

# temi ROMANA

RASSEGNA  
DI DOTTRINA  
E GIURISPRUDENZA

a cura del  
Consiglio dell'Ordine  
degli Avvocati di Roma

quadrimestrale  
anno LV n°3  
settembre/dicembre 2007



**DIRETTORE RESPONSABILE**

Avv. Alessandro Cassiani

**DIRETTORE SCIENTIFICO**

Avv. Giovanni Cipollone

**REDATTORE CAPO**

Avv. Andrea Melucco

**COMITATO DI DIREZIONE**

Avv. Cristiana Arditi

di Castelvetere

Avv. Goffredo Barbantini

Avv. Federico Bucci

Avv. Donatella Cerè

Avv. Antonio Conte

Avv. Pietro Di Tosto

Avv. Sandro Fasciotti

Avv. Francesco Gianzi

Avv. Rosa Ierardi

Avv. Rodolfo Murra

Avv. Paolo Nesta

Avv. Livia Rossi

Avv. Mauro Vaglio

# temi ROMANA

quadrimestrale  
anno LV n°3  
settembre/dicembre 2007

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Avv. Pietro Adonnino  
Prof. Avv. Giuseppe Bernardi  
Prof. Avv. Riccardo Cappello  
Prof. Avv. Piero D'Amelio  
Avv. Carlo Martuccelli  
Prof. Avv. Lucio Valerio Moscarini  
Prof. Avv. Pietro Nocita  
Prof. Avv. Leonardo Perrone  
Prof. Avv. Giulio Prosperetti  
Prof. Avv. Piero Sandulli  
Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca  
Prof. Avv. Augusto Sinagra  
Avv. Felice Testa

COORDINATORI DI SETTORE

Diritto Costituzionale

Prof. Avv. Romano Vaccarella  
Prof. Avv. Giuseppe Marazzita

Diritto Civile e Processuale Civile

Prof. Avv. Giovanni Arieta  
Avv. Rodolfo Murra  
Avv. Laura Vasselli

Diritto Penale e Processuale Penale

Prof. Avv. Pietro Nocita  
Prof. Avv. Stefano Preziosi  
Prof. Avv. Nicola Pisani  
Avv. Luigi Favino

Diritto Commerciale e Societario

Prof. Avv. Giovanni Figà Talamanca  
Avv. Giorgio Della Valle  
Avv. Fabrizio Ravidà

Diritto Fallimentare

Avv. Mario Guido

Diritto Amministrativo

Avv. Filippo Lattanzi  
Avv. Marina Binda

Diritto del Lavoro

Avv. Luciano Tamburro

Diritto Tributario

Avv. Gianni Di Matteo

Diritto Internazionale

Avv. Antonio Manca Graziadei  
Avv. Fabio Maria Galiani

Diritto Comunitario

Avv. Gianluca Contaldi  
Avv. Filippo Malara

SEGRETARIA DI REDAZIONE

Avv. Samantha Luponio

	<b>EDITORIALE</b>	<b>1</b>
Avv. GIOVANNI CIPOLLONE	L'ARBITRATO E LA CONCILIAZIONE: I PRINCIPI REGOLATORI E LE NUOVE FRONTIERE DELL'IMPEGNO DEI PROFESSIONISTI ROMANI	3
<hr/>		
	<b>SPECIALE ARBITRATO</b>	<b>7</b>
Avv. GIULIO PROSPERETTI	LA CAMERA ARBITRALE DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA: UNA RISPOSTA ALLA DOMANDA DI GIUSTIZIA E UN IMPEGNO DELLA CLASSE FORENSE	9
Avv. GIORGIO DELLA VALLE	NASCE LA CAMERA ARBITRALE DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA	12
Avv. ALESSANDRA CIVELLO	LA CAMERA ARBITRALE PRESSO IL CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA	14
	<b>Appendice</b>	
	STATUTO DELLA CAMERA ARBITRALE	17
	REGOLAMENTO DELLA CAMERA ARBITRALE	21
Avv. PIERO SANDULLI	TUTELA CAUTELARE ED ARBITRATO	32
Avv. BENEDETTA TANNINI	LA TUTELA CAUTELARE NELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE	41
Avv. ANDREA LUBERTI	L'ARBITRATO E IL PROCESSO AMMINISTRATIVO	54
Avv. DALILA LOIACONO	L'ARBITRATO IRRITUALE NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO	68
Avv. BRUNO SASSANI		
Avv. BARBARA GUCCIARDI	L'ARBITRATO SOCIETARIO	76
Avv. LAURA VASSELLI	LINEE ESSENZIALI DELL'ARBITRATO SPORTIVO	96
Avv. GUIDO CECINELLI	L'ARBITRATO NELL'ORDINAMENTO SPORTIVO ITALIANO	99
Avv. FRANCESCA LA SPADA	L'ARBITRATO INTERNAZIONALE: BREVI CONSIDERAZIONI CRITICHE	104
Avv. ALESSANDRA DE MARCO	LE SORTI DELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE ALLA LUCE DEL D. LGS. N.40 DEL 2006	112
<hr/>		
	<b>SPECIALE CONCILIAZIONE</b>	<b>129</b>
Avv. GIUSEPPE LEPORE	LA CAMERA DI CONCILIAZIONE DI ROMA: DIAMO UNA CHANCE ALLA GIUSTIZIA	131
	<b>Appendice</b>	
	REGOLAMENTO DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE	135
Avv. FERDINANDO CARBONE	INTRODUZIONE ALLA CONCILIAZIONE	139
Avv. FERDINANDO CARBONE	IL PROCEDIMENTO DI CONCILIAZIONE NEL RITO SOCIETARIO	168
Avv. FERDINANDO CARBONE	LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SULLA MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE	196
Avv. PIERO SANDULLI	DIRITTO EUROPEO E GIUSTIZIA ITALIANA: UN NODO SCIOGLIERE, E COME?	168
Avv. ANDREA MELUCCO	MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE E FORMALIZZAZIONE DEGLI ACCORDI NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA	201
Avv. ANDREA MELUCCO	MEDICINA DIFENSIVA E RISK MANAGEMENT; PROBLEMATICHE ASSICURATIVE IN RELAZIONE ALLA MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE	213

Temi romana è anche *on line* all'indirizzo  
<http://www.ordineavvocati.roma.it>  
email:[temiromana@ordineavvocati.roma.it](mailto:temiromana@ordineavvocati.roma.it)

La Direzione e la redazione  
sono presso il Consiglio dell'Ordine  
degli Avvocati di Roma

Iscrizione Registro nazionale stampa  
(Art. 11, legge 5 agosto 1981, n. 416)  
n. 00023 vol.foglio 177 del 2 luglio 1982

Avv. Alessandro Cassiani responsabile  
Stampa: Ulisse Editore srl

Grafica: Stefano Navarrini

EDITORIALE

## L'ARBITRATO E LA CONCILIAZIONE: I PRINCIPI REGOLATORI E LE NUOVE FRONTIERE DELL'IMPEGNO DEI PROFESSIONISTI ROMANI

Avv. Giovanni CIPOLLONE

*Il problema relativo alle richieste di arbitrati pervenuti al nostro Consiglio, negli anni passati ha più volte impegnato tutti i Consiglieri in accese discussioni.*

*Precipua finalità era quella di stabilire, con equanime giudizio, l'assegnazione degli arbitrati seguendo una turnazione dei colleghi iscritti nel nostro Albo.*

*In passato, da decenni, era stato ritenuto che fosse compito esclusivo del Presidente dell'Ordine – da considerarsi al di sopra di “antipatiche” diatribe – di assegnarli ai colleghi ritenuti più idonei per capacità, onestà, imparzialità e competenza, tenendo conto della loro specializzazione rispetto alla specifica materia oggetto dell'arbitrato.*

*Tale criterio è stato seguito in questi ultimi anni, stabilendo però che il Presidente del nostro Ordine, dopo aver assegnato l'arbitrato, dovesse darne notizia al Consiglio.*

*Ovviamente, il “punctum prurens” è stato sempre quello di stabilire i criteri di selezione e scelta dell'arbitro poiché la specifica competenza del collega e la sua professionalità, il più delle volte riscontrabili nei colleghi più anziani, avrebbero di fatto escluso la possibilità di scelta nei confronti dei colleghi più giovani.*

*Dopo un acceso scambio di vedute nel 2005 fu proposto da parte dei Consiglieri Giovanni Cipollone e Ferdinando Emanuele un regolamento che qui di seguito si trascrive:*

*“Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, considerata l'esigenza di trasparenza e obiettività nel conferimento di incarichi relativi a procedimenti arbitrali, delibera*

*di istituire un registro in cui saranno trascritte le domande di nomina di un arbitro unico, del Presidente di un collegio arbitrale o di un arbitro di parte in un procedimento arbitrale;*

*di predisporre un elenco contenente i nominativi degli Avvocati, iscritti all'Ordine degli Avvocati di Roma, che avranno manifestato la propria disponibilità ad assumere incarichi relativi a procedimenti arbitrali (di seguito, per semplicità, l'“Elenco”);*

*per essere iscritti nell'Elenco, gli Avvocati dovranno presentare al Consiglio una domanda d'iscrizione e un dettagliato curriculum vitae nonché, ove possibile, i documenti attestanti il possesso dei titoli vantati e le loro specifiche competenze;*

nella predisposizione dell'Elenco sulla base delle domande d'iscrizione pervenute, si terrà conto delle specifiche competenze dei richiedenti e, nei limiti del possibile, si formeranno dei sottogruppi composti dai nominativi degli Avvocati accomunati da identiche o simili competenze. (L'Elenco sarà pubblicato sul sito internet del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e periodicamente aggiornato);

ferma restando la sua esclusiva competenza in materia, il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, dopo aver ricevuto una domanda di nomina del Presidente di un collegio arbitrale o di arbitro, consulterà l'Elenco al fine di verificare se uno o più iscritti presentino i requisiti necessari all'indipendente e ottimale svolgimento del conferendo incarico, eventualmente consultando l'intero Consiglio nei casi più problematici e in ogni altro caso in cui lo ritenga opportuno;

nel conferimento degli incarichi, il Presidente del Consiglio dell'Ordine attribuirà prioritario rilievo alla specifica competenza dei candidati rispetto alla materia oggetto del contendere nel procedimento arbitrale;

non potranno essere iscritti nell'Elenco né ricevere incarichi arbitrali dal Presidente del Consiglio dell'Ordine:

lo stesso Presidente del Consiglio dell'Ordine e i consiglieri in carica nonché i loro coniugi, i loro parenti entro il secondo grado, i loro associati o collaboratori o colleghi di studio e gli Avvocati con cui collaborano stabilmente i loro figli;

gli Avvocati cui sia stata inflitta una sanzione disciplinare, anche non definitiva;

gli Avvocati che non abbiano corrisposto, nei due anni precedenti, il contributo annuale dovuto all'Ordine;

l'Avvocato che sia stato nominato arbitro dal Presidente del Consiglio dell'Ordine espletterà l'incarico con la massima professionalità, diligenza e indipendenza;

i provvedimenti di nomina di arbitro adottati dal Presidente del Consiglio dell'Ordine saranno periodicamente pubblicati sul "Foro Romano" (notiziario ufficiale del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma).

Il Consiglio si riserva di decidere in proseguo della seduta."

*Fecero seguito diverse sedute consiliari ma, alla fine, il testo di tale regolamento non venne approvato in quanto non ritenuto sufficientemente articolato e il problema degli incarichi arbitrali fu accantonato.*

*Finalmente circa due anni fa, a seguito della formazione di un apposito Comitato scientifico istituito dal nostro Consiglio, di cui hanno fatto parte prestigiosi e volenterosi colleghi, è nata la "Camera Arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Roma" che ha tenuto conto di molteplici aspetti, nel campo più vasto degli arbitrati e delle conciliazioni, tenute altresì presenti le prospettive elaborate dall'Unione Europea.*

*Si è così ritenuto opportuno raccogliere in un unico numero della nostra Temi Romana tutto il materiale a disposizione, con il titolo "Speciale Arbitrato", nella certezza di offrire a tutti i colleghi un servizio di alto livello e di indiscutibile pregio.*

*Accanto ed a completamento di questo numero "unico", dedicato alla Risoluzione Alternativa delle Controversie, troverete una non meno importante parte dedicata allo "speciale conciliazione".*

*Anche su tale tematica, che sta trovando – non solo per la necessità di assicurare celeri e soddisfacenti definizioni alle liti prima ed in alternativa alla tutela giurisdizionale (di cui, in definitiva, anche lo strumento arbitrale costituisce forma peculiare e "privata") – attenzione e dedizioni da parte della classe forense, il Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Roma è stato tra i pionieri, dando vita ad una camera di conciliazione, di cui troverete – assieme ad altri saggi e studi meritevoli della Vostra attenzione – il breve resoconto sulla sua costituzione e le sue meritevoli e molteplici attività.*

SPECIALE  
ARBITRATO



Prof. Avv. Giulio  
PROSPERETTI

## La Camera arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Roma: una risposta alla domanda di giustizia e un impegno della classe forense

**L'**istituzione della Camera arbitrale presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma, rappresenta indubbiamente un progetto ambizioso e postula un cambiamento di mentalità da parte della classe forense.

La sempre più forte domanda di giustizia, come è noto, trova il fondamentale ostacolo nei tempi lunghi della giustizia togata; la semplice constatazione che la vita media delle imprese è più breve della durata dei giudizi civili, spiega in maniera inequivocabile non solo il cattivo funzionamento del servizio giustizia da parte dello Stato ma addirittura la sua estraneità al funzionamento del sistema economico.

In questa situazione per un imprenditore vincere o meno una causa non rappresenta un dato funzionale alla propria azienda ma, solo una scommessa che si realizzerà quando ormai il danno di cui si chiedeva ragione in giudizio è stato riassorbito, cosicché se invece la perdita non è stata metabolizzata, al di là delle ragioni dell'azienda questa sarà costretta al fallimento.

C'è quindi bisogno di una giustizia rapida che consenta alle aziende di poter esigere crediti e pretendere il rispetto dei contratti senza doversi rifugiare in un sistema di sostanziale baratto, non potendo contare sulle conseguenze legali per la mancata esecuzione di un contratto.

Il problema della scarsa effettività del sistema giustizia, porta anche ad un deficit di democraticità del sistema e, intacca il principio di uguaglianza laddove la disparità di forza economica tra le parti, non consente normalmente alla parte più debole di sopportare i tempi di un normale contenzioso e pertanto costringe il creditore economicamente più debole del debitore ad accettare transazioni inique.

Uno dei problemi più sentiti dagli artigiani, piccoli imprenditori, nei rapporti internazionali allorché forniscono società multinazionali è proprio questo essere alla mercé della grande impresa debitrice che con il proprio inadempimento può decidere del loro destino.

Spesso speciose eccezioni di inadempimento vengono strumentalmente usate per "rapinare" il debole creditore, non in grado di sopportare un normale giudizio né a livello interno che internazionale.

Tutto il sistema del commercio sia nazionale che internazionale soffre della mancanza di un efficiente sistema di soluzione delle controversie.

A tale involuzione del sistema può sicuramente dare risposta un sistema arbitrale rapido ed economico, capace di superare le giustificate diffidenze che l'utente

della giustizia normalmente nutre, non senza ragione nei confronti dell'attuale mondo dell'arbitrato.

Sicuramente si pone in primis il problema dei costi, profilo peraltro non decisivo, giacché il valore delle questioni potrebbe comunque consigliare il ricorso a tale strumento.

Ma tale problema è sicuramente risolvibile da parte di un arbitrato amministrato dal Consiglio dell'Ordine che ancora i compensi degli arbitri agli onorari professionali.

Rispetto all'affidabilità e indipendenza degli arbitri, la Camera arbitrale del Consiglio dell'Ordine potrà contare su una vasta platea di potenziali arbitri, la cui professionalità e indipendenza, sarà sotto gli occhi del Consiglio dell'ordine e di tutto il mondo di cui il Consiglio è esponenziale: una cassa di risonanza quindi che ben può fungere da referente in ordine al comportamento dei singoli arbitri designati.

Altro problema è costituito dall'unico grado di giudizio in cui si svolge l'arbitrato rituale, perché l'appello è consentito solo per motivi di nullità, revocazione ed opposizione di terzo.

Questo costituisce un problema fondamentale giacché la fiducia negli arbitri non è mai assoluta, ancorché questi siano scelti dalle parti, ovvero rimessi all'arbitrato amministrato, come appunto quando il presidente del collegio arbitrale ovvero dell'arbitro unico siano nominati dalla Camera arbitrale.

Un'articolazione in due gradi di merito del giudizio arbitrale, sembra doversi escludere per l'arbitrato rituale, ma potrebbe prevedersi, secondo uno specifico regolamento dell'arbitrato amministrato per l'arbitrato irrituale.

Potrebbe insomma prevedersi una convenzione tipo di arbitrato irrituale con la previsione del doppio grado di giudizio, rimanendo poi il lodo contrattuale definitivo impugnabile per gli errores in procedendo secondo la previsione dell'art. 808 ter c.p.c.

L'arbitrato sia rituale che irrituale è destinato ad uscire dalla retorica del diritto delle parti alla libertà di giurisdizione, per confrontarsi sul terreno dell'efficienza e costituire una valida alternativa alla giustizia ordinaria che non riesce a dare soddisfacenti risposte alle esigenze di una economia avanzata.

Dobbiamo pertanto parlare di arbitrato in un'ottica di supplenza rispetto alla giustizia togata, ma per raggiungere risultati significativi è importante far nascere una categoria di arbitri professionali.

È questo l'altro problema che richiede un impegno dell'intera classe forense; nei paesi dove l'arbitrato funziona gli arbitri professionali sanno che il semplice sospetto di una decisione non completamente indipendente significa la definitiva chiusura della loro carriera di arbitri, sicché la ricerca di collusione con gli stessi è assolutamente da escludersi.

Nel nostro Paese la formazione avvocatessa al "gioco" del processo, dove si cercano spesso espedienti per paralizzare l'azione dell'avversario, contrasta con la devoluzione senza riserve ad un giudice terzo, che è ciò che un sistema arbitrale richiede.

Se un giudizio arbitrale deve essere preceduto da un giudizio innanzi al giudizio ordinario sul valore della clausola compromissoria, la previsione dell'arbitrato finirebbe per complicare anziché facilitare la vicenda processuale.

C'è insomma bisogno di un qualche cambiamento di mentalità anche da parte degli avvocati e proprio la gestione, e direi la cogestione di una propria Camera arbitrale può aiutare proprio in questa difficile operazione di trasformazione culturale.

La classe forense deve acquisire la consapevolezza che è essa stessa a dover dare risposte alla domanda di giustizia e, se il servizio giustizia statale non funziona, sono gli avvocati a dover assumere un ruolo attivo nella sostanziale autogestione del problema.

Vi sono capacità e risorse che nel mondo forense che opportunamente canalizzate potrebbero dare al Paese una giustizia pronta ed efficace proprio facendo funzionare un corretto sistema arbitrale e l'iniziativa del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma si colloca proprio sulla strada di tale presa di coscienza.

Ora, come è ovvio, non è sufficiente convincere gli avvocati ad assumere una impostazione più incentrata sulla valorizzazione della giustizia sostanziale piuttosto che sul terreno delle eccezioni causidiche, giacché di tutto ciò gli avvocati devono convincere innanzitutto i loro clienti per innestare un circolo virtuoso nel quale la parti traggono vantaggio dall'efficienza del sistema piuttosto come spesso accade dalla consapevole inefficienza del sistema stesso.

Sembra infatti che oggi, avvocati e clienti abbiano metabolizzato l'inefficienza del sistema giustizia sicché sia a livello di consulenza sia a livello contenzioso il modus operandi dell'avvocato tiene giustamente conto della realtà di fatto e consiglia i conseguenti coerenti comportamenti.

Pertanto è necessaria una campagna di informazione affinché la clausola compromissoria di arbitrato sia normalmente inserita nei contratti coinvolgendo in tale processo anche le altre categorie interessate come i notai e i commercialisti

La Camera arbitrale dovrà pertanto promuovere innanzitutto quella cultura dell'arbitrato che costituisce il presupposto indispensabile per un sostanziale cambiamento e per un'adeguata risposta alle esigenze di giustizia del Paese.

Sul piano operativo sarà fondamentale diffondere tra gli avvocati la modulistica di riferimento con puntuali ipotesi di previsione di clausola compromissoria, sia, per l'arbitrato rituale che per quello irrituale, con opportuni contatti con le altre professioni interessate e con le associazioni di categoria.

Si tratta di una sfida importante e che comporta una presa di coscienza dell'Avvocatura che dovrà sempre più sentirsi consapevole del fatto che deve essere la classe forense a dare la fondamentale risposta alla domanda di giustizia dei cittadini.

Avv. Giorgio  
DELLA VALLE

## Nasce la Camera Arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Roma

**I**l processo civile italiano somiglia sempre di più ad un dinosauro, sopravvissuto miracolosamente all'impatto del meteorite, che si aggira smarrito in un mondo diverso dal suo, un mondo nel quale non si riconosce.

Nonostante le ripetute novelle succedutesi dal 1940 ad oggi, l'impianto formalistico e le scadenze temporali del sistema processuale di questo Paese non sono cambiate, anzi si sono per certi aspetti aggravate risultando oggi lontanissime dalle esigenze dell'economia degli scambi della società contemporanea caratterizzata da tempi sempre più veloci.

La situazione, da tempo insostenibile, si va aggravando ogni giorno di più per la insufficienza delle risorse umane e finanziarie che l'esecutivo, di qualunque colore politico, rifiuta di fornire alla giustizia civile.

Perfino Draghi, Governatore della Banca d'Italia, nella sua relazione di fine maggio ha denunciato, evento senza precedenti, gli effetti disastrosi delle carenze della giustizia civile sullo sviluppo del Paese.

Vede dunque opportunamente la luce, dopo breve gestazione, la Camera Arbitrale dell'Ordine degli Avvocati di Roma; un nuovo e prezioso strumento per la soluzione delle controversie che si colloca nella linea delle ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) – arbitrati, conciliazioni – di derivazione anglosassone ormai largamente praticate non solo quale rimedio all'inefficienza del sistema giudiziario ma quale strumento di soluzione dei conflitti adeguato alle esigenze e ai tempi della economia contemporanea e in genere della dinamica sociale ormai incompatibili con quelli della giustizia ordinaria.

Si tratta inoltre di una iniziativa per un verso dovuta, per altro verso indifferibile: *dovuta* in quanto, come è noto, l'Unione Europea da tempo ha segnalato e raccomandato l'adozione di strumenti per la soluzione stragiudiziale delle controversie, *indifferibile* perché si moltiplicano ormai le Camere Arbitrali e gli Organismi di Conciliazione segnatamente dopo le modifiche alla disciplina dell'Arbitrato introdotte dal D. lgs. 2.02.2006 n. 40 e l'introduzione delle procedure di conciliazione e arbitrato nelle materie di cui ai titoli V e VI del D. lgs. n. 5/03 seguito dal D.M. n. 222/04 recante i criteri e le modalità di iscrizione degli Organismi di Conciliazione.

Senza parlare di iniziative già da tempo in essere quali le Camere Arbitrali istituite con L. 580/93 operanti attraverso la fitta rete delle Camere di Commercio.

In Italia complessivamente il fenomeno dell'arbitrato e della conciliazione, entrambi riconducibili allo schema delle ADR, ha avuto già concrete e rilevanti attuazioni, basti pensare alla procedure attivate presso Telecom, all'Ombudsman bancario, alla Camera Arbitrale in Agricoltura, alla Camera dei Lavori Pubblici e, larga-

mente popolare per recenti vicende sportive, alla Camera di Conciliazione per lo Sport; senza parlare delle procedure di conciliazione nella contrattazione collettiva del lavoro pubblico e privato, delle molteplici iniziative di uguale oggetto a livelli locali.

A livello europeo basti ricordare poi la Cour Européenne d'Arbitrage, la International Chamber of Commerce di Parigi.

Si tratta insomma di una esigenza imposta dall'attualità rispetto alla quale l'Ordine Forense rischiava di rimanere escluso pur essendo in grado di offrire un servizio di alto livello e di indiscutibile pregio.

Di più, le ADR promosse dal Consiglio dell'Ordine non sottrarranno agli Avvocati occasioni di lavoro ma al contrario ne dilateranno gli spazi e le specificità professionali sia quali arbitri sia quali conciliatori sia quali difensori e/o consulenti delle parti nelle procedure di ADR.

Di qui l'esigenza che gli stessi Colleghi si rendano promotori, già nella fase di consulenza e assistenza contrattuale, dell'inserimento nei contratti di clausole compromissorie o della stipula di compromessi per arbitrato amministrato secondo il regolamento della **Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale dell'Ordine degli Avvocati di Roma**.

Per quanto necessario il regolamento e i formulari sono attingibili sul sito del Consiglio dell'Ordine di Roma.

Avv. Alessandra  
CIVELLO

## La Camera Arbitrale presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

**L**a società in cui viviamo è in profonda crisi di identità, siamo alla ricerca di un nuovo equilibrio generale ed individuale che richiede grande perseveranza e la riscoperta di quei valori antichi che sono insiti nelle nostre radici.

Il percorso è aspro e travagliato e l'incertezza del futuro, la corsa smodata verso il successo immediato a qualunque costo, insieme ad altri fattori scatenanti, generano un eccesso di litigiosità a tutti i livelli e strati sociali.

Tutti i rapporti individuali e sociali sono stravolti, più i rapporti sono stretti, più gli scontri sono violenti, i rapporti familiari, di buon vicinato, tra società, tra queste e i suoi componenti, ecc.; tali tensioni sfociano in una richiesta esasperata di giustizia che la Magistratura ordinaria nonostante il supporto della Magistratura onoraria non riesce più a gestire.

Chi opera quotidianamente negli uffici giudiziari ormai mal sopporta questo tragico degrado.

Gli avvocati che non riescono più a fornire ai propri clienti la giusta tutela che meritano, spesso sono ingiustamente colpevolizzati dal sistema, di cui sono vittime.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma per cercare di supplire ancora una volta alle carenze del sistema giustizia ha pensato di istituire una Camera Arbitrale che fornisca all'utenza una giustizia alternativa, celere, riservata, imparziale, non particolarmente costosa, a tal fine ha nominato un Comitato Scientifico conferendogli, tra l'altro, il compito di redigere lo Statuto, il Regolamento, le Tariffe Arbitrali e costituire gli elenchi degli arbitri e dei consulenti tecnici che dovranno prestare la loro opera nello svolgimento delle procedure alternative alla giustizia ordinaria.

Tale compito, non facile per la verità, stante le implicazioni che ovviamente comporta, è stato portato a termine con un anno di non poco lavoro.

L'obiettivo perseguito, per la stesura del regolamento, dello statuto, degli elenchi ed delle tariffe, dalla commissione redattrice è stato individuato nell'esigenza congiunta di coltivare la sensibilizzazione degli avvocati verso la giustizia arbitrale, e facilitare l'accesso e l'offerta di servizi arbitrali agli interessati (imprese, enti, cittadini, ecc.) tramite la istituzione di una struttura camerale indipendente, garantendo dei costi di esercizio contenuti per i processi arbitrali, riconquistando all'Avvocatura un ruolo attivo nella modernizzazione dell'attività forense, con le garanzie della massima trasparenza ed imparzialità.

Per quanto attiene i principi ispiratori nella stesura del regolamento, la commissione redattrice ha tenuto conto delle novità legislative più recenti (D.lg. 5/2003 - L. 40/06); tuttavia il regolamento approvato è stato ispirato soprattutto dalla volontà di perseguire come obiettivo, criteri di immediatezza e di tempestività che sempre caratterizzano la giustizia arbitrale, mantenendo i termini della decisione in 180 giorni, invece dei 240 previsti dalla nuo-

va normativa, proprio in virtù della celerità dei procedimenti tanto auspicata, coniugando tali requisiti con una particolare attenzione per la semplicità dell'iter procedimentale. Perciò si è ritenuto necessario privilegiare l'accesso allo strumento compromissorio in termini quanto più allargati, senza il timore di incappare in disavventure interpretative o nell'esigenza di dedicare uno studio esageratamente approfondito di tutte le disposizioni procedurali, creando un apparato regolamentare sufficientemente snello.

Lo Statuto, il regolamento, e tutte le informazioni attinenti alla Camera Arbitrale sono reperibili sul sito del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

In questa sede mi interessa sottolineare l'oggetto e la finalità della Camera Arbitrale art. 2 dello Statuto, il criterio delle nomine degli Arbitri art. 15, 17, 18, 19 del regolamento, che possiamo sintetizzare con i criteri di ammissione e permanenza nell'elenco degli arbitri e nei criteri preclusivi dell'ammissione ed esclusione dallo stesso elenco, la limitazione dei costi della procedura, tutto al fine di favorire l'utenza. Per quanto attiene all'oggetto e alle finalità della Camera Arbitrale, riporto l'art. 2 dello Statuto:

1. La Camera Arbitrale ha per oggetto lo sviluppo e la diffusione della cultura e delle attività arbitrali nonché degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

2. La Camera Arbitrale svolge le seguenti funzioni e scopi istituzionali:

- offrire a imprese, professionisti e consumatori la possibilità di risolvere in maniera veloce, economica e riservata le controversie;
- sollecitare lo sviluppo e la diffusione di risoluzione alternativa delle controversie (ADR, Alternative Dispute Resolution);
- offrire servizi di arbitrato, conciliazione e risoluzione telematica delle controversie sia nazionali che internazionali;
- organizzare convegni, commissioni di studio, ricerche, corsi di formazione.

3. La Camera Arbitrale persegue le proprie finalità istituzionali attraverso la corretta ed economica gestione delle risorse, imparzialità e buon andamento dell'attività, nel rispetto dei principi fondamentali attinenti il soddisfacimento dell'interesse pubblico e dell'ordinamento giuridico, con criteri di efficienza, efficacia e trasparenza.

4. La Camera Arbitrale non persegue fini di lucro.

Per quanto attiene l'elenco degli arbitri sono stati stabiliti dei criteri di ammissione e permanenza nell'elenco:

1. anzianità ultradecennale di iscrizione all'Albo degli Avvocati di Roma e permanenza dell'iscrizione;
2. specchiatezza di condotta;
3. esperienza maturata in almeno venti processi arbitrali;

indicazione della disciplina in cui si ha specifica competenza ed esperienza ed eventuali titoli accademici di docenza presso istituti universitari statali od equiparati.

In un momento successivo i corsi di formazione previsti all'art. 2 punto 2 dello Statuto, che verranno organizzati, potranno aprire la strada ai giovani e meno giovani che non



possedendo i requisiti su menzionati rimarrebbero esclusi senza alcuna possibilità di accesso. Seguono anche dei criteri preclusivi dell'ammissibilità e dell'esclusione dall'elenco:

**i coniugi**, i parenti sino al terzo grado incluso, nonché gli affini sino al secondo grado incluso dei componenti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, del suo Collegio dei Revisori dei conti o del Comitato Scientifico della Camera Arbitrale;

**i dipendenti** dell'Ordine degli Avvocati di Roma nonché i loro coniugi e parenti fino al terzo grado incluso, nonché gli affini fino al secondo grado incluso;

**i ministri** e i sottosegretari della Repubblica, i parlamentari anche europei, i senatori e i deputati, i componenti degli organi delle Regioni e degli enti territoriali locali, nonché gli amministratori o componenti di consigli di amministrazione o assessori di soggetti pubblici o privati;

**coloro che ricoprono** cariche in organi di indirizzo, amministrazione, direzione e controllo di soggetti pubblici o privati;

**gli amministratori**, i dipendenti e tutti coloro che intrattengano con enti, istituzioni ed imprese rapporti di collaborazione continuativa e remunerata;

**i soggetti che si candidino** ad elezioni politiche o amministrative o nelle quali il voto sia espresso da corpo elettorale nazionale o locale dell'avvocatura;

**coloro** che vengano a trovarsi in una situazione di conflitto con l'Ordine degli Avvocati di Roma;

**coloro** che svolgono funzioni di giudice, anche se a titolo onorario;

**coloro** che svolgano funzioni organizzative o giudicanti presso altri organismi arbitrali e di conciliazione, eccezion fatta per quelle strutture arbitrali che abbiano competenza circoscritta a materie specifiche;

**tutti coloro** i quali si trovino in circostanze che possano, anche potenzialmente, influire negativamente sulla loro terzietà, imparzialità ed indipendenza nello svolgimento delle funzioni arbitrali.

L'art. 19 del regolamento prevede che tutti i requisiti su menzionati debbano essere confermati dall'arbitro nominato al momento dell'accettazione dell'incarico con una dichiarazione ad hoc.

Da tutto quanto detto è evidente come il Comitato Scientifico abbia voluto semplificare la procedura limitandone i termini, abbia voluto contenere i costi stabiliti nelle apposite tabelle, abbia suggerito dei requisiti per la nomina degli arbitri, tali da garantire la massima indipendenza, preparazione, attendibilità e riservatezza, tutto per soddisfare un'utenza esasperata e giustamente esigente, che ha bisogno di certezze e di essere svincolato da inutili pastoie burocratiche che hanno immobilizzato la nostra società, creando gravi danni soprattutto al mondo dell'imprenditoria che ha bisogno per vincere la concorrenza, in un mercato implacabile e globalizzato, anche di una giustizia particolarmente dinamica.

Se la giustizia alternativa, vincendo la diffidenza dei potenziali utenti, troverà una giusta collocazione e servirà un'ampia clientela, potrà avvantaggiarsene anche la giustizia ordinaria che, alleggerita di parte del suo eccessivo carico, potrà nuovamente fornire il suo prezioso servizio.

## APPENDICE

### STATUTO DELLA CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE PRESSO L'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA

#### Art. 1 - Denominazione e sede

1. È costituita la "CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA" (in seguito denominata anche soltanto Camera Arbitrale) quale struttura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
2. La sede legale della Camera Arbitrale è presso l'Ordine degli Avvocati di Roma.

#### Art. 2 - Oggetto e finalità

1. La Camera Arbitrale ha per oggetto lo sviluppo e la diffusione della cultura e delle attività arbitrali nonché degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.
2. La Camera Arbitrale svolge le seguenti funzioni e scopi istituzionali:
  - offrire a imprese, professionisti e consumatori la possibilità di risolvere in maniera veloce, economica e riservata le controversie;
  - sollecitare lo sviluppo e la diffusione di risoluzione alternativa delle controversie (ADR, Alternative Dispute Resolution);
  - offrire servizi di arbitrato, conciliazione, e risoluzione telematica delle controversie sia nazionali che internazionali;
  - organizzare convegni, commissioni di studio, ricerche, corsi di formazione.
3. La Camera Arbitrale persegue le proprie finalità istituzionali attraverso la corretta ed economica gestione delle risorse, imparzialità e buon andamento dell'attività, nel rispetto dei principi fondamentali attinenti il soddisfacimento dell'interesse pubblico e dell'ordinamento giuridico, con criteri di efficienza, efficacia e trasparenza.
4. La Camera Arbitrale non persegue fini di lucro.

#### Art. 3 - Organi

1. Gli Organi della Camera Arbitrale sono:
  - a) il Presidente (Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati);
  - b) il Segretario (il Segretario del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati);
  - c) il Tesoriere (Tesoriere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati);
  - d) il Consiglio Direttivo composto dal Presidente, dal Segretario, dal Tesoriere e dai Consiglieri dell'Ordine degli Avvocati in carica;
  - e) il Comitato Scientifico.

#### Art. 4 - Presidente

1. Il Presidente della Camera Arbitrale è di diritto il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
2. Il Presidente:
  - a) ha la rappresentanza legale della Camera Arbitrale;

- b) convoca e presiede il Consiglio Direttivo;
- c) adotta i provvedimenti del Consiglio Direttivo;
- d) nei casi di necessità e urgenza, adotta i provvedimenti opportuni, da sottoporre a successiva ratifica del Consiglio Direttivo.

#### **Art. 5 – Segretario**

1. Il **Segretario della Camera Arbitrale** è di diritto il Segretario del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
2. Il **Segretario svolge per la Camera Arbitrale** funzioni corrispondenti a quelle svolte come Segretario in seno al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
3. Il **Segretario è preposto** della organizzazione dell'attività della Camera Arbitrale.
4. Il **Segretario è incaricato** dell'esecuzione delle decisioni del Consiglio Direttivo e del buon andamento di ogni iniziativa programmata. Egli svolge, anche per mezzo di suoi delegati e del personale addetto, l'attività non elencata tra i compiti del Consiglio Direttivo, ancorché non espressamente prevista nel presente articolo.

#### **Art. 6 – Tesoriere**

1. Il **Tesoriere della Camera Arbitrale** è di diritto il Tesoriere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
2. Il **Tesoriere svolge per la Camera Arbitrale** funzioni corrispondenti a quelle svolte come Tesoriere in seno al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.
3. Il **Tesoriere provvede** all'amministrazione delle entrate e delle spese, in esecuzione del preventivo economico e del bilancio di esercizio, quali capitoli del preventivo economico e del bilancio consuntivo d'esercizio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

#### **Art. 7 - Consiglio Direttivo**

1. Il **Consiglio Direttivo** è composto dai Consiglieri in carica dell'Ordine dell'Avvocati di Roma.
2. Le **sedute** sono presiedute dal Presidente o, in caso di sua assenza o impedimento, dal Segretario. Esse sono valide con la partecipazione di almeno otto membri e possono svolgersi anche mediante mezzi di telecomunicazione, purchè consentano la partecipazione attiva di ciascun membro nella discussione e nella deliberazione. Il Consiglio Direttivo delibera a maggioranza dei partecipanti. In caso di parità prevale il voto di chi presiede la seduta.
3. I **componenti** del Consiglio Direttivo non possono essere nominati arbitri, conciliatori, periti o arbitratori nei procedimenti instaurati dinanzi alla Camera Arbitrale.
4. Il **Consiglio Direttivo** delibera in ordine alla organizzazione e alla individuazione delle necessarie risorse finanziarie per il funzionamento della Camera Arbitrale ed approva gli Statuti ed i Regolamenti per lo svolgimento dei servizi di arbitrato, conciliazione, perizia contrattuale ed arbitraggio.
5. Il **Consiglio Direttivo**, in particolare:

- a) delibera, su proposta del Comitato Scientifico, lo Statuto, i Regolamenti e le procedure che disciplinano le attività di arbitrato, conciliazione, perizia contrattuale e arbitraggio;
- b) adotta i piani di sviluppo della Camera Arbitrale ed i provvedimenti necessari per la loro realizzazione;
- c) delibera il preventivo economico ed il bilancio di esercizio, quali capitoli del preventivo economico e del bilancio consuntivo d'esercizio dell'Ordine degli Avvocati di Roma;
- d) nomina i componenti del Comitato Scientifico di cui al successivo art.8;
- e) approva le tariffe delle attività arbitrali e degli arbitri, su proposta del Comitato Scientifico;
- f) nomina gli arbitri, i conciliatori ed i periti nei casi previsti dai regolamenti e dalle procedure;
- g) approva i modelli di clausole compromissorie e di compromessi arbitrali e di conciliazione predisposti dal Comitato Scientifico;
- h) fissa altresì le regole deontologiche per gli arbitri, conciliatori, periti ed arbitratori, su proposta o previo parere del Comitato Scientifico;
- i) delibera su ogni altra questione o attività sottopostagli dagli altri organi della Camera Arbitrale.

#### **Art. 8 – Composizione del Comitato Scientifico**

1. Il **Comitato Scientifico** è composto da un numero di membri variabile e comunque sempre dispari, non inferiore a cinque, esterni al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, nominati per tre anni dal Consiglio Direttivo, scelti tra giuristi con particolare competenza nel campo delle procedure arbitrali e conciliative.
2. In caso di **cessazione** dalla carica per qualsiasi motivo di uno dei membri del Comitato Scientifico, il Consiglio Direttivo provvede quanto prima alla sua sostituzione. Il membro sostituito così nominato resterà in carica fino alla scadenza naturale del mandato del suo predecessore.
3. Il **Comitato Scientifico nomina** al suo interno un Coordinatore. Il Coordinatore convoca e presiede le riunioni del Comitato Scientifico.
4. **Alle riunioni del Comitato Scientifico** possono liberamente partecipare anche il Presidente ed i membri del Consiglio Direttivo.

#### **Art. 9 - Attribuzioni del Comitato Scientifico**

1. Il **Comitato Scientifico** predispone lo Statuto e i Regolamenti della Camera Arbitrale e le loro eventuali modifiche, che verranno sottoposti al Consiglio Direttivo ed eventualmente approvati dallo stesso. Il Comitato Scientifico inoltre esprime ogni parere necessario, anche a richiesta del Consiglio Direttivo, sul funzionamento della Camera Arbitrale e, in particolare, sulle modalità di nomina e sulle qualifiche necessarie per i componenti dei collegi arbitrali all'interno della Ca-

mera Arbitrale, la designazione dei quali è comunque effettuata con delibera del Consiglio Direttivo.

**2. Il Comitato Scientifico in particolare:**

- a) esprime proposte e pareri sui piani di sviluppo della Camera Arbitrale e sulle modalità per la loro attuazione;
- b) propone i modelli di clausole compromissorie e di compromessi arbitrari e le clausole di conciliazione standard;
- c) propone al Consiglio Direttivo i regolamenti e le procedure di cui all'art. 8 e le loro eventuali modifiche nonché le regole deontologiche per gli arbitri, conciliatori, periti ed arbitratori;
- d) esprime proposte e pareri sulle proposte di convenzione in materia arbitrale;
- e) esprime proposte e pareri sulle modifiche statutarie e su tutte le attività istituzionali della Camera Arbitrale;
- f) esprime proposte e pareri sulle tariffe della Camera Arbitrale e degli Arbitri;
- g) esprime i criteri per la composizione degli elenchi di arbitri, conciliatori, periti ed arbitratori nonché per le relative ammissioni o esclusioni;
- h) esprime proposte e pareri sulla organizzazione e promozione di convegni, pubblicazioni, commissioni di studio, ricerche, corsi di formazione e azioni comuni con altre istituzioni e organizzazioni economiche, imprenditoriali e professionali e con altri organismi pubblici e privati, comunque interessati alla diffusione delle attività e procedure della Camera Arbitrale.

**Art. 10 - Obbligo di riservatezza**

- 1. Gli organi della Camera Arbitrale ed il personale addetto sono tenuti a mantenere riservata qualsiasi notizia o informazione inerente lo svolgimento delle procedure arbitrali.
- 2. I componenti degli organi della Camera Arbitrale che violino tale obbligo sono tenuti a mallevare la Camera Arbitrale, i membri dei suoi Organi e l'Ordine degli Avvocati di Roma da ogni conseguenza che abbia a derivare da tale violazione.

**Art. 11 - Modifiche dello Statuto**

- 1. Il presente Statuto può essere modificato, su proposta o previo parere del Comitato Scientifico, con deliberazione del Consiglio Direttivo presa a maggioranza di almeno due terzi, da computarsi per eccesso, dei componenti in carica,

**Art. 12 - Disposizioni finali e transitorie**

- 1. Il presente Statuto entrerà in vigore il giorno successivo all'approvazione da parte del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma ovvero dal Consiglio Direttivo e da tale data decorrerà la durata della carica dei membri del Comitato Scientifico nella sua attuale composizione.

**REGOLAMENTO DELLA CAMERA ARBITRALE NAZIONALE E INTERNAZIONALE PRESSO L'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA**

**Art. 1 - Applicazione del regolamento**

- 1. Il Regolamento è applicato se la convenzione arbitrale o altra convenzione tra le parti ne prevede l'applicazione. Se la convenzione fa rinvio alla Camera Arbitrale di Roma o alla Camera di Arbitrato di Roma, tale rinvio è interpretato come previsione di applicazione del Regolamento.
- 2. Al di fuori di quanto previsto dal comma 1, il Regolamento è applicato se ricorrono le seguenti condizioni:
  - a. una parte deposita una domanda di arbitrato sottoscritta personalmente dalla parte stessa e contenente la proposta di ricorrere ad un arbitrato disciplinato dal presente Regolamento;
  - b. l'altra parte accetta tale proposta, con dichiarazione sottoscritta personalmente nel termine eventualmente fissato.

**Art. 2 - Norme applicabili al procedimento**

- 1. Il procedimento arbitrale è retto dal presente Regolamento, in subordine dalle regole fissate di comune accordo dalle parti, in ulteriore subordine dalle regole fissate dall'Organo Arbitrale.
- 2. In ogni caso, è fatta salva l'applicazione delle norme inderogabili applicabili al procedimento arbitrale, del principio del contraddittorio e della parità di trattamento delle parti.

**Art. 3 - Norme applicabili al merito della controversia**

- 1. L'Organo Arbitrale decide il merito della controversia secondo diritto se le parti non hanno espressamente previsto che decida secondo equità.
- 2. L'Organo Arbitrale decide secondo le norme scelte dalle parti nella convenzione arbitrale o anche successivamente ma non oltre la costituzione dell'Organo Arbitrale.
- 3. In difetto della concorde indicazione prevista dal comma 2, l'Organo Arbitrale sceglie le norme con cui il rapporto è più strettamente collegato.

**ArtRT. 4 - Sede dell'arbitrato**

- 1. La sede dell'arbitrato è fissata dalle parti nella convenzione arbitrale.
- 2. In mancanza, la sede dell'arbitrato è in Roma presso la Camera Arbitrale.
- 3. In deroga a quanto previsto dal comma 2, con motivato provvedimento o autorizzazione del Consiglio Direttivo, la sede dell'arbitrato può essere fissata presso l'Organo Arbitrale od in altro luogo, in Italia o all'estero, tenuto conto delle richieste delle parti e di ogni altra circostanza.
- 4. se necessario, l'Organo Arbitrale può disporre che udienze o altri atti del procedimento si svolgano in luogo diverso dalla sede.

### Art. 5 - Lingua dell'arbitrato

1. La lingua dell'arbitrato è scelta di comune accordo dalle parti nella convenzione arbitrale o anche successivamente ma non oltre la costituzione dell'Organo Arbitrale.
2. In difetto di accordo tra le parti, la lingua dell'arbitrato è determinata dall'Organo Arbitrale, con preferenza per la lingua italiana.
3. L'Organo Arbitrale può autorizzare la produzione di documenti redatti in una lingua diversa da quella dell'arbitrato e può ordinare che i documenti siano accompagnati da una traduzione nella lingua dell'arbitrato.

### Art. 6 - Deposito e trasmissione degli atti

1. Sino alla costituzione dell'Organo Arbitrale, le parti devono depositare gli atti e i documenti presso la Segreteria del Consiglio Direttivo in un originale per la Camera Arbitrale, in un originale per ciascuna altra parte e in tante copie quanti sono gli arbitri. La Segreteria indica il numero di copie nel caso in cui il numero degli arbitri non sia ancora definito.
2. Se non è diversamente previsto dal Regolamento, la Segreteria consegna agli arbitri gli atti e documenti depositati dalle parti prima della costituzione dell'Organo Arbitrale.

### Art. 7 - Termini

1. I termini previsti dal Regolamento o fissati dall'Organo Arbitrale sono a pena di decadenza, se la decadenza è espressamente prevista dal Regolamento o stabilita dal provvedimento che li fissa.
2. L'Organo Arbitrale e, in caso di sua impossibilità, il Consiglio Direttivo possono prorogare, prima della loro scadenza, i termini fissati per il procedimento. I termini fissati a pena di decadenza possono essere prorogati soltanto per gravi motivi ovvero con il consenso di tutte le parti.
3. Nel computo dei termini non si calcola il giorno iniziale. Se il termine scade il sabato o un giorno festivo, esso è prorogato al giorno successivo non festivo.

### Art. 8 - Riservatezza

1. La Camera Arbitrale, l'Organo Arbitrale e i consulenti tecnici sono tenuti a mantenere riservata ogni notizia o informazione relativa al procedimento.
2. Il lodo può essere pubblicato solo se le parti abbiano autorizzato per iscritto la Camera Arbitrale.
3. In difetto, il lodo ed i provvedimenti possono essere pubblicati per fini scientifici, previa elisione dei nomi in essi riportati e di ogni altro elemento che consenta di svelare la identità delle parti.

### Art. 9 - Arbitrati regolati dalla legge italiana

1. Se l'arbitrato è regolato dalla legge italiana e le parti non l'hanno espressamente qualificato come "irrituale" nella convenzione arbitrale, esso è rituale.
2. Se l'arbitrato trae origine da clausola compromissoria inserita in atto costitutivo o in sta-

tuto di società, anche in deroga a quanto previsto nella clausola, il Consiglio Direttivo nomina tutti i componenti dell'Organo Arbitrale, designando un arbitro unico qualora lo ritenga opportuno e la clausola non richieda la designazione di un collegio.

### Art. 10 - Domanda di arbitrato

1. L'attore deve notificare alle altre parti la domanda di arbitrato e successivamente depositarla presso la Segreteria della Camera Arbitrale, entro 30 giorni dalla notifica.
2. La domanda è sottoscritta dalla parte o dal difensore munito di procura e contiene ovvero è accompagnata da:
  - a. il nome completo, il domicilio e il codice fiscale della parte attrice nonché il nome completo e il domicilio delle altre parti;
  - b. una esposizione dei fatti della controversia e delle domande proposte con l'indicazione del loro valore economico;
  - c. la preferenza sulla nomina dell'Organo Arbitrale o le indicazioni utili sul numero degli arbitri e sulla loro scelta tra quelli iscritti negli elenchi della Camera Arbitrale;
  - d. l'eventuale indicazione dei mezzi di prova richiesti a sostegno delle domande e ogni documento che la parte ritenga utile allegare;
  - e. la esposizione degli elementi di diritto posti a fondamento delle domande ed eventuali indicazioni sulle norme applicabili al procedimento, sulle norme applicabili al merito della controversia ovvero sulla pronuncia secondo equità, sulla sede e sulla lingua dell'arbitrato;
  - f. la procura conferita al difensore, se questo è stato nominato;
  - g. la convenzione arbitrale.

### Art. 11 - Memoria di risposta

1. Il convenuto deve notificare all'attore ed alle altre parti la memoria di risposta entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di arbitrato e successivamente depositarla presso la Segreteria della Camera Arbitrale, entro 30 giorni dalla notifica.
2. La risposta è sottoscritta dalla parte o dal difensore munito di procura e contiene ovvero è accompagnata da:
  - a. nome completo, il domicilio e il codice fiscale del convenuto;
  - b. l'esposizione dei fatti della controversia;
  - c. la nomina dell'arbitro o le indicazioni utili sul numero degli arbitri e sulla loro scelta tra quelli iscritti negli elenchi della Camera Arbitrale;
  - d. l'eventuale indicazione dei mezzi di prova richiesti a sostegno della risposta e ogni documento che la parte ritenga utile allegare;
  - e. la esposizione degli elementi di diritto posti a fondamento delle domande ed eventuali indicazioni sulle norme applicabili al procedimento, sulle norme applicabili al merito della controversia ovvero sulla pronuncia secondo equità, sulla sede e sulla lingua dell'arbitrato;
  - f. la procura conferita al difensore, se questo è stato nominato;



3. Nel caso in cui il convenuto non depositi la memoria di risposta, il procedimento prosegue in sua assenza.

#### Art. 12 - Domanda riconvenzionale

1. Il convenuto, con la memoria di risposta, può proporre domande riconvenzionali, indicandone il valore economico.
2. La domanda riconvenzionale deve essere notificata all'attore ed a tutte altre parti, a pena di inammissibilità.
3. Se il convenuto propone domanda riconvenzionale, l'attore e le altre parti possono replicare ad essa notificando al convenuto ed a tutte altre parti, una memoria di replica entro trenta giorni dalla ricezione della memoria di risposta, da depositarsi presso la Camera Arbitrale entro 15 giorni dalla notifica.

