

## ADR nella riforma Cartabia

1-Per rendere più efficiente il servizio statale della giustizia civile il legislatore vuole potenziare l'uso delle c.d. ADR, sia quelle che implicano un percorso ed un esito negoziale sia quelle che, invece, avendo funzione e struttura giurisdizionale, ponendo capo ad un atto eteronomo aggiudicativo che replica lo *ius dicere* di un giudice statale, hanno un ruolo di giustizia (privata) alternativa. Dal primo punto di vista l'intervento riformatore in atto si occupa della mediazione e della negoziazione assistita. Dal secondo punto di vista si propongono alcune modifiche ed integrazioni nella disciplina dell'arbitrato c.d. rituale.

2-Le parti in lite in riferimento ad un diritto disponibile possono evitare il processo trovando un accordo ed a questo fine bastano gli strumenti a loro offerti dal codice civile, in particolare il contratto di transazione, quale atto di normazione autonoma, che tale resta anche se per favorire il suo perfezionamento i litiganti si siano fatti aiutare dai loro avvocati ovvero dal c.d. amico comune, in funzione di mediatore, ossia da una persona capace di stimolare e facilitare quel dialogo che, lontano dalle tecniche competitive rivolte alla vittoria, dovrebbe portare al riavvicinamento e così alla composizione degli interessi, soprattutto economici. Ma ormai da diversi anni il nostro legislatore ha dettato discipline speciali aventi un duplice scopo. Il primo: evitare inconvenienti e carenze che possono aversi per il solo uso delle norme civilistiche (da qui la disciplina sull'interruzione-sospensione dei termini di prescrizione e sull'impedimento della decadenza ovvero la qualificazione del verbale di accordo quale titolo esecutivo). Il secondo: imporre ai litiganti l'obbligo di tentare questi percorsi prima di esercitare l'azione giudiziale.

Partendo dalla mediazione, sicuramente lo strumento più importante e complesso, la riforma in commento non muta la filosofia di fondo della legislazione vigente, proponendo una sorta di aggiornamento del d.lgs. n. 28/2010, nel tentativo di rendere più appetibile lo strumento e così poter giungere in futuro a più successi, insomma ad un numero maggiore di accordi, perché è chiaro che un incremento di esiti positivi comporterebbe una diminuzione del carico di lavoro dei giudici statali e, quindi, una migliore e più rapida amministrazione della giustizia pubblica.

Il tratto più importante e direi più caratterizzante emerge nella scelta di mantenere l'uso della mediazione come condizione di procedibilità imposta *ope legis* in una serie di situazioni individuate. Il legislatore non prevede che per ogni diritto disponibile l'accesso al giudice sia condizionato dall'obbligo di tentare un simile percorso, bensì, mantenendo l'arbitraria scelta delle materie già fatta nell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28/2010, ha aggiunto alcuni casi di rapporti durevoli, ossia in materia di: contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone, di sub fornitura.

Una simile scelta è a dir poco assai timida ed in fondo, nella mancanza di coraggio che rivela, priva di prospettiva. Lo stesso legislatore tradisce una certa mancanza di fiducia nel momento in cui prevede che, decorsi cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo attuativo della delega, si procederà ad una verifica, alla luce delle risultanze statistiche, dell'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità.

Si sarebbe potuto allargare la condizione di procedibilità ad ogni lite coinvolgente un diritto disponibile, lasciando però all'esclusivo potere di parte il rilievo della relativa eccezione processuale, a cui collegare poi un onere di effettiva partecipazione alla trattativa. Oppure si sarebbe potuto abbandonare del tutto l'uso di questo istituto affidandosi totalmente alla mediazione delegata. La prima opzione avrebbe comportato il permanere della condizione *ope legis*, ma, dipendendone l'effettività da una scelta di parte, con essa si sarebbe potuto sperare in maggiori potenzialità di successo dei percorsi. La seconda scelta avrebbe finalmente significato la maturazione del sistema nella comprensione che la mediazione non potrà mai essere uno strumento direttamente di deflazione, insomma un mezzo per evitare i processi, bensì

potrà essere al più un mezzo per evitare la pronuncia delle sentenze, in tutta una serie di ipotesi nelle quali dalle risultanze del processo stesso emerga l'occasione di un dialogo tra giudice e parti che rende palese come il contratto possa essere nel caso specifico un mezzo migliore di definizione della lite.

