abbiano, ad esempio, disposto regole comportanti la preliminare rinuncia al contraddittorio²⁰; essi, per altro verso, nel silenzio delle parti, regolano il procedimento nel modo che ritengono più opportuno). Infine, viene salvaguardata l'osservanza dell'ordine pubblico processuale perché gli arbitri « (...) debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa ».

È quest'ultimo rilievo, cioè l'assoluta impossibilità per parti ed arbitri di derogare dai principi del giusto processo che dà coerenza e senso al ragionamento. Siffatta inderogabilità, infatti, previene gli abusi in danno di una parte ed assicura la stabilità del *decisum* degli arbitri, poiché, se il contraddittorio venisse violato, il lodo sarebbe passibile di impugnazione e, quindi, di annullamento quantomeno ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.²¹.

¹⁷ In questo senso BRIGUGLIO, *op. cit.*, 865.

¹⁸ La mette in evidenza DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 310. La segnala anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 11.

¹⁹ Cfr. RICCI E.F., *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in questa *Rivista*, 3, 2008, 311 ss.; BRIGUGLIO, *op. cit.*, 859 ss. e poi 867-868. Alla flessibilità arbitrale, al suo fondamento sistematico e ai suoi riflessi sull'istruttoria, è dedicato l'intera opera monografica di ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*

²⁰ Cfr. sul punto, ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 48-50.

²¹ Cfr. CAPONI, *Determinazione delle regole ed aspetti del contraddittorio nel processo arbitrale*, in *Foro it.*, 6, 1, 2005, 1770-1772; DANOVÌ, *L'istruttoria*, cit., 312-313; IDEM, *L'istruzione*

CASSAZIONE CIVILE

Non a caso autorevolissimi Autori hanno evidenziato che la flessibilità (o discrezionalità, che dir si voglia), quando propriamente maneggiata dagli arbitri, non è né capricciosa né arbitraria, bensì motivata e, soprattutto, orientata dalla correttezza²². Gli arbitri, insomma, nell'interpretare le regole procedurali dettate dalle parti o, nel silenzio di queste ultime, nel porle loro stessi devono orientare il loro operato alla *fairness*, la quale si estrinseca nell'affermazione di regole adeguate alle specifiche esigenze del singolo processo, prevedibili (onde evitare la *ex post facto rule*, che scompensa la posizione delle parti e mina l'imparzialità del decidente)²³, rispettose del contraddittorio, idonee al conseguimento dello scopo. Quanto alla prevedibilità, è stato osservato che essa non va intesa come rigida predeterminazione di regole di dettaglio, tutte da stabilirsi nella fase iniziale del processo. È verosimile, infatti, che regole di questo tipo possano rivelarsi improprie in rapporto alle contingenze di quel dato giudizio e contraddire il significato stesso della flessibilità arbitrale. La prevedibilità va, piuttosto, interpretata, in un primo momento, come preliminare determinazione dei limiti entro cui quella discrezionalità sarà esercitata e poi, nel corso del processo, nella fissazione delle regole relative al singolo segmento della sequenza procedimentale di modo che « (...) nessun atto può dichiararsi inammissibile, per difetto di un requisito di forma o per inosservanza di un termine, se non in base a disposizioni congruamente fissate e rese note alle parti prima del compimento dell'atto »²⁴.

Il dovere di *act fairly* degli arbitri, di cui si hanno moltissimi esempi nell'arbitrato internazionale, ma che permea pure l'arbitrato domestico²⁵, è — o dovrebbe essere — in ultima istanza garanzia del buon assolvimento del mandato loro affidato, che è quello di dirimere la disputa deferita mediante l'emanazione di una decisione stabile (*i.e.* non suscettibile di essere annullata) ed eseguibile (*i.e.* capace di soddisfare le condizioni dettate dall'art. 825 c.p.c., quanto alla mera regolarità formale del documento, per il lodo puramente domestico da eseguire in Italia o dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 per il lodo da riconoscere ed eseguire all'estero).