#### Art.13 – Procedibilità dell'arbitrato

1. Se una parte contesta l'applicabilità del Regolamento, prima della costituzione dell'Organo Arbitrale, in via preliminare il Consiglio Direttivo dichiara la procedibilità o l'improcedibilità dell'arbitrato.
2. Se il Consiglio Direttivo dichiara la procedibilità dell'arbitrato, rimane impregiudicata ogni decisione dell'Organo Arbitrale al riguardo.

#### Art. 14 - Numero degli arbitrati

1. L'Organo Arbitrale è composto da un arbitro unico o da un collegio con un numero dispari di arbitri.
2. In assenza di un accordo delle parti sul numero degli arbitri, il Organo Arbitrale è composto da un arbitro unico. Tuttavia, il Consiglio Direttivo può deferire la controversia ad un collegio di tre membri, se lo ritiene opportuno per la complessità o per il valore della controversia.
3. Se la convenzione arbitrale prevede un collegio arbitrale senza indicare il numero dei membri, l'Organo Arbitrale è composto da tre membri.
4. Se la convenzione arbitrale prevede un numero pari di arbitri, l'Organo Arbitrale è composto dal numero di arbitri corrispondente al numero dispari immediatamente superiore.

#### Art. 15 - Nomina degli arbitri

1. Gli arbitri sono nominati secondo le regole stabilite dalle parti nella convenzione arbitrale.
2. Se non è diversamente stabilito nella convenzione arbitrale, l'arbitro unico è nominato dal Consiglio Direttivo mediante scelta tra gli arbitri iscritti nell'apposito elenco.
3. Anche se le parti hanno stabilito di nominare l'arbitro unico di comune accordo, l'Organo Arbitrale è nominato dal Consiglio Direttivo.
4. Se non è diversamente stabilito nella convenzione arbitrale, il collegio arbitrale è così nominato:
  - a. ciascuna parte, nella domanda di arbitrato e nella memoria di risposta, indica un nominativo tra gli arbitri iscritti nell'apposito elenco; se la parte non vi provvede o se il

nominativo non è ricompreso nell'apposito elenco, l'arbitro è nominato dal Consiglio Direttivo.

b. Il presidente dell'Organo Arbitrale è nominato dal Consiglio Direttivo.

#### Art. 16 - Nomina degli arbitri nell'arbitrato con pluralità di parti

Anche in deroga a quanto previsto nella convenzione arbitrale, se la domanda è proposta da più parti o contro più parti, il Consiglio Direttivo nomina tutti i componenti dell'Organo Arbitrale, designando un arbitro unico qualora lo ritenga opportuno e la convenzione arbitrale non richieda la designazione di un collegio. Tuttavia, se le parti si raggruppano inizialmente in due sole unità, nominando ciascuna unità un arbitro come se la controversia avesse due sole parti ed accettando che l'Organo Arbitrale sia formato da tre membri, il Consiglio Direttivo nomina il solo presidente.

#### Art. 17 – Incompatibilità

Non possono essere nominati arbitri:

- a. i membri del Consiglio Direttivo;
- b. i dipendenti dell'Ordine degli Avvocati di Roma
- c. tutti coloro che hanno stabili rapporti di collaborazione con le persone indicate sub a) e b).

#### Art. 18 - Accettazione degli arbitri

Il Consiglio Direttivo comunica, direttamente o tramite incaricati, agli arbitri la loro nomina. Gli arbitri devono trasmettere immediatamente al Consiglio Direttivo la dichiarazione di accettazione.

#### Art. 19 - Dichiarazione di indipendenza e conferma degli arbitri

1. Con la dichiarazione di accettazione gli arbitri devono trasmettere al Consiglio Direttivo la dichiarazione di idoneità ed indipendenza.
2. Nella dichiarazione di indipendenza l'arbitro deve indicare, precisandone periodo e durata:
  - a. qualunque relazione con le parti o i loro difensori rilevante in relazione alla sua imparzialità e indipendenza;
  - b. qualunque interesse personale o economico, diretto o indiretto, relativo all'oggetto della controversia;
  - c. qualunque pregiudizio o riserva nei confronti della materia del contendere;
  - d. la espressa indicazione di non trovarsi nelle condizioni preclusive ipotizzate dall'art.55 del Codice Deontologico Forense;
  - e. l'impegno a rendere edotte le parti dell'arbitrato ed i difensori qualora sopravvengano le condizioni preclusive ipotizzate dall'art.55 del Codice Deontologico Forense.
3. Pervenuta la dichiarazione di idoneità ed indipendenza, se ritiene che sussistano condizioni preclusive per l'assunzione del mandato ad arbitrare, il Consiglio Diretti-

vo può revocare la nomina dell'arbitro.

#### **Art. 20 - Ricusazione degli arbitri**

1. **Ciascuna parte può depositare** una istanza motivata di ricusazione degli arbitri per ogni motivo idoneo a porre in dubbio la loro indipendenza o imparzialità.
2. **L'istanza deve essere rivolta** al Consiglio Direttivo entro dieci giorni dalla conoscenza del motivo di ricusazione, previo inoltro di comunicazione, a pena di inammissibilità, a tutte le altre parti ed all'arbitro ricusato.
3. **Entro dieci giorni dal recapito** della istanza di ricusazione, ciascuna parte può rivolgere al Consiglio Direttivo eventuali osservazioni, previo inoltro di comunicazione, a pena di inammissibilità, a tutte le altre parti ed all'arbitro ricusato.
4. **Sull'istanza di ricusazione** decide il Consiglio Direttivo, se del caso previa audizione dell'arbitro ricusando.

#### **Art. 21 - Sostituzione degli arbitri**

1. **L'arbitro è sostituito** con la nomina di un nuovo arbitro nelle seguenti ipotesi:
  - a. l'arbitro non accetta l'incarico o vi rinuncia dopo aver accettato;
  - b. l'arbitro non è confermato;
  - c. il Consiglio Direttivo accoglie l'istanza di ricusazione proposta nei confronti dell'arbitro;
  - d. il Consiglio Direttivo rimuove l'arbitro per la violazione dei doveri imposti dal Regolamento all'Organo Arbitrale o per altro grave motivo;
  - e. l'arbitro non è più in grado di adempiere al proprio ufficio.
  - f. l'arbitro non è ricompreso nell'apposito elenco o ne è cancellato.
2. **Il Consiglio Direttivo** può sospendere il procedimento per ciascuna delle ipotesi previste dal comma 1.
3. **Il nuovo arbitro** è nominato dal Consiglio Direttivo.
4. **Il Consiglio Direttivo** determina l'eventuale compenso spettante all'arbitro sostituito, tenuto conto dell'attività svolta e del motivo della sostituzione.
5. **In caso di sostituzione dell'arbitro**, il nuovo Organo Arbitrale può disporre la rinnovazione totale o parziale del procedimento svoltosi fino a quel momento.

#### **Art. 22 - Incompetenza dell'organo arbitrale**

L'eccezione di incompetenza dell'Organo Arbitrale deve essere proposta, a pena di decadenza, nel primo atto o nella prima udienza successiva alla domanda cui l'eccezione si riferisce.

#### **Art. 23 - Irregolare formazione dell'organo arbitrale**

Se ravvisa nella nomina dei propri membri la violazione di una norma inderogabile applicabile al procedimento o delle disposizioni del Regolamento, l'Organo Arbitrale rivolge al Consiglio Direttivo un'ordinanza motivata di restituzione degli atti alla Camera Arbitrale, che equivale a rinuncia di tutti i membri dell'Organo Arbitrale.

#### **Art. 24 - Costituzione dell'organo arbitrale**

1. **La Camera Arbitrale consegna**, direttamente o a mezzo incaricati, agli arbitri gli atti introduttivi, con i documenti allegati.
2. **Ricevuti gli atti e i documenti** dalla Camera Arbitrale, gli arbitri si costituiscono in Organo Arbitrale quanto prima.
3. **La costituzione dell'Organo Arbitrale** avviene mediante redazione di un verbale datato e sottoscritto dagli arbitri. Il verbale indica la sede e la lingua dell'arbitrato e fissa le modalità e i termini relativi alla prosecuzione del procedimento. Con il medesimo verbale, l'Organo Arbitrale designa il segretario dell'arbitrato, con oneri a proprio carico.
4. **Se ha luogo la sostituzione di arbitri** dopo che l'Organo Arbitrale si è costituito, la Camera Arbitrale consegna ai nuovi arbitri copia degli atti e dei documenti del procedimento. La costituzione del nuovo Organo Arbitrale ha luogo ai sensi dei commi 2, 3 e 4.

#### **Art. 25 - Poteri dell'organo arbitrale**

1. **In qualunque momento del procedimento**, l'Organo Arbitrale può tentare di comporre la controversia tra le parti.
2. **L'Organo Arbitrale può pronunciare** tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento.
3. **L'Organo Arbitrale investito** di più procedimenti pendenti può disporre la loro riunione, se li ritiene oggettivamente connessi.
4. **Se più controversie** pendono nel medesimo procedimento, l'Organo Arbitrale può disporre la separazione.
5. **L'Organo Arbitrale** può prendere tutti i provvedimenti ritenuti opportuni per regolarizzare o integrare la rappresentanza o l'assistenza delle parti.

#### **Art. 26 - Ordinanze dell'organo arbitrale**

1. **Salvo quanto previsto per il lodo**, l'Organo Arbitrale decide con ordinanza.
2. **Le ordinanze sono pronunciate** a maggioranza. Non è necessaria la conferenza personale degli arbitri.
3. **Le ordinanze devono essere redatte** per iscritto e possono essere sottoscritte anche dal solo presidente dell'Organo Arbitrale.
4. **Le ordinanze dell'Organo Arbitrale** sono revocabili.

#### **Art. 27 - Udienze**

1. **Le udienze sono fissate** dall'Organo Arbitrale e comunicate alle parti con congruo preavviso.
2. **Le parti possono comparire** alle udienze personalmente o a mezzo di rappresentanti con i necessari poteri ed essere assistite da difensori muniti di procura.
3. **Se una parte è assente** all'udienza senza giustificato motivo, l'Organo Arbitrale, verifi-

cata la regolarità della convocazione, può procedere all'udienza. Se rileva irregolarità nella convocazione, l'Organo Arbitrale provvede a una nuova convocazione.

4. **Le udienze** dell'Organo Arbitrale sono accompagnate dalla redazione di un verbale. L'Organo Arbitrale può disporre che la redazione del verbale sia sostituita, anche parzialmente, da registrazione.

#### **Art. 28 - Istruzione probatoria**

1. L'Organo Arbitrale può interrogare le parti e assumere d'ufficio o su istanza di parte tutti i mezzi di prova che non siano esclusi da norme inderogabili applicabili al procedimento o al merito della controversia.
2. L'Organo Arbitrale valuta liberamente tutte le prove, salvo quelle che hanno efficacia di prova legale secondo norme inderogabili applicabili al procedimento o al merito della controversia.
3. L'Organo Arbitrale può delegare ad un proprio membro l'assunzione delle prove ammesse.

#### **Art. 29 - Consulenza tecnica**

1. L'Organo Arbitrale può nominare uno o più consulenti tecnici d'ufficio, scelti nell'apposito elenco della Camera Arbitrale o, in mancanza, del Tribunale di Roma.
2. Il consulente tecnico d'ufficio ha i doveri imposti dal Regolamento agli arbitri e ad esso si applica la disciplina della riconsulenza prevista per gli arbitri.
3. Il consulente tecnico d'ufficio deve consentire alle parti di assistere direttamente o tramite i loro difensori alle operazioni di consulenza tecnica.
4. Se sono nominati consulenti tecnici d'ufficio, le parti possono designare dei consulenti tecnici di parte. Le operazioni di consulenza tecnica cui hanno assistito i consulenti tecnici designati dalle parti si considerano eseguite in presenza di queste ultime.

#### **ART. 30 - Domande nuove**

1. L'Organo Arbitrale decide sul merito delle domande nuove proposte dalle parti nel corso del procedimento, in presenza di una delle seguenti condizioni:
  - a. la parte, contro la quale la domanda è proposta, dichiara di accettare il contraddittorio o non propone eccezione di inammissibilità preliminarmente ad ogni difesa sul merito;
  - b. la nuova domanda è oggettivamente connessa con una di quelle pendenti nel procedimento.
2. In ogni caso, l'Organo Arbitrale consente di rispondere per iscritto alle domande nuove.

#### **Art. 31 - Precisazione delle conclusioni**

1. Quando ritiene il procedimento maturo per la pronuncia del lodo definitivo, l'Organo Arbitrale dichiara la chiusura dell'istruzione e invita le parti a precisare le conclusioni.
2. Se lo ritiene opportuno o se una parte lo richiede, l'Organo Arbitrale fissa un termine per il deposito di memorie conclusionali. L'Organo Arbitrale può, inoltre, fissare ulteriori termini per memorie di replica e un'udienza di discussione finale.

dienza di discussione finale.

3. **Dopo l'invito dell'Organo Arbitrale** a precisare le conclusioni, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie.

4. **I commi precedenti** si applicano anche nell'ipotesi in cui l'Organo Arbitrale ritenga di pronunciare lodo parziale, limitatamente alla controversia oggetto di tale lodo.

#### **Art. 32 - Transazione e rinuncia agli atti**

Le parti o i loro difensori comunicano all'Organo Arbitrale ed al Consiglio Direttivo la rinuncia agli atti a seguito di transazione o di altro motivo, esonerando l'Organo Arbitrale, se già costituito, dall'obbligo di pronunciare il lodo.

#### **Art. 33 - Deliberazione del lodo**

Il lodo è deliberato dall'Organo Arbitrale a maggioranza di voti. La conferenza personale degli arbitri è necessaria solo se le norme applicabili al procedimento lo impongono.

#### **Art. 34 - Forma e contenuto del lodo**

1. Il lodo è redatto per iscritto e contiene:
  - a. l'indicazione delle parti e dei loro difensori;
  - b. l'indicazione della convenzione arbitrale;
  - c. l'indicazione della natura "rituale" o "irrituale" del lodo, se il procedimento è soggetto alla legge italiana;
  - d. l'indicazione della sede dell'arbitrato;
  - e. l'indicazione delle domande proposte dalle parti;
  - f. l'esposizione dei motivi della decisione;
  - g. il dispositivo;
  - h. la decisione sulle spese del procedimento e sulle spese di difesa sostenute dalle parti;
  - i. la data, il luogo e le modalità della deliberazione.
2. Il lodo è sottoscritto da tutti i membri dell'Organo Arbitrale o dalla maggioranza di essi. In tale ultimo caso, il lodo deve dare atto dell'impedimento o del rifiuto degli arbitri che non sottoscrivono.
3. Di ogni sottoscrizione devono essere indicati il luogo e la data. Le sottoscrizioni possono avvenire in luoghi e tempi diversi.

#### **Art. 35 - Deposito e comunicazione del lodo**

1. L'Organo Arbitrale deposita il lodo presso la Camera Arbitrale e ne consegna alle parti un esemplare ciascuno.

#### **Art. 36 - Termine per il deposito del lodo definitivo**

1. L'Organo Arbitrale deve depositare presso la Camera Arbitrale il lodo definitivo entro sei mesi dalla sua costituzione, ponendo fine al procedimento, salvo ampliamento di termini per adempimenti istruttori.

2. Il termine previsto dal comma 1 può essere prorogato dal Consiglio Direttivo.
3. Il termine previsto dal comma 1 è sospeso dal Consiglio Direttivo, oltre che nei casi espressamente previsti dal Regolamento, in presenza di altro giustificato motivo.

#### **Art. 37 - Lodo parziale e lodo non definitivo**

1. L'Organo Arbitrale può pronunciare un lodo parziale quando definisce solo una o alcune delle controversie cumulate nel procedimento.
2. L'Organo Arbitrale può pronunciare lodo non definitivo per risolvere una o più questioni pregiudiziali, processuali o di merito o in ogni altra ipotesi consentita dalle norme applicabili al procedimento.
3. Nelle ipotesi di cui ai commi 1 e 2 l'Organo Arbitrale dispone la prosecuzione del procedimento.
4. Il lodo parziale e il lodo non definitivo non modificano il termine di deposito del lodo definitivo, fatta salva la facoltà di richiedere proroga al Consiglio Direttivo.
5. Al lodo parziale e al lodo non definitivo si applicano le disposizioni del Regolamento sul lodo. Il lodo non definitivo non contiene la decisione sulle spese di procedimento e sulle spese di difesa.

#### **Art. 38 - Correzione del lodo**

1. Il lodo è soggetto a correzione nei casi e nei termini previsti dalle norme applicabili al procedimento.
2. L'istanza di correzione deve essere rivolta al Consiglio Direttivo che la trasmette all'Organo Arbitrale. L'Organo Arbitrale decide quanto prima con ordinanza, sentite le parti, dal ricevimento dell'istanza di correzione.

#### **Art. 39 - Valore della controversia**

1. Il valore della controversia, ai fini della definizione delle spese di procedimento, è dato dalla somma delle domande presentate da tutte le parti.
2. Il Consiglio Direttivo determina il valore della controversia sulla base degli atti introduttivi e sulla base delle ulteriori indicazioni delle parti e dell'Organo Arbitrale.

#### **Art. 40 - Spese del procedimento**

1. La liquidazione finale delle spese del procedimento è disposta dall'Organo Arbitrale in termini conformi alle tariffe della Camera Arbitrale vigenti all'atto del deposito del lodo.
2. L'Organo Arbitrale decide anche in ordine alla ripartizione dell'onere delle spese tra le parti.
3. Se il procedimento si conclude prima della costituzione dell'Organo Arbitrale, la liquidazione delle spese di procedimento viene eventualmente disposta dal Consiglio Direttivo.
4. Le spese di procedimento sono composte dalle seguenti voci:
  - a. onorari dell'Organo Arbitrale;

- b. onorari dei consulenti tecnici d'ufficio;
- c. rimborsi spese degli arbitri;
- d. rimborsi spese dei consulenti tecnici d'ufficio.

5. Gli onorari dell'Organo Arbitrale sono determinati in base al valore della controversia, secondo le Tariffe allegate al Regolamento, in relazione all'attività svolta, alla complessità della controversia, alla rapidità del procedimento ed a ogni altra circostanza. Possono essere determinati onorari differenziati per i singoli membri dell'Organo Arbitrale. Possono essere determinati onorari inferiori al minimo delle Tariffe in casi di conclusione anticipata del procedimento e superiori al massimo in casi straordinari.
6. Gli onorari dei consulenti tecnici d'ufficio sono determinati con equo apprezzamento, tenendo conto della tariffa professionale, della tariffa giudiziale e di ogni altra circostanza.
7. I rimborsi spese degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio devono essere comprovati dai relativi documenti di spesa. In difetto di loro esibizione, si considerano assorbiti dai relativi onorari.

#### **Art. 41 - Versamenti anticipati e finali**

1. In occasione della sua costituzione, l'Organo Arbitrale dispone che sia versato il fondo iniziale in misura non superiore al 30% di quanto determinato per l'arbitrato dalle tariffe vigenti.
2. Prima del deposito del lodo, l'Organo Arbitrale può richiedere il saldo degli onorari e delle spese di procedimento, fissando il termine per i versamenti.
3. Gli importi previsti dai commi 1 e 2 sono richiesti a tutte le parti solidalmente e per l'intero, salvo il riparto.

#### **Art. 42 - Mancato pagamento**

1. In ogni caso di mancato pagamento entro il termine fissato, l'Organo Arbitrale può chiedere ed ottenere che il Consiglio Direttivo sospenda il procedimento. In caso di sospensione del procedimento, l'Organo Arbitrale comunica la circostanza alle parti. La sospensione è revocata dal Consiglio Direttivo, previo adempimento dei versamenti dovuti e di tale circostanza l'Organo Arbitrale ne dà comunicazione alle parti. Il periodo di sospensione del procedimento non si computa ai fini dei termini di cui all'art.36.
2. Decorso sei mesi dalla comunicazione alle parti del provvedimento di sospensione previsto dal comma 1 senza che il versamento sia eseguito, l'Organo Arbitrale dichiara l'estinzione del procedimento.

#### **Art. 43 - Entrata in vigore**

1. Il presente Regolamento entra in vigore dalla sua approvazione da parte del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma ovvero dal Consiglio Direttivo.
2. Il Consiglio Direttivo può integrare, modificare e sostituire il presente Regolamento, fissando la data alla quale le nuove regole entrano in vigore.
3. Salva diversa determinazione, le nuove regole introdotte ai sensi del comma 2 sono applicate ai procedimenti instaurati dalla data della loro entrata in vigore.



Avv. Piero  
SANDULLI

## Tutela cautelare ed arbitrato

### Sommario:

1. Posizione del problema. – 2. Il decreto legislativo n. 5 del 2003. L'arbitrato societario. – 3. Il procedimento cautelare ante causam. – 4. Misura cautelare accordata e giudizio di merito. – 5. La strumentalità attenuata. – 6. I provvedimenti cautelari emessi in corso di causa. – 7. I cautelari e l'arbitrato societario. – 8. Arbitrati stranieri e misure cautelari. – 9. Conclusione.

### 1. Posizione del problema.

Il tema delle misure cautelari nel procedimento arbitrale ha sempre destato il particolare interesse della dottrina e della giurisprudenza; esso riveste una notevole importanza anche sotto il profilo pratico.

Tale argomento, tornato di attualità dopo le modifiche normative apportate dal decreto legislativo n. 5 del 2003, in tema di processo societario, nonché dalla legge n. 80 del 2005, che, tra le altre, ha prodotto alcune rilevanti modifiche al procedimento cautelare uniforme, ha trovato una sua ulteriore puntualizzazione nella normativa contenuta nel decreto legislativo n. 40 del 2006, che ha dato compimento alla delega, in materia di arbitrato, contenuta nella stessa legge del 14 maggio 2005, n. 80<sup>1</sup>.

Al fine di tentare di operare una analisi sistematica delle misure cautelari nel procedimento arbitrale è necessario muovere dalla normativa che regola la materia.

L'articolo 818 del codice di procedura civile<sup>2</sup> puntualizza che gli arbitri non possono concedere sequestri, né ad essi compete l'emanazione di alcun altro provvedimento cautelare "salva diversa disposizione di legge".

Al riguardo, è stato autorevolmente<sup>3</sup> affermato che l'articolo ha perso la sua originaria perentorietà e finisce oggi per contenere un precetto quasi ultroneo, essendo già presente nel dettato dell'art. 669 quinquies c.p.c., in quanto è notorio che gli arbitri non hanno i poteri che sono riservati dall'Ordinamento alla giurisdizione e pertanto essi sono sprovvisti del potere esecutivo e del potere cautelare che restano nel monopolio del giudice ordinario, anche in base al dettato dell'articolo 102 della Costituzione.

L'indicazione del codice di rito aveva una sua intrinseca precettività regolamentando, (nel secondo comma), ormai abrogato, la convalida del sequestro; eliminata la fase di convalida del sequestro e traslata, nel 1990<sup>4</sup>, l'intera disciplina dei cautelari nel contesto delle regole dettate per il procedimento cautelare uniforme, il te-

sto dell'articolo 818, che è ancora presente nel codice di rito, sancisce oggi un divieto già contenuto nell'art. 669 quinquies.

Ciò premesso, intorno a detto rilievo, che sia stato necessario o ridondante ribadirlo nel titolo ottavo del quarto libro del codice di rito civile, deve essere articolato il nostro studio.

Come si è ricordato in precedenza, pur con il limite sancito dall'Ordinamento<sup>5</sup>, il tema della tutela cautelare nel procedimento arbitrale è sempre stato di particolare importanza ed, in più circostanze, il legislatore lo ha ribadito.

La legge n. 353 del 1990, nel prevedere le regole del procedimento cautelare uniforme ha riproposto il divieto ed ha ulteriormente disciplinato il tema; invero, nell'articolo 669 novies c.p.c. sono state dettate le regole relative alla concessione della misura cautelare ed al rapporto tra il provvedimento cautelare emanato ed il successivo giudizio di merito.

Il riferimento (contenuto nell'originario testo dell'articolo 669 quinquies c.p.c.) operato al solo procedimento arbitrale rituale ha, però, suscitato molteplici perplessità in dottrina<sup>6</sup> ed in giurisprudenza<sup>7</sup>, inducendo alcuni ad affermare che, in presenza di un arbitrato irrituale, è improponibile un'istanza tendente ad ottenere una misura cautelare "atteso che la rinuncia alla tutela giurisdizionale, contenuta nel compromesso per arbitrato libero o irrituale, non può non riferirsi anche alle misure cautelari, le quali nel sistema processuale, sono preordinate e strumentali ad un giudizio di merito"<sup>8</sup>.

Tale tesi, fermamente contrastata da quella parte della dottrina<sup>9</sup> che ha sempre sostenuto l'equiparazione dell'arbitrato rituale a quello irrituale, ha trovato la sua definitiva smentita a seguito della modifica apportata, dalla legge n. 80 del maggio 2005, al testo dell'articolo 669 quinquies c.p.c., che – nel suo attuale impianto – recita: "se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri anche non rituali o se è pendente il giudizio arbitrale, la domanda si propone al giudice che sarebbe stato competente a conoscere il merito", con la sola evidente eccezione delle cause che sarebbero state affidate alla competenza del giudice di pace (interdetto – come è noto – alla tutela cautelare) le quali, a norma del secondo comma dell'art. 669 ter, vengono affidate al tribunale nel cui circondario opera il giudice di pace.

### 2. Il decreto legislativo n. 5 del 2003. L'arbitrato societario.

Il decreto legislativo n. 5 del 2003, nel dar corpo alla delega ricevuta dal legislatore con la legge n. 366 del 2001, in tema di processo societario, ha dettato relativamente alla materia societaria e commerciale individuata nell'articolo 1, uno specifico procedimento

1 Vedi, al riguardo, la puntuale analisi di C. PUNZI, Il processo civile. Sistema e problematiche, Torino 2008, vol. III, p. 207.

2 Cfr. G. F. RICCI, Commento all'art. 818, in Arbitrato, a cura di F. CARPI, Bologna 2007, p. 481.

3 Vedi, sul punto: C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, Padova 2000, tomo I, p. 622.

4 Cfr. F. P. LUISO, Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile, in Riv. arb. 1991, p. 253.

5 Limite che non viene considerato dallo stesso legislatore alla stregua di un dogma ineludibile, tanto che la parte finale dell'articolo 818, come si è detto, prevede espressamente la possibilità che la legge consenta delle eccezioni, come accade (lo vedremo) nel processo societario.

6 Vedi: A. SALETTI, Arbitrato irrituale e tutela cautelare, in Nuova Giur. civ. 1994, I, p. 720.

7 Cfr. Cass. S.U., del 29 ottobre 1982, n. 5656, in Giust. civ., Mass. 1982, fasc. 9; Trib. Torino, ordinanza del 16 luglio 2003, in Lex 24 repertorio 24.

8 Vedi, sul punto, Cass. 25 novembre 1995, n. 12225, in Guida al diritto 2005, fasc. 47, p. 16.

9 Vedi, al riguardo, le chiarissime pagine di C. PUNZI, Il disegno sistematico dell'arbitrato, cit., tomo I, p. 627.

arbitrale (art. 35) nel quale ha previsto anche la possibilità per gli arbitri di sospendere le delibere assembleari in base alle quali erano sorte le vertenze portate all'attenzione del collegio arbitrale.

Invero, il conferimento di questo potere “cautelare” agli arbitri societari non deve meravigliare, né sembrare illegittimo, o, suscitare dubbi di costituzionalità, poiché – come si è detto in precedenza – lo stesso testo dell'articolo 818 c.p.c. prevedeva la possibilità di derogare al divieto per gli arbitri di erogare misure cautelari.

Il quesito che si è posto la dottrina è stato, piuttosto, quello di sondare i limiti di tale potere e la sua eventuale estensione al procedimento arbitrale relativo a materie diverse da quelle previste nel primo comma dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 5/2003, cioè a procedimenti istaurati in base a clausole compromissorie diverse da quelle contenute (a norma dell'art. 34 D. lg. 5/2003) negli statuti o nei patti parasociali della società<sup>10</sup>.

La risposta all'interrogativo posto dalla dottrina è intervenuta con la modifica apportata all'articolo 669 quinquies c.p.c., che ha riconfermato, per il procedimento arbitrale non societario, il divieto dell'emanazione delle misure cautelari ed ha ribadito che tale divieto si applica sia all'arbitrato rituale, che a quello libero (o irrituale) facendo venir meno, in via definitiva, l'assioma che sussistano differenze tra i due strumenti e che aderendo a quello irrituale si rinunci ad ogni ipotesi di tutela cautelare.

Definito il quadro normativo, è ora necessario verificare, in concreto, i collegamenti tra il procedimento cautelare ed il merito della vicenda nelle due ipotesi, quella in cui il procedimento cautelare sia esperito prima dell'inizio dell'arbitrato, e quella in cui la misura cautelare venga richiesta e disposta nel corso del contenzioso posto all'attenzione degli arbitri.

### 3. Il procedimento cautelare ante causam.

La competenza in materia cautelare ante causam, ovvero prima della promozione del procedimento arbitrale, appartiene al giudice ordinario che sarebbe stato competente in assenza di un compromesso o di una clausola compromissoria; pertanto detta competenza va ricercata in base agli ordinari criteri dettati dal codice di rito civile, nelle sezioni seconda e terza del primo libro dello stesso.

Analogamente per la materia del lavoro, laddove la competenza nel procedimento arbitrale ex art. 412 ter c.p.c.<sup>11</sup> deve essere individuata in base ai criteri previsti dall'articolo 413 c.p.c.

Va ricordato che la competenza per la emanazione di una misura cautelare, spetta sempre al giudice monocratico, anche nelle ipotesi in cui (come nel processo societario) la competenza nel merito spetti in astratto (in assenza di patto compromissorio) al Tribunale in composizione collegiale.

Pur avendo, l'originario testo dell'articolo 818 c.p.c., fatto riferimento al solo istituto del sequestro è innegabile che i mezzi di tutela cautelare azionabili sono tutti quelli apprestati dal codice di rito civile e dalle altre norme, ivi compreso quello della istruzione preventiva<sup>12</sup> che, come si è visto, è ormai considerato, dal legislatore, in modo diverso dagli altri mezzi cautelari, non applicandosi ad esso la maggior parte delle regole dettate per il procedimento cautelare uniforme (art. 669 quaterdecies).

L'unica possibile eccezione può essere rappresentata dall'istituto previsto dall'art. 696 bis c.p.c., introdotto dalla legge numero 80 del 2005, con il quale si prevede la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. Invero, poiché le funzioni conciliative non sono sottratte agli arbitri, anzi costituiscono parte integrante dei loro compiti, non si vede come tale istituto, che non dà luogo a una vera e propria misura cautelare, possa trovare, utilmente, attuazione, nel contesto del procedimento arbitrale.

Appare evidente che i requisiti per l'emissione della misura cautelare richiesta (tipica od atipica) sono quelli del fumus (la ragionevole previsione che il soggetto richiedente la misura cautelare risulti vittorioso nel procedimento arbitrale) e del periculum (il pericolo che durante i tempi necessari per la emanazione del lodo si produca, in capo all'istante la tutela cautelare, un danno grave ed irreparabile tale da pregiudicare il suo diritto o la tutela di esso).

Problema più delicato è costituito dall'attuazione della misura cautelare, emanata dal giudice ordinario e della sua incidenza sull'istaurando procedimento arbitrale.

L'emanazione della misura cautelare e la sua attuazione (art. 669 duodecies c.p.c.) non presentano, rispetto alle altre ipotesi di concessione di una tutela cautelare, particolari peculiarità essendo le stesse emanate dal giudice ordinario e poste in esecuzione dall'Ordinamento, sulla base della disposizione del primo e sotto la sua direzione, nel rispetto del postulato del “monopolio della forza”<sup>13</sup>.

Al riguardo, appare evidente che il sistema della modifica, della revoca e del reclamo, previsto dagli articoli 669 decies e 669 terdecies, nell'ambito del procedimento cautelare uniforme, trovi attuazione anche per il caso di specie e, pertanto, l'istanza di modifica e di revoca si rivolgono allo stesso giudice ordinario che ha emanato la misura cautelare, mentre il reclamo verrà formulato al collegio del Tribunale, collegio del quale – come è noto – “non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato”.

### 4. Misura cautelare accordata e giudizio di merito.

Più problematica appare la seconda questione relativa ai rapporti tra la misura cautelare accordata e l'istaurando procedimento arbitrale.

<sup>10</sup> Vedi, al riguardo: Tribunale di Bologna, sentenza del 25 maggio 2007, n. 1236, in *Il Sole 24 ore*, Mass. Repertorio Lex 24. In dottrina, vedi: P.L. NELA, Commento all'art. 34, in *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna 2004, p. 930.

<sup>11</sup> Vedi, al riguardo, lo studio di G. SANDULLI, Prospettive di riforma, quale futuro per l'arbitrato, in *Lavoro e Previdenza oggi* 2008, fasc. 6.

<sup>12</sup> Vedi, al riguardo. G. TARZIA, Istruzione preventiva ed arbitrato rituale, in *Riv. arb.* 1991, p. 719; L. SALVANESCHI, Sui rapporti tra istruzione preventiva e procedimento arbitrale, in *Riv. arb.* 1993, p. 617.

<sup>13</sup> Cfr. C. PUNZI, Disegno sistematico dell'arbitrato, cit., tomo I, p. 633.

Le modifiche che hanno “allentato”<sup>14</sup> la strumentalità del procedimento cautelare nei confronti del giudizio di merito<sup>15</sup>, dapprima nel rito societario (art. 23 del decreto legislativo n. 5 del 2003) e successivamente, con la legge n. 80 del 2005, nel processo ordinario (artt. 669 octies e 669 novies c.p.c.), hanno dato vita a non poche questioni sulle quali occorre, riguardo al nostro tema, meditare.

E’ opportuno occuparsi preventivamente di quei provvedimenti cautelari che non hanno patito questo tipo di modifiche, in modo da sgombrare il campo dalle questioni di più facile soluzione per poi affrontare quelle indotte dalla “novità” sopra richiamata.

L’articolo 669 octies, nel suo secondo comma, chiarisce che “in mancanza di fissazione del termine da parte del giudice, la causa di merito deve essere iniziata entro il termine perentorio di sessanta giorni”. Tale articolo trova applicazione, anche nel caso di specie, per tutti quei provvedimenti cautelari che non rientrano in quelli previsti dal sesto comma dello stesso articolo, cioè “quelli idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, di cui diremo nel paragrafo successivo.

L’articolo 669 novies, con il primo comma, chiarisce che “se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all’ articolo 669 octies, ovvero se successivamente al suo inizio si estingue il provvedimento cautelare perde la sua efficacia”.

Il problema che si pone è quello di comprendere in quale momento può dirsi iniziata utilmente l’attività tendente ad investire gli arbitri della questione.

Tale quesito ha per lungo tempo diviso la dottrina e la giurisprudenza<sup>16</sup> fino a quando, con la legge n. 25 del 1994, è stato aggiunto il quinto comma all’ articolo 669 octies che ha chiarito: “Nel caso in cui la controversia sia oggetto di compromesso o di clausola compromissoria, la parte, nei termini di cui ai commi precedenti (quelli stabiliti all’atto dell’emanazione dell’ordinanza contenente la misura cautelare o in mancanza entro sessanta giorni), deve notificare all’altra un atto nel quale dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri”. Se, dunque, tale attività non è posta in essere entro i termini perentori, sopra specificati, “il provvedimento cautelare perde la sua efficacia” (art. 669 novies, primo comma, c.p.c.).

## 5. La strumentalità attenuata.

La regola appena ricordata della perdita di efficacia della misura cautelare concessa, in caso di mancata attivazione del giudizio di merito, a norma dell’ articolo 669 octies,

14 Il termine è stato utilizzato da A. PROTO PISANI, in Le modifiche al codice di procedura civile prevista dalla legge n. 80 del 2005, Premesse, in Foro it. 2005, V, c. 93; ed anche in La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura), in Foro it. 2003, V, c. 14; E. DALMOTTO, Commento all’art. 669 octies c.p.c., in Le recenti riforme del processo civile, a cura di S. CHIARLONI, Bologna 2008, tomo II, p. 1241; mentre altri autori hanno parlato di strumentalità attenuata (vedi, al riguardo: R. CAPONI, Provvedimenti cautelari e azioni possessorie, in Foro it. 2005, V, c. 136; R. TISCINI, I nova

del procedimento cautelare societario: la strumentalità attenuata e il c.d. giudizio abbreviato, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it)).

15 Vedi l’ancora attualissimo studio di P. CALAMANDREI, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova 1936, ora in Opere giuridiche, Napoli 1983, vol. IX, p. 157.

16 Vedine una ampia ricostruzione in C. PUNZI, Disegno sistematico dell’arbitrato, cit, tomo I, p. 634.

sesto comma, non si applica “ai provvedimenti d’urgenza emessi ai sensi dell’ articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”.

Tale norma, introdotta nel codice di rito civile dalla legge n. 80 del 2005, ha inserito, anche nel processo civile ordinario, la “strumentalità attenuata” che il decreto legislativo n. 5 del 2003 aveva, inizialmente, limitato al solo processo societario (art. 23), fattispecie che deve essere ora valutata per quanto riguarda le misure cautelari relative all’arbitrato.

E’ innegabile che l’istituto della “stabilità”, che il legislatore del 2005 ha voluto assegnare a talune misure cautelari pienamente (e totalmente) anticipatorie, trova la sua ragione giustificatrice nel tentativo di assegnare a tale fattispecie una valenza deflativa, idonea ad indurre le parti ad accontentarsi della misura cautelare concessa, cui viene assegnata stabilità, e non dar luogo al successivo giudizio di merito<sup>17</sup>. Altrettanto innegabile è la circostanza che tale regola operi anche quando l’eventuale vertenza è stata devoluta alla cognizione di un collegio arbitrale.

Invero, i problemi che scaturiscono da detta “strumentalità attenuata” non sono legati alla sua utilizzazione in presenza di patti compromissori, che devolvono l’analisi della controversia ad arbitri, ma essi discendono direttamente dalle incertezze interpretative legate all’analisi della normativa contenuta nel sesto comma dell’art. 669 octies.

A voler tacere alcuni dubbi, anche di costituzionalità<sup>18</sup>, della norma, peraltro – a mio avviso – sopiti dalla circostanza che l’ultima parte del sesto comma consente ad entrambe le parti (quella che ha ottenuto la misura cautelare e quella che la patisce) di istaurare un giudizio di merito a cognizione piena (o un procedimento arbitrale, restando al tema dell’indagine), nel quale rinvenire tutte le garanzie processuali che il dettato costituzionale prescrive (artt. 24 e 111 Cost.), il vero momento di incertezza che discende dall’analisi di questa normativa è rappresentato dalla circostanza che non risulta chiaro quali siano i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata suscettibili di iperattività, anche in assenza dell’istaurazione del successivo giudizio di merito.

Come ricordato, in precedenza, il testo dell’ articolo 669 octies, al sesto comma, fa riferimento “ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell’ art. 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile e da leggi speciali, nonché ai provvedimenti emessi a seguito di denunce di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’art. 688”.

Tale testo lascia, però, l’incertezza della verifica attitudinale di detti provvedimenti ad essere idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito. A ben vedere, neppure tutti quelli resi a norma dell’art. 700 c.p.c. possono dirsi pienamente anticipatori e, pertanto, suscettibili di stabilità.

17 Cfr. D. BORGHESI, Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche, in Atti del convegno dell’Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Ravenna 18 maggio 2006.

18 Cfr. F. CIPRIANI, Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie, in Il giusto processo civile 2006, p. 26.

Tale stato di incertezza, sotto il profilo pratico, non può non ripercuotersi sulle parti, che per evitare il rischio della perdita degli effetti della misura cautelare non possono far altro che dar vita al giudizio di merito, nel caso in esame, instaurando il procedimento arbitrale nei modi e nei tempi previsti dall'art. 669 novies.

### 6. I provvedimenti cautelari emessi in corso di causa.

Analogamente a quanto ricordato per i procedimenti cautelari emessi prima della pendenza del procedimento arbitrale, l'individuazione del giudice competente alla emanazione della misura cautelare richiesta, anche in pendenza del procedimento arbitrale, deve essere effettuata sulla base dei criteri che presiedono all'individuazione della competenza del giudice e che sono contenuti nel primo libro del codice di rito civile o nell'art. 413 c.p.c., per il rito del lavoro.

Anche i provvedimenti collegati alla modifica ed alla revoca delle misure cautelari concesse, rispondono alla normativa emanata dal codice di rito per quanto concerne il procedimento cautelare uniforme.

Il procedimento di reclamo è regolato dalla normativa prevista dall'art. 669 terdecies c.p.c., ma l'unica differenza riscontrabile è collegata alla circostanza che, essendo già pendente, nel caso di specie, il procedimento arbitrale, non trovano applicazione le norme previste dagli artt. 669 octies e 669 novies del codice di rito civile.

Si è sostenuto in dottrina<sup>19</sup> che gli arbitri, laddove la misura cautelare sia richiesta in corso di causa, possano conoscere le questioni relative alle modalità di attuazione delle misure cautelari concesse, sulla base del dettato dell'ultima parte dell'art. 669 duodecies c.p.c. "ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito".

Infine, per quanto riguarda la richiesta di misure cautelari nel corso del periodo in cui pendono i termini per impugnare il lodo, non potendo trovare immediata applicazione il disposto del quarto comma dell'art. 669 quater, che prescrive: "In pendenza dei termini per proporre l'impugnazione la domanda si propone al giudice che ha pronunciato la sentenza", è necessario fare ricorso all'analogia, derivante dalla lettura congiunta degli articoli 669 quater e 669 quinquies, giungendo ad affermare che in questo caso il giudice competente a cui formulare la richiesta cautelare è quello che sarebbe stato competente ad emettere la decisione in assenza di un patto compromissorio.

### 7. I cautelari e l'arbitrato societario.

Come si è accennato nel paragrafo 2, nell'ambito del "processo commerciale"<sup>20</sup> il legislatore delegato ha previsto con l'ultima parte del quinto comma che "se

la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera".

La modifica apportata, che ha lasciato sospettare, in assenza di uno specifico riferimento nella legge delegante (L. 366 del 2001), la sussistenza di un eccesso di delega<sup>21</sup>, è di rilevante interesse e su di essa deve soffermarsi la nostra attenzione.

Se da una parte, questo potere concesso agli arbitri costituisce una eccezione al disposto degli articoli 669 quinquies e 818 c.p.c., integrando una novità di rilievo in quanto pone fine al divieto di emanazione di misure cautelari nel procedimento arbitrale, dall'altra, deve concordarsi con chi<sup>22</sup> ritiene che non si debba troppo enfatizzare tale eccezione; ciò, in quanto essa non intacca la sopra ricordata regola del "monopolio" della forza, poiché la sospensione delle delibere assembleari dà luogo ad una cautela esercitabile *verbis*<sup>23</sup> (solo oralmente e non assistita da momenti coercitivi), che rientra nella sfera delle cautele inibitorie.

Inoltre, va ricordato che la concessione di detto potere ha carattere speciale e non può estendersi agli arbitrati di tipo comune<sup>24</sup>.

Tale ordinanza inibitoria può essere emessa anche anteriormente alla prima adunanza del collegio, ma successivamente alla costituzione dello stesso e può, eventualmente, essere emanata (salvo ratifica) inaudita altera parte.

Alcune perplessità sono state sollevate dalla dottrina<sup>25</sup> circa il termine "sempre" utilizzato dal legislatore delegato nell'articolo 35. Alcuni hanno ritenuto che vi fosse una sorta di obbligo in capo agli arbitri di sospendere necessariamente la delibera assembleare innanzi ad essi impugnata, sottraendo agli stessi ogni valutazione relativa all'opportunità di tale sospensione.

Tale tesi non appare convincente e collide con la natura stessa dei provvedimenti cautelari in quanto non è automaticamente ravvisabile il periculum in una deliberazione assembleare; è, anzi, possibile che il grave danno discenda proprio dalla sospensione. E', quindi, necessario che quel "sempre" venga letto come specificazione ed indicazione dell'unico mezzo cautelare offerto direttamente agli arbitri societari quando ne ricorrano i presupposti del *fumus* e del *periculum*.

Va, altresì, ricordato che non è preclusa ai soci la possibilità di ricorrere al giudice ordinario per ottenere altre misure cautelari quali il sequestro giudiziario delle azioni<sup>26</sup>.

21 Cfr. F. AULETTA, Commento agli articoli 34-37, in La riforma delle società - Il processo, a cura di B. SASSANI, Torino 2003 p. 350.

24 Vedi sul punto P. BIAVATI, Il procedimento nell'arbitrato societario, in Riv. arb. 2003, p. 44.

25 Vedi: P.L. NELA, Commento all'art. 35, cit., p. 1003.

22 Vedi P.L. NELA, Commento all'art. 35, in Il nuovo processo societario, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 1001.

26 Cfr. Trib. Venezia 25 ottobre 2005, in Dir. fall. 2006, II, p. 287. In dottrina vedi G. RUFFINI, Il nuovo arbitrato per la controversia societaria, in Riv. trim. dir. proc. civ. 2004, p. 529.

23 Vedi B. SASSANI-R. TISCINI, Il nuovo processo societario, in Giust. Civ. 2003, II, p. 71.

19 Vedi al riguardo: F. P. LUIISO, Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile, in Riv. arb. 1991, p. 264

20 La definizione è di G. COSTANTINO (Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria di primo grado, in Riv. dir. proc. 2003, p. 385) per sottolineare la maggior ampiezza della materia rispetto alla sola tutela societaria.



Avv. Benedetta  
TANNINI

## La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale

### 8. Arbitrati stranieri e misure cautelari.

Altra eccezione, oltre quella già esaminata del giudice di pace, patisce la regola relativa alla competenza del giudice statale, che avrebbe dovuto decidere in assenza di un patto compromissorio; essa si ha in relazione ad arbitri stranieri che giudicano all'estero.

In tale ipotesi è possibile riscontrare due diverse circostanze. La prima, è che l'arbitrato e, conseguentemente, la tutela richiesta riguardi beni che si trovano in Italia; pertanto, la misura cautelare deve essere, eventualmente, richiesta ed assegnata dal giudice italiano, anche se questi non sarebbe competente per il merito del giudizio radicato all'estero<sup>27</sup>. La sua competenza, infatti, è individuata dal luogo in cui i provvedimenti cautelari emanandi vanno eseguiti.

La seconda è costituita dalla circostanza che il giudice competente va individuato facendo riferimento a quello che può, successivamente, essere chiamato ad attuare la dichiarazione di esecutorietà del lodo reso all'estero, a norma dell'art. 669 quater c.p.c.<sup>28</sup>, come accade nelle vicende che hanno origine contrattuale.

### 9. Conclusione.

In conclusione, pur essendo privi gli arbitri di un diretto potere cautelare, ad esclusione di quello meramente inibitorio riscontrato nel rito societario, si può affermare che la tutela cautelare non è estranea né all'arbitrato rituale, né tantomeno, a quello irrituale ed essa costituisce un momento essenziale della tutela dei diritti portati, attraverso il patto compromissorio, all'attenzione del collegio arbitrale.

**N**egli ultimi anni, il ricorso all'arbitrato quale mezzo di risoluzione delle controversie è sempre più frequente e la capacità degli arbitri di intervenire tempestivamente a tutela delle parti, nelle more dell'emanazione del lodo, costituisce ormai uno dei "banchi di prova"<sup>1</sup> per valutare l'efficacia dell'arbitrato. Infatti, il potere cautelare degli arbitri, a differenza di quello dei giudici ordinari, presenta complesse problematiche. In primo luogo, è necessario accertare la legittimazione degli arbitri a emanare provvedimenti cautelari, in quanto essa non è ancora oggi unanimemente riconosciuta. Vi sono ordinamenti, tra cui quello italiano, che la escludono. Inoltre, ove si riconosca tale legittimazione agli arbitri, esistono numerosi problemi pratici, quali l'assenza di organi cui presentare domande *ante causam*, l'inammissibilità di provvedimenti emessi *inaudita altera parte*, l'inefficacia dei provvedimenti nei confronti dei terzi, nonché le difficoltà legate all'eventuale riconoscimento e all'esecuzione di provvedimenti non definitivi.

Nel corso della presente trattazione si intende fare una breve rassegna su tali problematiche nonché sulle principali caratteristiche delle misure che gli arbitri possono emanare.

### 1. Nozione, contenuto e forma dei provvedimenti cautelari arbitrali

Non esiste una nozione unitaria di provvedimenti cautelari in ambito sovranazionale.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea ("Corte di Giustizia"), interpretando la Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 27 settembre 1968, li ha definiti come "provvedimenti volti [...] alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice del merito accertare l'esistenza"<sup>2</sup>. Semplificando i termini dell'analisi, si possono individuare due caratteristiche comuni a tali provvedimenti, quali la strumentalità rispetto alla decisione nel merito e la non definitività.

Gli arbitri non sono vincolati ad adottare provvedimenti a contenuto "tipico"<sup>3</sup>

1 Bernardini, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. Arb.*, 1993, pp. 13 ss.

2 Sentenza della Corte di Giustizia, 26 marzo 1992, *Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert e Ingeborg Kockler c. Dresdner Bank AG*, in *Raccolta*, 1992, pp. 1-2149 ss.

3 Si ritiene che gli arbitri possano ispirarsi non solo alla *lex arbitri*, ma anche alla *lex causae* o alla legge del luogo dell'esecuzione (cfr. Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, p. 408 e nota 252). La maggior parte degli ordinamenti nazionali o dei regolamenti arbitrali non contengono restrizioni circa la natura delle misure cautelari che possono essere emesse

27 Cfr. C. PUNZI, *Il disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., tomo I, p. 633.

28 Vedi, sul punto Corte d'Appello di Milano 2 dicembre 1993, in *Giur. It.* 1994, I, 2, c. 259. In dottrina vedi: S. RECCHIONI, *I procedimenti cautelari*, in *Procedimenti sommari e speciali*,

ed è raro che le legislazioni nazionali impongano limitazioni in tal senso<sup>4</sup>. Neanche la legge che regola il procedimento (la C.d. *lex arbitri* di cui parleremo *infra*) sembra rappresentare un vincolo di natura assoluta per gli arbitri.

Sebbene non esista un catalogo tassativo, le misure cautelari arbitrali sono tradizionalmente raggruppate in tre categorie: (a) misure relative all'istruzione probatoria; (b) misure volte a regolamentare i rapporti tra le parti in pendenza del giudizio di merito, incluse quelle volte a inibire determinati comportamenti per evitare un danno irreparabile; (c) misure volte a preservare una determinata situazione di fatto o di diritto o a ristabilire lo *status quo ante*<sup>5</sup>.