Da questo secondo punto di vista i tentennamenti del legislatore delegante appaiono in tutta evidenza nel momento in cui si prevede la valorizzazione e l'incentivazione della mediazione demandata dal giudice «in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziari che demandano le parti alla mediazione». Previsione a cui si aggiunge la necessità di «prevedere l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, ai fini della valutazione della carriera dei magistrati».

Invero non sembra coerente ed in fondo praticamente possibile, nella maggior parte delle ipotesi, una ragionevole convivenza tra mediazione imposta *ope legis* e mediazione imposta *ope iudicis*, perché la prima toglie spazio alla seconda, quantomeno per il fatto che può apparire spesso inaccettabile la scelta di questa da parte del giudice quando le parti abbiano già inutilmente percorso quella. Non che la cosa sia impedita dalla legge. Ma non vi è dubbio che il giudice, pur volenteroso, quando ha di fronte parti che hanno già svolto inutilmente un percorso in mediazione possa avere qualche resistenza di troppo nel giocare su un dialogo che deve esservi prima della pronuncia di un'ordinanza per la demandata, se non si vuole che il tentativo appaia agli utenti della giustizia un'ennesima perdita di tempo.

Insomma, il legislatore non ha scelto una chiara ed univoca filosofia di approccio ed ha preferito rimanere un po' in mezzo al guado, rischiando così di rendere in fondo inutili altre previsioni relative alla mediazione che pur vorrebbero avere una funzione facilitativa.

Oltretutto la detta scelta conservativa è stata confermata anche su un altro piano: quello dei soggetti legittimati alla gestione dei percorsi. È noto come gli arbitrati (c.d. *ad hoc*) possano essere svolti da chiunque e in contesti del tutto occasionali ovvero gestiti da camere arbitrali. Le mediazioni, invece, se si vogliono avere a livello di ordinamento statale gli effetti previsti dalla legge (assolvimento della condizione di procedibilità ove prevista ed efficacia di titolo esecutivo in caso di esito positivo), devono necessariamente essere gestite da organismi accreditati.

Questo è un sistema (non certo esistente in tanti altri Stati) che, parandosi dietro l'esigenza di garantire qualità e tutta una serie di valori, tradisce un atteggiamento sostanzialmente illiberale e poco fiducioso nel mercato e nella maturità dei suoi protagonisti. Invero, non si comprende il motivo per cui, mentre ogni persona di cui le parti hanno fiducia possa decidere una loro controversia in arbitrato, lo stesso non possa accadere quando si tratta di farsi aiutare da un terzo nel trovare un equilibrio negoziale, pur in presenza di un obbligo a tal fine. Ma questa scelta è mantenuta, cercandone solo alcuni aggiustamenti con i quali si vorrebbe ottenere: un maggior equilibrio economico, una maggiore efficienza e qualità dei servizi.

Dal punto di vista economico, per stimolare un atteggiamento costruttivo nei confronti della mediazione, si punta su tre direttrici. La prima: si annuncia una «riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e dell'indennità spettanti agli organismi di mediazione», senza però indicare alcun criterio né far emergere una filosofia di fondo che dovrebbe essere attuata. La seconda: si prevede l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita. La terza: si annuncia il riordino e la semplificazione della disciplina degli incentivi fiscali che giocheranno sull'incremento della misura dell'esenzione dell'imposta di registro; la semplificazione per la procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 28/2010 e il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato di cui ci si è avvalsi, nonché di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato nel processo statale estintosi

per il buon esito della mediazione; infine la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che abbia diritto al patrocinio a spese dello Stato.

Quanto all'innalzamento del livello di efficienza e qualità del servizio, si annunciano interventi che riguardano sia i mediatori sia gli organismi. Per questi si vorrebbero potenziare i requisiti di qualità e trasparenza del procedimento in mediazione, anche riformando i criteri indicatori dei requisiti di serietà e di efficienza degli organismi in cerca di accreditamento, nonché «riformare e razionalizzare i criteri di valutazione dell'idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, nonché degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione». Per quelli si vuole procedere alla revisione della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori, aumentando la durata della stessa e prevedendo che coloro che non abbiano conseguito una laurea in discipline giuridiche possano essere abilitati a svolgere attività di mediatore dopo aver conseguito un'adeguata formazione tramite specifici percorsi di approfondimento giuridico.