Mi sembra di poter dire che anche la giurisprudenza di legittimità si sia consolidata su posizioni omologhe. È vero che non vi si trova il riferimento esplicito alla flessibilità

probatoria nella nuova disciplina dell'arbitrato, cit., 23; COMOGLIO, *Disponibilità della prova e poteri d'ufficio degli arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2013, 1072; PUNZI, *op. cit.*, 239-241.

²² Cfr. RICCI E.F., *op. cit.*, 321-324; ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 77 ss., 84 ss. e 87 ss.; BRIGUGLIO, *op. cit.*, 869-872.

²³ Cfr. CAPONI, *op. cit.*, 1771. Riferimenti al valore della prevedibilità e al rischio, da scongiurare, della *ex post facto rule* anche da parte di ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 88.

²⁴ Così CAPONI, *Ibidem. Contra*, nel senso che la previa determinazione delle regole processuali sarebbe inerente al principio del contraddittorio, FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 56.

²⁵ Lo evidenzia RICCI E.F., *op. cit.*, 321-324. Cfr. in tema anche FABBI, *Alcune osservazioni circa l'impugnativa per nullità del lodo, il dovere di act fairly del tribunale arbitrale e la conduzione della fase istruttoria negli arbitrati commerciali internazionali*, in questa *Rivista*, 1, 2010, 150 ss. In concreto, si veda: la *Section 33(1)*, lett. (b), dello *UK Arbitration Act 1996* nonché al motivo di impugnazione per grave irregolarità di cui alla sua *Section 68(2)*; la *Section 46(3)*, lett. (c), dell'*Hong Kong Arbitration Ordinance*; gli artt. 14.1 e 14.5 delle *LCIA Arbitration Rules*. Con particolare riguardo alla materia istruttoria, fanno diversi riferimenti alla *fairness* le *IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration*, già nel *Preamble* e poi nei successivi *Articles 2*, comma 1, 8, comma 2, 9, comma 2, 9, comma 4, lett. (e).

o alla discrezionalità arbitrale orientata dalla correttezza, bensì alla libertà di forme limitata dall'osservanza dei principi dell'ordine pubblico processuale (contraddittorio, difesa, terzietà del giudicante). Ma i concetti di fondo, pur con diverse sfumature, mi pare che coincidano.

Così, in un caso, la Corte di Cassazione ha affermato che non determina la nullità del lodo il collegio arbitrale che, fissati inizialmente i termini per la precisazione dei quesiti, ne abbia poi ammesso il successivo ampliamento ad opera di una parte e al contempo consentito all'altra di controdedurre: la Corte ha osservato, infatti, che « (...) il giudizio arbitrale è caratterizzato dal principio della più assoluta libertà di forme, nel cui ambito gli arbitri adottano le regole da seguire, regole che possono, ritenutane l'opportunità, modificare, espressamente o implicitamente, ampliandole o restringendole, con l'unico ineludibile limite dell'assoluto rispetto del principio del contraddittorio e sempre che le regole del giudizio non siano state previste e determinate dalle parti in causa (...) »²⁶.

La Corte di legittimità, in un'altra occasione, ha predicato la correttezza dell'operato della corte d'appello adita ex art. 829 c.p.c., la quale aveva dismesso l'impugnazione del lodo per la pretesa tardività di un'eccezione dedotta dalla parte vittoriosa nel corso del procedimento arbitrale. Infatti, gli arbitri, in quel caso, avevano regolato il procedimento arbitrale assicurando il pieno contraddittorio e l'eccezione contestata era stata dedotta ritualmente dalla parte nel termine assegnato dagli arbitri²⁷.

In un'altra fattispecie ancora, la Corte di Cassazione ha cassato la sentenza della corte territoriale, la quale non aveva rilevato la nullità del lodo per violazione del principio del contraddittorio perché gli arbitri avevano pronunciato il lodo subito dopo la chiusura dell'istruzione, omettendo di assegnare alle parti un termine per controdedurre sulle risultanze probatorie²⁸.