La questione della forma delle misure cautelari è molto discussa<sup>6</sup>, ma in questa sede sarà possibile illustrarne solo i principali profili.

Le forme tipiche dei provvedimenti arbitrali sono il lodo e l'ordinanza<sup>7</sup>. Nella prassi, è anche possibile che gli arbitri adottino un'ordinanza, il C.d. *procedural order*, e lo incorporino successivamente in un lodo<sup>8</sup>.

La forma del provvedimento cautelare incide su vari aspetti pratici di rilievo quali, da un lato, l'esecuzione - in quanto solo una decisione qualificabile come lodo può essere oggetto di procedure di *exequatur* ed è idonea ad acquisire l'autorità di giudicato - dall'altro, la modifica o revoca del provvedimento; infatti, mentre un lodo può essere modificato o revocato solo mediante altro lodo (anch'esso corredato dalle ordinarie garanzie procedurali<sup>9</sup>) le ordinanze non necessitano di particolari formalità.

Esistono numerosi esempi di regolamenti arbitrali e legislazioni nazionali che prevedono l'emanazione di misure cautelari anche sotto forma di lodo<sup>10</sup>, nonostan-

te i provvedimenti cautelari - provvisori e reversibili - sembrerebbero di per sé incompatibili con tale forma. Infine, va ricordato che anche le parti potrebbero prevedere l'adozione di una specifica forma per tali misure. In assenza di indicazioni nella *lex arbitri* o nel regolamento applicabile e/o di accordo delle parti, la scelta della forma è rimessa agli arbitri<sup>11</sup>, che la determineranno tenendo conto, tra l'altro, dell'oggetto della misura e del fatto che in alcuni Stati la forma di lodo è requisito essenziale per il riconoscimento e l'esecuzione<sup>12</sup>.

## 2. Il problema della legittimazione cautelare degli arbitri e l'individuazione dell'organo competente

Il potere cautelare degli arbitri si fonda sulla clausola compromissoria o sul compromesso e, quindi, sulla volontà delle parti. Tale volontà può essere espressa, risultare dalla *lex arbitri* prescelta (la legge della sede dell'arbitrato) e/o dall'adozione di un regolamento arbitrale.

Dinanzi a una domanda cautelare, gli arbitri dovranno, in primo luogo, valutare se dispongono dei necessari poteri per analizzarla alla luce della *lex arbitri*. Quest'ultima regola il procedimento (unitamente alla clausola compromissoria, a un regolamento arbitrale, se applicabile, o alle norme *ad hoc* eventualmente scelte dalle parti), determinando, *inter alia*, la giurisdizione cautelare del tribunale arbitrale, le condizioni a cui ne è subordinato l'esercizio nonché le misure che il tribunale arbitrale può eventualmente adottare<sup>13</sup>.

Va ricordato che i singoli ordinamenti nazionali adottano soluzioni diverse tra loro relativamente alla giurisdizione cautelare degli arbitri, prevedendo modelli di competenza concorrente o sussidiaria di arbitri e giudici<sup>14</sup> ovvero esclusiva di questi ultimi.

dagli arbitri (in tal senso, la legge svizzera, il Regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano nonché il Regolamento della Camera di Commercio Internazionale ("ICC"), secondo cui il tribunale arbitrale può adottare "ogni misura provvisoria o cautelare che ritenga appropriata" (art. 23)). Di norma, anche quando è fornita un'elencazione delle misure cautelari arbitrali, essa non è comunque esaustiva. È il caso, ad esempio, del Regolamento della *United Nations Commission on International Trade Law* ("UNCITRAL"), secondo cui l'arbitro può assumere tutte le misure provvisorie ritenute necessarie rispetto all'oggetto della controversia, "incluse quelle volte a preservare i beni oggetto della controversia, quali un ordine di deposito presso un terzo o la vendita di beni deperibili" (art. 26).

4 Peralto, l'adozione di provvedimenti "atipici" potrebbe pregiudicarne il riconoscimento e, quindi, l'esecuzione (Cfr. Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 28).

5 Cfr. Bernardini, *op. cit.*, pp. 14-15; Carlevaris, *op. cit.*, p. 13, il quale rinvia anche a Knoepfler, Schweizer, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, in *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, à l'occasion du Congrès intermédiaire du ICCA, Lausanne, 1984, pp. 221 ss. Si veda, inoltre, l'articolo 17 della Legge Modello UNCITRAL, come modificata in data 7 luglio 2006.

6 Cfr. Carlevaris, *op. cit.*, pp. 383 ss.

7 Si segnala che né le Convenzioni internazionali in materia (si veda, ad esempio, l'art. 1, par. 2, della Convenzione di New York), né i più diffusi regolamenti arbitrali (si veda, ad esempio, l'art. 23 del Regolamento ICC), né la maggior parte delle legislazioni nazionali forniscono una definizione di "lodo".

8 In proposito, per un'analisi di tale prassi negli arbitrati ICC, si vedano i casi n. 8879 (1997), in *ICC Bull.*, 2000, n. 1 pp. 81 ss. e n. 7489 (1992), in *JDI*, 1993, pp. 1078 ss.

9 Ad esempio, secondo l'art. 27 del Regolamento ICC, il tribunale arbitrale deve sottoporre il progetto di lodo all'esame della Corte ICC, che può prescrivere modifiche di forma e richiamare l'attenzione del tribunale arbitrale su questioni di merito. In assenza dell'approvazione formale della Corte, il lodo non può essere emesso.

10 In tal senso, il Regolamento UNCITRAL, secondo cui le misure cautelari "possono essere adottate in forma di lodo interlocutorio" (art. 26(2)) e l'*Arbitration Act* inglese che prevede che gli arbitri possano emanare "lodi provvisori" (sect. 39 e 47(1)). La *Ley de Arbitraje* spagnola, invece, supera il problema in questione equiparando i provvedimenti cautelari ai lodi, indipendentemente dalla forma.

11 Si veda art. 23(1) del Regolamento ICC, secondo cui le misure cautelari e provvisorie possono essere "adottate con un'ordinanza motivata, oppure con un lodo, come il tribunale arbitrale ritiene appropriato". Diversamente, il Regolamento dell'Associazione Italiana dell'Arbitrato ("AIA"), secondo cui il provvedimento cautelare deve essere reso "con ordinanza modificabile o revocabile in corso di giudizio e, se non contiene un termine più breve, ha efficacia fino alla pronuncia del lodo" (art. 19).

12 In ordinamenti come il nostro, che escludono la competenza cautelare arbitrale, la qualificazione del provvedimento come lodo non potrebbe comunque avere l'effetto di sottrarlo al divieto e di dotarlo per ciò solo di una maggiore efficacia (cfr. Carlevaris, *op. cit.*, p. 403 e Barletta, *L'exequatur dei provvedimenti cautelari arbitrali stranieri (tendenze e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 1193 ss.).

13 Cfr., per tutti, Redfern - Hunter, *Law and practice of International Commercial Arbitration*, 2004, pp. 1 ss.; i lodi ICC nei casi n. 8786 del 1996, in *ICC Bull.*, 2000, n. 1, pp. 81 ss. e n. 8879, in *ICC Bull.*, 2000, pp. 86 ss. Dalla *lex arbitri* dipendono anche l'arbitrabilità della controversia, le garanzie

fondamentali della procedura, l'assistenza dei giudici e il controllo degli stessi sul lodo. Anche nel caso in cui le parti abbiano indicato come competente a disciplinare la procedura un ordinamento diverso da quello della sede dell'arbitrato, non sarà sufficiente "avere riguardo all'ordinamento prescelto per accertare la competenza degli arbitri in materia cautelare, ma resteranno prevalenti eventuali disposizioni normative imperative dell'ordinamento della sede" (cfr. Carlevaris, *op. cit.*, pp. 40 ss.).

14 È convinzione comune che la compromissione in arbitri di una controversia non privi le parti del diritto di adire l'autorità giurisdizionale statale per ottenere provvedimenti cautelari e che, quindi, nella generalità dei casi il ricorso al giudice statale non comporti la rinuncia alla clausola compromissoria (cfr. Laudisa, *op. cit.*, p. 457). In tal senso, anche l'art. 23(2) del regolamento ICC secondo cui: "la richiesta ad un'autorità giudiziaria di [misure cautelari] o dell'esecuzione di quelle stabilite dal tribunale arbitrale non sono considerate violazioni o rinuncia alla convenzione arbitrale e non pregiudicano i poteri riservati al tribunale arbitrale a tale titolo".

## 2.1. Assenza di legittimazione cautelare degli arbitri: competenza esclusiva dei giudici ordinari

In Italia, il potere di emanare provvedimenti cautelari è riservato in via esclusiva ai giudici ordinari *ex lege*. La recente riforma introdotta con il D.Lgs. 40/2006 non ha modificato l'art. 818 c.p.c., origine del divieto per gli arbitri di "concedere sequestri, [e] altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge". Attualmente, il nostro ordinamento prevede un'unica eccezione a tale divieto: l'art. 35, par. 5, del D.Lgs. 5/2003 sulle controversie societarie, che riconosce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia della delibera assembleare la cui validità formi oggetto del giudizio arbitrale con ordinanza reclamabile<sup>15</sup>.

Il divieto si fonda sulla carenza del potere di *imperium* in capo agli arbitri. Peraltro, tale scelta non sembra coerente con la previsione dell'ordinamento italiano che riconosce agli arbitri il potere di pronunciare provvedimenti di merito in grado di risolvere definitivamente una controversia. Una volta investiti di tale potere, infatti, non sembra esservi ragione per negare agli arbitri l'autorità di ordinare anche le misure provvisorie necessarie per l'esercizio della (incontestata) *potestas iudicandi*<sup>16</sup>. Queste considerazioni valgono ancor di più alla luce della riforma del 2006 che ha introdotto l'art. 824-bis c.p.c.<sup>17</sup>, secondo cui i lodi hanno "gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria" dal giorno dell'ultima sottoscrizione, sia ai fini degli effetti vincolanti tra le parti, sia del passaggio in giudicato.

Nonostante le critiche mosse dalla dottrina maggioritaria<sup>18</sup> e dagli operatori<sup>19</sup>, i quali auspicano da tempo una riforma dell'art. 818 c.p.c., qualora un arbitrato abbia sede in Italia, le parti dovranno necessariamente rivolgersi ai tribunali ordinari per ottenere un provvedimento cautelare.

Qualora, invece, l'arbitrato abbia sede all'estero in uno Stato che riconosca tali poteri agli arbitri, nel pieno rispetto della volontà delle parti, i tribunali italiani dovrebbero in teoria declinare la propria giurisdizione cautelare in favore di quella arbitrale, nei limiti in cui gli arbitri siano in grado di esercitarla<sup>20</sup>. Tale conclusione non sembra trovare ostacoli

nell'art. 818 c.p.c., applicabile all'arbitrato domestico, ma non ha trovato il consenso della giurisprudenza, che afferma la propria giurisdizione cautelare anche nei casi di arbitrato estero<sup>21</sup>, applicando l'art. 10 della legge n. 218/95<sup>22</sup>. In base a tale articolo, la giurisdizione cautelare dei giudici italiani, che non siano competenti per il merito, sussiste "quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia"<sup>23</sup>. Tale orientamento si basa sull'assunto secondo cui la rinuncia della giurisdizione italiana, implicita nella devoluzione di una controversia in arbitrato, non comprenda anche quella cautelare<sup>24</sup>, salvo un'espressa previsione delle parti.

In conclusione, è innegabile che l'art. 818 c.p.c. pone l'ordinamento italiano in una posizione isolata rispetto alla maggior parte dei paesi europei<sup>25</sup> nonché dei principali regolamenti di istituzioni straniere e nazionali<sup>26</sup>, che prevedono che gli arbitri possano conce-

21 Si veda, prima delle riforme degli anni '90, Cass., SS.UU., 2 novembre 1987, n. 8050, secondo cui: "in presenza di una valida clausola compromissoria per arbitrato estero, spetta comunque al giudice italiano pronunciare l'autorizzazione di un sequestro conservativo da eseguirsi in Italia e la successiva convalida, indipendentemente dalla contemporanea pendenza del procedimento di merito davanti all'organo arbitrale". A sostegno della decisione, i giudici di legittimità richiamano "il combinato disposto degli artt. 672 e 818 c.p.c.". Più recentemente, in giurisprudenza di merito, si vedano, Tribunale di Roma, 28 agosto e 12 luglio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 990 ss., secondo cui: "spetta alla giurisdizione del giudice italiano l'istanza cautelare relativa a diritti tutelabili nel merito in base a clausola compromissoria per arbitrato estero ed avente ad oggetto comportamenti da eseguirsi esclusivamente nel territorio dello Stato italiano". La giurisprudenza sembra aver raggiunto conclusioni opposte in materia di istruzione preventiva declinando la propria giurisdizione ma, data la peculiarità di tale misura "strettamente connes[s]a con il successivo giudizio di merito", tale orientamento non si ritiene generalizzabile (cfr. Cass., SS.UU., 7 agosto 1992 n. 9380 e 15 ottobre 1985 n. 5049).

22 Tribunale di Roma, 22 gennaio 1998, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1998, p. 443, secondo cui, ai sensi dell'art. 10 l. 31 maggio 1995 n. 218, sussiste la giurisdizione cautelare italiana in relazione ad un sequestro conservativo richiesto da una società avente sede in Lussemburgo nei confronti di un'Anstalt avente sede in Liechtenstein qualora il provvedimento debba essere eseguito in Italia, non rilevando la circostanza che nel contratto vigente tra le parti sia contenuta una clausola compromissoria che deferisce ad un arbitrato estero la competenza per il merito.

23 Una volta ammessa la giurisdizione dei tribunali italiani, la questione si sposta sulla competenza per territorio. La dottrina appare divisa tra l'applicabilità dell'art. 669-quinquies C.p.c. (che dovrebbe trovare applicazione se non sempre almeno nei casi in cui, in assenza di compromesso o clausola compromissoria per arbitrato estero, la controversia sarebbe rientrata nella cognizione del giudice ordinario italiano; cfr. Carlevaris, *op. cit.*, pp. 308 ss. e Tommaseo, *op. cit.*, p. 20. Si veda, poi, Pretura di Verona, 22 aprile 1985, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 834 ss.) e quella degli artt. 669-ter e 669-quater c.p.c. (in tal senso, tra gli altri, Salerno, *La giurisdizione cautelare in materia cautelare*, 1993, p. 335; Fumagalli, *Dei lodi stranieri*, p. 274, in *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*,

a cura di Tarzia – Luzzatto – Ricci; Auletta, *Cognizione sommaria e giudizio arbitrale*, in Verde, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, pp. 493 ss. e Luiso, *arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, pp. 253 ss. Si vedano, poi, Tribunale di Venezia, 6 luglio 1998, in *Riv. dir. interno privo proc.*, 1992, p. 92; Tribunale di Roma, 28 agosto 1999, in *Foro it.*, 2000, I, pp. 990 ss. e Tribunale di Palmi, 9 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, pp. 1212 ss.

24 Cfr., tra gli altri, Tommaseo, *op. cit.*, p. 21; in giurisprudenza, Tribunale di Milano, 13 dicembre 1990 in *Foro it.*, 1991, I, p. 3436, nota di Varano, secondo cui la devoluzione della cognizione dei rapporti contrattuali fra le parti a giudice diverso da quello italiano o ad arbitro straniero, non esclude la giurisdizione del giudice italiano in ordine a provvedimenti cautelari da eseguirsi in Italia.

25 Per fare solo alcuni esempi: Svizzera; Belgio; Olanda; Germania; Inghilterra; Spagna; Austria. In Francia, tali poteri non sono espressamente riconosciuti *ex lege*, ma dalla giurisprudenza.

26 Si nota che anche i principali regolamenti arbitrali italiani prevedono tali poteri in capo agli arbitri. In particolare, l'art. 25(2) della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano secondo cui: "Il Tribunale Arbitrale può pronunciare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento"; l'art. 19 (1) del Regolamento d'Arbitrato dell'AIA, secondo cui: "Salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, e nei limiti derivanti dalla disciplina legislativa e regolamentare applicabile, l'arbitro può, su istanza dell'interessato, adottare provvedimenti d'urgenza su materie che rientrano nella disponibilità delle parti e in ogni altra materia in cui ciò sia consentito dalla disciplina legislativa e regolamentare applicabile, eventualmente imponendo una cauzione alla parte istante e determinando una penale per il caso di inottemperanza". Anche il Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale recentemente istituita presso l'Ordine degli Avvocati di Roma ha adottato un approccio del tutto simile a quello della Camera Arbitrale di Milano (si veda l'art. 25). Tali disposizioni sono state definite "tigrì di carta" alla luce dell'impossibilità pratica di una loro esecuzione (si veda, Brogginì, *I provvedimenti cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni italiana e svizzera*, in *Riv. Arb.*, 1991, pp. 496 ss.).

15 Vi è chi sostiene, come Laudisa (*op. cit.*, p. 458) che tale previsione non costituisca un'eccezione alla competenza esclusiva dei giudici in materia cautelare, in quanto la sospensione degli effetti della delibera societaria non richiede l'esercizio di poteri coercitivi da parte degli arbitri.

16 Dello stesso avviso: Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. Arb.*, 1991, pp. 253 ss.; Bernardini, *op. cit.*, p. 26; Consolo, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, sub art. 669-quinquies, p. 606 ss.; si vedano anche le Osservazioni e raccomandazioni dell'AIA in merito alla legge 14 maggio 2005, n. 80 del 6 marzo 2006, secondo cui sarebbe ragionevole "prevedere che nell'ambito del potere di regolare lo svolgimento del procedimento arbitrale nei limiti stabiliti - anche mediante richiamo ai regolamenti adottati dalle istituzioni arbitrali - dalla volontà delle parti, gli arbitri possano emanare provvedimenti di carattere cautelare, la cui esecuzione, in caso di mancata ottemperanza, potrà essere richiesta al giudice statale".

17 Introdotto dall'art. 23, comma 1, D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

18 Cfr. Bernardini, *op. cit.*, pp. 25-27; Laudisa, *op. cit.*, pp. 455 ss.; Carlevaris, *op. cit.* pp. 255 ss.

19 Azzali (Segretario Generale della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano), "Le misure cautelari nell'arbitrato internazionale. Recenti sviluppi e prospettive di riforma della Legge Modello UNCITRAL", intervento presentato in occasione del convegno "L'arbitrato: fondamenti e tecniche" organizzato dalla Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, 19 maggio 2006.

20 Cfr. Briguglio, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, p. 147, secondo cui, nonostante l'esistenza di una clausola compromissoria in favore di un arbitrato estero, i tribunali italiani dovrebbero intervenire ogni qual volta la misura cautelare non possa essere emessa dagli arbitri.



dere misure cautelari. Infatti, qualora la *lex arbitri* e il regolamento arbitrale o le parti prevedano norme contrastanti sulla configurabilità del potere cautelare degli arbitri, il conflitto deve essere senz'altro risolto in favore della legge.

## 2.2. Legittimazione cautelare arbitrale: competenza concorrente e sussidiaria di arbitri e giudici

Come accennato, a differenza dell'Italia, la maggior parte degli ordinamenti europei e i principali regolamenti arbitrali internazionali riconoscono poteri cautelari agli arbitri.

In linea di principio, quando la competenza tra arbitri e giudici ordinari è concorrente, le parti possono rivolgersi indifferentemente agli uni o agli altri in qualsiasi momento del procedimento arbitrale<sup>27</sup>. Nonostante esuli dall'oggetto della presente trattazione, si segnala che la scelta della competenza concorrente comporta inevitabilmente esigenze di coordinamento onde evitare che gli organi arbitrale e giudiziale siano contestualmente aditi per la concessione della stessa misura e limitare i rischi di litispendenza e decisioni contraddittorie o fra loro incompatibili<sup>28</sup>.

Va rammentato anche che vi sono ordinamenti e regolamenti internazionali che adottano il criterio della competenza sussidiaria, ovvero riconoscono agli arbitri una competenza cautelare prevalente rispetto a quella dei giudici ordinari. Secondo questo modello, i giudici dovrebbero intervenire solo quando gli arbitri non siano in grado di farlo o, comunque, di farlo in modo sufficientemente efficace<sup>29</sup>.

Alcuni autori<sup>30</sup> ritengono che un intervento dei giudici, seppure utile in termini di urgenza o efficacia, potrebbe rivelarsi contrario alle intenzioni delle parti che avevano scelto di sottrarre la controversia alla giurisdizione ordinaria. Non è raro, infatti, che il provvedimento cautelare anticipi la decisione nel merito o, di fatto, finisca col pregiudicarla in maniera irreversibile, rischiando di svuotare la competenza degli arbitri ancor prima che un tribunale arbitrale sia costituito. Principalmente per questo motivo, vi è un ampio indirizzo dottrinale che propende per l'attribuzione di un ruolo primario agli arbitri, riconoscendo ai giudici un ruolo solo residuale. Tuttavia, va detto che la competenza concorrente resta attualmente la soluzione più diffusa.

27 Ne sono esempi le leggi svizzera, tedesca, belga, spagnola, il Regolamento UNCITRAL, secondo cui: "il ricorso di una parte a un tribunale per l'emissione di una misura cautelare protettiva e la concessione da parte di quest'ultimo della stessa non è incompatibile con una clausola compromissoria" (art. 9) e l'art. 17 della Legge Modello UNCITRAL, come modificata, che attribuisce competenza cautelare agli arbitri e disciplina le condizioni e modalità di esecutività dei loro provvedimenti (cfr. Brogini, *op. cit.*, pp. 496 ss. e per un commento all'innovativa *Ley de Arbitraje* spagnola, in *Riv. Arb.*, 2004, pp. 197 ss.).

28 Per una trattazione più approfondita di questi temi si veda Carlevaris, *op. cit.*, pp. 106 ss.

29 Ne sono esempi l'*Arbitration Act* inglese, che consente alle parti di adire il giudice statale solo quando l'arbitro non possa provvedere rapidamente o in modo adeguato (sect. 44), e il Regolamento ICC che, dopo la trasmissione del fascicolo agli arbitri, preserva la facoltà delle parti di adire il giudice statale "in circostanze appropriate", quali l'urgenza o la necessità di effettività della misura cautelare.

30 Carlevaris, *op. cit.*, p. 40; Pozzi, *op. cit.*, in *Riv. Arb.*, 2005, pp. 17 ss.; v. altresì Laudisa, *op. cit.*, p. 460: "Crediamo che se l'arbitro è in grado di provvedere, il giudice statale investito della richiesta di una misura cautelare, debba rinviargli le parti".

## 3. Limiti al potere cautelare arbitrale

Anche qualora la *lex arbitri* riconosca il potere di emettere provvedimenti cautelari agli arbitri e attribuisca ai giudici un ruolo meramente sussidiario, il ricorso a questi ultimi resta in genere necessario in una serie di circostanze, ovvero: (i) prima che gli arbitri siano investiti della controversia; (ii) nei casi in cui sia necessario adottare una misura *inaudita altera parte*; (iii) quando l'esecuzione dipenda da terzi; (iv) se il destinatario del provvedimento cautelare non vi adempia.

Si tratta di limiti, per così dire, "ontologici", connaturati all'essenza stessa dell'arbitrato. Escludere *a priori* l'intervento dei giudici in queste ipotesi rischierebbe di frustrare le esigenze di tutela delle parti che hanno scelto l'arbitrato come mezzo di risoluzione delle proprie controversie.

### 3.1. Limiti temporali all'esercizio del potere cautelare arbitrale

#### 3.1.1. Provvedimenti ante causam

Nella fase iniziale di un procedimento arbitrale, quando l'utilità di un celere intervento è maggiormente sentita, di norma non vi è un organo arbitrale a cui rivolgere una domanda cautelare. Non è insolito che i tempi per la costituzione di tale organo siano tutt'altro che brevi, potendo occorrere anche diversi mesi in caso di ricusazione. Il momento in cui gli arbitri sono investiti della controversia varia a seconda del regolamento o della legislazione applicabile. Esso potrebbe, ad esempio, coincidere con la costituzione del collegio o con il trasferimento del fascicolo allo stesso<sup>31</sup>. Pertanto, fino a tale momento, eventuali provvedimenti cautelari dovranno essere necessariamente richiesti ed emessi dai giudici, salvo alcune (rare) eccezioni descritte nel prosieguo.

Infatti, diverse istituzioni arbitrali hanno tentato, seppur con scarso successo, di rispondere all'esigenza cautelare delle parti anche nelle fasi iniziali di un procedimento, prevedendo che queste ultime possano nominare o ricorrere a un organo arbitrale *ad hoc*. A seconda dei casi, le istituzioni hanno modificato i regolamenti, come ha fatto l'AIA, o adottato dei regolamenti complementari, come ha fatto l'ICC con il c.d. Regolamento sul *référé pré-arbitral*<sup>32</sup>, per avvalersi del quale è però necessario uno specifico accordo scritto delle parti<sup>33</sup>.

Più specificamente:

(i) l'AIA ha istituito un Comitato permanente di intervento con i poteri di as-

31 Quest'ultima, ad esempio, è la soluzione adottata dal Regolamento ICC (art. 23). Di conseguenza, dalla trasmissione del fascicolo al collegio, la Corte di Cassazione francese ha negato l'ammissibilità di una domanda cautelare presentata ai giudici statali (*Eurodisney c. Société Torno S.p.A.* in *Riv. Arb.*, 1996, pp. 228 ss.).

32 Il Regolamento sul *référé pré-arbitral*, in vigore dall'1

gennaio 1990, è pubblicato sul sito <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5101/index.html>. Il Regolamento dell'ICC è stato il primo meccanismo complementare, al quale si sono successivamente ispirate altre istituzioni arbitrali come l'*American Arbitration Association*, il *World Intellectual Property Organization* e l'*European Court of Arbitration*.

33 Art. 3(l) del Regolamento sul *référé pré-arbitral*.

sumere provvedimenti d'urgenza fino alla costituzione dell'organo arbitrale e in assenza di un'indicazione contraria delle parti<sup>34</sup>;

(ii) l'ICC, invece, offre alle parti la possibilità di ricorrere a un terzo, nominato dalle stesse parti, con poteri di emettere provvedimenti urgenti. Il procedimento in esame rimane nettamente distinto da quello nel merito, tanto che, salvo accordo tra le parti, il terzo designato non può successivamente essere nominato arbitro neanche in procedimenti connessi e tutto il materiale prodotto nel corso della procedura di *référé pré-arbitral* rimane riservato<sup>35</sup>. Il regolamento non prevede indicazioni circa la procedura da seguire che è rimessa all'apprezzamento del terzo, nel rispetto del contraddittorio<sup>36</sup>.

Nella prassi, l'utilizzo di tali organi *ad hoc* non è affatto frequente. Si pensi che, dal 1990 al giugno 2006, si contano appena sei ordinanze emesse in applicazione del Regolamento sul *référé pré-arbitral* dell'ICC (e tutte successive al 2001). Pertanto, durante la fase iniziale del procedimento arbitrale, l'intervento della giurisdizione ordinaria sembra rimanere la soluzione più efficace per rispondere alle esigenze di tutela delle parti.

### 3.1.2. Provvedimenti inaudita altera parte

Si premette che la questione sulla concessione di misure cautelari arbitrali *inaudita altera parte* si pone solo dal momento in cui il tribunale arbitrale è investito della controversia. Per il periodo precedente valgono le considerazioni svolte *sub* 3.1.1., *supra*.

I principali regolamenti arbitrali e gli ordinamenti nazionali che più spesso sono designati come sedi di arbitrati internazionali, generalmente, tacciono sull'ammissibilità di tali misure<sup>37</sup> oppure le escludono<sup>38</sup>.

Tale ammissibilità è negata in quanto ritenuta incompatibile con il fondamentale principio del contraddittorio che, secondo alcuni autori, non potrebbe subire ec-

cezioni<sup>39</sup> in ossequio al fondamento consensualitico della giurisdizione arbitrale (che escluderebbe qualsiasi limitazione del diritto di difesa in assenza di un'espressa indicazione delle parti). In base a tale principio, tutte le parti hanno diritto al pieno e pari accesso all'organo arbitrale in ogni fase del procedimento e a presentare le proprie difese prima dell'adozione da parte di quest'ultimo di qualsiasi decisione. Di norma, quindi, gli arbitri decidono sull'istanza cautelare dopo un'udienza in contraddittorio tra le parti. La violazione del contraddittorio e del diritto di difesa del destinatario del provvedimento ne impedirebbe anche il riconoscimento ai sensi della Convenzione di New York del 1958<sup>40</sup>, di cui si parlerà *infra*.

In tale ottica, diviene chiaro che il vero problema dell'emanazione di provvedimenti *inaudita altera parte* sussiste non tanto in relazione ai casi in cui tale emanazione dipenda da ragioni di urgenza (in detta circostanza, infatti, il collegio potrebbe instaurare il contraddittorio anche con un rapido scambio di memorie o con conferenze telefoniche o videotelefoniche<sup>41</sup>), quanto nel caso in cui il contraddittorio possa pregiudicare l'efficacia stessa del provvedimento, ad esempio, quando esista un rischio di dissipazione dei beni o di occultamento dei mezzi di prova.

L'ammissibilità dei provvedimenti *inaudita altera parte* è stata messa in dubbio anche perché la parte soccombente nell'arbitrato non avrebbe a disposizione alcun mezzo di impugnazione contro i provvedimenti così emessi<sup>42</sup>.

Nonostante ciò, vi è chi ritiene superabili tali obiezioni e propende per la concessione di poteri cautelari agli arbitri seppur in circostanze eccezionali e salvo accordo contrario delle parti, considerando che: (i) il permanere dell'efficacia della misura può essere subordinato alla tempestiva audizione della parte destinataria della stessa; (ii) gli arbitri posseggono un generale potere di revisione e revoca dei provvedimenti emessi<sup>43</sup>.

In questo senso, si segnala la modifica alla Legge Modello UNCITRAL sull'arbitrato internazionale, adottata il 7 luglio 2006, che, in un'ottica di modernizzazione e miglioramento delle discipline nazionali del commercio internazionale, ha fatto un primo passo avanti riconoscendo tali poteri, anche se solo qualora il contraddittorio possa pregiudicare l'utilità stessa del provvedimento, limitandone l'iniziale efficacia a venti gior-

34 Si vedano, in particolare, gli articoli 2, 8 e 19 del nuovo Regolamento d'arbitrato dell'AIA, in vigore dall'1 gennaio 2008, è pubblicato sul sito <http://www.arbitratoaia.org/>. L'efficacia di tali norme è condizionata agli eventuali "limiti derivanti dalla disciplina legislativa e regolamentare applicabile", in pratica, qualora la sede sia in Italia, all'applicabilità dell'art. 818 C.p.c.

35 Si veda l'art. 6(7) del Regolamento sul *référé pré-arbitral*.

36 Sempre secondo l'art. 6 del Regolamento, il terzo deve provvedere con ordinanza motivata entro trenta giorni dalla trasmissione del fascicolo (salvo proroga concessa dal Presidente della Corte ICC) e gode di poteri rilevanti sia dal punto di vista istruttorio sia *ratione materiae* dato che può ordinare, a titolo provvisorio, una serie di misure che il Regolamento elenca all'art. 2, tra cui la condanna ad effettuare un pagamento e la

conservazione o assunzione delle prove.

37 Nulla dice a riguardo il Regolamento ICC. Peraltro, si noti che, nel quadro dei lavori relativi alla possibile modifica dell'articolo 17 della Legge Modello dell'UNCITRAL, l'ICC si è opposta all'inserimento nel nuovo testo legislativo di una previsione a favore delle misure cautelari *inaudita altera parte*, poi invece inclusa nel testo pubblicato nel 2006. La legge svizzera, invece, pur non contenendo alcuna previsione al riguardo, secondo alcuni autori, consentirebbe agli arbitri di emanare misure *inaudita altera parte* purché la parte destinataria possa successivamente esprimersi in sede di revoca o modifica della misura (cfr. Carlevaris, *op. cit.*, p. 336, nota 91, in cui si cita Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, Francfort-sur-leMain, 1988).

38 Ad esempio, il Regolamento ICSID esclude espressamente la possibilità di adottare provvedimenti prima che tutte le parti abbiano presentato le proprie osservazioni (art. 39).

39 Si vedano, ad esempio, Van Houtte, *Ten Reasons against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*, in *Arb. Int.*, 2004, p. 89; Schwartz, *The Practises and Experience of the ICC Court*, in ICC (ed.), *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, Paris, 1993, p. 59.

40 Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri, 10 giugno 1958, resa esecutiva in Italia con Legge n. 62/1968.

41 Carlevaris, *op. cit.*, p. 342 e nota 60, in cui cita l'arbitrato del Tribunale Iran-Stati Uniti come esempio di caso in cui solo quattro provvedimenti cautelari sui venti nove emessi sono stati preceduti dalla convocazioni delle parti in udienza.

42 Bernardini, *op. cit.*, pp. 22-23, Laudisa, *op. cit.*, p. 466.  
43 Si veda, nuovamente, Laudisa, *op. cit.*, p. 466, secondo cui: "è ovvio che l'arbitro prima di emettere un provvedimento cautelare senza il preventivo contraddittorio, deve non solo accertare l'esistenza delle condizioni previste per ogni provvedimento cautelare, ma altresì pervenire alla convinzione che solo la misura presa ex parte può essere efficace e richiedere all'istante idonee garanzie per i costi e i danni provocati alla controparte da una misura cautelare, che in seguito risultasse incautamente pretesa. Si tratta in ogni caso di un provvedimento provvisorio che l'arbitro può revocare senza una formale procedura non solo se mutano le circostanze che ne hanno determinato l'emissione, ma anche se dall'audizione della parte tenuta ad adeguare ad esso il suo comportamento ne emerge l'ingiustizia"; Carlevaris, *op. cit.*, pp. 342 ss.

ni con possibilità di proroga dopo l'audizione del destinatario del provvedimento e negandone, in ogni caso, l'esecutività davanti ai tribunali ordinari.

È certo che l'esclusione *tout court* di tale potere in capo agli arbitri li privi di un ulteriore mezzo di tutela che potrebbe risultare estremamente efficace. Tuttavia, non si deve dimenticare che l'efficacia di queste misure sarebbe comunque subordinata anche all'ulteriore limitazione relativa al loro riconoscimento ed eseguibilità da parte dei tribunali ordinari, si veda *infra*, (che sono, infatti, esclusi anche dall'avanguardistica Legge Modello UNCITRAL).

### 3.2. Limiti di efficacia

#### 3.2.1. Inefficacia nei confronti dei terzi

Considerata la natura privatistica del potere degli arbitri, che si fonda sulla clausola compromissoria o sul compromesso, i provvedimenti di questi ultimi non possono spiegare effetti nella sfera di soggetti terzi estranei a tale rapporto obbligatorio.

In alcune circostanze, anche questa limitazione può incidere fortemente sull'efficacia della misura cautelare, come ad esempio nel caso delle garanzie bancarie a prima richiesta (ove il provvedimento cautelare arbitrale che inibisce l'escussione della garanzia in una controversia tra ordinante e beneficiario avrà efficacia solo *inter partes* e non anche nei confronti della banca garante) ovvero nel caso in cui i mezzi probatori oggetto della misura cautelare siano in possesso di terzi.

Peraltro, si segnala che, a seguito dell'introduzione dell'art. 824-bis c.p.c.<sup>44</sup>, è ritornato attuale il dibattito dottrinale relativo all'idoneità di un lodo a produrre effetti riflessi nei confronti dei terzi<sup>45</sup>. Alcuni autori negano che tale conclusione sia ragionevole alla luce della sopracitata natura privatistica dell'arbitrato<sup>46</sup>, altri ritengono, invece, che una volta equiparati i lodi alle sentenze, l'esclusione degli effetti riflessi darebbe adito a dubbi di costituzionalità, *ex art. 3 Cost.*<sup>47</sup> Se il secondo orientamento dovesse affermarsi in giurisprudenza, quest'ultimo potrebbe rappresentare un argomento a favore dell'adozione da parte degli arbitri di provvedimenti cautelari sotto forma di lodo, ove consentito.

#### 3.2.2. Limiti al riconoscimento e alla esecutività dei provvedimenti cautelari arbitrati

L'esecuzione forzata è manifestazione di un potere di *imperium* e rientra nella competenza esclusiva dei giudici ordinari. In quanto organi di giustizia privata, gli arbitri ne sono privi. Tale carenza costituisce un altro fondamentale limite della giurisdizione arbitrale in materia cautelare, perché ne riduce sensibilmente l'efficacia.

44 Si veda par. 2.1., *supra*.

*processuale civile*, II, Padova, 2004, p. 176.

45 Consolo-Luiso, *Codice di procedura civile commentato*, Ipsa, 2007, sub art. 824-bis.

47 Cfr. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, p. 665 e *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994, pp. 809 ss.

46 Cfr. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, pp. 57 ss.; Consolo, *Spiegazioni di diritto*

Se è vero che gli ordinamenti nazionali riconoscono ormai senza difficoltà i lodi che risolvono in via definitiva la controversia nel merito, questa conclusione non è affatto scontata quando si tratti di riconoscere (ed eseguire) provvedimenti cautelari arbitrali, anche se emessi in forma di lodo. Di conseguenza, in pratica, il potere dell'arbitro di pronunciare la misura cautelare può essere svuotato dall'assenza del potere di farla eseguire in tutti quei casi in cui non vi sia adempimento spontaneo del soccombente (anche tale ipotesi non sembra troppo frequente)<sup>48</sup>.

Nonostante ciò, gli arbitri possono tentare di ridurre l'effetto negativo di questa limitazione attraverso il ricorso a sanzioni, c.d. a coazione indiretta, che sono "interne" al procedimento arbitrale e si risolvono nel punire l'inosservanza delle misure cautelari nell'ambito della decisione di merito, condannando la parte inadempiente al risarcimento del danno o al pagamento di penali o liquidando le spese del procedimento arbitrale a suo carico. Il fondamento di tali misure risiede nella piena vincolatività *inter partes* delle decisioni assunte dagli arbitri, in qualunque forma e in qualsiasi fase del procedimento adottati e nel dovere delle parti di eseguire in buona fede le obbligazioni contrattuali contenute nella clausola compromissoria o nel compromesso. Si ritiene che gli arbitri possano disporre cauzioni a carico della parte istante e statuire sui danni risultanti da una richiesta di tutela cautelare infondata<sup>49</sup>. Controverso è, invece, il potere dell'arbitro di disporre pene pecuniarie a carico della parte inadempiente al fine di assicurare il rispetto dei suoi provvedimenti<sup>50</sup>. Tuttavia, è agevole comprendere come il risarcimento del danno o il pagamento di una penale possano risultare del tutto inadeguati quando il diritto oggetto di causa sia minacciato da un pregiudizio irreparabile<sup>51</sup>.

In tutti quei casi in cui le forme di coazione indiretta risultino di utilità limitata, l'unica alternativa rimane la giurisdizione esecutiva statale. La complessità del tema e i limiti della presente trattazione suggeriscono di restringere la nostra analisi al riconoscimento ed esecuzione<sup>52</sup> in Italia di provvedimenti cautelari emessi in arbi-

48 Cfr. Pozzi, *op. cit.*, p. 32.

(cfr. Vullo, *L'esecuzione indiretta tra Italia, Francia e Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 727 ss.).

49 Cfr. Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, in *Riv. Arb.*, 2005, pp. 455 ss., che cita in supporto di tale conclusione Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurigo, 1998, pp. 43 ss., secondo cui questa competenza si impone per ragioni pratiche, in quanto la soluzione contraria avrebbe per effetto di privare la parte lesa dal provvedimento cautelare dell'arbitro del risarcimento del danno subito. Il potere di subordinare la concessione della misura cautelare alla costituzione di idonee garanzie è previsto da alcune leggi nazionali e regolamenti arbitrali. Si veda, per tutti, l'art. 23(1) del Regolamento ICC.

51 Così Carlevaris, *op. cit.*, p. 492; nello stesso senso Pozzi, *op. cit.*, pp. 33-34, il quale prospetta anche "l'eventualità che gli arbitri tengano conto della condotta della parte recalcitrante al momento di emanare il lodo, traendone argomenti per orientare la decisione nel merito", ma ritiene che tale argomento presti il fianco a stringenti obiezioni deontologiche e processuali: "Il potere degli arbitri di organizzare e disciplinare il procedimento deve infatti essere accompagnato dalla previsione di conseguenze sfavorevoli sul piano processuale in caso di inosservanza (come ad esempio il rifiuto di prendere in esame elementi probatori prodotti ingiustificatamente in ritardo), ma non può certo comportare di per sé la soccombenza sul piano sostanziale".

50 La possibilità di imporre le c.d. *astreintes* è ammesso dalla giurisprudenza di alcuni paesi (ad esempio, Francia, Belgio, Olanda, Svizzera) e da alcuni regolamenti arbitrali, tra cui, quello dell'AIA (art. 19). Le pene pecuniarie rappresentano un mezzo per indurre il debitore all'adempimento delle proprie obbligazioni

52 Sulla distinzione tra riconoscimento ed esecuzione si rinvia a Carlevaris, *op. cit.*, p. 488.



trati esteri (dando per appurata la radicale ineseguibilità di misure cautelari, non spontaneamente osservate, emesse in un arbitrato con sede in Italia da arbitri a cui le parti o il regolamento da esse scelto abbia conferito poteri cautelari<sup>53</sup>).

Due sono gli ostacoli che il nostro ordinamento pone all'*exequatur* di tali provvedimenti cautelari. Il primo riguarda l'interpretazione del divieto dell'art. 818 c.p.c., sulla quale, a quanto ci consta, non vi sono indicazioni della giurisprudenza e la dottrina appare divisa. Secondo alcuni, infatti, l'art. 818 c.p.c. sarebbe norma di ordine pubblico<sup>54</sup>, quindi, inderogabile, nell'assunto che "*le misure cautelari [ ... ] costituiscono manifestazione di un potere di coercizione esplicabile in un determinato territorio solo dall'Autorità che sovranamente vi impera*"<sup>55</sup>. Altri, invece, riconducendolo a una scelta di politica legislativa e non a un "*principio tanto necessario e monolitico da essere ascritto a ordine pubblico*", la qualificano come semplice norma imperativa<sup>56</sup>. È chiaro che solo ove si propendesse per questa seconda ipotesi, si potrebbe aprire la via all'*exequatur* dei provvedimenti cautelari emessi in arbitrati esteri.

Anche qualora si superasse questo primo ostacolo, ve ne sarebbe un secondo, ovvero la configurabilità di una copertura normativa per il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti cautelari arbitrati sulla scorta del nostro diritto positivo, in particolare, ai sensi della citata Convenzione di New York. Non sono mancati tentativi da parte di diversi autori di sostenere questa tesi<sup>57</sup>. Tuttavia, requisito indefettibile del provvedimento *de quo* è che esso rivesta la forma di lodo, con le cennate perplessità in merito alla possibilità di inquadrare tra i lodi i provvedimenti cautelari, caratterizzati intrinsecamente da provvisorietà e instabilità.

Occorre rilevare, inoltre, che anche ove si ammettesse l'eseguibilità in Italia di un tale provvedimento cautelare, si darebbe luogo non solo a una poco comprensibile disparità di trattamento tra gli arbitrati aventi sede in Italia e quelli situati all'estero, ma anche tra gli arbitrati aventi sede in Stati che permettono l'assunzione di provvedimenti cautelari in forma di lodo e quelli che, invece, la escludono (quali, ad esempio, la Svizzera). Per questi ultimi, sembrerebbe *a priori* esclusa la possibilità di ottenere un *exequatur* in Italia, anche quando gli ordinamenti di origine del provvedimento siano dotati di efficaci meccanismi di esecuzione interna.

La disciplina convenzionale non appare pertanto idonea al riconoscimento dei provvedimenti cautelari esteri e quindi all'esecuzione degli stessi in Italia.

#### 4. Conclusioni

Quanto sopra descritto mostra che vi sono degli inequivocabili limiti connotati all'essenza stessa della giurisdizione cautelare arbitrale che ne impediscono un'equiparazione a quella dei giudici ordinari. Peraltro, tali differenze non giustificano l'anacronistica scelta del nostro ordinamento di negare *tout court* tale giurisdizione agli arbitri. È facile immaginare come, in un quadro europeo in cui i poteri cautelari arbitrati sono ampiamente riconosciuti, tale scelta rappresenti un disincentivo a stabilire in Italia la sede dell'arbitrato, soprattutto nel caso di arbitrati amministrati retti da regolamenti che prevedano tale potere. Peraltro, il divieto dell'art. 818 c.p.c. è perentorio e spetta solo al legislatore individuare e predisporre gli strumenti più efficaci anche al fine di conformare il nostro ordinamento a quello dei principali paesi sedi di arbitrati internazionali, consentendo la piena esplicazione dell'autonomia delle parti anche in relazione alla giurisdizione cautelare degli arbitri.

Proprio per gli intrinseci limiti di tale giurisdizione, anche ove sia riconosciuta, è comunque necessaria una collaborazione tra arbitri e giudici per assicurare un'adeguata tutela alle parti. *Rebus sic stantibus* da un punto di vista legislativo, infatti, questi limiti non paiono superabili.

In ogni caso, si auspica una crescente attenzione da parte degli ordinamenti che hanno attribuito poteri cautelari agli arbitri al fine di minimizzare i propri interventi in controversie che le parti hanno riservato alla giurisdizione arbitrale, optando, ad esempio, per modelli di competenza sussidiaria piuttosto che concorrente. Quest'ultima, attualmente più diffusa, consente ai giudici ordinari di intervenire in controversie compromesse in arbitri, anche qualora questi ultimi sarebbero in grado di offrire un'adeguata cautela alle parti, e aumenta i rischi che i giudici adottino misure anticipatorie della decisione nel merito, svuotando così il potere degli arbitri anche nel merito. La competenza sussidiaria, invece, offre una soluzione più rispettosa della volontà delle parti e della giurisdizione arbitrale, limitando gli interventi dei giudici ai soli casi in cui gli arbitri non siano in grado di provvedere o di farlo in modo sufficientemente efficace.

53 Bernardini, *op. cit.*, p. 21.

54 Cfr. Carpi, in *Riv. Arb.* 1991, p. 477; *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale, Commentario*, a cura di Briguglio e Salvanischi, Milano, 2005, sub art. 23, pp. 414 ss.; Broggin, *op. cit.*, pp. 496 ss.

55 Cass. SS.UU., 21 aprile 1995, n. 4482, inedita, citata in Barletta, *op. cit.*, p. 1202.

56 Carlevaris, *op. cit.*, p. 565; Barletta, *op. cit.*, pp. 1197 ss.

57 Cfr., tra gli altri, Tommaseo, *op. cit.*, pp. 17 ss. *Contra*, ad esempio, Barletta, *op. cit.*, pp. 1203 ss., secondo cui: "*la disciplina della Convenzione di New York si rivela carente soprattutto perché non consente al giudice nazionale l'esercizio di un potere discrezionale*".

Avv. Andrea  
LUBERTI

## L'arbitrato e il processo amministrativo

La tematica del rapporto tra giurisdizione amministrativa e convenzione arbitrale deve essere analizzata non solo alla luce delle riforme che hanno interessato il diritto processuale amministrativo a seguito della legge 205 del 2000, ma anche in considerazione della più recente configurazione normativa dell'arbitrato.

Quest'ultimo istituto è stato, come noto, completamente riscritto dal d. leg. 40 del 2 febbraio 2006, con una riforma che segue di pochi anni ad altra, precedente, profonda innovazione normativa (quella determinata dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25)<sup>1</sup> che ha riformulato le linee essenziali della materia, anche dirimendo punti rimasti controversi nell'evoluzione della giurisprudenza (si pensi alla disciplina del regime di invalidità del lodo dettata dall'art. 808-ter).

L'arbitrato consiste in una forma di tutela giurisdizionale contraddistinta dalla devoluzione di una controversia a giudici privati, ai fini della risoluzione della stessa; risoluzione cui lo Stato assicura la realizzazione coattiva trasferendo, pertanto, il momento autoritativo dalla decisione alla attuazione della stessa<sup>2</sup>.

Il sistema originario del Codice di procedura civile aveva determinato una forte procedimentalizzazione dell'arbitrato rituale, la cui decisione assumeva, in conseguenza del suo deposito, in base al tenore dell'art. 825 del codice stesso, efficacia sostanziale di sentenza; ad esso si affiancava, poi, l'arbitrato irrituale, contraddistinto da un carattere prevalentemente negoziale, in quanto disciplinato integralmente dalla volontà delle parti.

In altre parole, l'arbitrato rituale era contraddistinto dalla libera rinuncia delle parti all'intervento del giudice ordinario, non invece, alla regolamentazione autoritativa del rapporto processuale, garantita comunque dalla legge. Di conseguenza, lo stesso, del tutto a ragione, poteva essere qualificato quale un vero e proprio *giudizio privato*<sup>3</sup>.

Il carattere giurisdizionale dell'arbitrato rituale è stato confermato, in particolare, dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha ritenuto che gli arbitri siano legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale, sulla base della considerazione che anche il procedimento arbitrale costituisce un processo, tra l'altro pienamente disciplinato dal codice di procedura civile, finalizzato all'applicazione del diritto nel caso concreto, nell'ambito della risoluzione di una controver-

sia, e munito di tutte le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria<sup>4</sup>.

Tale considerazione non è contraddetta dalla possibilità che le parti, ai sensi dell'art. 822 c.p.c., attribuiscono agli arbitri la possibilità di decidere la controversia secondo equità, in quanto tale potere è attribuito anche ad organi giudiziari statuali (si pensi al Giudice di pace); inoltre, anche il giudizio emesso in base all'equità deve poggiarsi sul rispetto dei principi fondamentali della materia che restano, pertanto, inderogabili<sup>5</sup>.

L'arbitrato irrituale si connotava, invece, difettando un'espressa disciplina normativa, quale composizione transattiva di una vertenza con un atto che, pur presentando la medesima funzione di un giudizio, ne difettava dei caratteri strutturali essenziali, risultando, quindi, maggiormente assimilabile ad un atto di carattere negoziale, in quanto fonte di autoregolamentazione di un rapporto giuridico di cui le parti disponevano sul piano sostanziale.

Pertanto, in questo secondo caso, il lodo non è impugnabile per *errores in iudicando*, ma è soggetto all'impugnazione per vizi propri del negozio, da proporre con l'osseranza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione<sup>6</sup>.

Dopo una prima riforma, realizzata con la legge n. 28 del 9 febbraio 1993, l'istituto dell'arbitrato irrituale trovava una definitiva sistemazione con la l. 25 del 5 gennaio 1994, che aveva, secondo la giurisprudenza prevalente, determinato una configurazione unitaria delle due forme di arbitrato<sup>7</sup>, ratificando, in entrambi i casi, l'efficacia vincolante del lodo arbitrale in modo indipendente, peraltro, dal deposito del lodo stesso, necessario ai soli fini della sua esecutività.