Qui emerge in tutta evidenza la sfiducia nella maturità e capacità di scelta degli utenti e si rischia solo di innalzare l'asticella dei percorsi burocratici intorno al fenomeno della mediazione, peraltro elencando cose da fare senza l'indicazione di alcun vero criterio. Oltretutto si persiste nell'errore di pensare che l'aver acquisito una formazione giuridica sia un vantaggio che coloro che ne siano sforniti devono recuperare. Così si dimentica che la mediazione non è un percorso strutturato secondo una logica "giurisdizionale", in cui si ha: all'inizio la formulazione di pretese giuridiche, nello svolgimento l'esercizio di poteri processuali e alla fine un atto in cui si *ius dicit*, ripartendo il torto e la ragione. La mediazione, al contrario, è un "ambiente" nel quale il mediatore favorisce un dialogo non competitivo, mirante non alla vittoria, ma alla composizione, un dialogo che le parti non conoscono e che il mediatore aiuta e stimola attraverso conoscenze di tecnica della negoziazione, che attingono all'osservazione del linguaggio e dei comportamenti umani. Da questo punto di vista i giuristi sono quasi i meno adatti a gestire simili percorsi, avendo quale unico vantaggio quello di comprendere le pretese giuridiche da cui i litiganti partono, pretese che, però, in quanto tali non dovrebbero entrare nella gestione del tavolo di trattative.

Ben altro respiro si avrebbe se il legislatore affrontasse il problema di questa peculiare formazione, dati i suoi contenuti complessi, nell'ambito dei percorsi universitari. Ben altra maturità del sistema si avrebbe se istituzioni ed esperti interessati potessero organizzare liberamente corsi così complessi per offrirli a chi volesse acquisire, seriamente e professionalmente, l'arte della mediazione, lasciando poi al mercato il compito di selezionare i professionisti più bravi e più affidabili.

3-Seguono, quindi, diverse previsioni che, per un verso, vorrebbero chiarire dubbi interpretativi emersi nella prassi e, per altro verso, vorrebbero comunque eliminare ostacoli al ricorso alla mediazione, fermo restando che si annuncia l'approntamento di un testo unico nel quale, lasciando fuori il diverso fenomeno dell'arbitrato, si dovrebbero disciplinare tutte le varie forme di risoluzione stragiudiziale delle controversie civili (TUSC). Idea, questa, che se fosse attuata, renderebbe un servizio assai utile ad operatori ed utenti.

Da questo secondo punto di vista si segnalano due interventi.

Col primo si vogliono favorire le possibilità di accordo con pubbliche amministrazioni, indicando al legislatore delegato il compito di «prevedere per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 20 marzo 2001, n. 165, che la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista il dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti».

Col secondo si vuole agevolare il compito degli amministratori di condominio indicando la necessità di «prevedere che l'amministratore di condominio è legittimato ad attivare un procedimento di mediazione, ad aderirvi e a parteciparvi, e prevedere che l'accordo di conciliazione riportato nel verbale o la proposta del mediatore sono sottoposti all'approvazione dell'assemblea condominiale che delibera con le maggioranze previste dall'articolo 1136 del codice civile e che, in caso di mancata approvazione, la conciliazione si intende non conclusa o la proposta del mediatore non approvata». Con ciò si abbandona la scelta prudenziale fatta dal legislatore nel 2012, in virtù della quale l'attuale art. 71-*quater* disp. att. c.c. prevede che il mediatore debba munirsi della necessaria autorizzazione da parte dell'assemblea dei condomini anche per partecipare alla procedura di mediazione. Tuttavia, superato l'ostacolo formale, diversa potrebbe essere la prassi, che potrà continuare a vedere amministratori prudenti che magari vorranno coinvolgere i condomini fin dall'inizio della vicenda, permettendo loro di partecipare indirettamente allo svolgimento del dialogo in mediazione.

Quanto ai dubbi interpretativi che si vorrebbero risolvere emergono quattro interventi.

Quello che potrebbe sembrare meno significativo attiene alla possibilità per le parti in mediazione di stabilire, al momento della nomina dell'esperto, che la sua relazione possa essere prodotta in giudizio e liberamente valutata dal giudice. Invero si potrebbe anche ritenere che una tale possibilità sia già nel sistema e quanto alla libera valutazione del giudice mi sembra una precisazione del tutto scontata.

Quindi si chiarisce che l'obbligo di farsi assistere da un avvocato si ha solo ove la mediazione sia condizione di procedibilità.

Ma assai più rilevanti sono gli altri due temi affrontati.