²⁶ Cfr. Cass., 21 settembre 1999, n. 10192, in questa *Rivista*, 4, 1999, 701.

²⁷ Così Cass., 21 settembre 2004, n. 18918, la cui motivazione così, tra l'altro, recita: « (...) a norma dell'art. 816 cod. proc. civ., in mancanza di esplicita previa indicazione delle parti, gli arbitri hanno piena facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, ma debbono in ogni caso assegnare alle parti i termini per presentare documenti e memorie ed esporre le loro repliche onde assicurare il corretto svolgimento del procedimento col pieno rispetto del principio della regolarità del contraddittorio che presiede anche allo svolgimento del giudizio arbitrale: da ciò consegue la tardività e l'inammissibilità di quesiti formulati per la prima volta con la comparsa conclusionale, che è destinata solo a illustrare le ragioni delle pretese e delle richieste delle parti, senza possibilità alcuna di ampliare l'oggetto della controversia poiché ciò comporterebbe violazione del diritto di difesa della controparte ».

²⁸ Cfr. Cass., 27 ottobre 2004, n. 20828, per la quale « Alle parti, pertanto, deve essere assicurata la possibilità di esporre il proprio assunto, di conoscere in tempo utile le richieste e le memorie di controparte e, più in generale, le prove e le risultanze del processo, nonché di presentare, entro i termini prefissati, istanze istruttorie, memorie e "repliche" (...) Ed è altresì incontrovertibile che tali canoni debbano essere osservati per tutto il corso del giudizio e, segnatamente, dopo la chiusura dell'istruttoria, in quanto la facoltà di replica (specificamente prevista dall'art. 816, quarto comma, c.p.c.) per poter essere adeguatamente esercitata postula che le parti, dopo la chiusura dell'istruzione, abbiano a disposizione un lasso di tempo ulteriore, rispetto a quello impiegato per l'espletamento dell'istruttoria, per valutare gli elementi raccolti ed eventualmente controdedurre. Il processo non è, infatti, un dialogo tra le sole parti, in quanto la loro partecipazione al giudizio è diretta a fornire al soggetto chiamato a dirimere la controversia gli elementi sui quali la decisione dovrà essere fondata. E si intende, allora, che la possibilità di adeguare alle risultanze acquisite nel corso del giudizio le proprie

CASSAZIONE CIVILE

Si può menzionare un ultimo precedente in cui la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza della corte distrettuale che non aveva giudicato il lodo impugnato nullo per violazione del principio del contraddittorio. Gli arbitri, nel caso in questione, avevano dichiarato la parte, poi risultata soccombente all'esito del processo, decaduta dalla facoltà di svolgere la propria attività di allegazione assertiva ed istruttoria, senza avere però, pur nell'esercizio della discrezionalità loro concessa dall'art. 816-*bis* c.p.c., espressamente qualificato i termini che avevano a tal fine assegnati come perentori e senza avere informato le parti delle scadenze connesse alla loro inosservanza²⁹.

Questa brevissima rassegna permette di concludere che anche nella casistica giurisprudenziale si trovano costanti indici della flessibilità arbitrale in materia di istruzione probatoria. Ciò che dà coerenza e solidità al ragionamento è, pure nell'interpretazione offerta dai giudici, il limite invalicabile, segnato dall'art. 816-*bis* c.p.c. e sanzionato in via impugnatoria dal successivo art. 829, comma 1, n. 9, della necessaria osservanza del principio del contraddittorio.

L'ordinanza in commento si pone, dunque, in continuità con i condivisibili principi di diritto consolidatisi in ambito giurisprudenziale.

4. Quanto è stato sin qui osservato mi permette di esaminare abbastanza agilmente il rimanente profilo dei riflessi impugnatori della violazione della disciplina della prova da parte degli arbitri.

Le maglie dei motivi d'impugnazione del lodo sono tendenzialmente indifferenti alla

richieste ed illustrare le proprie tesi prima della pronuncia del lodo rappresenti un momento essenziale dell'esercizio del diritto di difesa nel processo arbitrale, e che la negazione di tale opportunità determina la nullità della pronuncia adottata ».