Il tutto, si può ritenere, anche in forza di quanto previsto dall'art. 1327 c.c., secondo cui *"il contratto ha forza di legge tra le parti"*.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte<sup>8</sup>, anche a seguito della citata innovazione (e della configurazione "unitaria" delle varie tipologie di arbitrato), si deve ritenere che anche la pronuncia emessa in sede di arbitrato rituale abbia natura di atto negoziale, espressione, pertanto, dell'autonomia delle parti nella rinuncia al giudizio statale.

La normativa più recente ha, tra l'altro, introdotto la figura, di particolare rilevanza, come si vedrà, nell'ambito della presente trattazione, dell'arbitrato "regolamentato" (art. 832 cpc), basato, cioè, sul rinvio, da parte della convenzione arbitrale, ad un regolamento di procedura preesistente all'accordo; tale previsione potrebbe, in un certo senso, far ipotizzare l'esistenza di una figura ulteriore, ed intermedia, rispetto a quelle dell'arbi-

4 Corte Cost., sentenza n. 376 del 28 novembre 2001, in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 2883, con nota di VACCARELLA.

7 SATTÀ-PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, p. 880.

5 Corte Cost., sentenza n. 206 del 6 luglio 2004, in *Giustizia civile*, 2004, I, p. 2537, con nota di GIORDANO.

8 SSUU, sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, *ex plurimis* in *Giustizia civile*, 2001, I, p. 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. arbitrato rituale*.

6 Cass., sez. I, sentenza n. 7654 del 16 maggio 2003, in *Foro Italiano*, 2004, I, c. 1651.

1 Deve essere ricordato, altresì, che importanti disposizioni in tema di arbitrato societario sono state dettate dal d. leg. 17 gennaio 2003, n. 5.

PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1973, I, p. 327; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004.

2 Per una ricostruzione complessiva dell'istituto cfr SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969;

3 MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, V ed., Torino, 2006.



trato rituale e dell'arbitrato irrituale, in quanto, in tali casi, la disciplina del lodo non promana direttamente dall'accordo delle parti ma da un atto già sussistente al momento della devoluzione.

Tradizionalmente, la dottrina ha sempre ritenuto che la possibilità, per la Pubblica Amministrazione, di ricorrere al giudizio arbitrale incontrasse il limite della attrazione della controversia alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>9</sup>.

Era, infatti, pacificamente escluso che potesse darsi luogo a devoluzione agli arbitri delle controversie attinenti ad interessi legittimi, e quindi spettanti alla giurisprudenza amministrativa di legittimità, per la decisiva circostanza che tali controversie rientravano in quelle escluse dalla libera disponibilità in quanto attinenti a situazioni giuridiche soggettive di rilevanza pubblicistica<sup>10</sup>.

Inoltre, può essere aggiunta la considerazione che l'art. 2901 del Codice Civile riserva inderogabilmente all'autorità giudiziaria, per di più con il limite della espressa previsione normativa, la possibilità di pronunciare sentenza avente valore costitutivo tra le parti. A maggior ragione, è del tutto evidente che tale preclusione è operante con riferimento a giudici di nomina privatistica, per di più riguardo all'emanazione di pronunzie che, inerendo a rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, in alcune ipotesi potevano assumere valore non limitato alle parti del giudizio (si pensi alle controversie in ordine ad atti amministrativi di carattere generale).

Con riferimento alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, invece, l'inammissibilità discendeva da un duplice ordine di circostanze. Da un lato, in effetti, tutta la disciplina dell'arbitrato contenuta nel codice di procedura è incentrata sul parallelismo tra tale forma di tutela e la giurisdizione civile (si pensi, in particolare, alle norme che concernono il deposito del lodo e la sua impugnazione); con conseguente difficoltà di trasfusione, *sic et simpliciter*, di tali norme nella giurisdizione amministrativa.

D'altra parte, nella configurazione tradizionale della dottrina e della giurisprudenza le ipotesi di giurisdizione esclusiva venivano, in ogni caso, viste quali fattispecie di inestricabile compresenza tra situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, con conseguente impossibilità di distinguere gli oggetti disponibili della controversia devoluta agli arbitri.

In altre parole, la sussistenza di una previsione di legge, comminatoria della giurisdizione esclusiva, veniva considerata precludere non solo l'attribuzione al giudice ordinario, ma anche la possibilità di devolvere, in alternativa, la controversia in oggetto al giudizio degli arbitri<sup>11</sup>.

Qualora fossero rispettati i limiti precedentemente indicati, era, sostanzialmente, pacifico che l'arbitrato potesse essere oggetto di previsione convenzionale da parte di una Pubblica Amministrazione e della controparte.

Il problema concerneva, invece, le ipotesi in cui la legge configurasse come obbligatorio l'esperimento del giudizio arbitrale, come da ipotesi contenute soprattutto in norme di emanazione precedente alla Costituzione<sup>12</sup>.

La Corte Costituzionale<sup>13</sup>, in quello che è considerato il *leading case* della materia, dichiarò l'illegittimità di una norma (si fa riferimento, in particolare, all'art. 25 del RD n. 1127 del 29 giugno 1939 in tema di brevetti per invenzioni industriali) che prevedeva l'obbligatorietà dell'esperimento dell'arbitrato, costituente, di fatto, condizione di procedibilità per adire l'autorità giudiziaria.

Di conseguenza, la stessa Corte non ha mancato di dichiarare illegittime con altre pronunzie previsioni normative recettive del principio del previo, obbligatorio esperimento dell'arbitrato<sup>14</sup>.

Nell'ambito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione, ed, in particolare, con riferimento ai rapporti arbitrali insorgenti nella materia delle opere pubbliche, seguendo gli insegnamenti della Corte deve concludersi, quindi, nel senso dell'illegittimità di previsioni normative comminatorie di un'inderogabile attribuzione alla giurisdizione degli arbitri quale requisito per la possibilità di adire il giudice statale, ivi incluse, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza più autorevole, anche le fattispecie in cui la previsione normativa sia derogabile, ma solo previo accordo negoziale delle parti<sup>15</sup>.

In materia di opere pubbliche, peraltro, può rilevarsi che l'ammissibilità dell'arbitrato è stata oggetto di una serie di disposizioni legislative, che hanno disciplinato la questione in modo sovente antitetico.

In particolare, i capitoli generali del Ministero dei Lavori Pubblici (d. m. 28 maggio 1895 e d. p. r. 16 luglio 1962 n. 1063) hanno stabilito, per molti anni, l'obbligo di deferimento ad un collegio arbitrale di cinque membri.

Nella prima redazione della c.d. legge Merloni (l. 11 febbraio 1994 n. 109) l'art. 32, comma 2 prevedeva un drastico divieto di inserire clausole compromissorie<sup>16</sup>, nei capitoli generali e speciali.

Tale disposizione, peraltro, rimase inapplicata, in quanto sospesa dal d. l. 31 maggio 1994, n. 331 e, successivamente, dal d. l. 30 settembre 1994, n. 559.

12 CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, p. 73; cfr altresì CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1996, 2, p. 311 ss.

14 *Ex multis* Corte Cost., sentenza n. 152 del 9 maggio 1996, in *Foro Italiano*, 1996, I, c. 1905 con nota di BARONE.

13 Sentenza n. 127 del 14 luglio 1997. Cfr a commento della stessa ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, p. 1143 e SCOZZAFAVA, *Il problema della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1978, I, p.1809.

15 Cass., Sez. U., sentenza n. 1458 del 10 febbraio 1992, *ibidem*, 1992, I, c. 673; in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, p. 1720.

16 CANNADA BARTOLI, *L'arbitrato nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1994, p. 423 ss.

9 TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IV ed., Torino, 2000, p. 100.

10 CAIA, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999.

11 Da notare che, nelle suddette ipotesi, secondo la giurisprudenza (SSUU 527/2000 *cit.*) la valutazione sulla non deferibilità agli arbitri di una controversia

costituirebbe questione non già di giurisdizione, ma di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria; di conseguenza, rispetto a tale decisione sarebbe inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c. sia nell'ambito del processo arbitrale che del giudizio d'impugnazione ex art. 828 c.p.c., essendo la stessa estranea alla nozione di questione di giurisdizione in senso tecnico-giuridico secondo il paradigma dell'art. 37 c.p.c.

Diverso, anzi completamente opposto quanto previsto dalla l. 2 giugno 1995 n. 216 (c.d. legge Merloni *bis*): tale disciplina statuiva, sul punto, la possibilità di pervenire ad un accordo bonario e, in mancanza, la devoluzione alla cognizione arbitrale delle relative controversie, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo stesso<sup>17</sup>.

In conformità alle citate indicazioni della Corte Costituzionale, la dottrina<sup>18</sup> ritenne che la norma, sia pure di discutibile formulazione (“*la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitro*”), dovesse essere interpretata nel senso, maggiormente conforme alla Costituzione, che l'attribuzione alla giurisdizione degli arbitri potesse avvenire solo sulla base della libera volontà delle parti.

L'art. 10, l. 18 novembre 1998 n. 415 (c.d. legge Merloni *ter*) ha, infine, sancito in via definitiva, grazie ad una nuova formulazione del testo dell'art. 32, la natura facoltativa dell'arbitrato in questione (“*tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto ... possono essere deferite ad arbitri*”).

Ulteriori modifiche sono state, poi, introdotte dalla l. 1 agosto 2002 n. 166 (c.d. Merloni *quater*), che ha ribadito il carattere facoltativo dell'arbitrato e limitato l'applicazione del c.d. arbitrato amministrato ai soli casi in cui stazione appaltante sia una pubblica amministrazione.

E', peraltro, da notare che la normativa in esame ha precisato l'estensione dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche; è stato previsto, in effetti, il ricorso al giudizio arbitrale per tutte le controversie insorte in occasione dell'esecuzione del contratto ma, al contempo, ne sono state escluse quelle inerenti la procedura di evidenza pubblica, in quanto precedenti alla costituzione del rapporto; per le stesse, invece, l'art. 33 del decreto legislativo 80 del 1998 ha configurato la attrazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Quest'ultima previsione è stata confermata dall'art. 6, 1° comma, della legge 21 luglio 2000 n. 205, che sancisce la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie inerenti le procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi o forniture.

Del resto, nella fase prodromica alla costituzione del rapporto il privato vanta una situazione soggettiva qualificabile come interesse legittimo, sicché, come si è precisato, le relative controversie sarebbero state sottratte, anche in mancanza di tale previsione, alla possibile devoluzione alla cognizione degli arbitri.

Si può, in conclusione, ritenere che in materia di opere pubbliche sia riscontrabile l'esistenza di un *tertium genus* di arbitrato, che non è integralmente rimesso alla libera determinazione delle parti; ma, nello stesso tempo, non si tratta neanche di un arbitrato imposto dalla legge, in quanto le citate indicazioni della Corte Costituzionale lo precludono. Pertanto, si potrebbe parlare di un arbitrato “regolamenta-

to”, oggi espressamente considerato dal codice di procedura, a seguito della novella, come una delle forme con cui può essere attuata la devoluzione ad arbitri.

Deve essere aggiunto, in estrema sintesi, che nel recentissimo Codice degli appalti<sup>19</sup> il problema del contenzioso è affrontato nella parte IV (artt. 239/246), che, oltre ad aver ampliato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ad un rilevante numero di materie<sup>20</sup>, ha confermato la possibilità di devoluzione ad arbitri, nonché della transigibilità, delle controversie aventi ad oggetto i soli diritti soggettivi. E', comunque, fatto salvo l'insegnamento della Corte Costituzionale in tema di necessaria sussistenza della volontà comune delle parti per la composizione privata della controversia, in relazione a cui, come visto, il citato Codice degli appalti si limita a regolamentare il procedimento rinviando, per quanto non espressamente disciplinato, al Codice di procedura civile.

Il problema che, invece, si riproporrà, sarà, senza dubbio, quello della legittimità di una configurazione inderogabile non dell'*an* ma del *quomodo* del giudizio arbitrale sottratto alla disciplina convenzionale delle parti, con una forte compressione dell'autonomia privata.

In effetti, mentre secondo parte della dottrina<sup>21</sup>, in materie come quelle considerate non potrebbe, comunque, valutarsi irrazionale un intervento del legislatore, finalizzato a regolamentare il giudizio arbitrale in modo da garantirne, in conformità al prevalente interesse pubblico, correttezza e trasparenza, non è mancato chi<sup>22</sup>, al contrario, ha ritenuto presente nella nostra Costituzione una garanzia del diritto all'arbitrato, quale forma di tutela delle proprie posizioni soggettive, ivi compreso il diritto alla disciplina convenzionale dell'organo giudicante.

Il problema del rapporto tra giurisdizione ed arbitrato deve essere approfondito, come preannunciato, a seguito della previsione della l. 205 del 2000<sup>23</sup>, che ha espressamente considerato la possibilità di devolvere alla decisione degli arbitri le controversie attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo<sup>24</sup>.

19 Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

20 “(...) tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (...), le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità (di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nda), (...), le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (...) nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi(...)”.

21 RUFFINI, *Volontà delle parti e arbitrato nelle controversie relative agli appalti pubblici*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 64.

22 RECCHIA, *Disponibilità dell'azione in senso negativo ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio* (nota a Corte Cost., 27 dicembre 1991, n. 488), in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, p. 24.

23 Sul punto, cfr ROMANO TASSONE, *Giurisdizione amministrativa ed arbitrato nella l. 205 del 2000*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p.627.

24 Sulla portata non retroattiva della normativa esaminata e, quindi, della mancanza di una efficacia sanante delle precedenti clausole compromissorie cfr Cons. Stato, sez. V, decisione n. 4791 del 28 giugno 2004, in *Foro Amministrativo - Consiglio di Stato*, 2005, p. 447, con nota di VACCARELLA, *Diritti e arbitrato prima e dopo la l. n. 205 del 2000*.

17 La Corte di Cassazione ha ritenuto (SSUU, sentenza n. 88 del 3 aprile 2000, in *Foro Italiano*, 2001, I, c.206) che la nuova disciplina abbia effetto retroattivo e, quindi, sanante di eventuali arbitrati convenuti in violazione del pregresso divieto.

18 Cfr Corte Cost., sentenza 2-9 maggio 1996 n. 152, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, c. 523 ss.

In particolare, deve essere precisato che tale possibilità è subordinata ad una duplice condizione: *in primis*, le controversie in esame possono formare oggetto del solo arbitrato rituale; in secondo luogo, si deve trattare di questione attinente a diritti soggettivi e non ad interessi legittimi.

Con riferimento al primo requisito, la lettera della legge non prevede, in realtà, l'illegittimità dell'arbitrato irrituale, per cui si è ipotizzato che la norma in oggetto, pur indicando la forma dell'arbitrato esperibile, non ne escluda di diversi: ciò anche in considerazione della circostanza che il modello di amministrazione delineato dalla normativa più recente sul procedimento esalta il modulo convenzionale che, quindi, parrebbe poter assumere un certo rilievo anche nel momento in cui si affronti il problema della definizione delle controversie.

Ne deriverebbe, anche per le pubbliche amministrazioni, l'ammissibilità del ricorso all'arbitrato irrituale.

Del resto, l'art. 34 del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267, "*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*", prevede espressamente la possibilità, nell'ambito degli accordi di programma, di devolvere ad innominati procedimenti arbitrali eventuali questioni concernenti l'inadempimento degli accordi in oggetto, con ciò implicitamente ammettendo la compatibilità di arbitrati irrituali con soggetti di diritto pubblico.

La giurisprudenza<sup>25</sup> ha, nei casi in cui si è occupata del problema, propeso per la tesi negativa, così come parte della dottrina<sup>26</sup>, mentre non sono mancate posizioni<sup>27</sup> più caute, in considerazione della difficoltà di interpretare l'espressa previsione legislativa di un mezzo giuridico quale divieto dell'alternativa, e se applicare, in sostanza, il brocardo *minus dixit quam voluit* o quello *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

In realtà, sembra che sul punto possa fornire un elemento di giudizio la nuova disciplina del procedimento amministrativo.

In effetti, l'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 241/1990 come riformato dalla l.15/2005, dispone espressamente che "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*".

Di conseguenza, anche per la Pubblica Amministrazione deve valere il medesimo principio di libertà negoziale vigente per i soggetti privati, e, pertanto, si deve ritenere che la stessa sia pienamente legittimata, in difetto di *espressa* previsione normativa di divieto, a stipulare convenzioni che prevedano arbitrati irrituali, da considerare, di conseguenza, pienamente validi ed efficaci.

25 Cfr sul punto TAR Milano, sentenza 11 marzo 2003, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2003, p. 838, che ha sancito la nullità della clausola che preveda la risoluzione della controversia tramite arbitrato irrituale.

26 MIGNONE, *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, *ibidem*, p. 2509; RUSSO, *Concessione di servizi pubblici e*

*clausole compromissorie precedenti alla l. n. 205 del 2000*, *ibidem*, p. 1501.

27 VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2004, p. 45; ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Diritto amministrativo*, 2001, p. 343.

Fermo restando che, per i motivi elencati in precedenza, le controversie in tema di annullamento di atti illegittimi, e di conseguenza aventi ad oggetto interessi legittimi, sono sottratte alla disponibilità delle parti, e quindi alla devoluzione ad arbitri, *quid iuris* con riferimento alle controversie promosse dal privato per conseguire il risarcimento del danno causato da atto illegittimo della Pubblica Amministrazione?

Secondo parte della dottrina<sup>28</sup> le controversie concernenti le questioni risarcitorie derivanti da attività provvedimento illegittima dovrebbero essere ritenute sempre relative a diritti soggettivi, pertanto si tratterebbe senza dubbio di materia suscettibile di devoluzione al giudizio arbitrale, giudizio in cui potrebbe aver luogo, altresì, una disapplicazione dell'atto lesivo, anche se divenuto inoppugnabile, ai fini della statuizione sul risarcimento del danno.

In altre parole, tale posizione ripropone l'orientamento dottrinario secondo cui l'azione risarcitoria nei confronti della Pubblica Amministrazione non costituisce altro se non una pretesa ad un ordinario diritto di credito, del tutto distinta dalla controversia inerente alla validità del provvedimento amministrativo, che potrebbe anche essere valutata *incidenter tantum*.

Tale ricostruzione, sia pure conforme allo spirito ed alla lettera della sentenza 500 del 1999, che ha il merito di aver consentito la tutela risarcitoria per gli interessi legittimi "puri", appare smentita dalle più recenti costruzioni giurisprudenziali in tema di ristoro dell'interesse legittimo.

In effetti, come noto, la "storica" sentenza in questione, pur essendo la prima ad ammettere la risarcibilità del c.d. interesse legittimo pretensivo ha, riguardato, semplicemente, la decisione su un regolamento di giurisdizione (e, di conseguenza, sulla astratta ammissibilità della proposizione dell'azione di risarcimento innanzi al giudice ordinario).

Si poteva ritenere, in origine, che il citato provvedimento giurisdizionale avesse, semplicemente, determinato l'ampliamento delle situazioni soggettive la cui lesione determinasse l'obbligo di risarcimento. E tale valutazione poteva essere del tutto condivisa in un sistema in cui il risarcimento del danno, conseguente alla illegittima adozione di provvedimenti autoritativi, poteva essere conseguito dal privato anche, lo ricordiamo, in mancanza dell'annullamento degli stessi, innanzi al giudice ordinario.

Tuttavia, anche a seguito della devoluzione, operata dalla legge 205 del 2000, della globalità delle controversie risarcitorie derivanti da atti amministrativi illegittimi al giudice amministrativo, le stesse Sezioni Unite, e sempre con riferimento alla medesima vicenda giudiziaria che aveva, in precedenza, dato luogo alla sentenza 500 del 1999, hanno, sia pure in via incidentale, configurato un modello di illecito del tutto differente da quello extracontrattuale, contraddistinto persino, in effetti, da

28 ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro Italiano*, 1999, I, c. 3222; VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela*

*risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo-commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, Torino, 2000, p. 77.



una diversa disciplina dell'onere della prova influenzato dalla sussistenza di un procedimento amministrativo che "qualifica" il soggetto privato.

La Corte Costituzionale, inoltre, nella celeberrima sentenza 204 del 2004<sup>29</sup> ha giustificato l'attrazione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle controversie meramente risarcitorie, relative ai diritti patrimoniali vantati dal privato a seguito dell'annullamento del provvedimento, sulla base della considerazione che il risarcimento per equivalente consiste in null'altro se non in una modalità di tutela dell'interesse legittimo.

La più recente giurisprudenza della Cassazione<sup>30</sup> ha confermato tale impostazione, ritenendo che anche le controversie di carattere risarcitorio configurino una forma di tutela del cittadino avverso la potestà amministrativa, persino ove le stesse siano incardinate in assenza di una previa impugnazione del provvedimento, e di conseguenza si reputano, comunque, attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ne deriverebbe, pertanto, anche in presenza di una domanda meramente risarcitoria, l'impossibilità per il collegio arbitrale eventualmente nominato di disapplicare *incidenter tantum* il provvedimento in oggetto, attribuendo, nello stesso tempo, il risarcimento per equivalente del bene della vita spettante al privato, essendo la relativa controversia attinente a posizioni giuridiche non suscettibili di devoluzione al giudizio arbitrale.

Del resto, tale possibilità è stata esclusa dalla stessa Adunanza Plenaria<sup>31</sup> per lo stesso giudice amministrativo, con la conseguenza che apparirebbe eccessivo concedere ad un soggetto privato ciò che è negato ad organo giurisdizionale.

Il riconoscimento della possibilità di attribuire alla cognizione arbitrale anche controversie attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo determina, indubbiamente, la necessità di un'interpretazione adeguatrice che consenta l'applicazione delle relative norme del codice di procedura, considerando, peraltro, che l'organo giudiziario originariamente competente è il giudice amministrativo e non il giudice civile, con riferimento al quale, come visto, il dettato normativo determina l'attribuzione dei relativi poteri.

Può, in effetti, osservarsi che il codice di procedura civile prevede, sotto varie forme, un generale principio di controllo giurisdizionale sul lodo emesso dagli arbitri.

In particolare, l'autorità giudiziaria vanta nei confronti del collegio arbitrale poteri quali: la nomina degli arbitri e la determinazione del numero degli stessi nel caso di mancata indicazione delle parti (art. 810 cpc); l'adozione dei provvedimenti sulla sostituzione e la riconsunzione degli stessi (artt. 811 e 815 cpc); la proroga del

termine fissato per la decisione (art. 820 cpc); la ricezione del deposito del lodo al fine di garantirne l'esecuzione (art. 825 cpc); e, soprattutto, la decisione sulle eventuali impugnazioni proposte avverso il lodo medesimo.

Una interpretazione sistematica dovrebbe, pertanto, determinare l'attrazione al giudice amministrativo di tali poteri, per quanto difetti una espressa disciplina di legge sul punto, con conseguente impugnativa del lodo innanzi allo stesso giudice.

Si è osservato, del resto, che la nozione di giurisdizione esclusiva prescinde dalla distinzione tra diritti ed interessi, con la conseguenza che il criterio discrezionale tra l'una e l'altra giurisdizione deve essere fondato sulla sola previsione normativa in ordine alla materia attribuita alla giurisdizione amministrativa (essendo, come visto, le controversie compromettibili inerenti ai soli diritti soggettivi).

Sul punto, la dottrina risulta divisa, in quanto mentre alcuni autori ritengono che il rinvio alle norme del Codice di procedura civile produca, altresì, l'effetto di recepire le stesse norme sulla competenza in tema di impugnazione del lodo, da altra parte<sup>32</sup> si osserva che, anche in virtù del tenore dell'art. 103 della Costituzione, le controversie arbitrali, similmente alla tutela cautelare, non potrebbero in alcun modo essere ritenute delle "materie", da attribuire alla cognizione dell'uno o dell'altro giudice, ma particolari forme di tutela attratte in modo parallelo all'autorità giudiziaria competente per l'oggetto del giudizio.

In altre parole, la risoluzione del problema si basa sulla scelta se privilegiare il parallelismo tra lodo arbitrale e procedimento giudiziario, con conseguente attribuzione del giudizio di impugnativa del lodo al giudice in astratto competente alla tutela ordinaria (tesi preferibile), ovvero se esaltare, in conformità alla citata giurisprudenza, il ruolo di esplicazione di autonomia negoziale svolto dall'arbitrato, con conseguente insurrogabilità del giudice competente per la cognizione sui diritti soggettivi nel suo ruolo di controllo previsto dalla legge, che ha ad oggetto la regolamentazione privatistica della giustizia operata dalle parti.

Con riferimento all'esecuzione delle decisioni del collegio arbitrale, poi, la giurisprudenza<sup>33</sup> ha, in passato, escluso che, in carenza di una espressa previsione normativa, il lodo arbitrale possa essere ritenuta equiparabile al giudicato del giudice ordinario e a quello del giudice amministrativo per i quali, nell'ipotesi di inadempienza della PA, è esperibile il giudizio di ottemperanza.

Tuttavia, deve rilevarsi che proprio il superamento della preclusione della deferibilità ad arbitri di controversie attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo dovrebbe far ritenere preferibile la giurisprudenza che, in modo più estensivo, ha già, in passato, ritenuto azionabile l'esecuzione innanzi a tale giudice<sup>34</sup>.

29 Corte Cost., sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, cfr *ex plurimis* in *Diritto processuale amministrativo*, 2004, p. 799, con note di CERULLI IRELLI e VILLATA, e in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 969, con note di CLARICH, POLICE, MATTARELLA e PAJNO.

30 SSUU, sentenza n. 13659 del 13 giugno 2006, in *Guida al diritto*, 28/2006, p. 48, con nota di CARUSO, *Sparisce*

*la pregiudiziale amministrativa per garantire maggiore tutela ai cittadini.*

31 Ad. Plen., decisione n. 4 del 26 marzo 2003, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, p. 866 con nota di D'ATTI, *Il "diritto europeo" e la questione della c.d. "pregiudizialità amministrativa"*.

32 DE LISE, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* cit., p. 192.; MIGNONE, *Arbitrato nelle controversie devolute al giudice amministrativo e riparto della giurisdizione*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2003, p. 2515.

33 TAR Puglia, sentenza n. 424 del 24 ottobre 1985, in *Tribunali amministrativi regionali*, 1985, I, p. 4372.

34 Cons. Stato, decisione n. 5788 del 12 novembre 2001, in *Foro amministrativo*, 2001, p. 283.

Per quanto concerne l' esperimento della tutela cautelare, invece, l' espressa ammissibilità della stessa anche nelle ipotesi di giudizio arbitrale è oggi espressamente comminata dall' art. 669 *quinquies* del Codice di procedura civile, sia pure con riferimento al processo innanzi il giudice ordinario<sup>35</sup>. Tuttavia, la trasponibilità di tale principio nell' ambito del processo amministrativo appare del tutto indiscutibile.

Peraltro, deve essere precisato che, in conformità dell' orientamento maggioritario della giurisprudenza civile<sup>36</sup>, il possibile esperimento della tutela cautelare in presenza di una clausola compromissoria è limitato alla sola ipotesi di arbitrato rituale, in quanto, al contrario, la convenzione di arbitrato irrituale comporta una sostanziale rinuncia dei contraenti alla tutela giurisdizionale, anche cautelare, dei diritti relativi al rapporto controverso, concretandosi lo stesso in un atto sostanzialmente negoziale e dispositivo<sup>37</sup>.

Deve essere rilevato che, nel corso degli anni, il legislatore ha, in fattispecie particolari, configurato la possibilità, in alternativa alla giurisdizione amministrativa, di ricorso a giudizi arbitrali diversi, quanto a regolamentazione, da quello disciplinato dal Codice di procedura civile e, pertanto, di dubbia classificazione.

In questo modo si è posta in discussione sia la rigida bipartizione operata dal codice di procedura, sia, in modo meno marcato, il principio della inammissibilità della devoluzione all' arbitrato irrituale da parte di una Pubblica Amministrazione.

In materia di pubblico impiego, ad esempio, può osservarsi che, in virtù della compiuta assimilazione, da parte del legislatore ordinario, del regime giuridico a quello dell' impiego privato, trovano, sostanzialmente, applicazione quegli stessi principi vigenti a proposito del ricorso a procedure arbitrali nel lavoro privato.

Come noto, in materia giuslavoristica vige un regime di sostanziale disfavore sia per la risoluzione della controversia tramite transazione (ex art. 2113 cc) che per il ricorso a procedure arbitrali, trovando, invece, ampio spazio la conciliazione "assistita" da parte delle organizzazioni di categoria, anche sotto forma di conciliazione obbligatoria stragiudiziale, anche in considerazione della circostanza che l' espletamento del tentativo di conciliazione, o l' infruttuoso decorso del termine previsto, costituisce condizione di procedibilità del ricorso (art. 412 *bis* cpc)<sup>38</sup>.

Al riguardo, va rilevato che la nuova formulazione dell' art. 806 cpc ha confermato la restrizione dei casi di esperibilità della procedura arbitrale, anche rituale, ai soli casi in cui essa sia già prevista da disposizioni normative o di contratti collettivi, in conformità ai principi di autonomia collettiva.

35 Sul rapporto tra tutela cautelare ed arbitrato rituale ed irrituale cfr diffusamente MONTESANO - ARIETA, *Diritto processuale civile*, II ed., Torino, 1998, p. 458.

36 Cfr *ex plurimis* Cass., sez. I, sentenza n. 12225 del 25 novembre 1995, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, I, 1, p. 897.

37 CONTRA MONTESANO - ARIETA, *cit.*, p. 461 ss.

38 Si è autorevolmente sostenuto (PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro -conciliazione e arbitrato*, Padova, 2003, p.118) che l'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro presenta caratteristiche che ne consentono una parziale assimilazione a quello rituale.

Il d. leg. 40/2006 ha, inoltre, abolito il divieto per gli arbitri di decidere secondo equità<sup>39</sup> nonché la previsione dell' art. 808, comma 2 cpc per cui, anche in presenza di una clausola arbitrale, le parti conservavano la facoltà di adire il giudice ordinario.

Nel pubblico impiego, invece, l' art. 69 del d. leg. n. 29 del 1993, riprodotto nell' art. 65 del d. leg. 165/2001 "*Norme generali sull' ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", prevede una procedura conciliativa per le controversie in esame parzialmente diversa, con riferimento ai termini di proposizione, da quella vigente per i rapporti privatistici.

Inoltre l' art. 59, del d.leg. 3 febbraio 1993 n. 29, oggi trasfuso nell' art. 55 del citato d. leg. 165 del 30 marzo del 2001, ha introdotto la possibilità di impugnativa dell' esito della procedura di conciliazione dei procedimenti sanzionatori presso apposito collegio arbitrale di disciplina costituito presso le amministrazioni interessate<sup>40</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza prevalente<sup>41</sup> ha ritenuto che tale fattispecie costituisca ipotesi di arbitrato irrituale, avente carattere negoziale, con la conseguenza che lo stesso, seppure (per le controversie antecedenti al 30 giugno del 1998) inerente a controversie devolute alla giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo, non sarebbe suscettibile di impugnazione innanzi allo stesso, se non per vizi attinenti, in senso stretto, alla formazione della volontà negoziale delle parti, al pari degli altri contratti.

Una speciale menzione deve essere dedicata anche alla legge 17 ottobre 2003, n. 280, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 19 agosto 2003, n. 220 (recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva).

39 L'innovazione è, peraltro, fortemente limitata dalla circostanza che, in base a quanto stabilito dall' art. 829, commi 4 e 5, in tali materia è sempre ammessa l'impugnazione delle decisioni arbitrali in contrasto con norme di legge o clausole di contratti collettivi. Il limite inderogabile della legge è, pertanto, spostato dalla convenzione arbitrale all'impugnativa della decisione. Cfr BORGHESI, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2006, p. 821.

40 "Ove i contratti collettivi non prevedano procedure di conciliazione, entro venti giorni dall'applicazione della sanzione, il dipendente, anche per mezzo di un procuratore o dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, può impugnare dinanzi al collegio arbitrale di disciplina dell'amministrazione in cui lavora. Il collegio emette la sua decisione entro novanta giorni dall'impugnazione e l'amministrazione vi si conforma. Durante tale periodo la sanzione resta sospesa. Il collegio arbitrale si compone di due rappresentanti dell'amministrazione e di due rappresentanti dei dipendenti ed è presieduto da un esterno all'amministrazione, di provata esperienza e indipendenza. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, stabilisce, sentite le organizzazioni sindacali, le modalità per la periodica designazione di dieci rappresentanti

dell'amministrazione e dieci rappresentanti dei dipendenti, che, di comune accordo, indicano cinque presidenti. In mancanza di accordo, l'amministrazione richiede la nomina dei presidenti al presidente del tribunale del luogo in cui siede il collegio. Il collegio opera con criteri oggettivi di rotazione dei membri e di assegnazione dei procedimenti disciplinari che ne garantiscono l'imparzialità. Più amministrazioni omogenee o affini possono istituire un unico collegio arbitrale mediante convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento nel rispetto dei principi di cui ai precedenti commi. " Sull' argomento PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Padova, 2004, p. 739

41 Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3652 del 3 luglio 2000, in *Consiglio di Stato*, 2000, I, p. 1618; Cass., sez. lavoro, sentenza n. 19679 del 10 ottobre 2005, in *Foro Italiano*, 2006, I, c. 1468 con nota di PERRINO; *contra* Cass., sez. lavoro, sentenza n. 23900 del 23 dicembre 2004, in *Foro Italiano*, 2006, I, c. 55, che riconosce natura irrituale al solo arbitrato disciplinato dal successivo art. 56, esperibile innanzi al collegio di conciliazione previsto dall' art. 66 dello stesso Decreto Legislativo, sino all'introduzione, ad opera del contratto collettivo nazionale, di apposite procedure di conciliazione e arbitrato.

Tale normativa riconosce l'ammissibilità, anche in materie oggi attribuite alla giurisdizione esclusiva, delle clausole compromissorie, ove le stesse siano previste dagli ordinamenti sportivi federali e dal CONI.

Tale disciplina è di indubbia rilevanza in quanto provvede a disciplinare, per la prima volta, i rapporti intercorrenti tra l'ordinamento statale e quello sportivo: quest'ultimo, in conformità alla ricostruzione dottrinale dei c.d. ordinamenti giuridici c.d. particolari<sup>42</sup>, costituisce realtà istituzionale distinta e separata da quella statale. Lo Stato può, quindi, intervenire sulla stessa solo al fine di salvaguardare le posizioni giuridiche soggettive, specie di carattere patrimoniale, vantate dai tesserati, con l'esclusione, disposta dalla legge medesima, di un sindacato caducatorio inerente le sanzioni di carattere meramente disciplinare: le stesse, per loro natura, sono destinate a produrre effetti solo all'interno dell'ordinamento sportivo medesimo.

Trattasi di classica fattispecie di giurisdizione esclusiva, in quanto, precedentemente all'emanazione della normativa *de qua*, le situazioni soggettive delle società aderenti a federazione sportiva erano di dubbio inquadramento, oscillando tra la loro qualificazione quali diritti soggettivi (in quanto posizione soggettive connesse all'adesione ad enti associativi) e quella di interessi legittimi (lo svolgimento delle attività sportive professionistiche è, infatti, sottoposto alla disciplina delle relative federazioni, qualificabili come enti pubblici, in quanto istituzionalmente deputate all'organizzazione ed alla promozione di attività di pubblico interesse, in vario modo collegate allo Stato e qualificabili come articolazioni del CONI, ente di rilevanza indiscutibilmente pubblicistica); ovvero, ancora, si distingueva tra le varie modalità in cui si esplicavano i poteri delle federazioni competenti, ravvisandosi, pertanto, in alcune ipotesi la giurisdizione del giudice ordinario ed in altre quella dei Tribunali Amministrativi<sup>43</sup>.

Sorge, pertanto, il problema di valutare se, in tale circostanza, sia ravvisabile una eccezione al citato principio di inammissibilità dell'arbitrato irrituale in controversie aventi ad oggetto giudizi, almeno in parte, impugnatori.

Al riguardo, deve essere precisato che si è registrata, in concomitanza con vicende giudiziarie che hanno avuto vasta eco anche da parte della stampa generalista, una forte contrapposizione tra la giurisprudenza del TAR e quella del Consiglio di Stato in ordine alla qualificazione giuridica dell'arbitrato previsto dalle norme sportive del CONI, e che si svolge innanzi la Camera di conciliazione ed arbitrato per lo sport.

Secondo, infatti, un primo orientamento, sostenuto dalla giurisprudenza di prime cure, il procedimento in esame avrebbe tutti i caratteri di un giudizio arbitrale, e di conseguenza la decisione sarebbe qualificabile come un lodo di tipo rituale: per-

tanto potrebbe essere impugnata, ai sensi dell'art. 827, solamente per nullità, revocazione ed opposizione di terzo.<sup>44</sup> Per tale motivo, si è puntualizzato<sup>45</sup> che il ricorso alla clausola compromissoria per l'instaurazione della procedura d'arbitrato per il contenzioso sull'iscrizione delle squadre ai campionati nazionali di calcio professionistico non consentirebbe al giudice amministrativo, pur nella sua competenza esclusiva ex art. 3 d.l. n. 220/2003, una cognizione piena sulla questione già deferita e decisa dagli arbitri, in quanto lo stesso potrebbe solo decidere sull'impugnazione del lodo arbitrale per i vizi citati o per l'invalidità dell'accordo compromissorio e dell'attività degli arbitri, senza possibilità di sindacare eventuali *errores in iudicando*.

Per l'orientamento affermatosi, invece, al livello della giurisprudenza di legittimità<sup>46</sup>, il ricorso alla citata camera di conciliazione e arbitrato costituirebbe l'ultimo grado della giustizia sportiva e non un lodo arbitrale e l'atto conclusivo di tale giudizio sarebbe, quindi, contraddistinto dal carattere sostanziale di un provvedimento amministrativo; ne conseguirebbe che, giusta quanto disposto dalla citata normativa, il ricorso giurisdizionale in tale materia, proposto avverso la decisione della Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport istituita presso il CONI, consentirebbe al giudice adito un sindacato pieno su tale provvedimento, annullabile per i vizi propri del provvedimento amministrativo.

I procedimenti arbitrali previsti a livello di singola federazione sportiva sarebbero, invece, secondo la giurisprudenza, qualificabili quali arbitrati irrituali<sup>47</sup>; ciò in considerazione della natura prevalente, per le federazioni sportiva, di associazioni con personalità giuridica di diritto privato, pur in presenza di una rilevanza pubblicistica di specifici aspetti dell'attività sportiva da esse svolta, in armonia e sotto la vigilanza del CONI.

42 La teoria c.d. pluralista degli ordinamenti giuridici è stata elaborata dal ROMANO in *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917.

43 Per una rassegna delle oscillazioni dottrinarie e giurisprudenziali su tale tema cfr VIDIRI, *Le federazioni sportive nazionali tra vecchia e nuova disciplina* (nota a SSUU, sentenza n. 46 del 25 febbraio 2000), in *Foro Italiano*, 2000, I, c. 1479.

44 TAR Lazio, sez. III, sentenza n. 2987, dell' 1 aprile 2004 in *Tribunali amministrativi regionali*, 2004, I, p. 87.

45 TAR Lazio, sez. III, sentenza n. 527 del 21 gennaio 2005, in *Giustizia amministrativa*, 2005, p. 233 con nota di LUBBRANO.

46 Cons. Stato, sez. VI, sentenza n. 5025 del 9 luglio 2004,

n. 5025, in *Consiglio di Stato*, 2004, I, p. 150; Cons. Stato, sez. VI, ordinanza n. 3856 del 9 agosto 2005, in *Guida al diritto*, 35/2005, p. 106 con nota di CARUSO, *Sulla mancata ammissione alla serie A la parola spetta ai giudici amministrativi*.

47, 40/2005, ,p. 37, con nota di ZINCONI

Dott.ssa Dalila  
LOIACONO

# L'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro: un confronto tra passato e presente

## Sommario:

**1. Ricognizione storica dell'istituto come strumento alternativo alla risoluzione delle controversie in materia lavoristica; 2. Gli indici normativi qualificanti la disciplina dell'arbitrato irrituale; 3. Il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 e le recenti modifiche in tema di arbitrato irrituale, 4. Conclusioni**

### 1. Ricognizione storica dell'istituto come strumento alternativo alla risoluzione delle controversie in materia lavoristica

L'esperienza arbitrale in materia lavoristica sin dal principio è stata vista dal legislatore negativamente; ciò in ragione non solo dell'eteronomia del nostro ordinamento – caratterizzato dall'indisponibilità dei diritti controversi – ma anche per le caratteristiche proprie della disciplina positiva degli arbitrati, in quanto mezzi di composizione previsti dallo stesso ordinamento.

In via preliminare, nell'intento di voler riassumere la storia e l'evoluzione legislativa dell'istituto in commento occorre ricordare che il primo intervento normativo si ha con l'art. 3 del R.D. 26 febbraio 1928, n. 471, che consentiva alle parti dei singoli rapporti individuali di compromettere in arbitri le controversie individuali di lavoro.

Al contrario era comminata la sanzione della nullità delle clausole dei contratti collettivi di lavoro, le quali prevedevano che le controversie derivanti dall'applicazione del contratto collettivo fossero deferite ad arbitri nominati dalle associazioni sindacali.

Successivamente a tale disciplina le parti sindacali davano vita a procedure sindacali di arbitrato irrituale, come ad esempio nell'accordo interconfederale del 7 agosto 1947 sulla costituzione e sul funzionamento delle commissioni interne e nell'accordo interconfederale del 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali dei prestatori di lavoro dipendenti da imprese industriali.

In buona sostanza, in questi accordi, l'arbitrato assumeva pienamente connotazioni di irritualità ed era inserito come momento finale, in una procedura conciliativa preventiva.

Fermo restando quanto sopra detto, tuttavia va rilevato che è solo a partire dal 1940, con il nuovo codice di procedura civile che l'arbitrato in materia di lavoro conobbe una prima vera e propria regolamentazione con l'emanazione degli

artt. 806<sup>1</sup>, 807<sup>2</sup> e 808<sup>3</sup>.

Ma a ben vedere, il codice aveva posto una grave limitazione dal momento che aboliva la possibilità di compromesso individuale e vietava sia la clausola compromissoria individuale sia quella intersindacale.

In realtà, nonostante tutte le restrizioni poste dal legislatore, esisteva, anche se allo stato embrionale, una struttura del processo del lavoro diversa da quella del processo comune.

E difatti pochi anni dopo si verificarono in tal senso importanti conquiste del sindacato: nel 1966<sup>4</sup> la legge rubricata “Norme sui licenziamenti individuali” e nel 1970 il c.d. “Statuto dei Lavoratori”<sup>5</sup>.

In particolare con la legge 604/1966, si prevedeva per la prima volta una formula testuale di “arbitrato irrituale” (art. 7 ult. co.) che autorizzava le parti a compromettere la controversia in arbitri, quando il tentativo di conciliazione avesse avuto esito negativo.

L'art. 806 c.p.c. poneva poi come limite al potere compromissorio delle parti le controversie non transigibili dall'art. 1966 c.c., indicate in quelle relative ai diritti indisponibili, cioè quei diritti del lavoratore derivanti da norme inderogabili di legge o di contratto nel loro momento genetico ovvero che non siano ancora entrati nel patrimonio individuale del lavoratore.

All'arbitrato irrituale faceva riferimento altresì l'art. 7 co. 6 della legge n. 300 del 1970 nella parte in cui prevedeva che “ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria il lavoratore, nei venti giorni successivi all'irrogazione di una sanzione disciplinare nei suoi confronti, possa promuovere la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato”<sup>6</sup>.

1 Art. 806 Compromesso: “Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli artt. 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione”.

2 Art. 807 Forma del compromesso: “Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. Al compromesso si applicano le disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l'ordinaria amministrazione”.

3 Art. 808 Clausola compromissoria: “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto successivo, possono stabilire che le controversie nascenti dal medesimo siano decise da arbitri, purchè si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso. La clausola compromissoria deve risultare da atto scritto a pena di nullità. Le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se ciò sia previsto nei contratti e accordi collettivi di lavoro purchè ciò avvenga, a pena di nullità, senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria. La clausola compromissoria è altresì nulla ove autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità ovvero dichiarare il lodo non impugnabile. La sentenza arbitrale è soggetta all'impugnazione per le nullità previste dall'art. 829 ed anche per violazione e

falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi”.

4 L. 15 luglio 1966, n. 604

5 L. 20 maggio 1970, n. 300

6 Sull'argomento interessanti sono le posizioni prospettate in dottrina tra chi ritiene di poter qualificare come rituale questa forma di arbitrato (cfr. G. Pera, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e di licenziamento secondo lo Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1971, p. 1284) o di doverla segnalare come fattispecie ai confini tra ritualità ed irritualità (cfr. M. Grandi, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.* 1974, I, p.393). Contra L. Montuschi in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori in Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1979, p. 133 ss.; A. Spagnolo Vigorita e Ferraro, in *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, diretto da Prosperetti U., Milano 1975, p. 197 ss. Gli Autori sostengono che la fattispecie è inscrivibile nel modello dell'arbitrato del lavoro irrituale, ritenendo che il co. 6 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori non sembra aver voluto mutare il principio fondamentale del diritto del lavoro consistente nel rifiuto legislativo dell'arbitrato rituale.



Un successivo intervento dispositivo è avvenuto con la legge 533/1973 intitolata “riforma organica del processo del lavoro” che ha interessato sia l’arbitrato rituale che quello irrituale, ed ha completamente superato il precedente divieto codicistico imposto dall’art. 806 c.p.p.

Per quanto concerne nella specie l’arbitrato irrituale, viene oltremodo prevista l’estensione dell’ambito della sua disciplina non solo ai rapporti di tipo subordinato, ma anche a tutti quelli enumerati nell’art. 409 c.p.c., cioè a quei rapporti di lavoro autonomo, purchè consistenti in una collaborazione professionale continuativa e coordinata.

Finalità del legislatore del ’73 è stata dunque quella di tipizzare la figura dell’arbitrato, ammettendolo solo se pre-organizzato dai contratti, accordi collettivi o dalle legge e regolandolo come un procedimento decisorio che poteva anche avere ad oggetto disposizioni inderogabili di legge, di contratti o accordi collettivi stessi. In ogni caso non è stato permesso a questo di assurgere in nessun modo ad equivalente giurisdizionale.

Tuttavia, correlando i principi fondamentali attinenti all’unità della giurisdizione ed il diritto di agire in giudizio con i compiti attribuiti alle organizzazioni sindacali (ex art. 39 Cost) si percepisce con ogni evidenza come le misure arbitrali si inserivano come strumenti subalterni ed inidonei a perseguire risultati sostanziali diversi rispetto ad un ricorso alla giurisdizione ordinaria<sup>7</sup>.

L’articolo 5 co. 1 della legge n. 533 del 1973 prevedeva che l’arbitrato irrituale in materia di lavoro fosse ammesso solo se previsto dagli accordi collettivi, sempre che non venisse meno il diritto delle parti (di ciascuna delle parti) di poter alternativamente adire il giudice del lavoro.

Il secondo ed il terzo comma disponeva l’invalidità del lodo pronunciato in violazioni di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti e accordi collettivi

Tutto ciò portava all’evidente conseguenza che eventuali vizi dell’arbitrato c.d. libero e del correlativo lodo ne comportavano l’annullabilità ex art. 2113 c.c., cioè non potevano essere rimessi all’arbitrato i diritti derivanti da norme inderogabili di legge o di contratti collettivi, essendo in tal caso il lodo impugnabile nel termine di sei mesi dopo la fine del rapporto di lavoro.

Stante l’incertezza sul novero dei diritti inderogabili che peraltro costituiscono il nucleo più cospicuo dei diritti in materia lavoristica, l’istituto non ha avuto nessuna diffusione<sup>8</sup>.

L’unica esperienza interessante è stata quella dell’arbitrato dei dirigenti giacchè vertendo sulle mensilità aggiuntive quali penali per licenziamenti immotivati, sicuramente non coinvolgeva diritti inderogabili.

Ma anche tale arbitrato rimaneva, seppur non impugnabile ex art. 2113 c.c., comunque alternativo al giudizio di fronte al giudice del lavoro; si ritenne infatti che, qualora non fosse stato alternativo, sarebbe incorso nel divieto di cui all’art. 5 co. 1 legge 533 del 1973.

Una tesi che vedeva l’istituto del collegio arbitrale dei dirigenti come un sostanziale arbitraggio fu superata dalla modificazione del contratto collettivo dei dirigenti. Questo introdusse, in sostanza, il concetto di illegittimità del licenziamento, sicchè la previsione di emolumenti che il collegio discrezionalmente attribuiva ai dirigenti licenziati, come effetto costitutivo della pronuncia, divenne invece il riconoscimento di un diritto, come tale soggetto all’alternatività dell’arbitrato rispetto al giudizio innanzi al Magistrato del lavoro<sup>9</sup>.

## 2. Gli indici normativi qualificanti la disciplina dell’arbitrato irrituale

L’art. 43 comma 7 del D.Lgs. 80 del 1998 ha abrogato i co. 2° e 3° dell’art. 5 della legge 533 del 1973. Ciò in ossequio all’inserimento nel nostro codice di procedura civile degli artt. 412 *ter* e *quarter* che recavano in se una disciplina dell’arbitrato già esaustiva in materia di lavoro.

Della previgente disciplina dell’arbitrato irrituale ai sensi della legge n. 533 del 1973 permaneva, a seguito della riforma, il solo primo comma dell’art. 5 il quale disponeva che nelle controversie inerenti i rapporti di cui all’art. 409 c.p.c. l’arbitrato irrituale è ammesso solo nei casi previsti dalla legge o da contratti collettivi con la variante, in quest’ultimo caso, che l’accordo deve avvenire senza pregiudizio per le parti di adire l’autorità giudiziaria.

Ed ancor più le successive modifiche intervenute con il D.Lgs. 387 del 1998 si indirizzano in tal senso con la previsione della rubrica dell’art. 412, novellata e intitolata, “*arbitrato irrituale previsto da contratti collettivi*”.

Finalmente risulta evidente che la disciplina di cui agli artt. 412 *bis* e *ter* riguarda esclusivamente l’arbitrato irrituale in materia di lavoro.

Le norme su citate individuano quindi un tipo di arbitrato irrituale, che è quello previsto da contratto collettivo, che lo rendono simile all’arbitrato rituale<sup>10</sup>.

L’accesso a tale strumento alternativo di risoluzione delle controversie è vincolato, però, da un lato, ad un requisito di carattere formale ovvero che il ricorso alla procedura arbitrale sia previsto all’interno dei contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro e, dall’altro, ad un criterio di carattere sostanziale, secondo cui la contrattazione collettiva deve stabilire “*le modalità della richiesta di devoluzione della controversia ed il termine entro il quale l’altra parte può aderirvi; la composizione del collegio arbitrale, la procedura del presidente e dei componenti le forme ed i modi di espletamento dell’eventuale istruttoria, il termine entro il quale il collegio deve emettere il lodo, i criteri per la liquidazione dei compensi per gli arbitri*”. (art. 412 *ter* c.p.c.)

Venivano dunque previsti meccanismi di contenimento preventivo. Come ap-

<sup>7</sup> Sul punto cfr. R. Flammia, voce *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto C. Mandrioli, *Il processo di cognizione*, Torino 2007.