Il primo attiene alla questione che da anni si pone nell'ambito del procedimento per ingiunzione e che può sintetizzarsi nella seguente domanda: se la mediazione non è stata svolta prima dell'esercizio dell'azione in giudizio e se questa è avvenuta con una domanda di ingiunzione, dopo che sia stata proposta opposizione al concesso decreto ingiuntivo a chi spetta l'onere di attivare la mediazione, avendo il giudice impartito il relativo ordine a seguito dell'eccezione con cui si sia fatto valere il mancato (previo) assolvimento della condizione di procedibilità?

Su questo tema si scontrano due tesi. Secondo alcuni l'onere spetta alla parte opponente, sia in virtù delle previsioni di cui agli articoli 647 e 653 c.p.c. sia per la necessità di adeguare il sistema al principio della ragionevole durata del processo, posto che la conseguenza applicativa di tale costruzione sta nella stabilizzazione del pronunciato decreto ingiuntivo, e così col raggiungimento della cosa giudicata, nel caso di mancato assolvimento della condizione. Secondo altri, invece, la condizione è a carico di chi comunque fa valere il diritto in giudizio, ossia il creditore opposto, il quale, se pur può svolgere la fase monitoria senza condizionamento, deve poi, ove l'avversario si opponga, assolvere a quella condizione che la legge prevede come preventiva all'esercizio dell'azione giudiziale, con il rischio di veder caducato il pronunciato decreto ingiuntivo.

La Corte di cassazione, dal canto suo, ha accolto la prima tesi con provvedimento del 3 dicembre 2015, n. 24629, per poi scegliere la seconda tesi a sezioni unite con provvedimento del 18 settembre 2020, n. 19596.

La vicenda, a mio parere, poteva ritenersi chiarita. Ma il modo in cui si sono pronunciate le sezioni unite evidentemente non soddisfaceva e così si è imposto al legislatore delegato di «individuare, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, la parte che deve presentare la domanda di mediazione, nonché definire il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità». Una delega che, come appare evidente, ancora "dà una cosa da fare", senza esprimere alcun criterio e senza neanche cercare di approfondire eventuali differenze

tra condizione *ope legis* e condizione *ope iudicis*, aspetto che almeno si poteva far emergere come problema.

Il secondo tema riguarda uno degli aspetti più importanti, se non il più importante, della mediazione come condizione di procedibilità. A lungo ci si è chiesto: la condizione è assolta solo se vi sia stato un passaggio formale di fronte ad un organismo accreditato oppure è necessario che il percorso sia stato fatto in un certo modo? L'obbligo, non certo di accordarsi, bensì di provarci deve colorarsi dell'obbligo di provarci seriamente, quale declinazione del più generale principio per cui alle parti, pur in lite, è imposto un dovere di comportarsi con lealtà e buona fede?

A questa domanda i giudici e la dottrina hanno dato risposte diverse e certamente essa esige una chiara risposta del legislatore. Risposta che però in questa delega non è per nulla chiara.

In essa si esordisce ripetendo quanto già oggi è previsto nell'art. 5, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 28/2010, ossia che «la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo», con ciò sembrando che si sposi la tesi minimale preferita da ultimo dalla Corte di cassazione con provvedimento del 7 marzo 2019, n. 8473.

Però, poi, si auspica anche la necessità di favorire un effettivo confronto tra le parti, irrobustendo questo auspicio col prevedere che la partecipazione attiva, magari personale, della parte alla procedura di mediazione (che sia obbligatoria o meno) rientri tra i c.d. rimedi preventivi della legge n. 89/2001, condizionando, quindi, l'ammissibilità della domanda con cui si pretenda un risarcimento per l'irragionevole durata del processo.

Inoltre, in riferimento alla questione pur spinosa della doverosa partecipazione personale della parte, per un verso se ne prevede il favore e per altro verso si aggiunge anche, sempre seguendo la traccia data dalla Corte di cassazione, che la parte può delegare, in presenza di giustificati motivi, un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei necessari poteri per la soluzione della lite.

Qui il legislatore delegato dovrà fare chiarezza. Innanzitutto sulla figura del rappresentante, che mi auguro potrà essere lo stesso avvocato, e sulla forma della procura. Poi sulla chiara definizione degli obblighi e delle sanzioni. A mio sommo avviso sarà difficile imporre un tentativo effettivo come condizione di procedibilità nel momento in cui sia la nostra Corte costituzionale (provvedimento n. 276 del 13 luglio 2000) sia la Corte di Lussemburgo (10 marzo 2010) affermano che il condizionamento alla giurisdizione non possa esigere un costo ingente, a meno che la sopra citata riforma di spese e indennità trovi un equilibrio accettabile.