²⁹ Si veda Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, secondo cui « (...) ove le parti non abbiano vincolato gli arbitri all'osservanza delle norme del codice di rito, è consentito alle medesime di modificare ed ampliare i quesiti posti nella loro formulazione originaria, nell'ambito dei termini della clausola compromissoria, e di formulare istanze di prova, senza che trovino applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c., fermo il rispetto del principio del contraddittorio (...). In ragione della libertà delle forme che caratterizza il procedimento arbitrale, l'essenziale rilevanza del principio del contraddittorio — che attiene all'ordine pubblico, come emerge dalla complessiva disciplina legale, che ripetutamente lo richiama (cfr. art. 808-*ter*, comma 2, n. 5; art. 816-*bis*, comma 1; art. 829, comma 1, n. 9) — finisce, così, per diventare il vero crisma di legittimità del procedimento stesso e garanzia processuale inderogabile, la quale esige che ciascuna parte sia messa nella condizione di svolgere le proprie difese per tutto il corso del procedimento arbitrale, senza incorrere in scadenze "a sorpresa". Nei casi in cui, in particolare, agli arbitri non sia dalla clausola compromissoria demandato il compito di applicare le norme del codice di rito, essi sono tenuti, nell'autodisciplina del procedimento che abbiano disposto, a realizzare il contraddittorio delle parti, assicurando loro la possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, in rapporto agli elementi utilizzati dagli arbitri per la pronuncia, ognuna dovendo avere la possibilità di far valere le sue posizioni e di contrastare le ragioni avversarie, affinché sia garantita la dialettica processuale. Se, quindi, non v'è dubbio che gli arbitri, nel regolare il miglior ordine del procedimento, possano assegnare alle parti dei termini per precisare i quesiti, depositare documenti ed istanze probatorie, produrre memorie ed esporre le loro repliche, nonché fissare tali termini a pena di decadenza, tuttavia è loro precluso di dichiarare inammissibile un atto o un'istanza, per inosservanza di uno di quei termini, ove non avessero anteriormente, nel modo e nel tempo congruo, stabilito e reso nota alle parti la regola in tal senso adottata ».

violazione delle norme istruttorie³⁰. In altri termini, è difficile che l'inosservanza della disciplina della prova — sia sotto il profilo processuale della formazione e dell'acquisizione del materiale probatorio al processo sia sotto quello più marcatamente sostanziale della valutazione della sua ammissibilità, rilevanza e, infine, efficacia — sfoci in motivo di nullità del lodo.

Insomma, il sindacato impugnatorio sul *decisum* arbitrale ha, anche sotto questo aspetto, margini strettissimi.

La violazione di una regola istruttorie può essere motivo di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c., nell'ipotesi (che mi sembra di poter ritenere, però, piuttosto residuale) in cui le parti abbiano stabilito — ad esempio — l'osservanza di una data modalità di assunzione della prova a pena di nullità (si può pensare all'audizione in presenza fisica dei testimoni, con implicita esclusione della possibilità, invece ammessa dall'art. 816-ter c.p.c., della testimonianza scritta) e il vizio non sia stato sanato durante il processo, e sempre a condizione che il motivo di nullità sia stato eccepito ex art. 829, comma 2, c.p.c.

Un'altra ipotesi è quella (anch'essa tutt'altro che frequente) in cui le parti abbiano espressamente disposto l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia e la regola probatoria disattesa sia ritenibile come relativa al merito, cosicché la sua inosservanza possa integrare il motivo di nullità previsto dall'art. 829, comma 3, c.p.c. Si pensi, a titolo di mera esemplificazione, alla violazione della regola di giudizio dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c. o alla violazione della disciplina delle presunzioni ex artt. 2727 ss. c.c. oppure, ancora, alla violazione del principio della non contestazione ex art. 115 c.p.c., che si è ipotizzato essere regola relativa al merito della controversia³¹. L'inosservanza di queste regole istruttorie pare essere suscettibile di impattare negativamente sulla stabilità del lodo solo ai sensi, e nei limiti, dell'art. 829, comma 3, c.p.c.