<sup>9</sup> Sul punto v. in particolare G. Prosperetti, *Il lodo arbitrale del contratto dei dirigenti industriali*, in *Temi Romana*, 1978, p. 127.

<sup>10</sup> A. Pizzoferrato, *Giustizia privata del lavoro (conciliazione e arbitrato)*, Padova 2003, p. 118.



pare de plano il potere di deferire la controversia ad arbitri è subordinato all'infruttuoso esperimento del tentativo di conciliazione che influenza in maniera determinante l'ingressum litis nel procedimento arbitrale.

Ma anche su tale riforma in sede dottrinale non sono mancati contrasti. Vi era chi difatti opinava che il legislatore del 1998 non si sarebbe attenuto alle norme di delega, perché avrebbe esteso il campo di applicazione delle nuove regole a tutte le controversie di lavoro ex art. 409 c.p.c.

Ma a tale obiezione si può facilmente controbattere nel senso che l'art. 11 della l. 59 del 1997 persegue la finalità di attribuire al legislatore delegato il potere di dettare misure processuali e organizzative anche di carattere generale miranti a prevenire le disfunzioni del sistema dovute ad un sovraccarico del contenzioso.

Fissati questi punti centrali, vi è poi un ulteriore aspetto di notevole rilevanza sistemica attinente la natura dell'arbitrato. Le posizioni in dottrina sono sempre state piuttosto contrastanti. Vi è, difatti, chi ha sempre sostenuto la natura irrituale dell'arbitrato del lavoro in virtù della disposizione che espressamente lo qualifica come tale.

Questa formulazione si è però affermata recentemente posto che in passato la previsione dell'impugnabilità per nullità del lodo innanzi alla Corte di Appello e l'esecutività conseguente al deposito dinanzi al giudice faceva tendere per la natura rituale.

La piena irritualità è stata invece sostenuta<sup>11</sup> sulla base di tre argomentazioni. La prima attiene all'art. 43 del D.Lgs. 31 marzo 1998, co. 7 che dispone l'abrogazione dell'art. 5 co. 2° e 3° della legge 11 agosto 1973, n. 533. Inoltre lo stesso art. 19 della legge 387 del 1998 è intervenuto intitolando la norma de qua all'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi. Infine va detto che l'art. 412 ter è una sorta di cornice poiché preordina le modalità con cui i contratti collettivi dovranno regolamentare le procedure arbitrali.

Dello stesso avviso è chi<sup>12</sup> ritiene che il richiamo alla conciliazione obbligatoria tende a rendere omogenea e vincolante la fase della conciliazione sia che la causa venga decisa dal giudice ordinario sia che questa venga posta in essere dal collegio arbitrale.

Ebbene, questa impostazione conduce a due considerazioni: in primo luogo che nelle more della sospensione del procedimento arbitrale non decorrono i tempi per l'emanazione del lodo; in seconda analisi l'inosservanza di tale precetto comporta la nullità del lodo<sup>13</sup>.

La rilevanza delle innovazioni apportate dalla riforma del 1998 conducono ad una sorta di rivitalizzazione dell'istituto in commento anche se, malgrado tutto, per-

mangono significative limitazioni alla diffusione di tale strumento. Ed infatti, la possibilità di ricorrervi era condizionata alla previsione di accordi o contratti collettivi di lavoro, inoltre le citate fonti devono specificatamente regolare tutti gli aspetti procedurali.

In sostanza si può affermare, quindi, che il D.Lgs. del 1998 non ha realizzato quell'intento deflativo del contenzioso giudiziario.

### 3. Il D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 e le recenti modifiche in tema di arbitrato irrituale

Il D.Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 che ha riformato gli artt. 806-807-808 c.p.c. ha mantenuto la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale se e in quanto non derogata dalla disciplina speciale.

In particolare l'art. 806 c.p.c.<sup>14</sup>, così come novellato, prevede la compromettibilità delle controversie che non abbiano per oggetto diritti indisponibili ed effettua un richiamo integrale all'art. 409 c.p.c.

Ne consegue che le controversie sottratte al giudice del lavoro devono ritenersi non comprese nel novero delle controversie arbitrabili.

La norma in questione prevede altresì che l'arbitrabilità delle controversie in materia lavoristica è possibile solo se ed in quanto l'arbitrato sia previsto dalla legge, nei contratti collettivi di lavoro o negli accordi collettivi di lavoro.

In ragione della peculiarità degli interessi in gioco, viene eliminata pertanto ogni possibile contrattazione privatistica.

Tutto ciò porta all'evidente considerazione che, se da una parte il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione dell'arbitrato, dall'altra ha posto notevoli cautele e limitazioni che non sempre rendono agevole l'utilizzazione di questo strumento<sup>15</sup>.

Altro aspetto degno di nota è l'eliminazione nel novellato art. 806 c.p.c. della previsione relativa alla facoltà di adire l'autorità giudiziaria.

Una contestazione può essere mossa al fatto che la riforma non ha previsto nulla riguardo a specifiche condizioni per devolvere in arbitrato controversie di lavoro subordinato o parasubordinato, ma ammette, comunque, che altre leggi pongano ulteriori limiti all'arbitrabilità.

Altro dubbio interessa la nuova previsione contenuta nell'art. 806 c.p.c. 2° co. che ammette le parti all'arbitrato sia attraverso clausole compromissorie sia per mezzo di compromesso.

Ed ancora, come previsto dall'art. 808 c.p.c., il requisito della forma scritta è richiesto per tutti i tipi di convenzione d'arbitrato. Orbene la semplice previsione in

14 L'articolo rubricato "controversie arbitrabili" dispone: "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili, salvo divieto espresso di legge. Le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei

contratti o accordi collettivi di lavoro".

15 Sul punto cfr. F. Rotondi, *Controversie di lavoro: il nuovo arbitrato*, in *Diritto&Pratica del lavoro*, 2006, 16, p. 908.

11 F. Carinci e R. De Luca, *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino 2003.

13 P. Sandulli, *Riflessioni in materia di arbitrato nei rapporti di lavoro subordinato*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2003, fasc. 10, pagg. 1515-1532.

12 B. Capponi, *L'arbitrato in materia di lavoro dopo la riforma del 1998*, Torino 2000.

sede di accordo collettivo non è più sufficiente ad integrare una valida convenzione arbitrale.

Allo stato degli atti, dunque, ai fini dell'applicazione dell'istituto dell'arbitrato sia rituale che irrituale è necessaria, oltre alla previsione generale di legge od accordo collettivo, una convenzione arbitrale scritta.

Da questa considerazione ne discende che le norme in materia di arbitrato, pertanto, trovano sempre applicazione in un patto compromissorio comunque denominato, salva la diversa ed espressa volontà delle parti di derogare alla disciplina legale. Da un'analisi sistematica sembra quasi si possa sostenere che l'arbitrato irrituale sia destinato a diventare una variante dell'arbitrato rituale<sup>16</sup>. In realtà, c'è anche chi non condivide tale formulazione sul presupposto che un'eccessiva ritualizzazione dell'arbitrato irrituale porterebbe all'estrema conseguenza dell'impossibilità di applicare al lodo il regime dei negozi.<sup>17</sup> Sempre per quanto attiene all'arbitrato irrituale occorre dar conto dell'art. 808 *ter* c.p.c. il cui testo dispone che le parti, se intendono utilizzare l'istituto dell'arbitrato irrituale, devono prevedere già nell'accordo compromissorio che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale, derogando specificatamente a quanto previsto dall'art. 824 bis c.p.c.<sup>18</sup>

Ciò comporta che, se manca un preciso riferimento al carattere negoziale, scatta una presunzione in favore dell'arbitrato rituale.

Alla luce delle considerazioni suesposte occorre poi verificare il coordinamento tra la disciplina generale e quella speciale, per il quale l'art. 808 *ter* è *lex generalis* e gli artt. 412 *ter* e *quater* sono *lex specialis*.

Detto ciò è stato ritenuto che la disciplina riferita alle controversie di lavoro non sia automaticamente abrogata per incompatibilità, ma debba essere correlata con la nuova regolamentazione generale prevista dall'art. 808 *ter*; la quale si applica anche a tali controversie, ove non diversamente disciplinato dall'art. 412 *ter* e *quater* c.p.p.c.

#### 4. Conclusioni

L'intento della riforma del 2006 è stato dunque consentire un maggiore sviluppo dell'arbitrato nelle controversie di lavoro e, quindi, attuare quell'intento deflativo del contenzioso giudiziario che rappresenta il fine a cui tende il Legislatore.

In realtà, però, l'esperienza arbitrale nel nostro Paese manifesta un conflitto pre-

sente tra due diverse concezioni delle parti sociali. Un primo orientamento, dettato da una profonda sfiducia nei confronti dello Stato come garante della tutela dei diritti dei lavoratori, tende a potenziare la risoluzione di controversie di lavoro mediante accordi raggiunti direttamente dalle parti (conciliazione) o mediante l'investitura di un soggetto terzo che risolva il conflitto stesso (arbitrato); dall'altra parte, invece, c'è chi sostiene che gli interessi del lavoratore possano essere garantiti solo ed esclusivamente dallo Stato che non può in nessun modo abdicare a quelle che sono le sue prerogative. Tale conflitto di opinioni non ha certo giovato al ricorso dell'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie. In realtà, in tal senso, la riforma del 2006 contiene elementi che possono stimolare e garantire l'uso di tale forma di risoluzione ma, chiaramente, tutto dipenderà da come le linee della riforma stessa saranno recepite dalla contrattazione collettiva e da quanto si renderà vantaggioso l'utilizzo dello strumento arbitrale. Questo, infatti, per rispondere alle esigenze di tutela dei lavoratori deve offrire soluzioni veloci, semplificate e poco onerose.

<sup>16</sup> Come sostenuto dalla dottrina si è affermato che si è in presenza di una sorta di estinzione per incorporazione dell'arbitrato irrituale in quello rituale, avendo il primo esaurito la sua funzione ed essendo quindi venute meno le ragioni del distinguere. Cfr. Monteleone G., *Diritto processuale civile*, Padova 2004, p. 821 ss.; G. Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale*, in *Riv. Arbitrato* 2002, p. 750 ss. Non a caso l'autore ritiene che la norma attribuisca al legislatore delegato poteri che vanno nel senso dell'unificazione dell'arbitrato, tutto disciplinato (indipendentemente

dalla qualificazione del patto compromissorio come rituale o irrituale) dalla previsione del codice.

<sup>17</sup> Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, p. 36 ss.; A. Carbone, *Superata la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale?* In *Corr. Giur.* 1994, p. 1326 ss.; Ladusa, *Arbitrato rituale e libero: ragioni del distinguere*, in *Riv. arb.* 1998, p. 211 ss.

<sup>18</sup> Cfr. G. Monteleone,

Prof. Avv. Bruno  
SASSANI,  
Avv. Barbara  
GUCCIARDI

## L'arbitrato societario

### Sommario

1. *L'arbitrato societario e l'ambito di applicazione della riforma.* 2. *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune.* 3. *La nomina degli arbitri.* 4. *Vincolatività della clausola compromissoria e vincolatività del lodo.* 5. *Le vicende della clausola compromissoria.* 6. *L'intervento nel giudizio arbitrale.* 7. *Questioni pregiudiziali di merito e impugnazione del lodo.* 8. *Tutela cautelare.* 9. *L'obbligo di decidere secondo diritto.* 10. *L'arbitrato societario irrituale* 11. *Arbitrato "economico": l'ambito di applicazione dell'istituto.* 12. *(segue) Il procedimento arbitrale. Nomina, poteri e responsabilità degli arbitratori.* 13. *(segue) I riesami.*

**1. L'**arbitrato societario è lo speciale procedimento arbitrale previsto e regolato dagli artt. da 34 a 37 del D. lgs. n. 5/03 che (sulla base dell'art. 12 della legge di delega n. 366/2001) ha introdotto nell'ordinamento il c.d. processo societario.

L'art. 34 del decreto legislativo prevede che gli atti costitutivi, così come gli statuti, delle società possono contenere clausole compromissorie<sup>1</sup> che prevedono la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società, che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.<sup>2</sup>

È discusso se la nuova disciplina sia applicabile o meno anche alle società semplici. Posto che l'art. 12, co. 3, della legge delega richiama espressamente le «società commerciali», con esclusione, dunque, delle società semplici, ci si è chiesti se l'art. 34 del d.lgs n. 5/03 riproduca implicitamente tale esclusione (come autorizza a pensare una formulazione funzionale alle società commerciali), o se invece la mancata

riproduzione nella norma della limitazione presente nella Delega debba leggersi come un segnale di apertura alle società semplici. La prima alternativa risulta indubbiamente più corretta,<sup>3</sup> sia sotto il profilo costituzionale, dal momento che allontana i sospetti di illegittimità costituzionale per eccesso di delega altrimenti ricadenti sulla norma, che sotto il profilo interpretativo, poiché consente di dare maggiore rilievo ai riferimenti contenuti nella formulazione delle disposizioni in materia di arbitrato societario (quali, ad esempio, riferimenti a maggioranze, delibere assembleari, capitale sociale, iscrizione nel registro delle imprese), indici significativi della incompatibilità della disciplina prevista con la struttura ed il funzionamento delle società semplici.

Nessun problema interpretativo si pone, invece, per l'applicazione della disciplina sull'arbitrato societario alle altre società di persone, società in nome collettivo e società in accomandita semplice, nei confronti delle quali tanto la dottrina che la giurisprudenza<sup>4</sup> riconoscono piena applicabilità degli artt. 34 e ss. del d.lgs n. 5/03.

Per espressa previsione dell'art. 34 d.lgs. 5/2003, le norme sull'arbitrato societario non sono invece applicabili alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325 bis c.c., quelle che vantino, cioè, un patrimonio netto non inferiore a dieci miliardi di lire ed abbiano un numero di azionisti o obbligazionisti superiore a duecento.<sup>5</sup>

Per quanto concerne i limiti oggettivi dell'arbitrato societario, dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 34 si ricava che non sono arbitrabili le controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili e quelle per le quali sia previsto per legge l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (con questa scelta restrittiva, il legislatore delegato non si è avvalso della facoltà conferitagli dall'art. 12 della legge di delega (n. 366/2001) di «prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1»)». Nessun criterio guida è fornito dal legislatore circa l'individuazione della natura disponibile o indisponibile dei diritti, per cui permangono le incertezze giurisprudenziali che si erano registrate in passato in ordine ad alcuni diritti relativi ai rapporti societari. E' certo comunque che dall'alveo dell'indisponibilità vanno sicuramente

1 La norma non menziona il compromesso. La Relazione al d.lgs. n. 5/03 ha affermato che si preferito escludere dalla previsione della norma il compromesso «sulla base di una rigorosa interpretazione della legge delega», richiamante espressamente la clausola compromissoria, senza alcun riferimento al compromesso. Sulle posizioni della dottrina, in relazione a tale scelta normativa cfr. Sassani e Gucciardi, *Commento sub. artt. 34-37 del d.lgs. n. 5/03*, in Comoglio e Vaccarella (a cura di), *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006, p. 3017. La dottrina riconosce unanimemente che l'esclusione del compromesso dall'ambito della riforma, fa sì che il relativo regime resti quello del diritto comune. La medesima soluzione si impone anche per quanto concerne gli accordi compromissori diversi dalla clausola statutaria (per es. accordi accessori a patti parasociali o a contratti di trasferimento di partecipazioni sociali): cfr. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, Riv. dir. proc.

2003, 706 ss. e in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); ampie citazioni di dottrina in Santagada (D'Alessandro, Giorgetti, Zumpano), *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, p. 256. Sulla clausola compromissoria, v. Santoni G., *Le clausole compromissorie nella riforma del diritto societario: questioni esegetiche*, *Studium Juris* 2006; Della Pietra G., *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino 2007, 207 ss.

2 In caso di divergenza tra clausola statutaria e clausola contenuta in atto costitutivo, prevale la prima; così, Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Santagada, *Arbitrato cit.*, 2006, p. 255.

3 Pure fatta propria dalla dottrina maggioritaria, vedi in tal senso Nela, *Commento sub art. 34*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, p. 958; Luiso, *Commento sub art. 34*, Luiso (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, p. 557. Di diverso avviso, Colantuoni, *Commento sub art. 34*, in Lo Cascio (a cura di), *I procedimenti*, Milano, 2006, p. 644, nt. 1, che sottolinea, tuttavia, la concreta difficoltà del ricorso alla particolare clausola compromissoria da parte di società non commerciali.

4 Così, Trib. Trento, ord. 8.11.04 in *Le società*, 2005, 917.

5 Per queste società si pone il problema di individuare quale sia il regime applicabile; se le controversie che le riguardano siano di spettanza esclusiva dell'autorità

giudiziaria, ovvero possano formare oggetto di cognizione arbitrale ai sensi degli artt. 806 e ss. c.p.c. Per una più dettagliata analisi in ordine ai requisiti necessari perché possa parlarsi di società a capitale di rischio ed alle ragioni dell'esclusione di queste società dall'applicazione della disciplina societaria, v. Della Pietra G., *La clausola compromissoria*, cit. 13; Sassani e Gucciardi, *Commento cit.*, p. 3016.

6 Alla data del decreto legislativo l'art. 806 c.p.c. (richiamato a sua volta dall'art. 808) faceva riferimento alle «controversie che non possono formare oggetto di transazione», laddove il testo attuale – successivo alla riforma apportata dal d. lgs. n. 40/2006 – fa riferimento alle «controversie che non abbiano per oggetto diritti indisponibili».

escluse le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, previste come legittimo oggetto di arbitrato dagli artt. 35, co. 5, e 36, co. 1.<sup>7</sup>

Sono dunque arbitrabili le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari<sup>8</sup> e i diritti disponibili relativi al rapporto sociale.<sup>9</sup>

L'inerenza della controversia al rapporto sociale va valutata in termini ampli, dovendosi in essa ricomprendere non solo le controversie aventi ad oggetto l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione del rapporto societario, ma anche quelle vertenti su diritti il cui titolo si identifichi con il rapporto sociale.<sup>10</sup>

**2. La disciplina speciale introdotta dalla riforma ha posto problemi di coordinamento con la disciplina c.d. "di diritto comune" dettata dagli artt. 806 e ss. del c.p.c.<sup>11</sup>** ed ha portato la dottrina a domandarsi, in particolare, se le norme in materia di arbitrato societario siano norme inderogabili, o se piuttosto non sia rimessa alla società la scelta, tra modello speciale e modello codicistico, circa il modello da seguire.

Un primo orientamento dottrinale, muovendo dall'espresso riferimento alla inderogabilità del procedimento arbitrale, operato dalla rubrica dell'art. 35 del d.lgs n. 5/03, propende per la prima soluzione, ammettendo però un'applicazione in via residuale della disciplina codicistica in tutti quei casi nei quali<sup>12</sup> deve ritenersi esclusa l'operatività della normativa speciale.<sup>13</sup>

7 Sull'erronea opinione espressa in giurisprudenza (v. per es. Trib. Lucca 11.1.05, in *www.judicium.it*, con Nota giustamente critica di Merone) che esclude l'arbitrabilità di tali controversie v. Sassani e Gucciardi, *Commento cit.*, p. 3016.

8 Circa l'esistenza di eventuali limiti all'arbitrabilità delle delibere assembleari, si registrano in dottrina posizioni contrastanti: alcuni autori pongono come criterio generale, anche per l'impugnazione delle delibere, il requisito della disponibilità di cui all'art. 34, co. 1 e 5 (così, Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *www.judicium.it*, . 2; Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e controversie sulla natura del lodo*, in *RTDPC*, 2004, p. 124), altri invece prescindono dal carattere disponibile o meno dei diritti coinvolti e ritengono che tutte le deliberazioni assembleari siano suscettibili di decisione arbitrale (in tal senso, Luiso, *Appunti cit.*, . 2). Per una trattazione della problematica ed una rassegna degli orientamenti presenti in dottrina, cfr. Groppoli, *L'incidenza dell'interesse "sociale" sull'arbitrabilità*, in *Riv. Arb.*, 2006, p. 299 e ss.; Santoni G., *Le clausole compromissorie cit.*, 4.

9 In argomento, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 612 ss.; Luiso, *Commento cit.*, p. 562 ss.; Majorano, *Commento sub art. 34*, in *NLCC*, 2005, p. 652; Merone, *La compromettibilità in arbitri delle impugnazioni di delibere assembleari*, in *www.judicium.it*; Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *RTDPC*, 2004, p. 499 ss.; Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 259 ss.; Zoppini, *I «diritti*

*disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *www.judicium.it*.

10 In questi termini, Luiso, *Appunti cit.*, p. 711 e ss.; Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 265.

11 In virtù della clausola generale di rinvio, contemplata dall'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 5/03, si devono intendere richiamate, "per quanto non diversamente disciplinate dal presente decreto" e compatibilmente con la disciplina speciale introdotta dalla riforma, le disposizioni del codice di procedura civile.

12 Così, per esempio, quando si tratti di società facenti ricorso al capitale di rischio, conformemente alla previsione dell'art. 34, o di società semplici, secondo l'interpretazione prevalente; così anche, quando si abbia a che fare con arbitrati fondati su compromesso o su accordo compromissorio diverso da clausola statutaria, come nel caso, ad esempio, di accordo accessorio a patti parasociali o a contratti di trasferimento di partecipazioni sociali. Sui patti parasociali Della Pietra G., *La clausola compromissoria*, cit., 8.

13 Così, Luiso, *Commento sub art. 34 cit.*, p. 558; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1286, secondo cui, diversamente opinando, le parti potrebbero tranquillamente discostarsi dall'osservanza delle disposizioni dettate dagli artt. 34 e ss., d.lg. n. 5 del 2003, adducendo poi come giustificazione quella di aver voluto dare vita ad un arbitrato di diritto comune.

Altro orientamento<sup>14</sup> opta invece per la soluzione opposta, ritenendo che la disciplina dettata dalla riforma si affianchi senza sostituirla alla disciplina delineata dal codice di rito, e riconosce pertanto alla società la facoltà di scegliere, tra arbitrato societario e arbitrato di diritto comune, quello che più si presti a soddisfare le proprie specifiche esigenze.<sup>15</sup>

Come si avrà modo di vedere in seguito (*sub* 3), la risposta che si dà a tale interrogativo si riflette sulla soluzione del diverso ed ulteriore problema della sorte delle clausole compromissorie previgenti alla riforma societaria che, difformi rispetto alla nuova normativa, non si siano a questa successivamente uniformate.

**3. La novità forse più rilevante introdotta dalla riforma è il nuovo meccanismo di nomina degli arbitri.** L'art. 34, co. 2, dispone che la clausola compromissoria deve conferire, "a pena di nullità, il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società". La norma, innovando la materia, prevede dunque che la designazione degli arbitri non sia più rimessa alle parti,<sup>16</sup> ma venga affidata ad un terzo estraneo alla società.<sup>17</sup>

Il nuovo sistema di nomina degli arbitri concepito dalla riforma risponde pienamente ad una moltitudine di esigenze avvertite sempre di più tra gli operatori del setto-

14 Sostenuto in dottrina da Auletta, *Commento sub art. 34*, in Sassani (a cura di) *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, p. 328; Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 253; Nela, *Commento cit.*, p. 932 ss.

15 Conducono in tal senso, come opportunamente segnalato dalla dottrina da ultimo richiamata, sia la mancanza di una norma che preveda l'adeguamento obbligatorio delle clausole statutarie delle società di persone alle disposizioni inderogabili del d.lgs. n. 5/03; sia l'assenza di una norma analoga agli artt. 223 bis, co. 5, e 223-duodecies, co. 4, disp. att. c.c., che per le società di capitali e per le società cooperative fissano, rispettivamente, nel 30.9.2004 e nel 31.12.2004, il termine massimo di vigenza delle disposizioni statutarie in contrasto con le norme del d.lg. n. 6/03; che infine la mancanza di una norma analoga a quella contenuta negli artt. 223 bis, co. 6, e 223-duodecies, co. 5, disp. att. c.c. che vieti, a far data dal 1°.1.2004, l'iscrizione nel registro delle imprese delle società di capitali e delle società cooperative che contengano disposizioni difformi da quelle previste dagli artt. 34 e ss., d.lgs. n. 5/03.

16 La sottrazione della nomina degli arbitri alle parti e la conseguente assegnazione della stessa ad un terzo non sembra violare alcun principio fondamentale in materia di arbitrato. Non sembra a tutt'oggi vigente un principio che rimetta alle parti la designazione del collegio arbitrale. Come osserva, correttamente, Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie cit.*, p. 488, "piuttosto il principio irrinunciabile è che le parti debbano avere uguale peso nella formazione del collegio; e tale uguaglianza è salva ove tutte le parti, appunto ugualmente, non abbiano alcun potere di nomina".

17 La dottrina prevalente ha accolto con favore la novità, cfr.

Luiso, *Commento cit.*, p. 572 e ss.; Nela, *Commento cit.*, p. 966 e ss.; Auletta, *Commento cit.*, 9; Corsini, *L'arbitrato cit.*, 9; Majorano, *Commento cit.*, p. 647; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie cit.*, p. 488. Non sono mancate peraltro voci di dissenso che hanno avanzato perplessità varie che vanno da una sua presunta estraneità alla logica dell'arbitrato (v. per es. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *RTDPC*, 2003, p. 956, secondo cui tale scelta legislativa priverebbe l'arbitrato "di una delle sue maggiori attrattive"), all'eccesso di delega, al sospetto di incostituzionalità per sconfinamento nell'arbitrato obbligatorio (cfr. Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, 522-3). Nessuna delle critiche (vedine ragionata rassegna in Santagada (D'alessandro, Giorgetti, Zumpano), *Il nuovo processo societario cit.*, 275 e ss.) sembra veramente fondata (in particolare sul preteso eccesso di delega v. Majorano, *I procedimenti in materia commerciale cit.* 763 s.). Quanto al preteso sconfinamento nell'obbligatorietà, va considerata la significativa posizione contenuta in C. cost. n. 221/05 (in *Riv. arb.* 2005, 519 ss., con Nota di Verde, *La Corte costituzionale fa il punto su Costituzione e arbitrato*, e in *Giur. it.* 2006, 1452 con Nota di Lombardini, *Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche*) che mette in chiaro che le modalità previste per lo svolgimento dell'arbitrato non appartengono ai parametri di valutazione della sua obbligatorietà. Ponendo il giudizio sulla non obbligatorietà dello strumento arbitrale su un piano diverso da quello delle regole di designazione dell'organo giudicante, la Corte spezza il legame tra scelta compromissoria e nomina degli arbitri (soluzione auspicata dalla dottrina dell'arbitrato multipartito: cfr. Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 464; Luiso, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 2001, 605 ss.).



re. Esso garantisce, innanzitutto, una maggiore indipendenza ed imparzialità degli arbitri. Nonostante infatti l'art. 34 non preveda espressamente che il corpo arbitrale debba essere scelto tra soggetti estranei alla compagine associativa, dalla previsione secondo cui la nomina del terzo deve ricadere su soggetto estraneo alla società non può che ricavarsi una chiara indicazione in tale direzione.<sup>18</sup> Si è fatto così un importante passo in avanti verso il superamento di quella prassi, consistente nel nominare come arbitri soggetti interni alla società quali, ad esempio, il collegio sindacale o il collegio dei probiviri, che aveva da tempo preso piede e che suscitava forti dubbi in dottrina e giurisprudenza.

Il meccanismo di designazione degli arbitri consente poi di risolvere il problema dell'arbitrato con pluralità di parti, assai frequente nell'esperienza societaria. Alle difficoltà di tale tipologia di arbitrato – strutturalmente incompatibile con il sistema binario di nomina degli arbitri – si era tentato di ovviare trasformando quello che nasceva come un arbitrato “multiparti” in un arbitrato a due sole parti. Si era suggerito così di raggruppare i soggetti coinvolti nella lite in due distinti schieramenti, individuati in base alla “vicinanza degli interessi” di cui erano portatori, e di ricorrere poi per la nomina degli arbitri al noto schema binario. Lungi dal risolvere alla radice il problema, tale soluzione, assegnando uno stesso arbitro a soggetti portatori di interessi non omogenei (anche se ontologicamente vicini),<sup>19</sup> finiva però per creare un'evidente disparità di trattamento tra la parte pienamente libera nella scelta del proprio arbitro e i soggetti costretti a negoziare la designazione. Il problema può dirsi ora definitivamente risolto grazie al nuovo meccanismo di nomina previsto dall'art 34 che, attribuendo ad un terzo estraneo alla società il compito di provvedere alla designazione degli arbitri, assicura la piena parità ed il medesimo grado di rappresentatività a tutte le parti coinvolte nella lite.<sup>20</sup>

Il sistema di nomina eterodiretta si rivela, infine, di estrema utilità anche per un ulteriore aspetto. Esso permette infatti, di “rendere possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale”<sup>21</sup> (*infra* 6).

L'art. 34 prevede, come si è detto, che la clausola compromissoria debba conferire “a pena di nullità” il potere di nominare gli arbitri a soggetto estraneo alla società.<sup>22</sup> Ma cosa accade se, derogando a tale regola, la clausola statutaria assegna a soggetto non estraneo alla società il compito di designare il collegio arbitrale? E qual è la sorte delle

clausole preesistenti alla riforma che, difformi rispetto al modello di nomina eterodiretta, non siano state modificate in senso conforme alla disciplina societaria?

I due problemi, come si intuisce, sono strettamente connessi, rappresentando il secondo un aspetto particolare del primo. La dottrina che se ne è occupata si è attestata su posizioni diverse. Circa il primo problema, taluni ritengono che la clausola, che prevede un sistema di nomina diverso dalla nomina eterodiretta, sia affetta da nullità radicale, con la conseguenza che le controversie devolute in arbitrato ricadrebbero nella giurisdizione del giudice statale;<sup>23</sup> altri ritengono, invece, che essa sia viziata da nullità parziale, per cui, salva la scelta della via arbitrale, verrebbe colpita da nullità solamente quella parte della clausola che contiene modalità di nomina diverse da quelle indicate dal co. 2 dell'art. 34. Tra coloro che fanno propria quest'ultima opzione interpretativa, alcuni suggeriscono di colmare la lacuna venutasi a creare tramite l'applicazione dell'art. 1419, co. 1, c.c., sostituendo la parte invalida della clausola con l'art. 809, co. 3, c.c.,<sup>24</sup> mentre altri suggeriscono di fare ricorso al meccanismo previsto dall'art. 1419, co. 2, c.c., e di fare ugualmente applicazione dell'art. 809, co. 3, c.c.<sup>25</sup> Un diverso orientamento ritiene, infine, che la non conformità della clausola compromissoria al sistema di nomina previsto dall'art. 34 non ne comporti la nullità bensì produca solo l'effetto di non consentire l'applicazione della disciplina speciale e, quindi, valga quale mera rinuncia ai suoi benefici (sistema del cd. “doppio binario”).<sup>26</sup>

Anche quanto al secondo problema (sorte delle clausole preesistenti che, valide fino all'entrata in vigore della riforma, rischiano ora di essere dichiarate affette da nullità so-

23 Così, Nela, *Commento cit.*, p. 968 s., che sottolinea come la ratio dell'art. 34 sia propriamente quella di “sottrarre alle parti la nomina degli arbitri e non il potere di nomina del terzo” ed evidenzia, quindi, come in caso di mancata indicazione del terzo estraneo, non si possa fare ricorso ad un'applicazione analogica dell'art. 810 c.p.c. che prevede l'intervento del presidente del tribunale in funzione sostitutiva del terzo, ma si debba considerare la clausola affetta da nullità totale. Nello stesso senso, Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, p. 23 e ss., il quale rileva come la nullità dell'intera clausola arbitrale costringa soci ed organi della società a rivolgersi all'autorità giudiziaria per la risoluzione delle controversie “salvo trovare un accordo, una volta sorta la lite, per la stipulazione di un compromesso arbitrale”; Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, p. 521-2; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale cit.*, 957. La tesi della nullità radicale è sposata in giurisprudenza da Trib. Trento, 8.4.2004, in *Giur. it.*, 2005, 116; Trib. Udine, 4.11.2004, in *Società*, 2005, n. 6; Trib. Latina, 22.6.2004, in *DPS*, 2005, 2, 73.

quanto, secondo il principio generale di cui all'art. 1419, co. 2, c.c. la clausola nulla può essere sostituita dalla clausola prevista dalla legge in modo cogente;

26 Fatto proprio da Auletta, *Commento cit.*, p. 341 e Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 278-9. Merone, *Le due forme di arbitrato e la materia societaria: un rapporto da ricostruire in termini di alternatività*, in *Giur. mer.*, 2006, I, in nota a Trib. Catania, 26.11.2004, p. 121-2, il quale osserva come per l'introduzione delle clausole nei nuovi statuti sia richiesta una maggioranza (pari ai due terzi del capitale sociale) di gran lunga superiore a quella necessaria per altre modificazioni dello statuto (quali ad es. la modifica dell'oggetto sociale o la trasformazione della società) e rileva come, a ritenere inderogabile la nuova disciplina societaria, si “finirebbe per mortificare qualunque forma di favor nei confronti dell'arbitrato, poiché si dovrebbe necessariamente concludere che sulla base della riforma sarà ben più difficile procedere all'inserimento delle clausole compromissorie in statuti e atti costitutivi” di quanto non lo sia stato prima; Salafia, *Alcune questioni di interpretazione del nuovo arbitrato societario*, in *Società*, 2004, 1457 e ss. il quale, partendo dal riconoscimento (pacifico in dottrina) della legittimità del compromesso stipulato con riferimento ad una lite specifica dopo la sua insorgenza, si domanda: “perché mai dovrebbe escludersene la legittimità se quel compromesso, con la formula tipica della clausola statutaria, venisse concepito dai soci e dalla società come forma giurisdizionale generale per la risoluzione delle loro controversie?”.

24 Cfr. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie cit.*, p. 489, nt. 55.

25 Di tale avviso, Luiso, *Commento cit.*, p. 576-7. Cfr. Lodo Arb. Lucca, 17.9.2004 (in *Riv. Arb.*, 2005, 595 ss.) ritiene che la clausola compromissoria che non prevede la designazione di un terzo estraneo alla società per la nomina di tutti gli arbitri non comporti l'impraticabilità dell'arbitrato in

18 È evidente, infatti, che, se si è ritenuto opportuno che il soggetto incaricato di effettuare la nomina degli arbitri non facesse parte della compagine sociale, tale regola non può che valere, a maggior ragione, anche per gli arbitri.

multiparti; oggi il fenomeno è regolato dall'art. 816-*quater*.

21 Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs n. 5/03.

19 Per quanto, infatti, le posizioni di due parti possano essere assimilabili, è evidente che non ci sarà mai una omogeneità di interessi tale da giustificare il raggruppamento nel medesimo schieramento e, conseguentemente, l'attribuzione del medesimo arbitro.

22 La norma non prevede alcuna sanzione, invece, per la mancata previsione del numero e delle modalità di nomina degli arbitri, nel qual caso sembra potersi applicare il combinato disposto degli artt. 809 e 810 c.p.c. In questo senso, Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, p. 521; Carpi, *Profillo dell'arbitrato in materia di società*, *Riv. Arb.*, 2003, p. 423; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale cit.*, p. 957.

20 Alla data del decreto legislativo n. 5/03 il codice di rito non prevedeva alcun meccanismo atto a gestire l'arbitrato



pravvenuta e, conseguentemente, di far ricadere nella giurisdizione le controversie prima oggetto di arbitrato) non si registra unitarietà di vedute né in dottrina né in giurisprudenza.<sup>27</sup>

La soluzione della questione risulta, peraltro, in parte condizionata dalla posizione che si assume in relazione al problema dei rapporti tra arbitrato societario e arbitrato di diritto comune. Difatti, se si aderisce alla tesi che attribuisce piena validità alle clausole (successive al d.lgs n. 5/03) che prevedono un meccanismo di nomina degli arbitri difforme rispetto a quello indicato dall'art. 34, co. 2, in quanto espressione della volontà della società di dar vita ad un arbitrato di diritto comune, a maggior ragione non può che riconoscersi efficacia ultrattiva alle clausole preesistenti non modificate in senso conforme alla riforma.<sup>28</sup> Se si accoglie, al contrario, la tesi della inderogabilità delle nuove norme societarie, con conseguente obbligo per la società di fare applicazione della disciplina speciale, si schiude invece un variegato ventaglio di opzioni<sup>29</sup> che partendo dalla tesi che fa salva la validità delle clausole preesistenti non uniformate alla previsione dell'art. 34, co. 2<sup>30</sup>, passa per la tesi della nullità parziale,<sup>31</sup> fino ad arrivare alla tesi estrema – che sembra raccogliere, però, i maggiori consensi in giurisprudenza – della nullità radicale delle stesse.<sup>32</sup>

27 Il numero di pronunce giurisprudenziali che si sono occupate del problema – una ventina circa in soli tre anni – dimostra come questo sia uno dei temi più caldi di tutta la riforma.

28 Così, Auletta, *Commento cit.*, p. 341 e Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 253 ss.; Salafia, *Alcune questioni di interpretazione cit.*, p. 1459-60; Merone, *Le due forme di arbitrato cit.*, p. 122, secondo cui “la clausola compromissoria deve essere considerata nulla solo nelle ipotesi di effettivo conferimento del potere di nomina ad un terzo, il quale non risulti, in concreto, estraneo o indipendente rispetto alla compagine sociale”. In giurisprudenza, cfr. Trib. Bologna, 25.5.2005, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1640 e ss.

29 Per un quadro esaustivo delle soluzioni proposte in dottrina, vedi Cerrato, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 516 e ss.

30 In questo senso, cfr. Nela, *Commento cit.* p. 930 e ss. e, più specificamente, in *Cenni sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. it.*, 2005, p. 117-8, il quale ritiene che non sussista alcun obbligo, per le società, di modificare le clausole preesistenti in conformità al modello previsto dall'art. 34 e che insiste per l'ultrattività delle stesse nonostante il mancato adeguamento, con relativa applicazione delle norme di diritto comune. In giurisprudenza, vedi Trib. Udine, 4.11.2004, in *Società*, 2005, n. 6, secondo cui “non incorrono in una nullità sopravvenuta le clausole compromissorie statutarie contenute negli atti costitutivi e negli statuti societari adottati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/03. La nullità rimane, infatti, un vizio genetico dell'accordo delle parti, dipendente dalla situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della conclusione del contratto e non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere degli accordi negoziali già

perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori (nel caso delle clausole compromissorie quello di obbligare le parti a sottomettere le controversie future al giudizio degli arbitri, sia pure condizionatamente al concreto insorgere di una controversia)”; Trib. Genova, 7.3.2005, in *Corr. Mer.*, 2005, 759.

31 Nella prospettiva indicata, fatta salva la volontà della società in ordine alla scelta arbitrale, si procede alla sostituzione della parte della clausola inficiata dalla nullità con il disposto dell'art. 809, co. 3, c.p.c. che attribuisce il potere di nomina degli arbitri direttamente al presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Vedi, in giurisprudenza, Trib. Torino, 27.9.2004, in *Dir e prat. soc.*, n. 10, 80; Lodo Arb. Lucca, 17.9.2004, in *Riv. Arb.*, 2005 cit. *Contra* App. Torino, 4.8.2006, in *Giur. It.*, 2007, II, 398; Trib. Milano, 25.6.2005, *Ivi*, 2006, n. 8-9, 1639 e ss. Contrari in dottrina, Soldati, *Le clausole compromissorie cit.*, p. 24 e ss; Cerrato, *Un tema senza pace: le clausole arbitrali tra vecchio e nuovo diritto*, in *Giur. It.*, 2007, n. 2, 400 e ss.

32 Con la conseguenza che controversie prima arbitrabili verranno devolute alla giurisdizione statale, con buona pace della decisione della società di sottoporre le controversie al giudizio degli arbitri. Così, Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale cit.*, p. 968-9, nt. 135; Soldati, *Arbitrato societario e nullità della clausola arbitrale binaria*, in nota a Lodo arb. Genova, 29.4.2005, in *Riv. Arb.*, 2006, I, 169 e ss. In giurisprudenza vedi, ad esempio, Trib. Trento, 11.2.2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699 ss.; Trib. Trento, 8.4.2004, in *Società*, 2004, 996 ss.; Trib. Latina, 22.6.2004, in *Società*, 2005, 93 ss.; Trib. Catania, 26.11.2004, in *Corr. Giur.*, 2005, 1131 ss.; Lodo arb. Genova, 29.4.2005, cit.; Trib. Milano, 4.5.2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653 ss.; Trib. Milano, 25.6.2005, cit.; Trib. Milano, 21.10.2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 512; App. Torino, 4.8.2006 cit.; e da ultimo, Trib. Roma, 23.3.2007, in *www.judicium.it*.

Problema ulteriore (che non si pone – ovviamente – nel caso in cui si aderisca al “doppio binario”), infine, è quello dell'applicabilità della disciplina transitoria – artt. 223-bis,<sup>33</sup> 223-duodecies e 223-terdecies disp. att. c.c. con riferimento alla normativa sostanziale – anche alla disciplina processuale (in particolare, con riguardo all'obbligo di adattamento degli statuti alle disposizioni previste a pena di nullità per le clausole compromissorie dell'art. 34), con conseguente ultrattività delle clausole rispettivamente fino al 30.9.2004, al 31.3.2005 ed al 30.6.2005. Anche qui si dividono il campo orientamenti diversi: un primo orientamento, sulla base del richiamo operato dall'art. 41 d.lgs. n. 5/2003 all'art. 223-bis disp. att. c.c., ritiene che la clausola arbitrale non adeguata conservi validità fino allo spirare del termine transitorio;<sup>34</sup> un secondo, più rigoroso, sull'assunto della non riferibilità della normativa transitoria sopracitata alla disciplina processuale, ritiene invece che già a partire dal 1°.1.2004<sup>35</sup> tale clausola debba considerarsi viziata da nullità sopravvenuta.<sup>36</sup>

4. Altra novità di rilievo, introdotta dall'art. 34, co. 3, è costituita dalla vincolatività della clausola compromissoria per la società e i soci. Tale previsione consente di ritenere l'accordo compromissorio contenuto nell'atto costitutivo opponibile nei confronti della società e di tutti i soci, creando così il presupposto per un effettivo ricorso alla tutela arbitrale.

Per soci si intendono, in primo luogo, quanti si trovino a far parte della compagine sociale al momento dell'approvazione della clausola compromissoria. In tale categoria vanno ricompresi, tanto coloro che abbiano espresso parere favorevole all'introduzione della clausola arbitrale nello statuto sociale, quanto gli assenti ed i dissenzienti. Scelta legislativa di promozione dell'effettività del ricorso alla tutela arbitrale, essa mira ad evitare l'accusa di incostituzionalità per “obbligatorietà” conferendo ad assenti e dissenzienti il potere (art. 34 c. 6) di esercitare il diritto di recesso entro i successivi novanta giorni. Per parte della dottrina, peraltro, tale potere non sarebbe sufficiente a mettere la norma al riparo dall'incostituzionalità.<sup>37</sup>

33 Secondo cui “Le società di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro V, del codice civile, iscritte nel registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004” (comma 1), e “Fino alla data indicata al primo comma, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto” (comma 5).

34 Fatto proprio, da ultimo, da Trib. Forlì, 4.11.2005, in *Giur. it.*, 2007, II, 398 e ss. In tal senso anche Trib. Trento 11.2.2004, in *Giur. mer.*, 2004, 1699 e ss.; Trib. Trento, 8.4.2004, in *Società*, 2004, 996 e ss.; Lodo arb. Bologna, 15.10.2004, *Ivi*, 2005, 1176 e ss.; Trib. Catania, 26.11.2004, in *Corr. giur.*, 2005, 1131 e ss.

35 Per quanto riguarda le società di persone parte della dottrina ritiene che, non avendo il legislatore indicato alcun periodo transitorio per procedere all'adeguamento delle clausole statutarie, la disciplina arbitrale frutto della riforma operi già

dal 1°.1.2004. Così, Dalmotto, *Articolo 41. Disciplina transitoria*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, p. 1094; Occhipinti, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2005, 3, 599.

36 Cui ha aderito, da ultimo, App. Torino, 4.8.2006, in *Giur. it.*, 2007, II, 398 e ss. Tra i precedenti conformi, Trib. Trento 8.04.2004, in *Società*, 2004, 996 e ss.; Trib. Latina, 22.6.2004, *Ivi*, 2005, 93 e ss.

37 Con accenti vari sollevano problemi di compatibilità della disciplina con il principio consensualistico sul quale si fonda l'arbitrato, e con il divieto di arbitrato obbligatorio. Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *RTDPC*, 2004, p. 516 e Novello, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005, I, p. 57 ss.

Nella categoria dei soci vanno compresi poi – secondo l’interpretazione ormai prevalente – i nuovi soci<sup>38</sup>, quelli cioè che succedano nella qualità di socio a seguito di atto *inter vivos* o *mortis causa*, o che acquistino tale qualità in un momento successivo alla costituzione della società, in virtù di un atto di adesione. Per questi ultimi soggetti, l’interpretazione accolta consente di risolvere la dibattuta questione relativa all’efficacia della clausola compromissoria nei confronti dei soggetti che subentrino nella qualità di socio in vigenza della clausola. Tale soluzione interpretativa (che rivela un indiscutibile *favor* per l’arbitrato) si pone in una linea di continuità con gli approdi della giurisprudenza<sup>39</sup> che, ritenendo sufficiente, ai fini dell’assoggettamento al patto compromissorio, la sottoscrizione da parte del nuovo socio della dichiarazione di presa visione ed accettazione dello statuto, si è orientata per lo più nel senso di escludere la necessità del ricorso ad una specifica approvazione della clausola compromissoria ai sensi dell’art. 1341, 2° co., c.c.<sup>40</sup> Tanto per i soci che aderiscano successivamente alla società, che per quelli che succedano ad altri nella qualità, può dirsi dunque che la volontà compromissoria viene considerata implicita nella volontà di entrare a far parte della società.<sup>41</sup>

Nella previsione in esame rientrano, infine, coloro “*la cui qualità di socio è oggetto della controversia*”. In proposito occorre evidenziare che, a dispetto dell’ampiezza della formula utilizzata dall’art. 34, co. 3, una interpretazione costituzionalmente orientata<sup>42</sup> suggerisce di distinguere tra controversie vertenti su fatti estintivi della qualità di socio e controversie aventi ad oggetto la costituzione del vincolo sociale; nel primo caso il campo di applicazione della norma appare incondizionato; nel secondo caso, mancando la certezza del presupposto del vincolo compromissorio, cioè l’assunzione dello *status* di socio, la competenza arbitrale “sussiste solo se vi è effettivamente stata l’acquisizione della qualità di socio”.<sup>43</sup>

38 La lettura estensiva della norma è giustificata dalla generale previsione di efficacia della clausola arbitrale nei confronti di “tutti i soci” (art. 34, co. 3) senza distinzione tra soci fondatori e soci subentranti.

39 A partire da Cass. SU., 3.8.2000, in *Corr. Giur.* 2001, con Nota di Consolo, Ruffini e Marinelli; in *Riv. Dir. Process.*, 2001, con Nota di E. F. Ricci, *La natura dell’arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Riv. Arb.*, 2000, 669, con Nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla “natura” dell’arbitrato*; in *Giust. Civ.*, 2001, I, 761, con Nota di Monteleone, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto arbitrato rituale*, in *Giur. It.*, 2001, 1107, con Nota di Canale, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*.

40 Soluzione, questa, proposta invece da quella parte della dottrina che sottolinea come la dichiarazione scritta di adesione alla società, per le conseguenze di indubbio rilievo che comporta, debba essere rivestita di un maggior formalismo al fine di evitare che i nuovi

soci si ritrovino inconsapevolmente devolute ad arbitri le loro liti; cfr. Nela, *Commento cit.*, p. 962.

41 Così Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, p. 516, il quale evidenzia come “*l’eventuale manifestazione di volontà con la quale un soggetto rifiuta di accettare la clausola compromissoria statutaria dovrebbe coerentemente impedirne l’acquisto della qualità di socio*”.

42 Auspicata da Luiso, *Il nuovo processo societario*, p. 569; Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 267; Ruffini, *La riforma dell’arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1531; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale cit.*, p. 948, la quale ritiene la clausola opponibile solo nei confronti di quei soggetti per i quali “*si siano realizzati i presupposti per la sussistenza del vincolo arbitrale*”.

43 Cfr. Luiso, *Il nuovo processo societario*, p. 569, che specifica che in tal caso l’arbitro “*dovrà esaminare la questione e, se la risolve positivamente, deciderà nel merito la controversia; altrimenti dichiarerà di non avere il potere di decidere*”.

Come si è detto, la clausola compromissoria è vincolante anche nei confronti della società. Parimenti per le statuizioni del lodo (art. 35, co. 4), cosa che ovviamente presuppone che la società sia restata terza rispetto al procedimento arbitrale.

L’art. 34, co. 4 prevede inoltre che tra le controversie oggetto di clausola compromissoria possano essere ricomprese anche quelle promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti, e che in tal caso la clausola spieghi efficacia vincolante verso di loro dal momento dell’accettazione dell’incarico. Subordinando l’efficacia della clausola all’accettazione, la legge elimina il problema (già segnalato quanto ai soci), della possibilità di applicazione del regime compromissorio anche a soggetti che contestino la realizzazione nei loro confronti del presupposto della soggezione all’arbitrato. Parte della dottrina ha dubitato della legittimità costituzionale<sup>44</sup> di tale previsione evidenziando come l’accettazione dell’incarico non implichi un’automatica adesione alla clausola compromissoria ed ha pertanto suggerito, in un’ottica costituzionalmente orientata, di interpretare la norma come se facesse salva la manifestazione di volontà contraria.<sup>45</sup>

La norma è suscettibile di applicazione estensiva anche nei confronti dei membri di organi sociali nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo (consiglio di sorveglianza, consiglio di gestione).<sup>46</sup>

**5. La riforma subordina l’approvazione delle modifiche dell’atto costitutivo della società, introduttive o soppressive della clausola compromissoria, al raggiungimento di una maggioranza particolarmente qualificata, che l’art. 34, co. 6, individua nei due terzi del capitale sociale.**

La norma persegue lo scopo di tutelare i soci da qualsiasi variazione del regime di risoluzione delle controversie adottato dall’atto costitutivo; si è voluto in questo modo proteggere il socio da improvvisi sovvertimenti dell’assetto preesistente, assicurando, così, che le modificazioni che raggiungano il *quorum* richiesto siano realmente il prodotto di una significativa partecipazione sociale.

Altro strumento di tutela dei soci è costituito dal diritto di recesso, esercitabile en-

44 Per un quadro generale delle posizioni assunte in dottrina, vedi Restano, *Brevi considerazioni sull’arbitrato societario quale strumento per la risoluzione delle controversie tra amministratori e società*, in *Giur. It.*, 2006, 8-9, 1643 e ss.