Ma ciò non toglie che si potrebbe comunque giocare sul piano economico, sanzionando la parte non collaborativa, la parte, quindi, che non sia apparsa leale e in buona fede. Piano che forse il legislatore avrebbe potuto valorizzare in modo radicale, eliminando la tecnica della condizione di procedibilità, che rende non decidibile la domanda giudiziale, e sposando piuttosto la tecnica della squalificazione dei comportamenti, sanzionabili appunto sul piano delle spese del giudizio, intese in senso lato.

4-Infine, una menzione a parte merita la previsione di delega con cui si vuole in pratica stabilizzare l'esperienza della mediazione a distanza, con l'ovvia precisazione di esigere l'accordo delle parti. La menzione è dovuta al fatto che, vista la legislazione emergenziale in vigore, si auspicano alcuni chiarimenti in ordine alle forme necessarie al fine di giungere all'accordo telematico.

A mio sommo avviso, anche alla luce delle previsioni del codice dell'amministrazione digitale (CAD), si dovrebbe innanzitutto chiarire la possibilità per le parti di manifestare le loro volontà pure mediante documenti informatici privi di firma, quali la PEC o la semplice mail, sveltendo così la centralità della sottoscrizione a favore di determinati mezzi di comunicazione delle dichiarazioni. In secondo luogo, mantenendo il ruolo degli avvocati, quali soggetti chiamati a garantire la provenienza ed il contenuto delle

dichiarazioni dei loro clienti, chiarire il valore delle loro attestazioni sottoscritte con firma digitale, che a mio, forse discutibile, avviso (visto l'art. 20 del CAD), può assurgere al livello della scrittura privata di cui all'art. 2702 c.c., non avente efficacia di piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni.

5-In riferimento alla negoziazione assistita dagli avvocati è innanzitutto interessante rilevare come venga abbandonata la scelta fatta nel testo precedente con la quale si voleva sopprimere l'uso dello strumento come condizione di procedibilità nel settore della circolazione stradale, nel quale, quindi, resta la disciplina attualmente vigente.

Passando poi alle proposte, con la prima si estende la sua utilizzabilità alle controversie di lavoro, ferme restando ovviamente le possibili ADR organizzate in sede sindacale (art. 412-ter c.p.c.), scegliendo di rendere volontario il ricorso allo strumento, senza costruire un obbligo sanzionato sul piano della procedibilità della domanda giudiziale. Quindi si precisa che: 1) ogni parte deve essere assistita da un legale, non bastando un solo avvocato per tutte, 2) si può preferire in alternativa, l'assistenza di un consulente del lavoro, 3) all'accordo è assicurato il regime di stabilità protetta di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c.

In secondo luogo si fanno alcune precisazioni per il settore della separazione e divorzio, prevedendosi, per un verso, che gli accordi raggiunti possano contenere anche patti di trasferimento immobiliare con effetti obbligatori (cosa già possibile, ma a volte impropriamente negata) e, per altro verso, che la valutazione di congruità in ordine all'assegno *una tantum* sia effettuata dagli avvocati. Quindi si prevede che gli accordi muniti di nulla osta o autorizzazione siano conservati in originale in apposito archivio presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo ove l'accordo è stato raggiunto ovvero al Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati, Consiglio che è chiamato a rilasciare copia autentica dell'accordo alle parti, ai difensori e ai terzi interessati al contenuto dei detti accordi patrimoniali. Aggiungendosi la necessità di prevedere sanzioni amministrative a carico degli avvocati che violino il loro dovere di trasmissione, analogamente a quanto previsto in riferimento al loro obbligo di trasmissione all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto.

Infine si auspica una possibile istruzione stragiudiziale svolta, su consenso delle parti, dagli avvocati nell'ambito della procedura di negoziazione assistita e volta essenzialmente all'acquisizione di dichiarazioni di terzi o delle parti in ordine ai fatti rilevanti nella lite.

Tale strumento è previsto per due ragioni. La prima sta nell'evitare il processo, perché il risultato dell'attività compiuta potrà indurre le parti ad un accordo o comunque, anche in mancanza di accordo, a rinunciare all'accesso al giudice. La seconda, in subordine, sta nella speranza comunque di un alleggerimento del processo, perché, fallito l'obiettivo principale, il giudice investito della causa potrà utilizzare l'attività compiuta in precedenza, salva la sua rinnovazione.