Il profilo di maggiore rilievo, in relazione al quale la violazione della disciplina probatoria può riflettersi sulla validità del *decisum* arbitrale, è senza dubbio quello dell'ordine pubblico processuale, che è senz'altro comprensivo del contraddittorio. In altri termini, ciò che rende il lodo passibile di nullità ex art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c. è l'infrazione della disciplina istruttorie da cui scaturisca l'inosservanza, purché sostanziale³², del principio del contraddittorio (difesa e « parità delle armi »). Questo dato affiora in modo lampante dalla breve rassegna giurisprudenziale di cui si è dato conto

³⁰ Cfr. BRIGUGLIO, *op. cit.*, che, alla pagina 869, parla di « (...) tendenziale indifferenza della griglia di controllo impugnatorio rispetto alla soluzione anche "in diritto" delle questioni istruttorie (...) » e, poi, ancora alle pagine 871-872.

³¹ Cfr. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 881.

³² Cfr. PUNZI, *op. cit.*, 25. In questo senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *op. cit.*, 48, la quale rimarca che la garanzia del contraddittorio va intesa in senso sostanziale e non formale, di guisa che « (...) non basta, cioè, che una certa regola posta a tutela del diritto di difesa sia violata, affinché ricorra la nullità, perché occorre verificare se, nonostante la violazione, la parte abbia comunque avuto modo di difendersi ». Cfr. Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, per la quale « (...) l'omessa osservanza del contraddittorio non è un vizio formale, ma di attività, sicché la nullità che ne scaturisce ex art. 829 c.p.c., comma 1, n. 9, implica una compressione del diritto di difesa della parte processuale: deve, cioè, aversi riguardo al modo in cui le parti hanno potuto confrontarsi in giudizio in relazione alle pretese ivi esplicate, giacché il vizio di violazione del contraddittorio consegue alla concreta menomazione del diritto di difesa ».

CASSAZIONE CIVILE

poco sopra. Vi si evince, infatti, che dinanzi alle corti d'appello è spesso fatto valere il motivo di nullità del lodo di cui all'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c. e che la violazione di tale ultima disposizione è sovente invocata come motivo di ricorso per la cassazione delle sentenze delle stesse corti distrettuali ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

In questa prospettiva, potrebbe essere motivo di invalidità del lodo arbitrale la scelta degli arbitri di pronunciare il lodo definitivo subito dopo la conclusione della fase istruttoria — sempre che un'istruttoria si sia svolta (audizione dei testimoni; consulenza tecnica d'ufficio; audizione degli esperti (se prevista); etc. — perché in tal modo è preclusa alle parti la facoltà di prendere posizione sul materiale probatorio formatosi (i.e. prove costituenti) ed eventualmente di controdedurre al riguardo. Allo stesso modo, riterrei che violano il contraddittorio gli arbitri che impediscano alla parte di partecipare all'escussione testimoniale o che, durante la stessa, le precludano di formulare domande al testimone per mezzo degli arbitri stessi o direttamente (se ammesso il meccanismo della *direct* e *cross examination*). Ed ancora, mi sembra che ledano il contraddittorio gli arbitri che, disposta una consulenza tecnica d'ufficio, non permettano alle parti di assistere alle operazioni peritali e di formulare osservazioni, direttamente o per mezzo dei consulenti tecnici di parte, all'operato del perito officiato. Infine, disattendono, ovviamente, il contraddittorio gli arbitri che non mettano le parti in condizione di svolgere la loro attività di allegazione dei fatti e, in relazione a quest'ultima, di articolare le rispettive istanze istruttorie.

Mi sembra di poter concludere che, anche sotto questo ulteriore versante, l'ordinanza in commento abbia ribadito i condivisibili principi di diritto ormai consolidatisi nella giurisprudenza di legittimità.