45 Vedi, Luiso, *Il nuovo processo societario*, cit. p. 569. Nel medesimo senso, Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, p. 517; Corsini, *L’arbitrato cit.*, p. 1292, secondo il quale, “*l’accettazione della carica comporta anche accettazione della clausola compromissoria, salva la menzione di un’espressa volontà contraria, in linea con il principio per cui l’arbitrato si deve fondare su una libera opzione delle parti*”. In chiave pragmatica, peraltro, si è suggerito (Soldati, *Le clausole compromissorie cit.*, p. 147) di “*richiedere un’espressa accettazione dell’incarico da parte di tali soggetti*,”

accettazione che contempra anche quella della clausola compromissoria contenuta all’interno dello statuto”. La possibilità dell’arbitrato societario nelle controversie con amministratori, liquidatori e sindaci presuppone peraltro che il relativo rapporto non ricada in fattispecie regolate dall’art. 409 c.p.c.: in tal caso andrebbero piuttosto applicate le disposizioni relative all’arbitrato nelle controversie di lavoro (Bisignani, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, a cura di Alpa e Galletto, Milano 2004, 235 ss.; Luiso, *Il nuovo processo societario*, a cura di Luiso, Torino 2006, 572).

46 Cfr. Corsini, *L’arbitrato cit.*, 1293; Morellini, *Le parti e l’oggetto dell’arbitrato societario: spunti per una riflessione*, in *Società*, 2005, 81.

tro novanta giorni dalla deliberazione, che viene accordato ai soci assenti o dissenzienti, che non intendano rimanere vincolati dal sistema di risoluzione delle controversie approvato dalla maggioranza. La norma si preoccupa di coordinare la regola della vincolatività della clausola compromissoria nei confronti di tutti i soci (art. 34, co. 3) con il principio consensualistico, secondo cui la scelta della via arbitrale deve essere espressione della volontà delle parti,<sup>47</sup> e consente ai soci di liberarsi dal regime di tutela dei diritti approvato dalla maggioranza previo recesso dalla società.

Per quanto riguarda il procedimento di modifica dell'atto costitutivo non è chiaro se la maggioranza rafforzata richiesta dalla norma debba essere raggiunta solo in prima convocazione o valga anche per le convocazioni successive alla prima.<sup>48</sup> Quest'ultima soluzione pare preferibile in considerazione delle finalità di tutela perseguite dal legislatore delegato con la previsione di un *quorum* specifico. Ci si è chiesti in dottrina a quale regime siano sottoposte le modifiche dell'atto costitutivo, diverse da quelle prese in esame dalla norma, che pure incidano sul precedente assetto della società. In questo caso, proprio il venir meno delle peculiari esigenze di tutela, prese in considerazione dal legislatore nella norma *de qua*, induce a ritenere che tali modifiche ricadano nell'ambito di applicazione degli artt. 2368 e 2369 c.c. e siano subordinate pertanto al raggiungimento delle maggioranze ivi indicate.<sup>49</sup> Dubbio è infine se la previsione di una maggioranza rafforzata imposta dall'art. 34, co. 6, debba trovare applicazione anche nei confronti delle società di persone, o non continui piuttosto a valere in tal caso la regola dell'unanimità sancita dagli artt. 2252, 2293, 2315 c.c. Le esigenze di tutela che hanno portato il legislatore ad elevare la maggioranza necessaria per le modifiche del regime di risoluzione delle controversie, fanno propendere per la conservazione della regola dell'unanimità.<sup>50</sup>

**6. Tra le novità di maggior rilievo** figura l'intervento dei terzi nel giudizio arbitrale. L'art. 35, co. 2, stabilisce che nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'articolo 34, è ammesso l'intervento di terzi a norma dell'articolo 105 c.p.c. nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 c.p.c. La norma ammette dunque l'intervento in misura più rilevante rispetto all'art. 816-*quinquies* c.p.c. che, mentre legittima sempre – oltre all'intervento del litisconsorte necessario – l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 c.p.c., permette l'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo “*solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.*”

Il testo normativo opera una distinzione tra gli interventi: mentre consente l'intervento volontario a tutti i terzi, limita ai soci quello su chiamata. La *ratio* di tale restrizione risiede nella circostanza che il soggetto terzo, con l'intervento nel procedimento arbitrale, diviene destinatario degli effetti del lodo, ragion per cui si ritiene opportuno limitare l'intervento coatto ai terzi già vincolati al patto compromissorio. Un'interpretazione conforme a tale *ratio* impone pertanto di consentire la chiamata anche della società e degli amministratori terzi rispetto al giudizio ma non rispetto all'ambito della clausola e all'ambito di efficacia del lodo.<sup>51</sup>

L'intervento del successore a titolo particolare nel diritto controverso *ex art. 111 c.p.c.* – oggi previsto espressamente dall'art. 816-*quinquies* c.p.c. – trova *a fortiori* applicazione nell'arbitrato societario.

Gli interventi sono ammessi fino alla prima udienza di trattazione, e la considerazione di ciò ha portato parte della dottrina a ritenere che il procedimento arbitrale debba necessariamente venir scandito in udienze;<sup>52</sup> sembra però preferibile mantenere l'opinione per la quale l'articolazione del procedimento arbitrale resta libera, sicché, in mancanza di udienze (situazione rara in pratica ma non impensabile), il termine finale per l'intervento necessariamente spirerebbe con l'allegazione degli scritti con cui le parti concretamente determinano il *thema disputandi*.<sup>53</sup> In caso di intervento (ovvero di chiamata *ex parte* del socio, o di pronuncia dell'ordine di intervento riguardante i soci), il termine per la pronuncia del lodo può essere prorogato per una sola volta ai sensi dell'art. 820, co. 2, c.p.c.

L'effettiva esperibilità del diritto di intervento di terzi nel procedimento, è garantita dal rispetto degli obblighi di pubblicità previsti dall'art. 35, co. 1, il quale prevede che la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto venga depositata presso il registro delle imprese e sia accessibile a tutti i soci. La norma non chiarisce quale sia il soggetto tenuto ad adempiere a tale obbligo. Alcuni ritengono che il deposito potrebbe essere fatto da chiunque, analogicamente a quanto previsto in tema di trascrizione dall'art. 2666 c.c.;<sup>54</sup> altri, argomentando dal tenore dell'art. 35, co. 5-*bis*, affermano che obbligati al deposito siano gli amministratori.<sup>55</sup> Non però è chiaro quale sia l'effetto conseguente all'inosservanza di tale obbligo. Secondo una parte della dottrina non vi sarebbe sanzione alcuna;<sup>56</sup> secondo altra parte, invece, il mancato deposito della domanda comporterebbe il venir meno del limite tem-

47 Secondo Auletta, *Commento cit.*, p. 338 e Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 270 ss., il recesso consente di “salvaguardare il nucleo effettivamente volontario del patto compromissorio nel quale, senza possibilità di succedanei, risiede la costituzionalità dell'arbitrato”. Di contrario avviso, Ruffini, *La riforma dell'arbitrato cit.*, p. 1529 ss. secondo il quale garantire alle minoranze dissenzienti la facoltà di recedere dalla società non porrebbe però la norma al riparo dal sospetto di illegittimità costituzionale per contrasto con il divieto di arbitrato obbligatorio.

48 Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 271.

49 Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 272.

50 Come è stato efficacemente osservato da Luiso (*Commento cit.*, p. 562) “se il legislatore ha imposto *ex lege* una maggioranza qualificata laddove, di norma, vige il principio maggioritario, il buon senso impone di ritenere che non possa valere la stessa regola laddove, di norma, vige il principio dell'unanimità”. Della medesima opinione anche Corsini, *L'arbitrato cit.*, p. 1291.

51 Cfr. Auletta, *Commento sub. art. 35*, in Sassani (a cura di), *La riforma delle società cit.*, p. 348; Luiso, *Commento sub. art. 35*, in Luiso (a cura di), *Il nuovo processo societario cit.*, p. 581.

53 Nello stesso senso, Auletta, *Commento cit.*, p. 346, il quale ammette, in ogni caso, l'ipotesi di un procedimento arbitrale privo di udienze.

54 Di tale avviso, Luiso, *Commento cit.*, p. 579.

52 Così, Ricci E.F., *Il nuovo arbitrato societario*, in *www.judicium.it*, 5; parte della dottrina sottolinea la necessità che il procedimento arbitrale sia strutturato in almeno un'udienza; in questo senso, Nela, *Commento sub. art. 35*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario cit.*, p. 988, il quale reputa opportuno assicurare un minimo di oralità nella trattazione.

55 Santagada, *Arbitrato cit.*, 281, la quale motiva in ragione dell'esistenza di un “obbligo di disclosure di vicende relative alla società gravante sugli amministratori”.

56 Vedi ad esempio Luiso, *ult. op. loc. cit.*, il quale parla di pubblicità-notizia.



porale entro cui effettuare l'intervento<sup>57</sup>.

Con riferimento all'intervento coatto ex art. 107 c.p.c., ci si è chiesti quali siano le conseguenze dell'eventuale mancata esecuzione dell'ordine di chiamare in causa il terzo. La dottrina prevalente ritiene che l'arbitro possa pronunciare un lodo nel quale dichiara di non poter decidere,<sup>58</sup> altri reputano invece che questi debba "pronunciare il lodo solo nei confronti delle parti presenti".<sup>59</sup>

Quanto all'intervento volontario, l'ampiezza della formulazione della norma porta a ritenere ammesso, sia un intervento adesivo dipendente, che consente al terzo di intervenire a sostegno di una delle parti, sia un intervento innovativo, nel qual caso però, perché la domanda proposta dal terzo, non ricompresa nella clausola compromissoria, possa formare oggetto di decisione arbitrale, occorre il consenso delle parti.

**7. L'art. 35, co. 3, rovesciando la regola fissata all'epoca dall'art. 819 c.p.c.** per l'arbitrato di diritto comune, aveva conferito agli arbitri il potere di decidere, senza autorità di giudicato, le questioni incidentali che non potevano formare oggetto di arbitrato, senza che dovesse aver luogo la sospensione del giudizio arbitrale in attesa della decisione sulle stesse.<sup>60</sup> Con la riforma generale sull'arbitrato, operata dalla L. 40/06, la previsione dell'art. 35 ha perso la propria rilevanza specifica, avendo il legislatore drasticamente ridimensionato il ruolo dell'istituto della sospensione del giudizio arbitrale, che da regola generale diviene ora eccezione, limitata ai soli casi in cui le questioni incidentali "debbono essere decise con efficacia di giudicato per legge".<sup>61</sup> L'aver conosciuto, da parte degli arbitri, di questioni non arbitrabili si riflette comunque sul regime di impugnazione del lodo che resta sempre impugnabile per nullità a norma dell'art. 829, co. 1, c.p.c. e per revocazione ed opposizione di terzo ai sensi dell'art. 831 c.p.c.

**8. Pur non rivoluzionando la scelta storica del legislatore** (scelta oggi confermata dai ritocchi solo formali all'art. 818 c.p.c. ad opera del d.lgs. n. 40/06), la riforma ha significativamente inciso sul rapporto tra arbitri e tutela cautelare. Viene

57 Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 645; Auletta, *Commento* cit., p. 345; Nela, *Commento* cit., p. 977, il quale si esprime in termini di pubblicità-dichiarativa.

58 Così, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 653; Bove, *L'arbitrato* cit., p. 486; Corsini, *L'arbitrato* cit. p. 1293; Luiso, *Commento* cit., p. 582.

59 Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 36.

60 Espressione, questa, della "tendenza del legislatore delegato a giurisdizionalizzare l'arbitrato prevedendo l'applicazione di istituti tipicamente appartenenti al procedimento civile ordinario"; così Fiecconi, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, p.

972-3, la quale rileva inoltre come le previsioni contenute negli artt. 35, co. 3, e 36, co. 1, "sembrano far rientrare dalla finestra ciò che il legislatore ha apparentemente cacciato dalla porta" con ciò alludendo alla compromettibilità dei diritti indisponibili, espressamente esclusa dall'art. 34, co. 1 e 5. Sul punto, vedi anche Tedoldi, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 c.p.c. all'arbitrato societario* (art. 35, co. 3, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

61 Tale eccezione, prevista in termini generali dall'art. 819 c.p.c., deve ritenersi applicabile anche in materia societaria operando quale limite implicito all'operatività dell'art. 35, co. 3. In tal senso, Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie* cit., p. 478.

confermata la regola tradizionale secondo cui agli arbitri non è attribuito il potere di concedere misure cautelari, che rimane pertanto di spettanza esclusiva del giudice, ma l'art. 35, co. 5 conferisce agli arbitri, investiti della impugnazione di delibere assembleari, il potere di disporre la sospensione della loro<sup>62</sup> efficacia.<sup>63</sup> Tale deroga al regime generale trova la propria ragion d'essere nelle caratteristiche strutturali della pronuncia di sospensione, che configura un caso di provvedimento "self-executing" che non necessita, pertanto, di essere attuato coercitivamente per produrre effetti che sono essenzialmente *in jure*. Con ciò il legislatore del processo societario ha chiaramente aderito all'idea corrente che fonda l'esclusione del potere cautelare in capo agli arbitri sulla mancanza di poteri d'imperio; proprio però portando *ad consequentias* tale idea ha ritenuto ingiustificato negare agli arbitri la gestione della tipica misura cautelare che si esaurisce *in dictione*.<sup>64</sup>

L'ordinanza di sospensione non è reclamabile né in sede (ovviamente) arbitrale, né in sede giurisdizionale, sicché non trova applicazione l'art. 669-terdecies c.p.c.<sup>65</sup> La norma ha dalla sua innegabili esigenze di semplificazione e di tutela dell'autonomia degli arbitri<sup>66</sup>, ma ha comunque indotto parte della dottrina ad esprimere perplessità in ordine alla legittimità costituzionale della irreclamabilità della sospensiva pronunciata dall'arbitro sotto il profilo della disparità di trattamento con la reclamabilità della sospensiva concessa dal tribunale.<sup>67</sup>

62 Taluni ritengono che il riferimento operato dall'art. 35 alle delibere assembleari vada interpretato in termini restrittivi e non consenta di far ricadere nell'ambito di applicazione della norma anche le delibere di altri organi collegiali. In tal senso, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 664; Maffuccini, *Provvedimenti cautelari ed arbitrato: appunti sull'art. 35, co. 5, d.lgs. 17 febbraio 2003, n. 5*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2217.

63 Tale potere peraltro, secondo parte della dottrina, non sarebbe di competenza esclusiva degli arbitri; Maffuccini, *Provvedimenti cautelari* cit., p. 2216, che al riguardo parla di "doppio binario", ritiene che le parti abbiano l'alternativa tra "adire il giudice statale, con un percorso più lungo ma che può fornire maggiori garanzie (quelle offerte dall'art. 669-terdecies), oppure avanzare istanza agli arbitri, fruendo di una maggior tempestività ma accollandosi il rischio insito nella non reclamabilità", e che solo una volta perfezionata questa opzione in senso favorevole agli arbitri si possa parlare di competenza esclusiva. *Contra* Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 663; Nela, *Commento* cit., p. 1005, secondo cui nel caso in cui si controverta della legittimità di una delibera assembleare il giudice statale non può conoscere di istanze cautelari di sospensiva. Per un'analisi esaustiva dei rapporti tra potere giurisdizionale e potere concorrente degli arbitri nella concessione di misure cautelari, cfr. Maffuccini, *Provvedimenti cautelari* cit., p. 2215 e ss.

64 *Contra* al conferimento del potere di sospensione agli arbitri, Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Arb.*, 2002, p. 446-7, il quale rileva come

"pur se suggerita dalla considerazione dell'urgenza, tale attribuzione non è coerente con la riserva allo Stato della imposizione di cautele, ed oblitera la possibilità che il giudice faccia fronte all'urgenza anche mediante decreto, inaudita altera parte."

65 Sembra peraltro che la sospensione concessa dagli arbitri, per quanto non reclamabile, possa essere dagli stessi revocata e che alle parti sia consentito in ogni caso di rinnovare la richiesta di misura cautelare sulle prime respinta. Così Soldati, *Le clausole compromissorie* cit., p. 170; Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2003, p. 174; Maffuccini, *Provvedimenti cautelari* cit., p. 2216. *Contra*, invece, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 666.

66 Cfr. Vaccarella, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. Giur.*, 2003, 263, il quale pone in evidenza l'esigenza di "protezione della <genuinità> dell'arbitrato"; adde Sassani e Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, p. 61.

67 Così, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 669; Corsini, *L'arbitrato* cit., 14; Luiso, *Commento* cit., p. 590; Soldati in Amadei-Soldati, *Il processo societario*, Milano, 2004, p. 174. *Contra*, Ruffini, *La riforma dell'arbitrato* cit., p. 1535, secondo cui "La compromissione ad arbitri della controversia ben può giustificare la perdita di un grado cautelare"; conforme, Nela, *Commento* cit., p. 1007, che parla di "disparità... accettabile" considerati i minori poteri riconosciuti agli arbitri.



9. La clausola compromissoria può autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità ovvero secondo diritto ma con lodo non impugnabile, con la conseguenza che rimane esclusa la possibilità di impugnare il lodo “*per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia*”. La regola soffre però di eccezioni. L’art. 36, co. 1, prevede infatti che nel caso in cui gli arbitri, per decidere, abbiano conosciuto di questioni non compromettibili, e nel caso in cui l’oggetto del giudizio sia costituito dalla validità delle delibere assembleari,<sup>68</sup> “*gli arbitri debbono decidere secondo diritto*”, con lodo impugnabile anche a norma dell’art. 829, co. 2, c.p.c.”<sup>70</sup> La prima ipotesi contemplata dalla norma – nata quale completamento dell’art. 35, co. 3, che autorizza gli arbitri a decidere senza autorità di giudicato le questioni incidentali che non possono formare oggetto di arbitrato – rappresenta ormai, a seguito della riforma generale dell’arbitrato, solo un’applicazione di settore di un principio sancito in termini generali dall’art. 829, co. 4, n. 2 c.p.c.<sup>71</sup>

La sottoposizione a controllo di merito della seconda ipotesi (impugnazione di delibere assembleari) sconta la sostanziale indisponibilità dei diritti in gioco in tale ipotesi.

10. E’ compatibile la modalità irrituale con l’arbitrato societario? La risposta positiva trova giustificazione nell’art. 35 co. 5 d.lgs. n. 5/03 secondo cui “*la devoluzione in arbitrato irrituale di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare, ai sensi dell’art. 669-quinquies c.p.c.*”<sup>72</sup> Sotto un certo aspetto, la rilevanza della norma – che aveva il pregio di sconfessare la legittimità delle prassi escludenti la esperibilità della cautela in caso di arbitrato libero – risulta notevolmente attenuata dalla riscrittura, ad opera del d. lgs. n. 40/06 dell’art. 669-quinquies, c. 1 c.p.c. (che ha previsto in generale l’ipotesi della compromissione in arbitri non rituali, sicché il richiamo dell’art. 35 vale come ricognizione settoriale di

un principio di portata generale). Resta comunque il dato obiettivo dell’espressa menzione da parte del legislatore a tale tipo di arbitrato.<sup>73</sup>

Resta peraltro da chiedersi se la formalità irrituale sia effettivamente compatibile con la particolare struttura dell’arbitrato societario. Dalla ricognizione delle opinioni, emergono due problemi. Il primo è quello dell’ammissibilità o meno, in materia societaria, di un arbitrato irrituale “di diritto comune” alternativo allo speciale arbitrato societario. Si tratta, come si può capire, di un aspetto particolare di un problema più generale, finora affrontato con lo sguardo alla modalità rituale ma che investe parimenti la modalità irrituale. La soluzione del quesito particolare è quindi strettamente legata alla soluzione del quesito pregiudiziale: se si conclude per l’esclusività delle forme della modalità societaria dell’arbitrato, la praticabilità di un arbitrato irrituale di diritto comune resta esclusa in radice. Lo stato della giurisprudenza è però (come si è visto) ancora fluido, e ove dovesse prevalere la tesi della convivenza di arbitrato di diritto comune e di arbitrato specificamente societario, non vi sarebbero ragioni per escludere la modalità (di diritto comune) irrituale.<sup>74</sup>

Il secondo problema è invece se, nelle forme e con i limiti dell’arbitrato propriamente societario (segnatamente: obbligo di deposito della domanda di arbitrato nel registro delle imprese; vincolatività del lodo per la società; meccanismo di nomina esterna degli arbitri), possa legittimamente svolgersi un arbitrato irrituale. In linea di principio non si vede perché le parti non possano scegliere tale modalità, a condizione, però, che se ne escluda quale oggetto la validità di delibere assembleari, oggetto che dà necessariamente luogo ad un lodo di stretto diritto e sempre “*impugnabile anche a norma dell’art. 829, secondo comma del codice di procedura civile*” (art. 36 c. 1 d.lgs. n. 5/03)<sup>75</sup>. Se così non fosse, si sarebbe trovato un *escamotage* per sfuggire (a buon mercato) ad una norma sicuramente imperativa.<sup>76</sup>

11. Altra novità di rilievo della riforma è l’arbitrato c.d. “economico”, figura *sui generis* di arbitrato,<sup>77</sup> prevista e regolata dall’art. 37 del d.lgs 5/03, che introdu-

68 In argomento, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit., p. 626 ss.; Auletta, *Commento sub artt. 36*, in Sassani (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 348-50; Bove, *L’arbitrato* cit., 2; Corsini, *L’arbitrato* cit. 12; Fazzalari, *L’arbitrato nella riforma* cit., p. 444; Luiso, *Commento sub art. 36*, in Luiso (a cura di), *Il nuovo processo societario* cit., p. 590 ss.; Santagada, *Arbitrato* cit., p. 286 ss.; Ruffini, *Il nuovo arbitrato*, p. 510 ss.; Zoppini, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *www.judicium.it*. Per una rapida analisi del quadro preesistente alla riforma del processo societario, si veda Majorano, *Commento sub art. 36*, in *MLCC*, 2005, p. 668.

69 In queste ipotesi dunque, come opportunamente segnalato in dottrina, si assiste “ad un fenomeno di «automatica riconduzione» della sentenza arbitrale alla regola della pronuncia secondo diritto, senza che alcuna sanzione di invalidità colpisca la clausola compromissoria che abbia previsto il giudizio secondo equità. Vedi, Comoglio e Della Vedova, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Milano, 2006, p. 529; Cfr. anche Arieta e De Santis, *Diritto*

*processuale societario* cit., p. 629.

70 Il comma 2, risultante dal testo dell’art. 36, va oggi letto come comma 3 a seguito del d. lgs. n. 40/06.

71 “*L’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa: ... 2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato*”.

72 V. Della Pietra G., *La clausola compromissoria*, cit. 252; Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, *RTDPC*, 2006, p. 513 ss., partic. p. 535 ss. secondo cui, in virtù del generalizzato rinvio contenuto nell’art. 1, co. 4, d.lgs. n. 5/03 agli artt. 806 ss. e dell’inciso di cui all’art. 35 d.lgs cit. con riferimento alla potestà cautelare, “*non si può escludere a priori l’ammissibilità di un arbitrato irrituale societario da clausola compromissoria statutaria*” (536). Altre indicazioni di dottrina in Sassani e Gucciardi, *op. cit.* 3026.

73 Il che non è privo di rilevanza se si considera la ricorrenza di casi in cui la legge prescrive specificamente che l’arbitrato ammesso è solo quello rituale (v. per es. l’art. 6 della legge n. 205/2000).

74 Zucconi Galli Fonseca (*Modelli arbitrali* cit., *ibidem*) sembra ammettere un arbitrato irrituale endosocietario che verrà “coerentemente” retto solo dalle norme di diritto comune dettate dall’art. 808-ter c.p.c., norma in cui si escluderebbe “*a contrario, il rinvio alla disciplina dell’arbitrato rituale. Dunque, si otterrà un lodo non esecutivo, avente efficacia di «determinazione contrattuale» e impugnabile secondo la disciplina specifica, esclusa la sindacabilità dell’errore di diritto*”.

75 Sassani, *Arbitrato irrituale*, voce .... 6.

76 Non direi invece che rilevi sul punto la disposizione (art. 36 c. 1) relativa all’inderogabilità del controllo di merito

in sede di nullità quando gli arbitri “*per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili*”. Si tratta invero di un’indagine a posteriori esclusa dalla inapplicabilità all’irrituale dell’azione di nullità degli artt. 828 e 829 c.p.c.

77 Nonostante la definizione coniata dal legislatore, infatti, l’istituto sembra avere ben poco dell’arbitrato, e pare invece collocarsi meglio nell’ambito dell’arbitraggio (in tal senso la dottrina dominante, cfr. Luiso, *Commento sub art. 37*, in Luiso (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006; Fazzalari, *L’arbitrato nella riforma* cit., p. 446; Santagada, *Arbitrato* cit.; Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato societario*, in Carpi (a cura di), Bologna, 2004, p.73; *contra*, Arieta e De Santis, *Diritto processuale societario* cit. 691; Per una puntuale analisi della questione, vedi Corsini, *Commento sub art. 37*, in Chiarloni (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, p. 1023.

ce un peculiare sistema di risoluzione dei contrasti interni relativi alla gestione della società.

La norma riconosce alle società di persone ed alle società a responsabilità limitata, la possibilità di inserire nei propri atti costitutivi clausole con le quali venga deferito ad uno o più terzi il compito di dirimere i contrasti eventualmente insorti tra coloro cui compete il potere di amministrazione circa le decisioni da adottare in merito alla gestione della società.

L'art. 37 contempla unicamente le società di persone e le società a responsabilità limitata, escludendo così dall'ambito di applicazione del nuovo istituto, tanto le società per azioni, che le società in accomandita per azioni e le cooperative. La *ratio* di tale previsione va ricercata nel peculiare modello di amministrazione delineato negli artt. 2257 e 2258 c.c. per le società semplici (ed estendibile, per via del richiamo effettuato dagli artt. 2293, 2315 e 1475, co. 3, c.c., rispettivamente anche alle società in nome collettivo, alle società in accomandita semplice ed alle società a responsabilità limitata), secondo il quale l'amministrazione della società spetta congiuntamente a tutti i soci – fermo restando il diritto di ciascuno ad opporsi all'operazione che l'altro intenda effettuare, opposizione sulla quale decide la maggioranza – salvo che i soci optino per l'amministrazione congiuntiva, nel qual caso le decisioni vengono prese dai soci a maggioranza o all'unanimità; modello che reca inevitabilmente con sé il rischio della formazione di “compagini societarie di eguale consistenza che votino in maniera speculare”,<sup>78</sup> e conseguentemente il rischio di una situazione di stallo<sup>79</sup> che porti allo scioglimento della società per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.<sup>80</sup>

Con tale previsione, il legislatore delegato ha inteso allora porre rimedio ai rischi connaturati ad un certo modello di amministrazione prevedendo, per le società di persone e le s.r.l., la possibilità di ricorrere all'intervento di uno o più terzi nel ruolo di compositori per la risoluzione di quei contrasti che si vengano a creare tra gli amministratori in ordine alla gestione della società, destinati altrimenti a non trovare definizione con i soli strumenti endosocietari.

**12. (segue) L'art. 37 del d.lgs. 5/03 non contiene una disciplina di dettaglio** che consenta di comprendere come operi in concreto il nuovo istituto coniato dal legislatore. Manca infatti qualunque tipo di indicazione in relazione all'individuazione del sistema di nomina degli arbitratori, alla definizione delle regole che reggono il procedimento arbitrale, così come alla determinazione dell'ampiezza dei poteri rimessi agli arbitratori. Spetta, dunque, all'interprete il compito di colmare il vuoto nor-

mativo e di individuare le soluzioni più idonee ad assicurare l'operatività dell'istituto.

Circa il primo problema, nel silenzio della norma, è astrattamente ipotizzabile tanto un sistema di nomina, che rimetta di volta in volta agli amministratori la designazione del terzo cui assegnare il compito di dirimere il contrasto insorto, quanto un meccanismo che individui già nella clausola compromissoria il nominativo del soggetto che sarà chiamato all'occorrenza a svolgere il ruolo di arbitratore. Entrambe le soluzioni proposte si rivelano però poco indicate; infatti, se la prima risulta di difficile attuazione pratica, posto che non è inverosimile ritenere che il disaccordo esistente tra gli amministratori in ordine alle scelte gestionali da compiere si riverberi sulla nomina degli arbitratori, la seconda si presenta estremamente rigida, dal momento che, predeterminando a monte i soggetti chiamati a risolvere il conflitto, non consente di affidare l'incarico sulla base alla competenza posseduta, con evidenti riflessi in ordine alla bontà delle scelte adottate in sede di composizione del contrasto. Sembra allora preferibile una soluzione mediana che contemperi i vantaggi di una nomina successiva alla verifica del contrasto tra amministratori, con i vantaggi derivanti dall'imparzialità del soggetto designatore. Tale sembra essere quella che estende all'arbitrato economico il meccanismo di nomina previsto dall'art. 34, co. 2, del d.lgs n. 5/03 per l'arbitrato societario e che auspica che sia un terzo, indicato nella clausola contenuta nell'atto costitutivo, a nominare, volta per volta, gli arbitratori in considerazione della peculiarità della questione da risolvere.<sup>81</sup>

Quanto al secondo problema, relativo all'individuazione delle modalità che regolano il procedimento, le esigenze di speditezza che caratterizzano l'istituto inducono a ritenere che esso debba essere contrassegnato dall'assenza di formalismi, salva in ogni caso la facoltà per le parti di stabilire forme di contraddittorio alle quali gli arbitratori debbono attenersi.<sup>82</sup>

Riguardo alla legittimazione a mettere in moto il procedimento *de quo*, il richiamo operato dalla norma “a quanti hanno il potere di amministrazione” autorizza a ritenere che esso possa essere avviato su iniziativa di uno degli amministratori non appena si verifichi un contrasto non superabile in merito alle decisioni da adottare nella gestione della società.<sup>83</sup>

Venendo poi all'individuazione dell'ampiezza dei poteri assegnati agli arbitratori, la dottrina ha chiarito che compito dei compositori è quello di effettuare una scelta tra due o più soluzioni indicate dagli amministratori, senza che agli stessi possa essere riconosciuto il potere di suggerire proposte diverse o la facoltà di modificare l'alternativa loro prospettata.<sup>84</sup> Tale orientamento interpretativo ha il pregio di

78 Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 293, nt. 146.

79 Il problema si pone sia nel caso di gestione disgiunta, quando, in relazione alla decisione sull'opposizione proposta da uno dei soci, non si formi una adeguata maggioranza, che nel caso di gestione congiunta a

maggioranza; per una più dettagliata analisi, cfr. Corsini, *Commento cit.*, p. 1017.

80 Al riparo da tali rischi sono, invece, le società per azioni, in accomandita per azioni e le cooperative; vedi Sassani e Gucciardi, *op.cit.*, sub art. 37, p. 3029.

81 In tal senso, Majorano, *Commento sub art. 37*, in *NLCC*, 2005, p. 678.

82 Di questo avviso, Majorano, *op. cit.* ult. loc.

83 Sul punto, Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 293, nt. 148; vedi

anche, Corsini, *Commento cit.* p. 1033, il quale ipotizza che gli statuti delle società possano prevedere un numero minimo di amministratori necessario per dare l'avvio alla procedura, “*augmentando così il quorum*”.

84 Così, Santagada, *Arbitrato cit.*, p. 294, nt. 150.

porre in evidenza lo stretto legame esistente tra l'atto gestionale, risultato della scelta operata dagli arbitratori, e le indicazioni provenienti dagli amministratori, e di spiegare, così, l'ascrivibilità dello stesso agli amministratori che ne abbiano auspicato il compimento, i quali ne sono, pertanto, i soli<sup>85</sup> responsabili.<sup>86</sup>

In tale contesto interpretativo ha suscitato qualche perplessità la previsione contenuta nel comma 3 dell'art. 37, secondo cui gli atti costitutivi possono prevedere che gli arbitratori, chiamati a dirimere i contrasti in ordine all'amministrazione della società, possano dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente loro deferite. Presa alla lettera, infatti, essa, svincolando il giudizio degli arbitratori dalla previa istanza degli amministratori, rischia di produrre uno scollamento tra responsabilità, che permarrebbe in capo agli amministratori, e decisione, che sarebbe il frutto di una autonoma iniziativa degli arbitratori.<sup>87</sup> Sembra allora che l'unico sistema per scongiurare tale rischio sia quello di interpretare in maniera restrittiva l'espressione "questioni collegate" e di intendere con esse quelle strettamente consequenziali rispetto a quella che ha costituito oggetto di decisione.

**13. (segue) L'art. 37 assegna agli amministratori, risultati soccombenti nel giudizio arbitrale, un duplice rimedio avverso la decisione degli arbitratori; il comma 2 dispone che gli atti costitutivi delle società possano prevedere che la decisione sia reclamabile innanzi ad un collegio, nei termini e con le modalità negli stessi stabilite; il comma 4 dispone invece che la decisione sia impugnabile ai sensi dell'art. 1349, co. 2, c.c. Agli amministratori, che intendano sottoporre a riesame la questione rimessa al giudizio degli arbitratori, è lasciata dunque la scelta tra lo strumento del reclamo, attivabile a condizione che la società abbia previsto espressamente tale rimedio nell'atto costitutivo, e lo strumento dell'impugnazione dinnanzi all'autorità giudiziaria, esperibile nel caso in cui la decisione oggetto di arbitrato sia affidata al mero arbitrio del terzo. I due rimedi previsti dalla norma debbono essere considerati come alternativi, per cui "electa una via, altera non datur",<sup>88</sup> con la conseguenza che la decisione in un senso o nell'altro consuma il potere di scelta spettante all'amministratore.**

Per quanto concerne il reclamo, la norma si limita a stabilire che esso debba svolgersi di fronte ad un collegio,<sup>89</sup> rinviando per la definizione dei termini e delle modalità del procedimento agli atti costitutivi delle società. Essa integra, pertanto,

una norma in bianco, che rimette all'autonomia delle parti l'individuazione delle regole da osservare nello svolgimento del procedimento.

Per quanto riguarda l'impugnazione della decisione dinnanzi all'autorità giudiziaria, con particolare riferimento alla portata applicativa del rimedio approntato dal legislatore, sebbene parte della dottrina sia incline a ritenere che sia impugnabile per malafede qualsiasi pronuncia emessa dagli arbitratori, anche quando affidata al loro equo apprezzamento,<sup>90</sup> sembra preferibile, in considerazione del tenore letterale della norma, oltre che delle intenzioni espresse dal legislatore nella Relazione al d.lgs. n. 5 del 2003,<sup>91</sup> limitare il ricorso a tale strumento processuale unicamente nei confronti delle decisioni rimesse al mero arbitrio degli arbitratori.<sup>92</sup>

Come si evince dalle considerazioni svolte, i due rimedi approntati dal legislatore non sono perfettamente coincidenti: è possibile, infatti, che l'amministratore possa fare ricorso al reclamo e non all'impugnazione di cui al comma 4, in quanto la decisione degli arbitratori sia stata resa in base al loro equo apprezzamento, come può accadere che all'amministratore sia precluso il reclamo, mancando nell'atto costitutivo della società un'apposita previsione, ma non l'impugnazione dinnanzi all'autorità giudiziaria, avendo gli arbitratori deciso la questione loro sottoposta in base al "mero arbitrio", come pure è possibile che manchino i presupposti per il ricorso ad entrambi gli strumenti di riesame.

Rimane da chiedersi se in tale ultimo caso non residui uno spazio per l'esperimento di mezzi di impugnazione ulteriori rispetto a quelli predisposti dall'art. 37; al riguardo, deve escludersi che possa trovare applicazione il rimedio previsto dall'art. 1349, co. 1, c.c. che consente di impugnare dinnanzi al tribunale la decisione "manifestamente iniqua o erronea" pronunciata dai terzi in base al loro equo apprezzamento. L'assenza di un'espresso richiamo a tale previsione normativa è indice, infatti, della chiara ed inequivocabile scelta del legislatore di non sottoporre la decisione degli arbitratori, emessa a seguito di equo apprezzamento, al controllo giurisdizionale.

Milita, poi, a favore della soluzione restrittiva la più generale considerazione in base alla quale sono proprio le esigenze di certezza e celerità che connotano la materia societaria a rendere poco consigliabile l'ampliamento del ventaglio degli strumenti di tutela, finendosi, altrimenti, per compromettere la necessaria stabilità dei rapporti giuridici.

85 Per un'analisi più approfondita della questione, vedi Corsini, *Commento cit.*, p. 1034 e ss., che sottolinea come siano esonerati dalla responsabilità, in quanto "esenti da colpa" ai sensi degli artt. 2260, 2° co., e 2476 c.c., quegli amministratori che, opponendosi al compimento dell'atto gestionale, abbiano provocato l'avvio del procedimento.

86 Gli arbitratori sono, infatti, responsabili unicamente per le violazioni degli obblighi che assumano con l'accettazione dell'incarico; vedi, Corsini, *Commento cit.*, p. 1035; Majorano, *Commento cit.*, p. 678.

87 Perplesso appare Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *RTDPC*, 2003, p. 517; di responsabilità per fatto altrui parla, invece, Corsini, *Commento cit.*, p. 1037.

88 Così, Corsini, *Commento cit.*, p. 1041.

89 La norma crea, dunque, una differenza con il procedimento di cui al 1° comma, che può aver luogo anche al cospetto di un solo arbitratore. Riguardo alle modalità di nomina del collegio, si rinvia alle considerazioni svolte in ordine alla nomina degli arbitratori, v. *supra*, 12.

90 Corsini, *Commento cit.*, p. 1041.

91 Nella quale si afferma che "si è prescritta l'impugnazione «per mala fede» della risoluzione del contrasto quando [è] affidata al «mero arbitrio» del

terzo".

In tal senso, MAJORANO, *Commento cit.*, p. 679; SANTAGATA, *Arbitrato cit.*, p. 294.

Avv. Laura  
VASSELLI

## Linee essenziali dell'arbitrato sportivo

**L**a **clausola compromissoria**, nella qualità propria di fonte degli istituti arbitrali, al di là della sua intrinseca inderogabilità in questo settore a sé stante, anche per effetto del c.d. “vincolo sportivo” nelle controversie tra soggetti legati al mondo dello sport, in epoca attuale rappresenta più che mai il rimedio legale per eccellenza, a fronte dello stato ormai definibile come patologico a causa della biblica durata dei processi in sede ordinaria.

A proposito del vincolo, va in ogni caso ricordato in via preliminare che, anche per le controversie sportive nel settore professionistico, le norme in materia di rapporti tra società e sportivi di detto ultimo tipo come regolati dalla legge 23 marzo 1981 n.91, da un lato prevedono che “...la prestazione a titolo oneroso dell'atleta costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato...” (art.3, primo comma) e, al tempo stesso, contemplano l'ipotesi di cui all'art.4 quinto comma secondo cui il contratto *inter partes* può prevedere “...una clausola compromissoria con la quale le controversie concernenti l'attuazione del contratto e insorte fra al società sportiva e lo sportivo, sono deferite ad un collegio arbitrale. La stessa clausola dovrà contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero degli arbitri e il modo di nominarli”; la facoltatività della scelta tra l'esperimento della procedura arbitrale o del giudice del lavoro è il frutto del preciso intento del legislatore, il quale, non solo ha privilegiato l'autonomia privata lasciando alla libera determinazione dei contraenti l'opzione sulle tutele del caso, ma - essendo la via dell'ottenimento del lodo arbitrale una precisa scelta delle parti - ha anche equiparato il lodo alla decisione di tipo giurisdizionale, con ciò dando ampia conferma dell'arbitrato in sé come ideale strumento di giustizia sportiva per definizione.

Quanto al summenzionato vincolo di giustizia, previsto a livello internazionale dall'art.59 dello statuto FIFA e dall'art.27 dello statuto della FIGC, va precisato che lo scopo di esso è proprio quello - appunto - di garantire la maggior autonomia possibile dell'ordinamento sportivo in sé, come del resto già sancito con la legge 17 ottobre 2003 n.280, in cui, all'art.1 primo comma, è stabilito che “La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale” ed al secondo comma che detta autonomia non opera “...nei casi di rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo.”

La tempestività nell'emanazione di un lodo arbitrale nel settore sportivo consente infatti di rispettare le naturali regole del gioco sportivo, connotate dalla velocità in sé delle attività agonistiche consistenti nelle puntuali sequenze delle partite di campionato, delle gare e dei tornei in generale; con lo strumento arbitrale si garanti-

sce realmente la celere quanto necessaria definizione della risoluzione delle diverse controversie in ambito sportivo, come tali intendendosi i conflitti di ogni tipo tra soggetti tesserati (atleti) o gruppi affiliati (sodalizi, club, associazioni e società sportive) presso Federazioni Sportive del CONI o tra i medesimi e la Federazioni medesime.

Allo stato, l'evitamento del ricorso alle giustizie ordinaria ed amministrativa consente il permanere della necessaria condizione di continuità effettiva, tale da rendere possibile che il gioco possa continuare in ogni caso, grazie alla speditezza delle decisioni anche relative a controversie insorte nel corso della stagione sportiva relative a eventi con conseguenze rilevanti verificabili durante le gare o fatti di inadempiamento con connotazione sia di carattere che economico, oltre che di natura tecnica e organizzativa.

Al di là delle premesse, va in ogni caso precisato che non è comunque corretto affermare che le istituzioni sportive beneficino di una sorta di “immunità dalla giurisdizione”; è pur vero che, in presenza di contestazioni economiche di modico valore, lo strumento di risoluzione della vertenza già previsto e disciplinato organizzato nei singoli regolamenti federali rappresenta lo strumento consolidato nella prassi, anche se - rispetto ad un tempo - la vita economica del mondo sportivo si è orientata verso un significativo aumento della conflittualità, con conseguente necessità di utilizzazione della giustizia statale con maggior frequenza rispetto al passato.

Al tempo stesso, gli strumenti arbitrali (oltre quelli conciliativi, anch'essi in netta espansione) sono sempre più diretti ad assumere veste pubblicistica dal punto di vista formale, nel senso che anche altri ordinamenti europei manifestano al tendenza a disciplinare con legge i casi in cui il soggetto sportivo possa ricorrere o meno alla giustizia arbitrale; in Francia è stata infatti introdotta con legge statale la procedura conciliativa privata in via complementare rispetto a quella pubblica nelle controversie tra atleti e clubs; in Spagna ove invece stati previsti per legge i requisiti minimi da rispettare per poter inserire clausole arbitrali o conciliative negli statuti delle federazioni (Sul punto, vedi M.Coccia, *La risoluzione dei conflitti nell'ambito sportivo*).

Un caso a sé stante, ma di notevole rilievo in campo internazionale, è rappresentato dal Tribunale Arbitrale dello Sport con sede a Losanna (TAS), fondato nel 1984 e che ha dato vita ad una sorta di istituzione arbitrale indipendente a cui può essere sottoposta ogni controversia sportiva a cui le parti abbiano concordemente affidato la competenza ad emettere il relativo lodo arbitrale, pronunciato dai singoli collegi via via costituiti nell'ambito del Consiglio Internazionale per l'Arbitrato Sportivo (CIAS) che sovrintende il TAS.

Circa la natura del tipo di arbitrato in esame, vi è l'univoco convincimento che si tratti di arbitrato irrituale, nonostante la consentita possibilità di sganciarlo dagli accordi collettivi come previsto nella citata legge n.91/81; fermo restando che il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria è sempre ammesso in ragione del principio inderogabile della gerarchia delle fonti, va precisato che l'eventuale impugnativa del



Avv. Guido  
CECINELLIL'arbitrato  
nell'ordinamento  
sportivo italiano

lodo può trovare ingresso dal giudice di accertamento dei vizi di formazione della volontà contrattuale, nel rispetto delle regole dell'arbitrato di tipo irritale, se pur – in questo caso – *ex lege*, come da alcuni è stato affermato (S.Scarfone, *L'inappellabilità dei lodi arbitrali*); infatti, anche per espresso orientamento della Suprema Corte (per tutte, Cass. 4 aprile 2002 n.4841), la maggior stabilità dispositiva del lodo irrituale rispetto al tipo rituale impugnabile dinanzi alla Corte d'Appello secondo le regole del codice di procedura civile, è offerta dalla presunta solidità dell'autonomia privata che, nell'eventuale giudizio di accertamento, deve prevalere in ogni caso.

Infatti e non a caso, il sistema normativo vigente, ivi compreso il Decreto Legislativo n.242 del 1999 sul riordino del CONI, tende ad inquadrare la giustizia sportiva come una sorta di potere-dovere di natura sostanzialmente privatistica nell'ambito delle distinte federazioni sportive, così eliminando il contrasto con l'art.102 della Costituzione; dunque, le clausole compromissorie previste nelle leggi che disciplinano la materia costituiscono la base portante di tutto il sistema della giustizia sportiva (M.Sanino, *Diritto Sportivo*, Padova, 2008).

In ordine all'operatività dei casi in cui invece la giustizia statale è tenuta a decidere nelle controversie di natura sportiva, relativamente al *piano di riparto* tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, alcuni aspetti interessanti in tema di *limiti della giustizia sportiva* vengono offerti da due decisioni del 2008 emesse dal TAR Lazio, precisamente la n.2472 e la n.9547: in particolare, il giudice amministrativo si è chiesto quale sia il portato delle sanzioni disciplinari e delle loro conseguenze anche al di fuori dello sport, stabilendo che alcuni accadimenti possono incidere anche su situazioni giuridiche protette dalla Carta Costituzionale, come tali suscettibili di essere sottoposte al vaglio della giustizia non sportiva (come ampiamente commentato e argomentato da P.Sandulli, *Giustizia sportiva e Giurisdizione statale*, nel relativo convegno di studio in Atri (TE) il 6 novembre 2008).

Inutile dire che il gioco calcio rappresenta in assoluto l'emblema dello sport nazionale: sul punto va infatti evidenziato che l'art.27 terzo comma dello Statuto della FIGC, una volta esaurite le attività provvedimentali delle singole federazioni e del CONI, prevede l'esperimento del "...tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato per lo Sport, istituita presso il CONI..." , ultimo grado della giustizia sportiva, dei cui lodi arbitrali le parti accettano la piena validità ed efficacia senza che sia prevista la possibilità di impugnarli, se non per vizi di legittimità dinanzi al TAR, stante la loro innegabile natura di atti amministrativi.

**L**o sport e il suo ordinamento, ha sempre cercato di risolvere le controversie al proprio interno: infatti ogni Federazione Sportiva Nazionale (43) e Disciplina Associata (12), ha il proprio sistema di Giustizia autonomo, specializzato in funzione della disciplina di appartenenza, ma necessariamente vincolato, nella struttura e nel contenuto delle decisioni, ai principi del CONI.

Ogni Federazione Sportiva Nazionale è dotata di organi di Giustizia quali la Procura Federale, il Giudice di Prima Istanza, la Corte d'Appello Federale, la Corte Federale.

Accanto ad essi, ogni Federazione è dotata di Collegi Arbitrali, per l'intento programmatico di amministrare la maggior parte delle controversie dei profili affiliati, evitando così il ricorso alla Magistratura Ordinaria e l'intromissione dello Stato nella regolamentazione dell'attività sportiva.

A tale proposito occorre osservare che lo Stato è comunque prepotentemente entrato ad amministrare lo sport a far data dalla vigenza del D. Lgs. 242/99 (c.d. Decreto Meandri) in poi, togliendo, con una serie di leggi successive, la gestione dei Concorsi pronostici al CONI e, dunque, le risorse economiche dello Sport nazionale, per trasferirla all'Amministrazione Finanziaria (Monopoli di Stato): Le Federazioni Sportive Nazionali hanno introdotto nei propri Statuti e regolamenti, le clausole con le quali gli affiliati si obbligano a deferire la controversia fra loro insorta, ad appositi organi di Giustizia ovvero a rimettere la controversia a Collegi Arbitrali.

Al vincolo di Giustizia si affianca, pertanto, la clausola compromissoria.

Il ricorso all'arbitrato, come metodo alternativo o residuale rispetto alla composizione naturale delle controversie affidata agli organi di Giustizia Sportiva, rappresenta l'ulteriore rimedio per difendersi dalle ingerenze statali.

L'Arbitrato sportivo è un arbitrato volontario, trovando la propria fonte nella libera scelta delle parti che, all'atto del tesseramento per una Federazione Sportiva, liberamente sottoscrivono la clausola compromissoria.

A tale proposito occorre rammentare che agli arbitri vengono devolute le controversie riguardanti gli affiliati ed tesserati, e non le controversie in cui è parte una Federazione (parleremo poi, della Camera di Conciliazione e arbitrato per lo Sport del CONI), non le controversie che vedono in causa terzi estranei non affiliati o tesserati, quali ad esempio, gli sponsor.

Il vincolo permane, ovviamente, finché permane l'affiliazione o il tesseramento, poiché venuto meno il vincolo associativo con la Federazione, viene meno anche l'assoggettamento di questo agli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del vincolo associativo.

La competenza dei Collegi Arbitrali presso le Federazioni Sportive Nazionali, è delineata in maniera residuale, e cioè vi rientrano quelle materie che non sono di competenza degli organi di giustizia sportiva.

Nell'ambito di questa competenza residuale, tenendo conto delle tipologie di controversie in ambito sportivo di ordine tecnico, disciplinare, amministrativo ed economico, si può sostenere che non vi rientrano né le controversie tecniche (e cioè quelle aventi ad oggetto il risultato di una gara) né quelle disciplinari (e cioè quelle aventi ad oggetto un provvedimento autoritativo della Federazione), in quanto tali provvedimenti presuppongono che sia parte proprio della Federazione e, quindi, non arbitrabili e, comunque, di competenza degli appositi organi di Giustizia Sportiva.

Analizziamo l'ambito nazionale di questa competenza residuale dei collegi arbitrali federali:

Ogni Federazione Sportiva Nazionale delimita a proprio modo i confini tra competenza ordinaria e competenza residuale – arbitrale; vi sono infatti, Federazioni che impongono ai propri tesserati ed affiliati di devolvere tutte le controversie insorte tra di loro che non rientrano nella competenza degli Organi giurisdizionali federali, altre ove vengono rimesse ad arbitri solo le controversie che possono essere rimesse ad arbitri, ai sensi dell'art. 809 c.p.c., altre, ancora che delimitano la competenza a quelle controversie derivanti dall'attività sportiva (F.I.P.), in sostanza si è in presenza di una varietà di soluzioni.

Non possono essere devolute ad arbitri, le controversie in materia di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie, controversie in materia di stato e separazione personale dei coniugi, nonché tutte le controversie che non possono formare oggetto di transazione ai sensi dell'art. 1966 c.c..

A tale proposito, occorre ricordare che la legge n. 280/03 stabilisce che nei casi di situazioni giuridiche soggettive, connesse con l'ordinamento sportivo, rilevanti per l'ordinamento statale, resta ferma la competenza dei giudici ordinari sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti, ed è fatta salva la validità delle clausole compromissorie previste negli Statuti e dai Regolamenti CONI e delle Federazioni Sportive di cui all'art. 2 c. 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all'art. 41 n. 91/81.

Quindi, in caso di lesione di interessi legittimi, atteso il loro collegamento con l'interesse pubblico, la controversia non può essere deferita al Collegio arbitrale, così come quando si tratta di diritti indisponibili.

Per quanto attiene alle controversie di lavoro, previdenza ed assistenza obbligatoria la nuova disciplina prevista dagli artt. 409 e 442 c.p.c. permette il ricorso all'arbitrato solo se ammesso dai contratti ed accordi collettivi.