Ovviamente non si può sapere se questo strumento, che in qualche misura ricalca, ma su base consensuale, la logica sottesa all'imposizione del percorso di cui all'art. 696-bis c.p.c. quale condizione di procedibilità nelle liti sanitarie, sarà o meno effettivamente utilizzato e se nei casi concreti sarà utile. Ma, nell'attesa e ragionando per il momento puramente in astratto, a me non sembra che lo si debba criticare temendo abusi, per parare i quali, peraltro, si potrebbe pensare che l'obiettivo della ragionevole durata non potrebbe comunque essere centrato perché il giudice dovrebbe sempre rinnovare l'attività compiuta, finendo così per non ottenere alcun alleggerimento del processo. A ben vedere, il vero obiettivo di questo strumento non sta in codesto alleggerimento, bensì nel tentativo di evitare il processo, con o senza un accordo raggiunto. Per cui, fallito l'obiettivo principale, l'altro in subordine sarebbe comunque ben poca cosa.

Ma se così stanno le cose, a mio avviso non è stata ragionevole l'eliminazione della previsione di una maggiorazione del compenso agli avvocati, il cui supporto è fondamentale per sperare in qualche utilità pratica di queste disposizioni.

6-Infine il legislatore delegante si occupa anche dell'arbitrato (rituale), che, se certamente rientra nell'ampio *genus* individuato con l'acronimo *ADR*, nel quale rientrano tutti i percorsi per giungere alla soluzione della lite che siano alternativi alla giustizia statale, è tuttavia un fenomeno del tutto diverso dalle vie negoziali sopra trattate. Se queste possono essere disciplinate con leggi speciali, che fra l'altro impongano un preliminare dialogo tra i litiganti che se riesce evita il processo mentre se fallisce ne deriva la riapertura dello scenario processuale di fronte al giudice statale, l'arbitrato al contrario è propriamente un sostitutivo della giustizia statale, ossia un percorso che, se scelto dai litiganti, impedisce ogni accesso al giudice pubblico. Con l'arbitrato non si vuole un diverso modo (rispetto alla sentenza) di risolvere il conflitto, bensì si vuole che quel modo sia gestito da un giudice privato, non preconstituito per legge.

Ecco perché l'arbitrato può aversi solo su base volontaria: invero, se la legge lo imponesse con ciò sarebbe vulnerato il diritto di azione di cui all'art. 24, 1° comma, Cost., ossia sarebbe eliminato il potere dell'interessato di rivolgersi ad un giudice statale, non essendo un tale fenomeno un mero condizionamento della giustizia pubblica, bensì un modo per mettere questa del tutto fuori gioco.

Di conseguenza il legislatore, che voglia sperare di incentivare il ricorso all'arbitrato, può solo giocare su un miglioramento della sua disciplina giuridica, senza avere alcun potere coercitivo in materia, come invece abbiamo visto sussistere in riferimento ai percorsi negoziali.

Nella delega abbiamo modifiche che presumibilmente non avranno alcun impatto ed altre che, al contrario, sembrano poter avere un'incidenza nella prassi degli arbitrati, sperando nella buona fattura tecnica dei decreti attuativi.

Dal primo punto di vista non mi sembra molto rilevante prevedere che la disciplina dell'arbitrato societario dovrà essere inserita nel codice di procedura civile. Né credo che sarà significativa la previsione di portare a sei mesi il termine lungo per l'impugnazione per nullità.

Né, ancora, credo che sarà di grande impatto la novellazione dell'art. 822 c.p.c. aggiungendo che le parti avranno il potere di scegliere la legge applicabile al merito della lite. Da questo punto di vista, volendosi soffermare un poco, a me sembra che, per un verso, un simile potere è chiaramente ritenuto esistente anche oggi e, per altro verso, ciò di cui si avrebbe veramente bisogno è l'indicazione di un criterio da fornire all'arbitro nel caso che le parti nulla dicano. Se l'arbitrato con sede in Italia ha caratteristiche internazionali, di solito, fondandosi esso normalmente su una clausola compromissoria, la legge applicabile al rapporto sarà stata scelta dalle parti nel contratto. Ma se così non è accaduto, qual è la legge che l'arbitro deve applicare?

Prima della riforma del 2006 il previgente art. 834 c.p.c. richiamava, quale norma di conflitto, la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato. Questa previsione o previsioni analoghe sono oggi sopravvissute in diversi regolamenti camerale. Ma come deve orientarsi un arbitro al di fuori del sistema camerale? Deve attingere alla norma di conflitto a cui attingerebbe il giudice statale, sia essa contenuta in una convenzione internazionale, in un regolamento UE oppure nella nostra legge di diritto internazionale privato (l. n. 218/1995)? Questo è il dubbio che il nostro legislatore dovrebbe chiarire, ma che non credo potrà chiarire vista la ristrettezza della delega.

Le misure più significative sono tre.

Molto netta è l'indicazione di prevedere in modo esplicito l'esecutività del decreto con il quale il presidente della corte d'appello dichiara l'efficacia del lodo straniero con contenuto di condanna. La previsione è assai opportuna perché attualmente, se è certo che a conclusione della fase monitoria nel

procedimento di riconoscimento dei lodi stranieri (artt. 839-840 c.p.c.) questi acquistino efficacia di accertamento nel nostro ordinamento, è assai dubbia, invece, l'acquisizione dell'efficacia esecutiva. E condivisibile a me sembra anche la scelta effettuata, perché già oggi essa è raggiungibile in via interpretativa fondandosi sull'art. III della Convenzione di New York del 1958 sulla circolazione dei lodi arbitrali, che vieta di trattare in modo sensibilmente diverso, sul piano del riconoscimento e dell'esecuzione, un lodo straniero rispetto ad un lodo interno. Invero, una simile sensibile diversità ai fini esecutivi si avrebbe ove, posto che per un lodo interno basta percorrere l'agile e rapida via tracciata dall'art. 825 c.p.c., si volesse invece imporre al lodo straniero di aspettare l'esito del giudizio di opposizione di cui all'art. 840 c.p.c.

Doverosa è poi la previsione che attiene alla disciplina della *translatio iudicii* tra giudizio arbitrale e giudizio statale, nonché tra questo e quello, perché qui il sistema soffre di una grave lacuna.

Tutto è cominciato con l'intervento della Corte costituzionale (sentenza 16 luglio 2013, n. 223), che, partendo dal giusto presupposto per cui l'errore nella scelta del giudice non può pregiudicare l'interessato, ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.

Con ciò la Consulta ha fissato un principio fondamentale: l'errore nella scelta del giudice deve essere recuperabile in modo da non perdere l'effetto d'impedimento della decadenza e l'effetto di interruzione - sospensione del termine di prescrizione del diritto in gioco, prodottisi con la proposizione della domanda di fronte al giudice sfornito di *potestas iudicandi*, per cui il sistema deve avere un meccanismo di sanatoria che, consentendo il trasferimento dal giudice originariamente adito in modo erroneo al giudice indicato come fornito del potere di decidere la lite, permetta la salvezza degli effetti della domanda.

Ma questo intervento lasciava appunto una lacuna, perché, fissato il principio, si doveva e si deve trovare il meccanismo tecnico per attuarlo. In mancanza di previsioni esplicite gli interpreti si sono divisi tra coloro che hanno richiamato i meccanismi di *translatio iudicii* tra giudici statali, presupponenti una pronuncia d'incompetenza, e coloro che, invece, hanno richiamato meccanismi di "trasmigrazione" fondati su una declinatoria di giurisdizione (art. 59 della l. n. 69/2009 e art. 11 del d.lgs. n. 104/2010). La disputa tradisce concezioni diverse sui rapporti tra via privata e via pubblica. Ma essa ha anche una serie di implicazioni pratiche.

Finalmente il legislatore risponderà, si spera in modo tecnicamente pregevole, a molte domande, tra le quali certamente le seguenti: 1) come si struttura l'atto di "riassunzione" e in quale termine deve essere compiuto? Quale valore ha di fronte al giudice *ad quem* l'attività già compiuta di fronte al giudice *a quo*? Il fatto che sia già stata svolta un'attività, ancorché di fronte al giudice sbagliato, deve avere qualche conseguenza nella disciplina della tempistica delle attività da compiere di fronte al giudice della "riassunzione"? Qual è il valore della declinatoria di "competenza" assunta in una via quando si passa all'altra via?

La terza indicazione di rilievo ha lo scopo di rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro, «reintroducendo la facoltà di ricusazione per gravi ragioni di convenienza nonché prevedendo l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai fini delle sopra richiamate garanzie, prevedendo l'invalidità dell'accettazione nel caso di omessa dichiarazione, nonché in particolare la decadenza nel caso in cui, al momento di accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di ricusazione».