Come già detto, nel ambito sportivo il tesserato e l'affiliato che entra a far parte di una Federazione Sportiva Nazionale, sottoscrive un modulo nel quale dichiara di accettare le norme contenute nello Statuto e nei Regolamenti interni, tra i quali c'è la clausola compromissoria, e ciò è sufficiente ad integrare la forma scritta e l'approvazione specifica ex artt. 1341 e 1342 c.c..

Nell'ambito sportivo, le parti, nel rispetto dei principi sopra detti, possono scegliere gli arbitri ai quali viene conferita la funzione di giudicare e di decidere sulle controversie con efficacia e vincolante tra le parti.

Dal momento della sottoscrizione del lodo, nasce, infatti, l'obbligo di osservare il dictum degli arbitri.

Tale imperatività non deve essere confusa con l'esecutorietà del lodo che è cosa diversa ed attiene all'efficacia del lodo equiparata alla forza della sentenza del Giudice Ordinario e che attiene all'arbitrato rituale.

L'arbitrato sportivo ha, invece natura irrituale.

L'efficacia esecutiva del lodo è assicurata da ogni singola Federazione nel proprio interno: è previsto che il lodo venga depositato presso appositi organi della Federazione ed eseguito spontaneamente dalle parti in contesa, pena la irrogazione di sanzioni disciplinari a carico della inadempiente.

#### **La camera di conciliazione e arbitrato per lo sport del coni:**

La Camera di conciliazione e Arbitrato per lo Sport del CONI, è stata istituita presso il CONI sulla base della previsione contenuta nell'art. 12 dello statuto del CONI ( riformato a seguito del D. Lgs 242/99 – Decreto Melandri), e si è insediata il 18-9-2001 con funzioni consultive, di conciliazione e di arbitrato in materia sportiva.

Lo Statuto del CONI deliberato dal C.N. il 15-11-2000, è stato approvato con decreto del Ministro dei Beni Culturali, di concerto con il Ministro del Tesoro, 28-12-2000.

La Camera opera sulla base di un Regolamento approvato dal Consiglio Nazionale del CONI in data 1-8-2001 e successivamente modificato ed integrato sempre con provvedimento del Consiglio Nazionale del CONI.

Alla Camera sono state sottoposte la risoluzione di diversi “ casi sportivi” a far data dal 2001 (uno dei primi casi risolti, fu quello che vedeva contrapposti il calciatore Ferrigno del COMO CALCIO che aveva colpito altro giocatore del Modena con un pugno al volto che aveva fatto entrare in coma quest'ultimo, alla F.I.G.C. per la sanzione disciplinare irrogata), alle recenti decisioni dell'estate scorsa, in materia di iscrizioni ai campionati di calcio di Serie A, B, C1, C2, D delle squadre non in regola con le previsioni federali in ordine ai requisiti contabili economici e fiscali (Torino, Messina, Perugia, Salernitana ed altre); questi arbitrati avevano visto l'intervento anche di società terze, che chiedevano alla Camera la retrocessione alle serie inferiori di alcune società, per prenderne il posto nella categoria superiore a quella nella quale erano iscritte (il Napoli contro nove società, ed il Bologna contro altre società: il Napoli non era stato promosso sul campo in Serie B e tentava di trascinare in C1 altre società che militavano in Serie B per prenderne il posto sfruttando la posizione in classifica, ottenuta sul campo, in serie C1; il Bologna era stato retrocesso in Serie B e contava di risalire in serie A in danno di altre società che, a dire dei rossoblu bolognesi, non avevano i requisiti contabili per l'iscrizione al campionato).

Il meccanismo di risoluzione delle controversie è, qui, esterno ai sistemi disciplinari delle Federazioni, ma, comunque, endordinamentale, basato sui soliti principi di terzietà, autonomia ed indipendenza del giudizio.

La Federazione può essere parte della procedura arbitrale, ma mai giudice e l'ambito di competenza è quello attinente alle controversie di carattere sportivo e, quindi, l'ordinaria fonte normativa di riferimento è costituito dalle Corti Federali, ma possono essere giudicate questioni che insorgono in occasione della pratica sportiva, pur senza coinvolgere la normativa federale.

La potestà di giudicare che possiede la Camera, trova il proprio fondamento nella clausola compromissoria contenuta negli statuti federali, oppure nella volontà delle parti di devolvere le controversie in arbitrato camerale.

La prima ipotesi si verifica nel caso in cui un soggetto tesserato, affiliato o licenziato, sia contrapposto ad un ente sportivo (Federazione Sportiva Nazionale, Disciplina Associata o ente di promozione) per una decisione essenzialmente di natura disciplinare.

Dal 2002, sono stati sottratti alla competenza della Camera i casi di doping.

E' stabilita una condizione di procedibilità di carattere generale, e cioè che l'instata, prima di adire la Camera, abbia esauriti i gradi di giustizia interna alla federazione (l'impugnazione interna alla Federazione deve essere stata effettivamente coltivata e non deve essere già intervenuta una pronuncia arbitrale con il procedimento arbitrale interno alla Federazione, prima esposto), e non abbia esperito l'arbitrato endofederale sopra detto.

Diversamente, il ricorso alla Camera cesserebbe di essere una ultima istanza e si collocerebbe su un piano anomalo rispetto all'ordinaria giurisdizione sportiva, modellata secondo lo schema del processo accusatorio, senza alcuna previsione di un tentativo di conciliazione.

La scelta del CONI si ispira a quella compiuta nel 1984 dal CIO – Comitato olimpico internazionale con l'istituzione del Tribunale Arbitrale per lo Sport (T.A.S.) che, con la costituzione di sezioni ad hoc, si occupa anche delle controversie insorte durante i giochi Olimpici.

Dal punto di vista cognitivo, la Camera esplica un previo e obbligatorio tentativo di conciliazione sulla controversia.

La parte istante, che deve essere interesse, ha l'onere di ricorrere alla Camera per richiedere che venga esperito il tentativo di conciliazione e la parte istante deve notificare, non necessariamente nelle forme sacramentali, l'istanza alla controparte ed alla Federazione, Disciplina associata o Ente di promozione sportiva; il procedimento si incardina con il deposito presso la Segreteria della Camera (Curva Sud stadio Olimpico), del ricorso e della documentazione allegata, cui deve essere unita la prova dell'avvenuta notificazione.

La parte convenuta deve comparire all'incontro di conciliazione, ed ha facoltà di depositare la propria memoria e di documenti.

Qualora il tentativo di conciliazione non vada a buon fine, la fase conciliativa lascia il posto alla successiva fase arbitrale che si incardina con il ricorso che deve essere depositato presso la Segreteria della Camera. Anche in questa fase, l'istanza di arbitrato deve essere notificata alla controparte.

Il procedimento arbitrale prevede, poi, una fase istruttoria la discussione orale e la decisione tramite la pronuncia del lodo.

Lo statuto del CONI, come detto prima, prevede un sistema di arbitrato amministrato e al suo funzionamento è preposta la Camera di Conciliazione e Arbitrato per lo Sport composta da cinque membri fissi effettivi, dei quali uno con funzioni di Presidente, e da quattro membri estratti a rotazione ogni sei mesi nell'elenco degli arbitri, pronti a sostituire gli eventuali impedimenti dei componenti fissi. La Camera è altresì composta da un elenco di dieci presidenti e di venti componenti i collegi arbitrali, nominati dai cinque membri fissi.

I cinque membri fissi si occupano degli arbitrati con valenza pubblicistica (iscrizione ai campionati delle squadre di calcio e pallacanestro) e svolgono l'attività di consulenza per i quesiti posti dal CONI e dalle F.S.N..

Presso la Camera, esiste altro elenco con i difensori per il gratuito patrocinio.

I componenti la Camera, sono scelti e nominati dal Consiglio Nazionale del CONI tra i magistrati delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, i docenti universitari in materie giuridiche e gli avvocati patrocinanti avanti le Supreme Corti.

Il sistema affidato alle cure della Camera, mira a combinare soluzioni conciliative e arbitrali, ed a coniugare i vantaggi dell'arbitrato amministrato dell'ordinamento sportivo, con i pregi propri dell'ordinamento statale.

La Camera, nei suoi quasi cinque anni di attività, ha risolto quasi trecento controversie: di queste circa la metà si è conclusa con un accordo in sede di conciliazione.

I successivi ricorsi alla giustizia dello Stato sono stati pochissimi; quelli relativi alle iscrizioni ai campionati di calcio (arbitrati ad hoc), hanno confermato, alla fine dei gradi avanti al TAR per il Lazio e avanti il Consiglio di Stato, le decisioni della Camera al 95%.

Su richiesta della F.I.G.C., si è giunti a prevedere un rito arbitrale speciale rapido e flessibile, per le iscrizioni alle competizioni europee calcistiche (arbitrati ad hoc).

Con la legge n. 280/03, di conversione del decreto legge n. 220/03 recante disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva, la normativa statale sembra collocare l'arbitrato amministrato dalla Camera in una sorta di limbo, tra le controversie riservate alla giustizia sportiva, e quelle devolute alla giurisdizione amministrativa.

La legge 280/03 istituisce un sistema di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per ogni controversia avente ad oggetto atti del CONI e delle Federazioni, che non sia riservata alla giustizia sportiva: condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale è il proprio esaurimento dei gradi della giustizia sportiva.

La decisione della Camera "rappresenta la decisione di ultimo grado della giustizia sportiva avente, dunque, il carattere sostanziale di provvedimento amministrativo, benché emesso con le forme e le garanzie tratte dal giudizio arbitrale". Ne consegue che si tratta di atto sindacabile in modo pieno del giudice amministrativo.

La Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport, amministra arbitrati rilevanti nell'ordinamento sportivo di tutte le Federazioni Sportive Nazionali: in questo ambito, il sistema di arbitrato amministrato garantisce forme di tutela effettivamente indipendenti, perché estranee all'ordinamento delle singole federazioni.

Avv. Francesca  
LA SPADA

## L'Arbitrato Internazionale: breve considerazioni critiche

### Premessa

L'evoluzione della società moderna e, specificatamente, il processo di integrazione europea, quale parte di un più ampio progetto di internazionalizzazione e globalizzazione dei mercati, nonché la natura delle attuali controversie, caratterizzate da una presenza sempre più viva e determinante di questioni attinenti alle tecnologie più avanzate o alle vicende finanziarie più sofisticate, ha reso necessaria una costante omogeneizzazione delle normative e delle procedure di riferimento, attraverso strumenti giuridici e legislativi di comune matrice, con il supporto di accordi sovranazionali volti ad impegnare i Paesi aderenti all'ottemperanza.

L'arbitrato, quale procedura di composizione delle controversie alternativa rispetto alla giurisdizione statale, nel settore pubblico e privato, nonché, in particolare, quale strumento di gran lunga più diffuso nell'odierna pratica degli affari, viene ormai da anni considerato alla stregua della prima opzione qualora la lite insorta presenti dimensione e caratteri internazionali.

Nelle controversie internazionali, uno dei problemi principali è costituito dalla riluttanza di ciascun contendente ad assoggettarsi alla giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria dello Stato cui appartiene la sua controparte. Di fronte a tale, comprensibile, realtà di fatto il ricorso allo strumento dell'arbitrato viene dunque a configurarsi quale utile rimedio. In tal modo, infatti, se nessuna parte riesce a far sì che la futura vertenza sia decisa dal giudice del proprio Stato, essa evita dall'altro lato di doversi assoggettare al giudice dell'altro Stato.

Le ulteriori ragioni di tale orientamento diffuso risultano di agevole ed immediata comprensione: in primo luogo la possibilità concessa alle parti di scegliere i componenti del Tribunale Arbitrale, con conseguente controllo sulla loro competenza tecnico-giuridica in ordine alla materia da decidere, in secondo luogo la nota concentrazione dei tempi della procedura e la prevedibilità dei costi; infine l'ormai totale garanzia di piena "circolabilità" del prodotto arbitrale (lodo), assicurata dall'amplissima diffusione della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri.

### Evoluzione normativa dell'istituto: alcune riflessioni

A conferma del dilagante *favor* nei confronti dell'istituto, con la legge 5 gennaio 1994, n. 25, recante "Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale", prese corpo l'auspicato progetto di riforma dell'arbitra-

to, il quale contribuì ad allineare il nostro Paese alle principali esperienze straniere di settore.

Ponendo una nuova disciplina in ordine ai lodi stranieri e al loro riconoscimento in Italia, il Legislatore del '94 compì dunque uno "sforzo" di apertura nei confronti dell'operato degli arbitri esteri; uno sforzo che, in qualche modo, potremmo definire analogo a quello effettuato dalla legge n. 218 del 1995 a favore delle giurisdizioni di altri ordinamenti statuali.

La principale innovazione di tale intervento legislativo fu quella di prevedere separati disposti afferenti all'arbitrato internazionale, destinato ad esercitare una forza traente sull'arbitrato domestico, in linea con gli obblighi derivanti dalla ratifica delle convenzioni internazionali regolatrici della materia.

In particolare, il nuovo articolo 832 del codice di procedura civile, così come profondamente novellato dalla suddetta legge, pur ispirandosi alle precedenti convenzioni internazionali nonché al Modello UNCITRAL, giungeva ad adottare delle soluzioni parzialmente diverse volte a privilegiare la internazionalità obbiettiva dell'arbitrato.

In definitiva, la normativa del '94 ampliò la definizione di arbitrato internazionale contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1961 - ampliamento del resto già effettuato in sede UNCITRAL - che focalizzava l'attenzione sulla sede o residenza abituale delle parti in due diversi Stati contraenti, giungendo ad inglobare nella stessa l'esecuzione all'estero di una parte rilevante delle prestazioni contrattuali.

La tecnica legislativa adottata nell'allora novellato articolo 832 consisteva nella applicabilità della disciplina dell'arbitrato rituale domestico, fatte salve le disposizioni derogatorie o integrative concernenti la forma dell'accordo compromissorio, la determinazione del diritto sostanziale applicabile, la lingua dell'arbitrato, la ricusazione degli arbitri, la fase di deliberazione del lodo, la impugnabilità del medesimo nonché, logicamente, le norme poste dalle convenzioni internazionali oltre che alle convenzioni bilaterali in materia di arbitrato.

Il problema, dunque, che andava ponendosi era quello di stabilire se la salvezza delle norme delle convenzioni internazionali implicasse una deroga alle norme del codice di procedura civile, ovvero se le norme della Convenzione di Ginevra del 1961 e della Convenzione di New York del 1958 si ponessero accanto ad esse, potendo le parti e gli arbitri scegliere fra le une e le altre.

A favore della soluzione più liberale si poneva la maggiore duttilità dell'arbitrato rispetto al processo di cognizione davanti all'autorità giudiziaria, mentre esigenze di certezza militavano per l'altra tesi.

Alla luce degli orientamenti più autorevoli in materia, è sembrato potersi ritenere come la salvezza delle norme stabilite nelle convenzioni internazionali consentisse di affrontare e risolvere i problemi di concorrenza fra le norme nazionali e le norme poste dalle convenzioni internazionali, non effettuando una scelta circa l'applicazione dell'uno o dell'altro tipo di norme bensì attribuendo una sorta di contemporanea vigenza sia alle norme interne che alle norme internazionali.



Conseguentemente, alle parti e ai giudici venivano offerte due vie: avvalersi del diritto comune interno, ovvero avvalersi delle norme delle convenzioni internazionali; una scelta da effettuare a seconda del risultato assicurato dalle norme in riferimento alla concretezza degli scopi perseguiti dalle parti.

Con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40 il Legislatore è intervenuto a modificare le norme sull'arbitrato regolate dal Codice di Procedura Civile adottando uno schema *tout court* che ha dato vita ad una regolamentazione incentrata sulla "tendenziale" equiparazione dell'arbitrato interno all'arbitrato internazionale.

Diversamente dalla precedente disciplina, la nuova legge sull'arbitrato ha dettato alcune disposizioni generali per l'eventualità, già menzionata nella Convenzione europea sull'Arbitrato commerciale Internazionale di Ginevra del 1961, che le parti, una volta preferita la strada arbitrale rispetto a quella del giudizio ordinario, scelgano un arbitrato cosiddetto «amministrato» o, come lo definisce la legge, «secondo regolamenti precostituiti», puntando a risolvere i principali problemi sollevati da questo tipo di arbitrato, di uso assai frequente nella pratica del commercio, per gli innegabili vantaggi ad esso connessi quanto a costi, efficacia del provvedimento, in genere eseguito spontaneamente e collaborazione nello svolgimento del provvedimento.

Occorre rilevare come la scelta di occuparsi, principalmente, dell'arbitrato internazionale non equivale dunque ad ignorare del tutto l'arbitrato interno. A quest'ultimo occorrerà, anzitutto, far riferimento per segnalare se, ed in che misura, le soluzioni adottate per l'arbitrato domestico si discostino da quelle proprie dell'arbitrato internazionale.

Inoltre, se alcuni Stati hanno adottato una legislazione diversificata in materia di arbitrato internazionale (tra questi la Francia, a seguito del decreto del 12 maggio 1981, n. 81-500, e la Svizzera, in base agli articoli 176 ss. LDIP), altri hanno disciplinato in maniera uniforme arbitrato interno ed internazionale (ZPO tedesca, *Arbitration Act* inglese del 1996, codice di procedura civile olandese). Una chiara distinzione di norme non è, dunque, sempre possibile.

Diversi da ordinamento ad ordinamento sono i criteri distintivi tra arbitrato domestico ed internazionale, grosso modo riconducibili a due modelli prevalenti. Da un lato, vi è un criterio oggettivo, fondato sulla natura della controversia, secondo il quale è internazionale l'arbitrato che coinvolga rapporti ed interessi propri del commercio internazionale (c.f.r. l'art. 1492 NCPC francese), ovvero sul luogo di esecuzione delle prestazioni contrattuali. Dall'altro, un criterio soggettivo, che fa perlopiù riferimento all'origine delle parti (c.f.r. l'art. 176, co. 1, LDIP). Non mancano, infine, criteri misti e combinazioni dei precedenti: è il caso della seconda parte dell'abrogato art. 832 c.p.c., o dell'art. 1 della legge modello UNCITRAL – che li combinano alternativamente – o dell'art. 1, par. 1, della convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961, che invece cumula i due criteri.

Pertanto, quello che un ordinamento qualifica come arbitrato internazionale alla stregua di un sistema diverso potrebbe dunque essere caratterizzato come interno. Per tale ragione, i regolamenti di arbitrato a vocazione internazionale rinunciano spes-

so a tracciare una rigida distinzione e a dettare criteri autonomi di delimitazione della propria competenza materiale<sup>1</sup>.

Risulta opportuno soffermare l'attenzione anche su un'ulteriore tipologia di arbitrato, talvolta indicato in dottrina come "trasnazionale" per distinguerlo dall'arbitrato interstatale di diritto internazionale pubblico, ove è coinvolta almeno una parte pubblica nello svolgimento di attività economiche di *iure privatorum*.

L'inclusione di questa forma di arbitrato, qualificato come estensione dell'arbitrato di diritto privato alle controversie internazionali, si giustifica in virtù di svariate ragioni. Anzitutto, sotto il profilo soggettivo, questa tipologia di arbitrato vede coinvolte, in contrapposizione ad un'entità pubblica, persone fisiche o giuridiche di diritto privato. In secondo luogo, da un punto di vista materiale, l'operazione commerciale, o *latu sensu* economica, che da origine a tali forme arbitrali le distingue dai mezzi di soluzione di controversie afferenti ai rapporti internazionali classici di tipo interstatale.

In taluni casi, la presenza di uno Stato in qualità di parte e le peculiarità dei rapporti economici da cui originano le controversie hanno suggerito la creazione di meccanismi arbitrali retti da un insieme di regole specificamente elaborate a tal fine. E' il caso della convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*), e delle *Arbitration Rules* del medesimo Centro, per la soluzione delle controversie tra Stati e privati relative ad investimenti, e dell'*Iran-US Claims Tribunal*, creato con gli accordi di Algeri del 1981 per la soluzione delle controversie tra privati di uno dei due Stati e l'altro Stato.

Pur in presenza di meccanismi arbitrali specifici, quali quelli appena menzionati, le controversie alla cui soluzione essi sono dedicati potrebbero trovare soluzione, come di fatto spesso avviene, attraverso le ordinarie forme di arbitrato commerciale internazionale. Giova a tal proposito ricordare come la stessa disciplina uniforme della legge modello UNCITRAL, nell'obbiettivo della sua più ampia applicazione, ricomprenda nella materia commerciale, cui essa è espressamente consacrata, anche rapporti tipicamente intercorrenti tra Stati e privati, quali quelli relativi ad investimenti e concessioni pubbliche.<sup>2</sup>

Infine, occorre rilevare come l'arbitrato in materia di investimenti rappresenti, a tutti gli effetti, una porzione rilevante della prassi arbitrale internazionale contemporanea, di cui è dunque sembrato opportuno tenere conto, anche per sottolinearne eventuali peculiarità e soluzioni che si discostino dal diritto comune.

<sup>1</sup> Ad esempio, l'art. 1, par. 1, del regolamento CCI dispone "La Corte ha la funzione di provvedere alla soluzione arbitrale delle controversie commerciali aventi carattere internazionale [...] La Corte, se la convenzione arbitrale gliene attribuisce la competenza, può provvedere, secondo il presente regolamento, alla soluzione arbitrale di controversie non aventi carattere internazionale".

<sup>2</sup> In nota all'art. 1 della legge modello, a proposito del termine "commercial" viene infatti precisato quanto segue. "The term 'commercial' should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationship of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: [...] investment; [...] exploitation agreement or concession; [...]".

Il coinvolgimento di uno Stato nel giudizio potrebbe determinare l'applicabilità di un regime speciale sotto qualche profilo. In generale, esso comporta una più marcata rilevanza della disciplina di diritto internazionale pubblico, sia sugli aspetti materiali dei rapporti Stato-privato sia in ordine alla stessa competenza dell'organo arbitrale. È noto, per esempio, come la prassi recente dell'arbitrato in materia di investimenti internazionali abbia visto un crescente, ed oggi assolutamente preponderante, ricorso a trattati bilaterali e multilaterali sugli investimenti ("*Bilateral Investment Treaties*" – BIT e "*Multilateral Investment Treaties*" – MIT) come fondamento della competenza dei tribunali arbitrali e fonti della disciplina sostanziale del rapporto.

In via generale è quindi possibile affermare come con il termine "arbitrato internazionale" non sia da intendersi l'arbitrato *anazionale*, ossia un arbitrato che una qualunque legge non qualifichi come nazionale o estero. Infatti, pur variando i criteri, quali quello del luogo di pronuncia della decisione e della sede legale del procedimento arbitrale, è difficile che una qualunque legge, di fronte ad una sentenza arbitrale, non la qualifichi o come *nazionale* o come *straniera*.

Da tale qualificazione dipende l'insieme dei mezzi con i quali la decisione può essere eseguita, in quanto si tratta di stabilire se è necessario l'*exequatur* interno oppure l'applicazione delle norme di attuazione della Convenzione di New York. Da questo discende anche il regime delle impugnazioni, se sia cioè ammissibile o meno l'applicazione delle impugnazioni previste dal diritto interno. Quindi, non esiste un arbitrato internazionale come *tertium genus*, poiché non esiste sentenza arbitrale che tendenzialmente non ricada nella categoria dell'arbitrato nazionale o in quella dell'arbitrato estero. Quando l'arbitrato è *nazionale* si distingue tra *domestico* e *internazionale*.

Secondo il nostro diritto previgente (art. 832 c.p.c.) si qualificava come internazionale l'arbitrato che aveva come oggetto un'operazione del commercio internazionale fra soggetti domiciliati in Stati diversi. Si tratta di una definizione largamente tratta da esperienze straniere o ricavabile da convenzioni, ma comunque non l'unica possibile.

Il codice di procedura civile disciplinava i due tipi di arbitrato in modo diverso: il maggior numero di norme (artt. 806-831) riguardavano l'arbitrato domestico mentre all'arbitrato internazionale erano dedicati gli artt. 832-838. Tale atteggiamento era specchio fedele del modo di pensare del nostro legislatore, e anche di molti altri legislatori.

Esistono però orientamenti diversi, ad esempio quello delineato nell'*English Arbitration Act* del 1996 in cui la prospettiva muta e l'arbitrato domestico diviene figura residuale; tuttavia, il contenuto delle norme inglesi non è sempre adeguato al carattere internazionale dell'arbitrato, pur dimostrando che la percezione del legislatore si incentra sulla maggior importanza della lite transnazionale rispetto a quella nazionale.

In Italia la vicenda della differente disciplina tra l'arbitrato nazionale e internazionale ha radici antiche, ed è una vicenda che storicamente può riassumersi in tre fasi: una prima fase nella quale ci si è occupati esclusivamente dell'arbitrato nazionale, mentre l'arbitrato internazionale non ricopriva alcun interesse e sottostava alle regole dell'arbitrato domestico; seguiva una fase nella quale si prendeva in maggiore considera-

zione l'arbitrato internazionale, cercando di dargli una disciplina specifica; infine l'ultima fase, l'attuale, in cui l'arbitrato ha vocazione evidentemente transnazionale, e si analizzano i principi dell'arbitrato internazionale disciplinando anche l'arbitrato interno come se fosse internazionale.

Una delle direttive della legge delega era appunto di adattare e recepire nell'arbitrato interno la disciplina dell'arbitrato internazionale, finché fosse stato possibile. La direttiva in se stessa sembra collocarsi proprio nel momento adulto dell'evoluzione di questo problema. Tuttavia, nel nuovo testo legislativo, si è riusciti a recepire gran parte della disciplina dell'arbitrato internazionale, ma non lo si è potuto fare proprio nel punto più importante.

Esaminando, infatti, i principali aspetti critici della nuova disciplina, le principali carenze sono da riscontrare nell'avvenuta abrogazione delle norme relative all'arbitrato internazionale, prima fra tutte l'art. 833 c.p.c., a fronte della quale non si è fatto luogo all'inserimento nell'art. 808 c.p.c. di una disposizione che renda esente la clausola compromissoria dall'obbligo di approvazione specifica ai sensi dell'art. 1341 e 1342 c.c.

Inoltre, l'avvenuta abrogazione dell'art. 834 c.p.c. ha lasciato aperto il problema della determinazione del diritto applicabile al merito della controversia e, soprattutto, della possibilità per le parti di arbitrati internazionali di indicare regole di carattere non statale come applicabili al merito.

Ulteriori perplessità vengono inoltre destinate dalla disciplina delle impugnazioni ove, da una parte, è posta una generalizzazione dell'esclusione dell'impugnazione per nullità per violazione delle regole di diritto, salvo se espressamente richiesta dalle parti o dalla legge e, dall'altra, si riscontra un'inopportuna estensione ad ogni tipo di arbitrato della revocazione e dell'opposizione di terzo, mentre un regime distinto per l'arbitrato internazionale – seppure identificato più restrittivamente di quanto avveniva in base all'abrogato art. 832 c.p.c. – viene mantenuto per quanto attiene alla pronuncia sul rescissorio.

Resta da osservare come, ancora oggi, non possa dunque considerarsi 'breve' la strada per facilitare il ricorso all'arbitrato internazionale, non potendo venire alcun contributo in tal senso dalla proliferazione delle forme e dei tipi di arbitrato speciale e dalla conseguente moltiplicazione dei modelli processuali cui si è venuti ad assistere negli ultimi tempi.

### Rapporti tra arbitrato internazionale e tutela cautelare: aspetti problematici

Nel panorama internazionale è ormai comunemente ammesso che il difetto di competenza di principio dei giudici statali sul merito della controversia compromessa per arbitri non comporta necessariamente l'incompetenza degli stessi giudici ad ordinare misure cautelari e provvisorie nel corso del giudizio arbitrale, o prima del suo inizio.

La funzione arbitrale è, infatti, caratterizzata da un certo numero di limiti che

rendono spesso necessario l'intervento dei giudici statali. Si pensi all'assenza di poteri coercitivi degli arbitri, all'incompetenza ad adottare misure destinate a produrre effetti nella sfera giuridica di terzi, nonché all'assenza di un organo cui rivolgere la domanda prima che il tribunale arbitrale sia costituito e posto in grado di agire.

Si pone, dunque, il problema dell'individuazione del fondamento e della delimitazione delle rispettive competenze di arbitri e giudici, cui i vari ordinamenti e sistemi arbitrali provvedono in modo diverso.

In ordine ai rapporti tra arbitrato internazionale e tutela cautelare il primo problema che si pone è quello dell'individuazione dell'organo competente all'adozione delle misure.

La facoltà di scelta dell'organo cui indirizzare l'istanza cautelare corrisponde all'interesse degli stessi compromettenti. Tale scelta viene effettuata alla luce delle circostanze di ciascun caso di specie andando a cadere sull'organo che, in base alla complessiva situazione di fatto e di diritto, appaia nella migliore posizione per assicurare tempestivamente ed efficacemente la tutela degli interessi della parte istante in via cautelare. Tale alternativa non può, ovviamente, porsi per la fase precedente la costituzione dell'organo arbitrale, per la quale tuttavia specifici meccanismi cautelari di natura arbitrale sono stati elaborati o sono in via di elaborazione presso diversi organismi.

La disponibilità della tutela cautelare arbitrale dipende principalmente dalla sede dell'arbitrato, il quale potrebbe riconoscere la competenza degli arbitri direttamente, ovvero per riferimento all'autonomia delle parti. Allorché il conferimento dei poteri cautelari agli arbitri non avvenga *ope legis*, le parti potrebbero aver espresso la propria volontà allo stesso effetto in modo esplicito, implicito, ovvero mediante richiamo di un regolamento arbitrale.

Tali considerazioni, da cui muove la maggior parte della dottrina nonché la giurisprudenza statale e la prassi internazionale, hanno indotto ad esprimere una preferenza per modelli legislativi che riconoscano i poteri cautelati degli arbitri in termini ampi, onde consentire alle parti di fare ricorso a questa forma di tutela presso gli stessi arbitri competenti sul merito, in alternativa ai tribunali ordinari, ogniqualvolta ciò si riveli più vantaggioso, ovvero di riservarsi la facoltà di scelta in sede di stipulazione dell'accordo compromissorio.

La competenza cautelare degli arbitri internazionali, oggi quasi universalmente ammessa, non può prescindere dalla previsione di procedure di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti cautelari che di essa rappresentano il naturale complemento in un'ottica di reale efficacia della tutela cautelare. Laddove, il riconoscimento meramente astratto rischierebbe di rimanere solo sulla carta in assenza di meccanismi di attuazione coattiva realmente efficaci.

L'assenza di armonia tra i vari ordinamenti nella disciplina del riconoscimento dei provvedimenti cautelari interni e la pressoché totale mancanza di strumenti relativi al riconoscimento e all'esecuzione dei provvedimenti esteri rende la situazione attuale tutt'altro che soddisfacente, manifestando la necessità di utili iniziative normative.

Segue

### **La singolare esperienza italiana: primi 'barlumi' di un tendenziale superamento del divieto normativo**

Il perdurante regime di competenza esclusiva dei giudici al cautelare che caratterizza la situazione italiana rappresenta un esempio sempre più isolato sul piano internazionale, tale da limitare in modo significativo la stessa idoneità dell'Italia come sede di procedure internazionali.

Malgrado le opportunità perse in occasione delle ultime riforme del diritto dell'arbitrato realizzate in Italia, che testimoniano della natura particolarmente persistente dei convincimenti alla base del divieto di cui all'art. 818 c.p.c., sembra tuttavia potersi finalmente cogliere taluni segnali di evoluzione dell'ordinamento italiano verso una più equilibrata ripartizione di competenze tra arbitri e autorità giudiziaria ordinaria.

Un primo rilevante contributo in tal senso proviene da un'ampia parte della dottrina che da tempo ha evidenziato la natura anacronistica del divieto indicando possibili soluzioni interpretative che ne attenuino gli effetti negativi. Queste vanno dal riconoscimento di effetti a provvedimenti che non richiedano, ai fini della loro attuazione, alcuna forma di collaborazione attiva od omissiva da parte del soggetto passivo all'ammissione di un'efficacia dei provvedimenti sul piano meramente negoziale, dal riconoscimento di un potere di raccomandazione delle misure in capo agli arbitri a quello di un limitato potere sanzionatorio, da parte loro, in sede di assunzione delle decisioni di loro competenza nel corso della stessa procedura arbitrale.

Si tratta di proposte interpretative che tuttavia, ad oggi, non hanno consentito ancora di superare interamente il dato normativo, che in termini perentori e ampi si oppone all'esercizio di un'efficace tutela cautelare da parte degli arbitri.

Considerazioni, le ultime, la cui valenza non trova più riscontro in materia di arbitrato societario. Malgrado –infatti– la portata settoriale, una diversa efficacia deve invece riconoscersi ad un secondo indizio del progressivo superamento dell'indirizzo tradizionale, rappresentato dalla recente espressa previsione di una forma di tutela cautelare arbitrale nel quadro della riforma dell'arbitrato societario.

Pur circoscritta alla materia societaria e, nell'ambito di essa, alla sola sospensione dell'efficacia della delibera assembleare, la novità introdotta dall'art. 35, par. 5, del d. lgs. N. 5/2003 appare idonea ad influire profondamente su tale questione in una prospettiva *de iure condendo*.

Non può, tuttavia, che prendersi atto dell'attuale perdurante atteggiamento negativo della nostra normativa, peraltro ribadito ancora recentemente, atteggiamento che pone seri dubbi in merito ad una totale adesione del nostro ordinamento nei confronti dello strumento arbitrale. Ed auspicare un mutamento cui solo un intervento del legislatore sembra in grado di garantire una reale efficacia.

Alessandra  
DE MARCO

## Le sorti dell'arbitrato internazionale alla luce del D.lgs. n. 40 del 2006

### Sommario:

**1. Fine di un *tertium genus* e/o generalizzazione di un modello? – 2. La Legge n. 25 del 1994: la prima risposta italiana alle esigenze del commercio internazionale – 2.1 Segue: Uno sguardo alla prassi...12 anni dopo. Le tendenze registratisi in giurisprudenza sulla nozione di arbitrato internazionale - 3. Gli effetti derivanti dalla radicale abrogazione del capo VI del Tit. VIII del Libro IV del c.p.c. - 4. L'integrale riscrittura dell'art. 832 c.p.c.: una finestra aperta sul commercio internazionale - 5. Come praticare l'arbitrato amministrato. Confronto tra i principali regolamenti arbitrali internazionali vigenti -**

### Fine di un *tertium genus* e/o generalizzazione di un modello?

Con l'integrale abrogazione degli artt. 833-838 c.p.c. ad opera del D.lgs. n. 40 del 2006, attuativo della delega contenuta nell'art. 1 della L. n. 80 del 2005, l'intera disciplina dell'arbitrato internazionale è stata formalmente espunta dal nostro tessuto normativo, rinnegando, sia pur solo *apparentemente*, le ragioni per le quali l'introduzione di una regolamentazione *ad hoc* in tale settore sia stata originariamente salutata con largo e diffuso apprezzamento all'indomani della legge di riforma n. 25 del 1994<sup>1</sup>.

Nel tentativo di dare una compiuta risposta alle specifiche esigenze del commercio internazionale<sup>2</sup>, anche l'Italia, sull'esempio della legge Modello UNCITRAL<sup>3</sup>

1 In *Gazz. Uff.*, n. 12 del 17 gennaio 1994 "Nuove disposizioni in materia di arbitrato". Sulla normativa nel suo complesso si veda in dottrina E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1 ss.; A. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 83 ss.; P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 3 ss.; R. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina italiana*, in *Riv. dir. int. priv e proc.*, 1994, 257 ss.; A. GIARDINA, *La legge n. 25 del 1994 e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1994, 257 ss.; A. BONSIGNORI, *L'arbitrato internazionale fra Convenzione di Ginevra e codice di rito*, in *Riv. arb.*, 1995, 379 ss.; G. GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 del 1994 e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. arb.*, 1996, 487 ss.

2 L'idea di rendere l'arbitrato internazionale oggetto di una considerazione separata e parzialmente autonoma

dalla disciplina di diritto comune è stata tradizionalmente motivata con riferimento alle esigenze di speditezza ed economicità tipiche del commercio internazionale. E' di comune constatazione, infatti, che gli elementi di estraneità ovvero di minor collegamento che, di norma, i rapporti commerciali internazionali intrattengono con un singolo ordinamento statale specie in termini di elevata mobilità dei beni e di scarso radicamento territoriale dei soggetti coinvolti nelle transazioni presuppongano, ai fini di una maggiore speditezza dei traffici, un controllo della normativa nazionale meno gravoso e penetrante di quello generalmente previsto per la valutazione e regolazione dei rapporti interni. In generale su tali esigenze e sugli atteggiamenti dei diversi ordinamenti giuridici contemporanei, si veda P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., 13 ss.; A. GIARDINA, *L'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 21 ss.; A. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, op.cit., 83 ss.

e delle esperienze positive maturate in numerosi altri Paesi<sup>4</sup>, introduceva, nel quadro di riforma del 1994, una disciplina *ad hoc* per l'*arbitrato internazionale*, configurando, sul piano sistematico, quello che dai più è stato definito un *tertium genus* rispetto al tradizionale binomio *interno/estero*, generalmente considerato tale da esaurire l'intera realtà del fenomeno arbitrale<sup>5</sup>.

Se da un lato, infatti, il nuovo istituto si poneva in netta contrapposizione con l'arbitrato *estero*, prescrivendo, ai fini dell'applicabilità della disciplina, la scelta dell'Italia quale sede dell'arbitrato<sup>6</sup>; dall'altro, esso si configurava in modo *parzialmente ancorché sostanzialmente* diverso da quello *interno*<sup>7</sup>, per un minor formalismo della procedura ed una maggior apertura al dispiegarsi all'autonomia privata.

Nei tratti più rilevanti, infatti, le norme in deroga alla normativa di diritto comune lasciavano chiaramente intendere lo sforzo del legislatore di creare una sorta di arbitrato "da esportazione", flessibile alle esigenze della moderna società mercantile ed il più possibile disancorato dalle forme di assistenza giudiziaria, allo scopo di invogliare gli operatori stranieri alla scelta del territorio della Repubblica quale ambito fattuale ed applicativo di riferimento<sup>8</sup>. In tale prospettiva, l'apertura del nostro sistema codicistico alla realtà dei traffici internazionali passava attraverso l'affermazione di uno strumento di composizione delle liti strettamente *domestico*, quanto a sede, procedura ed ordinamento di riferimento per il conseguimento dell'esecutorietà; ma, in ogni caso, *internazionale*, con riguardo alle caratteristiche fisiologiche del rapporto cui la controversia si riferiva<sup>9</sup>. Si tracciavano, quindi, i contorni di un istituto che, qualificandosi come *internazionale* secondo i criteri discrezionalmente previsti, era sottoposta dal diritto italiano ad una specifica regolamentazione, che sia pure da essa distinta, si poneva, ovviamente, a salvaguardia e ad in-

3 La legge Modello dell'UNCITRAL, approvata il 21 giugno 1985 dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale, è stata offerta all'adozione dei singoli Stati quale disciplina nazionale uniforme dell'arbitrato. A riguardo si veda, in particolare M.J. BONELL, *Una nuova disciplina modello sull'arbitrato commerciale internazionale*, in *Dir. comm.int.*, 1987, 3 ss.

4 I più moderni ordinamenti cui l'Italia si è allineata con la riforma introdotta dalla legge n. 24 del 1994 sono: la Francia, dove l'istituto dell'arbitrato internazionale ha avuto la sua consacrazione nel decreto del 12 maggio del 1981; l'Inghilterra, in cui l'evoluzione di tale approccio si è avuto con gli *Arbitration Acts* del 1975 e del 1979 e così, sulla falsariga di tali esempi: gli Stati Uniti nel 1985, il Belgio nel 1985, l'Olanda nel 1986 e la Svizzera nel 1989.

5 Così S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, CEDAM, 944 ss.

6 Nella vigenza dell'art. 816 c.p.c., la giurisprudenza ha ripetutamente sottolineato l'importanza della volontà convenzionale delle parti nella determinazione della sede dell'arbitrato. In particolare si veda App. Milano,

24 marzo 1998, con nota di S. BRAMBILLA, *Riflessioni sulla sede dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2000, 81 ss.

7 Così ancora S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, op. cit., nota n. 218, 945.

8 In tal senso, le osservazioni di P. BERNARDINI, *La recente riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., 13 ss.; R. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina italiana*, op. cit., 257 ss.; P. BIAVATI, *L'arbitrato internazionale*, in *Commentario al Tit. VIII del libro IV c.p.c.*, a cura di F. CARPI, Zanichelli, 2001, 739 ss.

9 Perché un arbitrato rituale italiano potesse essere disciplinato nelle forme specifiche dell'arbitrato internazionale, esso doveva necessariamente presentare almeno uno dei due requisiti posti alternativamente dall'art. 832 co. 1 c.p.c. e cioè, *che almeno una delle parti avesse la propria residenza o sede effettiva all'estero alla data di sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso; ovvero, qualora dovesse eseguirsi all'estero una parte "rilevante" della prestazione cui la controversia si riferiva.*



tegrazione della disciplina convenzionale sussistente in materia<sup>10</sup>.

Tutto quanto sopra premesso, si rende necessario verificare quali siano attualmente le sorti toccate all'arbitrato internazionale dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 che, spazzando via l'intero capo VI del c.p.c., ha riportato indietro il nostro ordinamento al periodo precedente la legge. n. 25 del 1994, quantunque non si fossero palesate univoche ragioni d'insuccesso dell'istituto<sup>11</sup>.

Considerata la scarna formulazione del nuovo art. 832 c.p.c., unico superstite dell'azione "eliminativa" della riforma<sup>12</sup>, una corretta interpretazione della novella, tale da fugare ogni dubbio circa la ragionevolezza e l'opportunità di una scelta così operata, impone di tener conto delle finalità proclamate dalla legge delega, la quale, nell'ottica di *reformare in senso razionalizzatore* l'intera materia del diritto dell'arbitrato, prescriveva la *soppressione del capo dedicato all'arbitrato internazionale, con tendenziale estensione della relativa disciplina a quello interno*<sup>13</sup>.

Stando alla lettera della legge è, dunque, evidente che la linea direttrice seguita dal legislatore si sia mossa non nel senso della cancellazione *tout court* della figura dell'arbitrato internazionale dal panorama giuridico italiano, bensì in previsione di una parallela e tendenziale estensione dei caratteri di elasticità e di flessibilità propri della relativa disciplina anche a quella dell'arbitrato interno, promuovendo il rito dell'arbitrato internazionale a paradigma di ogni riforma in materia.

In tale prospettiva, si tratta, dunque, di valutare il nuovo sistema derivante dalla riforma nel suo complesso, al fine di vagliarne la corrispondenza ai suddetti criteri direttivi.

## 2. La Legge n. 25 del 1994: la prima risposta italiana alle esigenze del commercio internazionale.

Nel vigore della vecchia normativa, il regime *speciale* sull'arbitrato internazionale ha permesso di adottare soluzioni positive di gran lunga più confacenti di quanto non siano apparse, fino a poco tempo fa, quelle proprie della disciplina di diritto comune, finendo con l'aver una sorta di effetto trainante rispetto alla più recente evoluzione in materia di arbitramento *interno*.

10 Sono attualmente vigenti in materia d'arbitrato la Convenzione Europea sull'arbitrato commerciale internazionale adottata a Ginevra nel 1961 e ratificata in Italia con legge 10 maggio 1970, n. 418 e la Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere adottata a New York nel 1958 e ratificata con la legge 19 gennaio 1968, n. 62. Rivestono, altresì, carattere internazionale sul piano generale il Regolamento arbitrale e le raccomandazioni adottate dalla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto Commerciale Internazionale.

11 Per un commento ai vari aspetti della riforma si veda C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitramento: riaffermazione privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss. Più in generale, M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE-CECCHIELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006; F. CORSINI, *Prime riflessioni*

*sulla nuova riforma dell'arbitrato*, op. cit. 515 ss.; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.; S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova 2007, n.VIII.

12 In luogo dell'abrogato capo VI sull'arbitrato internazionale, il d.lgs. n. 40/2006 ha, dunque, introdotto un nuovo capo VI costituito da un'unica norma dedicata all'arbitrato secondo regolamenti preconstituiti, anche in questo caso conformandosi puntualmente alla l. n. 80/2005 con riguardo all'introduzione di una disciplina dell'arbitrato amministrato.

13 Così si legge, infatti, al III co. dell'art. 1, lett. b) della legge delega di riforma n. 80 del 2005.

Per quanto, infatti, visibilmente disorganico ed eterogeneo sul piano della gerarchia delle fonti<sup>14</sup>, il disegno normativo *ad hoc* si faceva interprete esemplare delle impetose necessità del commercio transnazionale, limitando al massimo i collegamenti con la giurisdizione statale e garantendo, nel contempo, un'accresciuta duttilità procedurale, una sensibile *attenuazione del formalismo sostanziale* ed, in definitiva, una maggiore valorizzazione dell'*autonomia privata*<sup>15</sup>.

In linea con le tendenze antiformalistiche affermatesi nella prassi convenzionale<sup>16</sup>, una maggiore flessibilità nella redazione della clausola compromissoria era, infatti, assicurata sottraendo i patti d'arbitrato dall'obbligo della specifica approvazione per iscritto prevista dagli artt. 1341 (condizioni generali di contratto) e 1342 (contratto concluso mediante moduli e formulari) c.c.<sup>17</sup>, nonché riconoscendo validità alla clausola arbitrale approvata *per relationem*, purché recepita in un accordo sottoscritto dalle parti<sup>18</sup> e conosciuta o conoscibile dalle stesse secondo il criterio dell'ordinaria diligenza<sup>19</sup>.

Sul piano procedurale, a conferma della necessità di attenuare le difficoltà pratiche spesso riconducibili alle caratteristiche intrinseche della controversia arbitrale, il legislatore optava per l'inserimento di una norma di diritto internazionale privato particolare che,

14 Normalmente, infatti, si riteneva, che l'arbitrato internazionale fosse assoggettato, nell'ordine, alle norme inderogabili delle Convenzioni internazionali; alle norme inderogabili tra quelle disposte dal codice di rito per l'arbitrato internazionale (833-838.); alle disposizioni inderogabili tra quelle di diritto comune sull'arbitrato internazionale (806-831); alle norme espressione dell'autonomia negoziale, quali, nell'ordine, le pattuizioni espressamente concordate dalle parti, le decisioni degli arbitri, le norme richiamate appartenenti ai regolamenti delle diverse camere arbitrali; alle disposizioni derogabili incluse nel codice di rito sui giudizi arbitrali internazionale (833-838); ed infine, alle norme derogabili tra quelle della disciplina codicistica sull'arbitrato nazionale (806-831).

15 L'ampliamento degli spazi riservati all'autonomia delle parti si esprimeva nel far salva la possibilità per le stesse di convenire specificamente le norme applicabili al merito della controversia (art. 834 c.p.c.), la lingua del procedimento (art. 835 c.p.c.), le forme di ricusazione degli arbitri (art.836 c.p.c.), le modalità ed i limiti di impugnabilità del lodo (art. 838 c.p.c.).

16 Così, appunto, in applicazione della Convenzione di New York e della Convenzione di Ginevra. In verità, si ritiene che, già a partire dalla ratifica della Convenzione di New York del 1958, l'Italia avrebbe introdotto nel proprio ordinamento una norma di diritto materiale uniforme sulla validità della clausola arbitrale. In particolare, l'art. 2 di detta Convenzione, autorizzando le parti a concludere l'accordo arbitrale attraverso lo scambio di lettere e telegrammi, avrebbe fin da allora consentito di ritenere non più necessaria la specifica approvazione per iscritto richiesta dagli artt. 1341 e 1342 c.c. Tuttavia, alla luce delle incertezze manifestatesi in giurisprudenza, l'introduzione dell'art. 833 c.p.c. si era rilevata a dir poco opportuna. Di

recente, anche la Corte Cost. con ord. 18 ottobre 2000, n. 428, afferma che la disciplina di cui all'art. 833 c.p.c. "è espressione di un dato sistematico", considerato che, "il legislatore, nella sua discrezionalità, può ritenere prevalente l'esigenza di favorire una più libera esplicazione dell'autonomia privata nella scelta della giurisdizione".

17 Va rilevato, infatti, che la clausola compromissoria rientra tra le c.d. clausole vessatorie, per le quali l'art. 1341 co. 2 c.c., ed in forza dello specifico invio, l'art. 1342 co. 2, richiedono la specifica approvazione per iscritto nelle ipotesi di condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti e di contratti stipulati mediante moduli o formulari.

18 Il legislatore italiano ha, dunque, mantenuto fermo il principio secondo cui la manifestazione di volontà delle parti di sottrarre la soluzione delle controversie alla decisione del giudice ordinario debba avere la forma scritta, nonostante la prassi del commercio internazionale deponga in senso contrario. Cfr. la previsione di cui all'art. 17 Reg. CE 44/2001, non estensibile all'arbitrato, secondo cui la proroga della competenza giurisdizionale può conseguirsi nei rapporti del commercio internazionale in qualsiasi forma espressa dagli usi in questo campo. Conforme Cass. civ., sez. Unite 17-01-2005, n. 731. In argomento si veda Cass. Sez Un., 10 marzo 2000, n. 58 in *Dir. maritt.*, 2002, 191 ss.; Cass. Sez Un. 1 marzo 2002, n. 3029 con nota di LA MATTINA, *Spunti in tema di clausola compromissoria nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, 991, ss.

19 L'impiego dell'ordinaria diligenza per conoscere la clausola compromissoria dimostra l'intenzione del legislatore di oggettivizzare lo *standard* di conoscibilità della stessa.

rimettendo all'autonomia negoziale la scelta della legge regolatrice del rapporto controverso, attenuava di gran lunga lo sforzo degli arbitri nella fase di individuazione della disciplina di conflitto applicabile al caso di specie<sup>20</sup>.

In via contestuale, un risultato particolarmente interessante era raggiunto in punto di diritto, laddove l'interpretazione strettamente letterale della locuzione "norme" di cui all'art. 834 c.p.c., autorizzava le parti a designare, quale *lex contractus*, anche le norme di derivazione non propriamente statale<sup>21</sup>. In tal modo, infatti, il nostro ordinamento finiva con l'aprirsi all'accoglimento diretto di quegli strumenti di uniformazione del diritto ormai ampiamente consolidatisi nella prassi del commercio internazionale<sup>22</sup>, tra i quali si annoverano, in particolare, i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali<sup>23</sup>.

Parimenti rimessa alla fonte negoziale, tramite la consueta clausola di salvezza della pattuizione contraria delle parti, la scelta della lingua processuale<sup>24</sup>, la determinazione del *modus procedendi* per la ricsuzione degli arbitri<sup>25</sup> ed, altresì, l'individuazione delle modalità di deliberazione del lodo, ove s'intendessero adottare regole diverse dal criterio della maggioranza di voti e della conferenza personale, sia pure videotelefonica<sup>26</sup>.

20 Ed, infatti, poiché l'arbitro internazionale non è vincolato ad una *lex fori*, deve preliminarmente operare una scelta sul sistema di conflitto tra più leggi rilevanti.