A mio avviso questa previsione, pur nella bontà degli intenti, rischia di provocare nella prassi più guai (interpretativi) di quelli che vorrebbe evitare.



Preliminarmente mi sentirei di dire che l'esigenza di garantire l'imparzialità del tribunale arbitrale, in caso di collegio, è più attuata dal principio non scritto della parità di peso delle parti nella sua formazione piuttosto che dalle norme sulla ricusazione. Peraltro, volendo bandire ogni ipocrisia, che gli arbitri c.d. di parte in qualche misura risentano della provenienza della loro nomina non è un grave problema, se i loro comportamenti nel giudizio restano leali e trasparenti. Mentre altra prospettiva andrebbe ovviamente assunta in caso di arbitro unico.

Quanto al merito delle previsioni nella delega, è evidente come si giochi molto sull'imposizione di un obbligo della c.d. *disclosure*, che già oggi è prevista e sanzionata negli arbitrati camerali nonché in codici deontologici. Ma questa imposizione andrà ben disciplinata nelle sue conseguenze.

La delega già prevede la sanzione dell'invalidità dell'accettazione in caso di omessa dichiarazione in relazione a fatti di possibile rilevanza e la decadenza nel caso in cui quelle circostanze siano tali da giustificare una decadenza. Ma, a parte il problema di distinguere tra queste due aree, sarà da chiarire la possibile dinamica successiva.

Solo per enunciare le domande che il legislatore delegato dovrà (si spera!) porsi, ci si chiede: a) come possono operare le, evidentemente diverse, sanzioni dell'invalidità dell'accettazione e della decadenza e quale ruolo avranno le parti? b) l'omissione o magari anche la falsità della dichiarazione in che modo avranno conseguenze sulla validità del lodo? c) quale rapporto si avrà con la ricusazione, che oggi ha anche una valenza "prenotativa" di una futura impugnazione del lodo, anche guardando al momento in cui l'interessato si accorge della lacuna (una omissione parziale) o della falsità della dichiarazione resa? d) quali ricadute si potranno ipotizzare sulla responsabilità degli arbitri, che dovrebbe pur sempre restare ancorata all'annullamento del lodo, almeno se il lodo sia stato pronunciato?

Insomma, come si vede, una serie di domande la cui delicatezza forse avrebbe dovuto indurre ad accantonare l'inserimento nel codice di procedura civile della previsione di un obbligo la cui esistenza, sancita a livello di legge, a me non sembra decisiva per il buon funzionamento degli arbitrati.

Resta infine la previsione sul potere cautelare da attribuire agli arbitri, che potrebbe essere significativa ma che è stata troppo timida, condizionandolo alla volontà delle parti. Un potere che comunque è (ragionevolmente) concorrente col potere cautelare del giudice statale a cui l'interessato deve potersi rivolgere fino a quando il tribunale arbitrale, con l'accettazione degli arbitri, non sia operativo. Un potere cautelare che, se deve inevitabilmente arrestarsi alla soglia dell'attuazione del provvedimento di cui solo un giudice statale può occuparsi, sarà immediatamente controllabile, avendo previsto, sempre condizionati dalla timidezza e abbandonando il modello dell'arbitrato societario in riferimento alla sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, la reclamabilità dell'ordinanza arbitrale.

**7-**In conclusione, se lo scopo delle previsioni nell'ambito delle *ADR* sta in un incentivo al loro uso, per l'arbitrato, ovvero al loro uso utile, per i percorsi negoziali, francamente ho più dubbi che speranze sulla possibilità concreta di centrare l'obiettivo. Del resto il legislatore può fare assai poco, per non dire nulla, per allargare l'uso dell'arbitrato. E quanto ai percorsi negoziali dovremmo finalmente aprire gli occhi sull'esperienza degli ultimi dieci anni e comprendere che il d.lgs. n. 28/2010, se ha avuto il pregio di diffondere la cultura della mediazione, oggi rappresenta un modello da superare e non da emendare.

Invero situazioni di grande crisi dovrebbero essere l'occasione per cambi netti di paradigmi.

Formazione e libertà dovrebbero essere le parole d'ordine. Facendo anche cadere il velo dell'ipocrisia e riconoscere a chiare lettere come l'approntamento di buoni percorsi negoziali non potrà mai avere un effetto di deflazione del carico della giustizia statale, ma semmai una maggiore efficienza di questa potrà favorire un miglior uso di quelli.

MAURO BOVE