21 Creare le premesse per un linguaggio ed un sistema di comunicazione autenticamente "transnazionali" tra gli operatori giuridici di tutto il mondo è il presupposto imprescindibile da cui muove qualsivoglia tentativo, sia teorico che pratico, di rispondere alle ineludibili esigenze di una società in rapida e tumultuosa trasformazione, aperta all'economia internazionale ed ai suoi contraccolpi, strutturalmente mobile nonché socialmente organizzata in gruppi d'interesse, ansiosi di ottenere dall'ordinamento *statuti* sostanziali o processuali privilegiati, a soddisfacimento delle loro specifiche esigenze. E' comune constatazione che la valutazione e la regolamentazione delle operazioni del commercio internazionale non possano prescindere dall'esistenza di una disciplina modellata su criteri particolari, la quale, resa immune ai condizionamenti delle "specificità nazionali", consenta di adeguarne i contenuti al contesto socio-giuridico in cui le operazioni economiche sono destinate a produrre i loro effetti.

22 In tale prospettiva, il movimento di progressiva unificazione del diritto ha indirizzato i relativi studi alla predisposizione di strumenti volti ad agevolare tale processo, non solo attraverso il ricorso alla "tecnica" tradizionale dell'unificazione per via legislativa ma, altresì, sviluppando, sul piano scientifico, metodi di organizzazione sistematica del materiale giuridico caratterizzante una certa area geografica (*restatements*), riassumendo i risultati delle indagini ivi compiute in vere e proprie proposizioni normative (*black letter rules*). Un esempio molto riuscito di tale tecnica di unificazione del diritto è dato dai Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali.

23 Com'è noto, i Principi UNIDROIT costituiscono un complesso di regole non vincolanti destinato a regolare

i rapporti commerciali internazionali. Pubblicati per la prima volta nel 1994, e presto corredati di nuovi capitoli in materia, tra cui, quello sulla rappresentanza, cessione del credito, prescrizione, compensazione, essi stanno guadagnando crescente consenso soprattutto quale base normativa per la risoluzione di controversie transnazionali. Si veda, in generale, M. J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, Transnational Publishers, New York, 2° ed., 1997.

24 Sull'importanza cruciale della lingua nel procedimento arbitrale si veda ampiamente C. PUNZI, *La lingua del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 220 ss.

25 Parte della dottrina ritiene che la deroga ad opera delle parti non possa investire tutti gli aspetti della disciplina sulla ricsuzione. Si vedano in particolare F. AULETTA, *L'arbitrato internazionale*, op. cit.; A. BRIGUGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato internazionale*, op. cit., 83 ss. i quali ritengono che l'autonomia privata pur potendo configurare un autonomo procedimento, non potrebbe incidere sul procedimento giurisdizionale disciplinato dall'art. 815 c.p.c., modificandone i motivi, i termini e la competenza. Così, in parte anche BONSIGNORI, *L'arbitrato internazionale fra Convenzione di Ginevra e codice di rito*, op. cit., 379 ss., secondo cui le parti non potrebbero derogare alla competenza territoriale del giudice della ricsuzione.

26 Il principio maggioritario, infatti, poteva essere sostituito o con l'introduzione di una rigida regola dell'unanimità, o con il conferimento al presidente del collegio del potere di deliberare il lodo nel caso in cui non si riusciva a formare una maggioranza o quando uno o più arbitri si rifiutavano di partecipare alla deliberazione. Tale ultima modalità di deliberazione del lodo, non legittimo per l'arbitrato domestico, risultava, invece, legittimo per l'arbitrato internazionale con sede in Italia.

Infine, il segnale più evidente della chiara volontà di favorire meccanismi di protezione della decisione arbitrale a tutela dei canoni di certezza e stabilità, era espresso dal regime d'impugnazione del lodo, disegnato in modo tale da realizzare un equo temperamento tra le esigenze di stabilità del lodo, da un lato, e le garanzie di difesa delle parti, dall'altro. Il principio generale di cui all'art. 838 c.p.c. escludeva, in assenza di contraria pattuizione, l'impugnabilità del lodo per inosservanza delle regole di diritto (art. 829 co. II)<sup>27</sup>, l'eventualità di un riesame nel merito della controversia a seguito della pronuncia di annullamento ad opera della Corte d'appello (art. 830 co. II c.p.c.) nonché la proponibilità avverso il lodo dei mezzi d'impugnazione straordinaria, quali la revocazione e l'opposizione di terzo (art. 831 c.p.c.)<sup>28</sup>.

## 2.1 Segue: Uno sguardo alla prassi...12 anni dopo. Le tendenze registratisi in giurisprudenza sulla nozione di arbitrato internazionale

A dispetto dei pronostici formulati a caldo da alcuni dei primi commentatori della riforma del '94, la disciplina dell'arbitrato internazionale ha conquistato nel tempo un ambito applicativo assai ristretto e limitato, essendo solo di recente percepibile una netta inversione di tendenza.

Le ragioni di tale affannoso decollo sono propriamente da ricercarsi nella particolare diffidenza mostrata dalla giurisprudenza di merito nel dare concreta applicazione a quegli aspetti della disciplina *ad hoc*, idonei a disancorare l'arbitrato dai possibili legami con la giurisdizione statale, ed in particolare, rivolti a diversificare ed alleggerire il controllo impugnatorio sul lodo internazionale.

Non è un caso, infatti, che le principali questioni applicative aventi ad oggetto la normativa in esame si siano sviluppate soprattutto in punto di qualificazione della fattispecie in termini d'internazionalità le quali, poiché in gran parte orientate ad ottenere una declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione per nullità ex art. 829 co. II c.p.c., venivano spesso decise optando per un'interpretazione restrittiva, in alcuni casi erronea, dei presupposti di cui all'art. 832 c.p.c.<sup>29</sup>.

27 L'effettiva portata dell'esclusione dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto è stata genericamente valutata alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione all'arbitrato interno, che ritiene in ogni caso impugnabile per violazione delle norme imperative quei lodi di equità per i quali l'art. 829 co. II, esclude l'impugnazione per violazione delle regole di diritto.

28 Alcune perplessità sono state espresse in dottrina circa la scelta effettuata dal legislatore della riforma del 1994 sia in termini di opportunità, per aver sacrificato la tutela contro i vizi gravi (revocatori), sia in termini di legittimità costituzionale, sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza per aver escluso al terzo ogni possibilità di tutela.

29 Ci si riferisce in particolare alle questioni di qualificazione che hanno dato luogo alla pronuncia della Corte di Appello di Roma, 6 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1998, I, 1154 ss., con nota critica di S. CHIARLONI, *Prime applicazioni chiaramente contra legem di una legge chiara: a proposito di un arbitrato internazionale qualificato come nazionale* nonché con nota critica di A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura dell'arbitrato internazionale?*, in *Riv. arb.*, 1998, 719 ss. Nella specie, la Corte aveva negato il carattere d'internazionalità dell'arbitrato poiché, nonostante l'opera appaltata dovesse eseguirsi all'estero, le parti, entrambe italiane, avevano convenuto che il compenso dell'impresa appaltatrice dovesse essere corrisposto in Italia. Sul punto si vedano, altresì, le considerazioni di L. SALVANESCHI, *Sulla nozione di arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2001, 19 ss.

E' da rilevare, infatti, che nell'ambito dei diversi modelli già esistenti sul terreno convenzionale, il legislatore ha compiuto una scelta di qualificazione della fattispecie consistente nel privilegiare l'obiettiva internazionalità dell'arbitrato, con l'effetto di condizionare l'applicabilità delle disposizioni derogatorie alla sussistenza di un duplice criterio operante in via alternativa, l'uno, sul piano soggettivo, *qualora almeno una delle parti avesse la propria residenza o sede effettiva all'estero alla data di sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso*<sup>30</sup>; l'altro, sul piano oggettivo, *qualora dovesse eseguirsi all'estero una parte "rilevante" della prestazione cui la controversia si riferiva*<sup>31</sup>.

In particolare, focalizzando l'attenzione sul requisito normativo della "rilevanza" delle prestazioni da eseguirsi all'estero, la giurisprudenza giungeva a radicare il giudizio di rilevanza su di una valutazione quantitativa anziché meramente qualitativa delle prestazioni nascenti dal rapporto contrattuale, con l'effetto di escludere il carattere d'internazionalità della controversia anche nei casi limite in cui fosse da eseguire all'estero la prestazione caratteristica che non fosse, tuttavia, preponderante nell'economia complessiva del contratto<sup>32</sup>.

E' solo in tempi recentissimi che la giurisprudenza, rimuovendo anacronistiche e residue resistenze al progredire dell'istituto, è giunta ormai ad attestarsi nel qualificare come internazionale l'arbitrato che, almeno per il "criterio oggettivo", fa "riferimento all'esecuzione di parte significativa delle prestazioni rispetto alle altre parti pur funzionali al perseguimento degli interessi posti a base del contratto, senza richiedere che nell'ambito del rapporto nel suo complesso quelle eseguite all'estero ne rappresent[ino] la parte preponderante o principale"<sup>33</sup>.

E', pertanto, evidente che, per quel che concerne l'esperienza italiana, il ritardo della prassi giurisprudenziale nel dare una corretta valutazione degli aspetti più tipici dell'arbitrato internazionale ha originariamente condizionato l'impegno di una cultura processualistica, da sempre in prima linea nel diffondere una tale forma di giustizia privata, duttile, efficiente e ben ritagliata sulle esigenze delle parti, capace di ottenere, altresì, risultati legislativi al passo con i tempi.

### 3. Gli effetti derivanti dalla radicale abrogazione del capo VI del Tit. VIII del Libro IV del c.p.c.

La vocazione evidentemente transnazionale assunta dal fenomeno arbitrale nell'ultimo ventennio, tanto da ritenere opportuno promuovere il rito dell'arbitrato internazionale a paradigma di qualsivoglia riforma interna, trova compiuta espressione nei principi e criteri direttivi della legge delega n. 80 del 2005, la quale sembra collocarsi proprio nel momento adulto dell'evoluzione di tale tendenza<sup>34</sup>.

In Italia, infatti, la progressiva maturazione dell'esperienza arbitrale<sup>35</sup> ha giustamente condotto il legislatore a voler conferire all'istituto unitarietà di regolamentazione all'insegna della maggiore flessibilità e liberalità della normativa previgente la cui cancellazione, tuttavia, non sembrava lasciar intravedere, almeno *prima facie*, alcun rimpianto venendo meno ogni possibile fraintendimento circa l'esistenza di un *tertium genus* di arbitrato, oltre a quello interno ed estero<sup>36</sup>.

Sul piano della gerarchia delle fonti, infatti, l'avvenuto superamento del dualismo della disciplina positiva ha avuto l'effetto di semplificare notevolmente la problematica riguardante la concorrenza sussistente tra le disposizioni convenzionali e quelle *speciali* di diritto interno in sede di regolamentazione di taluni aspetti dell'arbitrato internazionale. A causa della tendenziale convergenza dei due complessi normativi su ambiti pressoché coincidenti, il contrasto interpretativo sorto con riguardo alla riserva posta a salvaguardia dei trattati internazionali (ex art. 832 ult. co. c.p.c.), può dirsi, oggi, senza dubbio superato in favore della prevalenza delle norme convenzionali sulle norme di diritto comune, eguagliando, così, più alti *standard* di certezza e di prevedibilità.

Occorre, tuttavia, rilevare che non tutte le prescrizioni contenute nei previgenti artt. 832 e ss. c.p.c. sono state recuperate dal legislatore della riforma, il quale, poco attento ai progressi segnati dall'esperienza legislativa degli ordinamenti più all'avanguardia, ha perso l'occasione storica di porre le premesse per attrarre nel territorio della Repubblica un maggior numero di procedimenti arbitrali con parti straniere, a tutto vantaggio delle imprese nazionali, anch'esse fortemente condizionate nella scelta della sede dell'arbitrato dalla maggiore attrattiva offerta dalle legislazioni in vigore in altri paesi<sup>37</sup>.

L'amarezza di tali considerazioni sono il portato derivante da un'attenta disamina delle attuali disposizioni relative all'arbitrato interno/internazionale, alla luce di un immediato confronto con la disciplina previgente.

30 E' nota la tendenza delle Convenzioni internazionali nel senso di privilegiare la *habitual residence*. Si veda ad esempi l'art. 4 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980 oggi sostituito dall'art. 2 del Reg. CE 44/2001.

31 La soluzione italiana era evidentemente più restrittiva di quella francese di cui all'art. 1492 del codice di procedura civile francese secondo cui è internazionale l'arbitrato che mette in gioco gli interessi del commercio internazionale e di quella prevista dall'art. 1 lett. c) della legge Modello UNCITRAL ai sensi della quale l'internazionalità dell'arbitrato può essere determinata da una valutazione discrezionale delle parti.

32 Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza della corte di Appello di Roma, 6 ottobre 1997, che "Il requisito della rilevanza si riscontra quando sia attribuibile una rilevanza particolare e preponderante rispetto a quelle complessivamente dedotte in contratto".

33 La netta inversione di tendenza si ha con Cass. Sez. I, 27 luglio 2000, n. 13648. In senso conforme, Cass. Sez. I, 20 dicembre 2002, n. 18155; Cass. Sez. I, 14 settembre 2004, n. 18460; Cass. Sez. I, 16 gennaio 2004, n. 544; Cass. Sez. Un. 17 novembre 2005, n. 23242. In dottrina si veda in proposito F. AULETTA, *Minime sull'internazionalizzazione dell'arbitrato altrimenti domestico*, in *Riv. arb.*, 2001 47 ss.

34 Così E.F. RICCI, *L'arbitrato nella recente evoluzione legislativa*, Relazione tenuta presso la Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano in occasione della VI edizione del corso di formazione su *L'arbitrato: fondamenti e tecniche*.

35 Uno degli indici della crescita, sia pur lenta, di tale tendenza è sicuramente rappresentato dal Report Statistico della Camera di Commercio di Milano, il quale rileva che il numero dei casi raggiunto tra arbitrati, istanze di nomina di arbitri, domande di conciliazione e

di *risolvioline* è di 407. Inoltre i nuovi casi depositati sono stati 102: 45 gli arbitrati decisi con lodo, 41 quelli conclusi con una transazione, 13 quelli estinti a causa del mancato pagamento dei depositi richiesti dalla Segreteria.

36 Così F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *I Contratti*, 2006, 515 ss.

37 P. BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, in *Dir. comm.int.*, 2006, 227.



In primo luogo, è opportuno evidenziare l'avvenuta ri-formalizzazione del regime della clausola compromissoria a causa della mancata previsione della deroga che la sottraeva dall'obbligo della specifica approvazione per iscritto prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c., già contenuta nell'art. 833, 1° comma, c.p.c. e predisposta allo scopo di prevenire incertezze e difficoltà applicative derivanti dall'originalità delle tutele previste dal nostro ordinamento. Infatti, l'aver radicato in termini di competenza i rapporti tra giudici ordinari ed arbitri comporta inevitabilmente che, come per altro l'opinione dominante già in precedenza riteneva, la clausola compromissoria nei rapporti tra professionista e consumatore debba considerarsi vessatoria ai sensi dell'art. 1469 *bis*, 2° comma, n. 18.

In punto di diritto sostanziale, il d.lgs. n. 40 del 2006 non ha colto l'occasione di estendere all'arbitrato interno il principio della libera scelta del diritto applicabile al merito della controversia e la previsione della particolare norma di conflitto secondo la quale, ove le parti non vi provvedano, si applica la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato<sup>38</sup>. Ne deriva, conseguentemente, il notevole incremento del numero di casi in cui gli arbitri chiamati a dirimere controversie di carattere transnazionale dovranno ripercorrere l'artificioso meccanismo del c.d. doppio passaggio, al fine di individuare la legge di conflitto applicabile al caso di specie, con notevole dispendio di tempo ed energie<sup>39</sup>.

Con riguardo alla nuova regolamentazione dell'istituto della ricusazione, è evidente l'intento del legislatore di limitarsi alla realizzazione di una sorta di timido compromesso tra l'abrogato art. 836 c.p.c. ed il più volte criticato art. 815 c.p.c. Specificamente, la nuova formulazione è stata integralmente rivisitata tenendo a mente lo schema dell'art. 51 c.p.c., semplicemente "riveduto ed integrato alla luce delle peculiari esigenze del giudizio arbitrale", con l'effetto di ingessare ancora una volta le ipotesi di ricusazione degli arbitri<sup>40</sup>.

Di qualche rilievo, in quanto chiaramente ispirate alle istanze di semplificazione e di razionalizzazione dell'istituto, le novità che hanno interessato complessivamente il procedimento di deliberazione del lodo<sup>41</sup>. Certamente significativa, in tal senso, la scelta

di escludere la necessità della conferenza personale, ritenendo sufficiente la maggioranza dei voti e la partecipazione, ma non necessariamente la presenza fisica, di tutti gli arbitri. Deve ritenersi, inoltre, integralmente mutuata dall'ex art. 835 c.p.c. la riserva posta a favore dell'autonomia negoziale sulla scelta della lingua dell'arbitrato, chiaramente rivolta all'eventualità di una connotazione internazionale della controversia, cui fa da *pendant* l'opzione delle parti in merito all'individuazione delle norme che regolano il procedimento.

Un'attenzione particolare deve essere, infine, riservata all'attuale regime di impugnazione del lodo rispetto al quale il legislatore delegato sembrerebbe essersi divertito in una singolare opera di "taglia e cuci" dell'abrogata disciplina, senza, tuttavia, riuscire nell'intento di un'effettiva ed accurata estensione della stessa anche alla regolamentazione dell'arbitrato interno.

Se da un lato, infatti, è stata esclusa *ex lege* la *chance* di una revisione del lodo arbitrale per inosservanza delle norme di diritto, salva contraria pattuizione o norma di legge, dall'altro, mantenendo integro l'assetto vigente, il legislatore ha ritenuto opportuno limitarsi ad elencare tassativamente ma non ad escludere *tout court* le ipotesi in cui il giudice della Corte d'Appello è legittimato a decidere la controversia nel merito, con salvezza dei casi in cui le parti abbiano stabilito diversamente nella convenzione d'arbitrato o in un accordo successivo.

Il solo parziale accostamento della legislazione delegata alla disciplina di cui all'ex art. 838 c.p.c., è ispirata alla pretesa di contemperare in via contestuale due opposte esigenze; da un lato, infatti, l'istanza da tempo avanzata di una riduzione delle ipotesi di intervento del giudice statale avrebbe spinto nel senso di riservare alla giustizia privata la decisione nel merito della controversia fin dove possibile; dall'altro, esigenze di economia processuale avrebbero impedito l'eccessiva dilatazione dei tempi della decisione nei casi in cui la Corte d'appello si trovi senz'altro definire la controversia, evitando così le lungaggini di una nuova istruzione da parte degli arbitri, con eventuale possibilità che il lodo possa nuovamente essere messo in discussione.

L'unico riferimento esplicito all'arbitrato internazionale è rinvenibile proprio al co. II dell'art. 830 c.p.c. allorché stabilisce che "*se una delle parti, alla data di sottoscrizione della convenzione d'arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la Corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione d'arbitrato, o ne fanno concorde richiesta*".

Benché la Relazione allo schema di decreto legislativo riconduca la disposizione in esame al principio della legge delega che prevede la *tendenziale estensione della disciplina dell'arbitrato internazionale, salvi gli opportuni adattamenti*, è evidente che l'attuale formulazione della norma, che disciplina diversamente il caso in cui si è alla presenza di un arbitrato con caratteri d'internazionalità, abbia inteso piuttosto preservare dall'abrogazione il nodo fondamentale che caratterizzava la disciplina precedente ma rimasto sostanzialmente ignorato dalla recente riforma.

Tale circostanza è sintomatica dell'eccessiva timidezza con cui il Governo ha esercitato i relativi poteri delegati operando una mera ri-definizione anziché integra-

38 Critico a riguardo M. BOVE, il quale non ritiene ragionevole l'omissione del legislatore delegato, se si considera che la nuova disciplina deve applicarsi ad ogni arbitrato interno, a prescindere che esso abbia ad oggetto un affare domestico o internazionale "per cui si sarebbe potuto almeno riprodurre il contenuto del precedente art. 834 c.p.c., che dettava la norma di conflitto, in caso di mancata scelta ad opera delle parti in ordine alle norme da applicare al merito.

39 Sulla rilevanza della Convenzione di Ginevra al cospetto della recente abrogazione dell'art. 834 c.p.c. si veda MARONGIU BUONAIUTI, *Il diritto applicabile al merito della controversia a seguito dell'abrogazione dell'art. 834 c.p.c.*, intervento al convegno organizzato dall'Avvocatura dello Stato e dall'Associazione italiana per l'arbitrato su *La nuova normativa italiana dell'arbitrato*, tenuto a Roma il 5 dicembre 2006. Secondo una parte della dottrina, tra cui MARONGIU BUONAIUTI, *Il diritto applicabile al merito della controversia in seguito dell'abrogazione dell'art. 834 c.p.c.*, op. cit., P. BERNARDINI, *Ancora una riforma dell'arbitrato in Italia*, op. cit., 227 ss., pur con la

caducazione della norma e al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra, permarrebbe alle parti la facoltà di scelta della disciplina applicabile al merito della controversia rispetto ad arbitrati internazionali aventi sede in Italia in base alle norme di diritto internazionale privato italiano che, in materia contrattuale rinviano alla Convenzione di Roma del 1980.

40 Così rileva C. PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963 ss.

41 Per un commento ai vari aspetti della riforma si veda M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006; F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, op. cit. 515 ss.; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.; S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova 2007, n.VIII.



le rivisitazioni della disciplina concernente il giudizio rescissorio dinanzi ai giudici statali, e come confermato dall'effettiva reintroduzione anche per il lodo internazionale dei mezzi d'impugnazione straordinaria.

In definitiva, l'aver conferito all'istituto unitarietà di regolamentazione, senza tuttavia provvedere ad una contestuale ed effettiva estensione dei principi ispiratori della normativa sull'arbitrato internazionale sembrerebbe aver segnato il fallimento della riforma del 2006 su di un duplice fronte, quello nazionale, a causa della sostanziale immutabilità della disciplina interna, salvo gli opportuni accorgimenti di carattere procedimentale; nonché sul fronte internazionale, privando irrimediabilmente l'arbitrato di quelle peculiarità che, sole, erano in grado di candidare l'Italia quale eventuale sede arbitrale per la risoluzione di controversie caratterizzate da elementi di estraneità.

#### 4. L'integrale riscrittura dell'art. 832 c.p.c.: una finestra aperta sul commercio internazionale

La nuova legge sull'arbitrato introdotta dal D.lgs. n. 40 del 2006 ha per la prima volta conferito rilievo normativo esplicito all'arbitrato c.d. amministrato, riconoscendo alle parti la facoltà di disciplinare il procedimento mediante rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito. Dando, infatti, puntuale attuazione ai principi della delega<sup>42</sup>, il legislatore ha introdotto una disciplina che, volutamente *minimal* sul piano del contenuto, si propone di positivizzare alcuni dei molteplici aspetti attinenti alla complessa tipologia di rapporti che normalmente intercorrono tra le parti, gli arbitri e l'istituzione, assicurando, nel contempo, maggiori garanzie di flessibilità ed economicità.

Il nuovo art. 832 c.p.c. si compone, dunque, di sei commi di cui i primi tre atti a regolare i rapporti tra convenzione arbitrale e regolamento, ed i restanti tre disposti a garanzia dei requisiti d'imparzialità e terzietà degli arbitri.

L'autonomia della volontà delle parti trova piena attuazione nel principio della prevalenza della convenzione arbitrale sul regolamento nel caso in cui insorga un contrasto tra le due fonti. Ad ulteriore specificazione, viene dettato un criterio guida nella soluzione delle eventuali questioni intertemporali derivanti da una più che fisiologica successione nel tempo dei regolamenti. In tal caso, *se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento ha inizio*, il che verrebbe a coincidere con il deposito della domanda presso la segreteria della camera arbitrale prescelta.

Il nucleo dell'articolato è interamente dedicato ai limiti che regolano la fase di designazione degli arbitri, limiti, di cui le parti dovranno necessariamente tener conto qualora intendano demandare all'istituzione la nomina degli stessi. In particolare, la nomina è preclusa alle istituzioni di carattere associativo o professionale nelle controver-

sie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a soggetti terzi<sup>43</sup>. Tale previsione, che ha come diretta destinataria l'istituzione deputata alla designazione, agisce a monte dell'art. 815 c.p.c., legittimando le parti all'impugnazione del lodo ex art. 829 co. II c.p.c., a condizione che la nullità sia stata preventivamente dedotta nel giudizio arbitrale.

Inoltre, tramite il rinvio ad un regolamento preconstituito, alle parti è dato prevedere casi di sostituzione e di ricasazione ulteriori rispetto a quelle già previste dalla legge<sup>44</sup>. Dal che si ricava che la parte potrà promuovere, anche contestualmente, la ricasazione dell'arbitro presso l'istituzione e davanti all'autorità giudiziaria, con la conseguenza che l'accoglimento di una delle due istanze renderà improcedibile l'altra, mentre il rigetto della prima potrà essere superato dall'accoglimento della seconda.

Da ultimo, un chiaro indice del *favor arbitrati* che permea di sé l'intera riforma emerge dalla norma di chiusura la quale fa salva l'efficacia della convenzione arbitrale nel caso in cui l'istituzione si rifiuti di amministrare l'arbitrato, applicandosi in luogo del regolamento, le norme del codice di rito.

L'avvenuto consolidamento del fenomeno dell'arbitrato amministrato quale realtà sempre più diffusa nella prassi, sia nazionale che internazionale, induce a ritenere che l'interesse della recente riforma debba cogliersi, piuttosto che nel dato testuale, sul versante delle considerazioni che alla luce delle nuove norme potranno guidare le parti nella redazione delle future clausole compromissorie, con notevoli ripercussioni positive specie sul terreno dei traffici commerciali internazionali<sup>45</sup>.

La circostanza che l'avvenuto riconoscimento legislativo venga a collocarsi in via sistematica in luogo dell'abrogata disciplina speciale sull'arbitrato internazionale, sembrerebbe, infatti, voler favorire il modello di arbitrato amministrato quale terreno elettivo nella risoluzione di controversie aventi caratteristiche di internazionalità. Se così fosse, verrebbero senz'altro ad attenuarsi gran parte delle perplessità insorte nell'attuale ordinamento a causa dell'anticipato pensionamento dell'arbitrato internazionale, rispetto al quale la nuova opzione arbitrale presenterebbe un innegabile *valore aggiunto*<sup>46</sup>.

43 La norma, pur non essendo di felice formulazione, risponde all'esigenza di garantire collegi arbitrali il più possibile indipendenti ed imparziali rispetto alle parti, rinviando, sotto vari aspetti, al disposto di cui all'art. 34 co. II del D.lgs. n. 5 del 2003 laddove assegna, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società stessa.

44 In caso di arbitrato amministrato la derogabilità della disciplina di cui all'art. 815 c.p.c. è ammessa solo per prevedere ulteriori motivi di ricasazione e di sostituzione, e non nel senso di poter escludere anche uno solo di essi. Così E.FRICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 14-15, il quale afferma che l'impostazione del problema in termini di conflitto tra le due diverse fonti deve essere, senz'altro, abbandonato. Prevedere nei regolamenti una ricasazione degli arbitri dinanzi all'istituzione non significa eliminare le garanzie previste dalla legge, bensì aggiungerne delle ulteriori.

45 La stessa natura delle controversie internazionali è tale, infatti, da favorire la ricerca di regolamenti preconstituiti al fine di evitare la formulazione di clausole arbitrali troppo lunghe e complesse volte a disciplinare i molteplici aspetti di un eventuale e futuro arbitrato. Di qui, dunque, il favore della prassi per l'arbitrato istituzionalizzato e per il ruolo fondamentale da questo svolto in una realtà estremamente complessa anche per quel che concerne, ad esempio, l'individuazione della legge applicabile al merito della controversia. In tal senso G. RECCHIA, *L'arbitrato istituzionalizzato nell'esperienza italiana*, in *Riv. arb.*, 2004, 165 ss.

46 Sul *valore aggiunto* dell'arbitrato amministrato rispetto all'arbitrato *ad hoc*, BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Roma, 1998, 33; AZZALI, *L'arbitrato amministrato e l'arbitrato ad hoc*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Torino, 1999, 825

42 La legge n. 80/2005 chiedeva, infatti, di dettare una disciplina dell'arbitrato amministrato, assicurando che l'intervento dell'istituzione arbitrale nella nomina degli

arbitri avesse luogo solo se previsto dalle parti e prevedendo, in ogni caso, che le designazioni compiute da questi ultimi fossero vincolanti.

In via generale, accanto alle tradizionali garanzie d'imparzialità ed efficienza, le istituzioni arbitrali forniscono, infatti, un supporto logistico indispensabile per lo svolgimento e la gestione del procedimento, consentendo, così, alle parti di mantenere inalterato il valore di flessibilità dello stesso, al riparo da possibili inconvenienti di ordine procedurale o da qualsivoglia manovra dilatoria ed ostruzionistica della controparte<sup>47</sup>. Il servizio di pubblica utilità prestato dalle Camere arbitrali nella composizione delle controversie tra privati esprime, dunque, una forma di giustizia alternativa la quale, distinguendosi sia dall'attività giurisdizionale propriamente detta<sup>48</sup> che dall'azione amministrativa in senso stretto<sup>49</sup>, assume forme ed effetti regolati dal diritto privato ma, nel contempo, gestiti da un organismo terzo ed imparziale che dispone, altresì, di elevate competenze in materia<sup>50</sup>.

Alla luce di tali caratteristiche, la prassi testimonia un'intensa istituzionalizzazione degli arbitrati specie nel settore delle controversie internazionali dove l'alto livello di delocalizzazione della disciplina rende particolarmente difficile per le parti la determinazione di una regolamentazione pienamente autosufficiente soprattutto in termini di scelta del luogo dell'arbitrato, del diritto applicabile al merito della controversia e della lingua del procedimento<sup>51</sup>.

L'istituzione arbitrale svolge, infatti, un ruolo vicario di fondamentale importanza nella gestione e nell'organizzazione, prestando ai privati un adeguato servizio di assistenza tecnica in relazione ad ogni stato di avanzamento della procedura in corso.

La predisposizione di patti compromissori tipizzati e preesistenti alla redazione del contratto, oltre a tradursi per le parti nella possibilità di un mero rinvio materialmente più semplice da operare, garantisce piena certezza sulla validità del compromesso o della clausola compromissoria, evitando, così, il rischio di vedere preclusa in futuro la via arbitrale per vizi delle stesse<sup>52</sup>.

A ciò si aggiunge che l'attività di organizzazione amministrativa assicura un elevato grado di trasparenza con riguardo agli aspetti più delicati del procedimento quali, ad esempio, la nomina degli arbitri, i costi ed i tempi di svolgimento. L'istituzione all'uopo deputata, infatti, oltre ad intervenire in caso di mancata nomina di un membro del collegio, esercita una sorta di controllo sulle designazioni effettuate dalle parti, incomprendendo generalmente sugli arbitri il c.d. *duty to disclose*, ossia l'obbligo di dichiarare la propria indipendenza ed imparzialità in relazione alle parti ed alla controversia<sup>53</sup>.

Inoltre, l'esistenza di tariffari per la liquidazione dei compensi calcolati in base al valore della lite, se da un lato rende sensibilmente più attraente la scelta dell'arbitrato anche per la risoluzione di controversie economicamente meno rilevanti, dall'altro, garantisce la possibilità per le parti di prevedere con anticipo i costi complessivi del procedimento<sup>54</sup>.

Alla luce di siffatte caratteristiche è più che evidente la ragione per cui l'arbitrato amministrato abbia fatto originariamente la sua prima comparsa nell'ordinamento giuridico italiano proprio in relazione alla composizione di controversie di carattere internazionale<sup>55</sup>, ma solo in tempi più recenti è stato inteso genericamente come proiezione ed applicazione della regola che consente alle parti la determinazione delle norme procedurali (ex art. 816 c.p.c.).

Tuttavia, benché nel nostro Paese la realtà giuridica complessiva del fenomeno arbitrale non sia stata in passato affatto comparabile alle esperienze estere<sup>56</sup>, l'elevato grado di professionalità raggiunto dalle camere arbitrali nell'ultimo decennio a fronte delle molteplici iniziative avanzate in materia e l'affermato carattere di neutralità ad esse riconosciuto tra gli interessi del mondo dell'impresa e quelli dei consumatori<sup>57</sup> inducono

47 Il valore di flessibilità della disciplina del processo arbitrale è garantito dalla presenza e dall'opera delle istituzioni permanenti. Le parti e gli arbitri sono, infatti, dispensati dalla gestione degli aspetti organizzativi del procedimento grazie soprattutto all'attività logistica delle segreterie operative, veri e propri ausiliari amministrativi delle istituzioni permanenti di arbitrato.

48 La qualificazione dell'attività delle istituzioni arbitrali come giurisdizionale ha incontrato favori soprattutto nella dottrina tedesca, ma è rimasta assolutamente minoritaria in Italia. Fortemente critici a riguardo, R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000, 663 ss.; E.FRICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, op. cit., 7-8.

49 Non è, affatto, possibile attribuire la qualificazione di amministrativa all'attività delle istituzioni, dovendosi intendere come tale l'esercizio dei poteri autoritativi e certificativi che sono propri della Pubblica Amministrazione.

50 In Italia la dottrina maggioritaria è favorevole ad

attribuire all'attività erogata dalle camere arbitrali forme ed effetti disciplinati dal diritto privato. Concorde, infatti, nel ritenere che il regolamento d'arbitrato può essere considerato, almeno nella maggioranza dei casi, come un'offerta rivolta al pubblico, ne deriva che, ai sensi dell'art. 1326 c.c., il contratto si perfeziona nel momento in cui l'istituzione, tramite il deposito della domanda di arbitrato, conosce che la propria offerta sia stata accettata dalla parti. Così R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato*, op. cit. 674 ss.; F.P.LUISO, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 2001, 615 ss

51 In proposito si veda G. RECCHIA, *L'arbitrato istituzionalizzato*, op. cit., 160.

52 Le eventuali clausole incomplete od errate possono dar luogo nei casi estremi ad eccezioni di nullità sollevate generalmente dalla parte cui non interessa una soluzione rapida della lite ma che, anzi, si avvantaggia di una dilatazione dei tempi di risoluzione o, in situazioni meno gravi, di incidenti di percorso nella procedura.

53 Trattasi di un controllo che l'istituzione esercita in via preventiva e generalmente si accompagna alla predisposizione di elenchi di persone che in forza della loro preparazione giuridica e tecnica si ritengono idonei a svolgere le funzioni arbitrali.

54 I compensi stabiliti per i professionisti che svolgono le funzioni di arbitro devono in ogni caso rispettare i limiti minimi e massimi previsti dai tariffari ufficiali per lo svolgimento dell'attività di arbitro. Sebbene il compenso all'istituzione costituisca una voce di spesa ulteriore, è però vero che essi incidono in maniera modesta sui costi complessivi.

55 Un indiretto ma importante sostegno alle attività delle istituzioni create dalle Camere di commercio, proviene in tema di arbitrato internazionale dall'art. IV della Convenzione di Ginevra del 1961 che, affrontando il tema dell'organizzazione dell'arbitrato, prevede per le parti la possibilità di scegliere una procedura arbitrale *ad hoc* oppure quella adottata dal regolamento di un'istituzione permanente di arbitrato. Si veda, in proposito BONSIGNORI, *L'arbitrato internazionale fra Convenzione di Ginevra e codice di rito*, op. cit., 379 ss.; G. BERNINI, *L'arbitrato*, Roma, 1993, 486 ss.

56 All'interno di numerosi paesi stranieri, soprattutto in Gran

Bretagna e negli Stati Uniti, è generalmente riconosciuto il ruolo positivo dell'arbitrato istituzionalizzato non solamente nella diffusione dell'istituto ma anche nella promozione della c.d. cultura arbitrale. A tal fine un esempio emblematico è rappresentato dall'*American Arbitration Association (AAA)*, costituita a New York nel 1926 quale associazione privata da tempo articolata su tutto il territorio federale e con una notevole attività in ogni forma di controversia arbitrale. Nel campo dei rapporti economici internazionali, l'arbitrato della Camera di commercio Internazionale (CCI) costituisce, senza dubbio, la forma di arbitrato istituzionale più diffusa, arrivando ad amministrare, nell'ultimo quinquennio, una media di circa 500 casi l'anno.

57 Nell'ordinamento giuridico italiano alcuni importanti riconoscimenti del modello amministrato ci vengono dalla legge n. 580 del 1993 sul riordinamento delle Camere di commercio, che ha definitivamente attribuito alle stesse la titolarità di funzioni d'interesse generale, ed in particolare, di garanzia del corretto funzionamento del mercato; dalla legge n. 481 del 1995 relativa alle norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, che all'art. 24 co. II, lett. b ha previsto l'emanazione di appositi regolamenti volti a definire criteri, condizioni, termini e modalità per l'esperimento di procedure di conciliazione ed arbitrato in relazione a controversie

a ritenere che l'arbitrato amministrato possa dirsi oggi uno strumento di composizione delle liti validamente affermatosi anche in Italia in nome di una risoluzione più efficiente ed adeguata delle controversie specie nei c.d. settori merceologici.

In una prospettiva più generale, dunque, la scelta dell'arbitrato amministrato potrà risultare per gli operatori economici che agiscono sul territorio nazionale tanto più apprezzabile in una fase, come quella attuale, di inevitabile incertezza in ordine all'efficiente applicazione delle nuove disposizioni non sempre perfettamente ritagliate sulle molteplici esigenze del commercio internazionale<sup>58</sup>.

## 5. Come praticare l'arbitrato amministrato. Confronto tra i principali regolamenti arbitrali internazionali vigenti

Per le parti che abbiano optato in favore dell'arbitrato amministrato, risulta in ogni caso indispensabile effettuare una concreta comparazione dei diversi regolamenti arbitrali esistenti, atteso che l'intensità partecipativa di un'istituzione permanente nella gestione amministrativa di un procedimento varia a seconda del tipo di regolamento dalla stessa adottato e dalle specifiche soluzioni in esso contenute.

A fini meramente esemplificativi potrebbe, dunque, essere utile una panoramica d'insieme che, limitatamente all'esame di alcuni dei principali regolamenti arbitrali esistenti, sia in grado di cogliere gli elementi caratterizzanti di ciascuno di essi.

Come precisato dai Regolamenti dell'UNCITRAL<sup>59</sup>, della CCI<sup>60</sup> e dell'AAA<sup>61</sup>, e della Camera arbitrale di Milano<sup>62</sup>, la procedura di arbitrato ha inizio con la presentazione della domanda presso la Segreteria Generale dell'Istituzione prescelta e deve contenere in via generale, l'indicazione del nome delle parti, del contratto alla base del procedimento ed, ovviamente, della clausola arbitrale. L'art. 18 del Regolamento UNCITRAL prevede il deposito di un c.d. *statement of claim*, ossia di una domanda breve da integrare in seguito mediante la produzione di una memoria contenente tutti i fatti ed i documenti ri-

guardanti la controversia. L'art. 10 lett. d) del Regolamento della Camera arbitrale di Milano, richiede, altresì, sulla falsariga della legge processuale italiana, l'eventuale indicazione dei mezzi di prova a sostegno della domanda ed ogni documento che la parte ritenga utile allegare.

Quanto alla possibilità di operare una *mutatio libelli*, la maggior parte dei regolamenti prevede la possibilità per le parti di modificare o completare le domande in corso di procedimento, sia pur dietro una valutazione compiuta di volta in volta dal tribunale arbitrale stesso.

Per quanto riguarda l'indipendenza e l'imparzialità, questa è considerata un presupposto imprescindibile nel dettato di tutti i regolamenti. In particolare il regolamento della CCI e della Camera di Milano, richiedono una dichiarazione d'indipendenza dell'arbitro redatta per iscritto al momento dell'accettazione dell'incarico e da comunicare alle parti entro un termine generalmente ricompreso tra i dieci ed i quindici giorni. Il regolamento dell'AAA circoscrive alla fase strettamente iniziale del procedimento l'opportunità di intrattenere contatti tra le parti e gli arbitri, stabilendo all'art. 7 co. II che *nessuna delle parti può avere contatti con un arbitro o con un potenziale arbitro riguardo al caso per cui si controverte, eccetto che per dare indicazioni al candidato sulla natura generale della controversia e per discutere circa le sue qualifiche, la sua disponibilità ed indipendenza.*

A riguardo, un breve cenno deve essere riservato alle *Guidelines* introdotte nel 2004 dall'*International Bar Association* sulla risoluzione dei conflitti di interesse che generalmente insorgono nell'ambito delle controversie di carattere internazionale. Trattasi, nella specie, di linee-guida individuate sulla scorta dell'ampia casistica sussistente in materia che si propongono di soccorrere le parti, gli arbitri e le istituzioni nell'individuazione delle circostanze di fatto potenzialmente pregiudizievoli dei requisiti di imparzialità ed indipendenza.

Per quanto concerne le nomine degli arbitri, queste, se effettuate di comune accordo dalle parti, sono assoggettate ad una mera conferma da parte dell'organismo amministrante, il quale, di regola ratifica tale scelta tranne che in presenza di fondate opposizioni o di particolari situazioni. In caso di arbitrato multipartiti, l'art. 16 del Regolamento della camera arbitrale di Milano prevede la possibilità per le stesse raggrupparsi in due centri d'interesse e nominare per ciascun gruppo un solo arbitro.

Lo svolgimento del procedimento arbitrale si basa su quanto previsto dal regolamento, anche se va tenuta in debita considerazione la legge della sede dell'arbitrato. La sede, infatti, costituisce un punto di riferimento molto importante, in quanto consente la determinazione sia del complesso delle norme imperative applicabili al caso di specie sia l'individuazione del giudice statale cui eventualmente rivolgersi nel corso dell'arbitrato o del giudizio d'impugnazione. La sede dell'arbitrato è determinata dalle parti al momento della sottoscrizione della clausola compromissoria, in difetto, l'art. 4 co. II del Regolamento della Camera arbitrale di Milano prevede che la sede sia quella stabilita dal regolamento stesso. Il regolamento della CCI non contiene una regola corrispondente ma nella prassi attua una scelta analoga.

insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio; ed infine, dall'art. 6 co. II della legge n. 205 del 2000 che ha espressamente previsto, ponendo fine ad annosa questione, la compromettibilità di controversie relative ai diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione del giudice amministrativo. Sul punto si veda VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2001, 407 ss.; F. P. LUISO, *Arbitrato e giurisdizione nelle controversie devolute al giudice amministrativo*, in *Riv. arb.*, 2001, 421 ss. Tuttavia, in alcune recenti sentenze il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile la devoluzione a collegi arbitrali delle controversie di competenza del giudice amministrativo. Cfr. Cons. Stato sez. V, 13 giugno 2006, n. 3482.

58 A sostegno della cultura dell'arbitrato internazionale, la camera arbitrale di Milano ospita la riunione annuale del *Club of Arbitrators*, associazione che da oltre 15 anni offre ai propri membri un tavolo di confronto tra esperti e pratici dell'arbitrato internazionale.

59 Si tratta della Legge Modello UNCITRAL (*Arbitration Rules*) predisposta dalla Commissione delle Nazioni Unite sul diritto commerciale internazionale ed approvata dall'Assemblea Generale il 15 dicembre 1976 con la risoluzione 31/98. Essa si compone di 41 articoli suddivisi in quattro sezioni dedicate rispettivamente alle Disposizioni introduttive, alla Composizione del tribunale arbitrale, al Procedimento ed al Lodo.

60 Il Regolamento della Camera di Commercio Internazionale è stato modificato a più riprese in modo da adeguarlo costantemente alle esigenze degli utenti, agli sviluppi delle legislazioni ed alla prassi arbitrale. Il testo più recente del regolamento è entrato in vigore il 1 gennaio 1998.

61 Il Regolamento dell'*American Arbitration Association* è in vigore dal 1 luglio 2003.

62 Il Regolamento della Camera arbitrale di Milano attualmente in vigore risale al 1 gennaio 2004.

Per quanto concerne la legge applicabile al merito della controversia, la generalità dei regolamenti riconosce la prevalenza dell'accordo tra le parti, ed in difetto, la determinazione spetta al tribunale arbitrale che, a seconda dei casi, dovrà tener conto della legge cui il rapporto controverso è più strettamente collegato, oppure, della legge applicabile in base alle norme di conflitto, o ancora degli usi del commercio e del contratto stesso.

I principali interventi dell'istituzione a garanzia della regolarità del procedimento riguardano la verifica dell'esistenza *prima facie* di una convenzione d'arbitrato, in osservanza del rispetto del regolamento e dei tempi dell'arbitrato. I termini del procedimento decorrono dal giorno successivo a quello della comunicazione e quelli pronunciati dal tribunale non possono superare i quarantacinque giorni. In nessuno dei regolamenti vigenti, tuttavia, è sanzionato a pena di decadenza il mancato rispetto del termine, eccezion fatta per il regolamento della camera arbitrale di Milano dove si fa riferimento alla decadenza ma senza specificazione alcuna circa l'esatta definizione.

In un'ottica di confronto tra le istituzioni, merita un breve riferimento anche la disciplina riservata alla tutela cautelare, la quale, in linea di massima, è accordata da tutti regolamenti sussistenti in ambito internazionale. In particolare l'art 17 della legge Modello UNCITRAL, stabilisce che *il tribunale arbitrale può, su istanza di parte, ordinare le misure provvisorie cautelari che ritiene appropriate*, rimettendo, in sostanza, ai singoli Stati la libertà di determinare le modalità attraverso cui i giudici ordinari siano chiamati a renderli esecutivi. Dello stesso tenore gli artt. 23 e 34 facenti capo rispettivamente al regolamento della CCI e dell'AAA. Disposizioni simili sono molto diffuse anche nelle leggi degli Stati che hanno introdotto una disciplina specifica sull'arbitrato internazionale; così, ad esempio, l'art. 183 della legge svizzera sul diritto internazionale privato e l'art. 39 dell'*Arbitration Act* del Regno Unito. Timidi passi in questo senso sono stati recentemente compiuti anche dalla legislazione italiana rispetto alla quale la tutela cautelare è stata storicamente riservata alla sola giurisdizione statale. Benché, infatti, la novella del 2006 non abbia affatto modificato la sostanza della precedente previsione, ribadendo il divieto per gli arbitri di emettere provvedimenti cautelari, tuttavia, il nuovo art. 818 c.p.c. fa salva la possibilità che occorran in futuro eventuali aperture, e recepisce il dovuto coordinamento con le intervenute disposizioni di segno diverso contenute nella nuova disciplina sul rito societario<sup>63</sup>.

Da ultimo occorre considerare il sistema di liquidazione delle spese del procedimento. Il Regolamento della camera di Milano e quello della CCI prevedono, entrambi il deposito anticipato di un fondo iniziale volto a coprire le spese e gli onorari degli arbitri ed i diritti amministrativi in relazione alle domande di entrambe le parti, da versarsi in parti uguali a carico di ciascuna. La Segreteria generale richiede il saldo delle spese in seguito alla liquidazione finale disposta dal Consiglio arbitrale prima del deposito del lodo. Il mancato versamento nei termini comporta la sospensione del procedimento medesimo..

<sup>63</sup> In particolare l'art. 35 del d.lgs. n. 5 del 2003 prevede che la devoluzione in arbitrato in una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 - quinquies c.p.c., ma se la clausola compromissoria

consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.



Avv. Giuseppe  
LEPORE\*

## La camera di Conciliazione di Roma: diamo una chance alla giustizia

### 1. Premessa storica.

**L**a Camera di Conciliazione di Roma è stata costituita nel 1996 per iniziativa del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma in collaborazione con la Corte d'Appello di Roma.

Alla Camera chiunque, congiuntamente, può fare istanza per dirimere una controversia che abbia ad oggetto diritti disponibili.

Il conciliatore è prescelto dalle parti o, in mancanza, dal segretario della Camera. Il nominativo è tratto da un Albo formato dal Consiglio d'Amministrazione della Camera.

La Camera organizza periodicamente corsi di formazione per svolgere il ruolo di conciliatori, cui possono partecipare i laureati in giurisprudenza.

Il Comune di Roma nel 1998 ha stipulato una convenzione con la Camera secondo la quale si è impegnato, a seguito d'istanza di un cittadino e previa istruttoria d'ammissibilità, a rivolgere richiesta di conciliazione alla Camera per le questioni che comportano responsabilità dell'ente locale fino all'importo di € 25.000,00. Lo stesso Comune si è altresì impegnato ad ottemperare entro 60 gg. dal perfezionamento della conciliazione, ove raggiunta tra le parti, a quanto con essa convenuto. Analoghe convenzioni sono state stipulate con l'Ordine Provinciale di Roma dei Medici - Chirurghi e degli Odontoiatri e con alcune Case Automobilistiche e Associazioni di Amministratori di Condominio. In adempimento a tali convenzioni – nel corso degli ultimi 8 anni innanzi alla Camera sono state trattate circa 800 conciliazioni.

L'esperienza della Camera ha ispirato un progetto di legge depositato alla XIV legislatura e proposto nuovamente in quella in corso avente ad oggetto l'istituzione presso ogni Tribunale di una Camera di conciliazione d'iniziativa del relativo Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, la disciplina del procedimento, la formazione dell'Albo dei conciliatori, la determinazione dei costi e delle indennità.

### 2. Diamo una chance alla giustizia

#### La giustizia e la fiducia dei cittadini

Tutti coloro che sono entrati in contatto con il nostro sistema giudiziario hanno potuto sperimentare con amarezza la difficoltà di ottenere giustizia in tempi certi e rapidi.

Le aule dei Tribunali sono ingolfate da un notevole numero di controversie, anche per questioni di entità e valori economici limitati.

---

\* Vice presidente Camera di Conciliazione di Roma

Lunghi tempi d'attesa, rinvii, alti costi, incertezza sui risultati e sull'applicabilità delle sentenze, sono diventate esperienze ordinarie.

Il sistema, impreparato e rigido, non disponendo di validi strumenti extragiudiziari per la soluzione delle controversie, ha generato così nei cittadini una profonda crisi di fiducia.

### Una via d'uscita

Ma l'opportunità di modificare questa situazione c'è: è uno strumento (già usato da molti anni in altri Paesi, soprattutto di origine anglosassone) che funziona come valida ed effettiva risposta alle diverse domande di giustizia.

E' la Conciliazione, ossia un modo per giungere alla conclusione della vertenza in maniera più flessibile, veloce ed efficace rispetto al ricorso al Giudice Ordinario. Le parti, senza abbandonare i rispettivi interessi e le proprie aspettative, scelgono, tra diverse soluzioni, un notevole risparmio di tempo e di denaro. Un accordo che, con il contributo del Conciliatore, alla fine mira a dare concreta e immediata soddisfazione a tutti i soggetti chiamati in causa.

### Una legge nell'interesse di tutti

Per diffondere in modo capillare la cultura e la pratica della conciliazione quale via preventiva ed alternativa al ricorso giurisdizionale è, però, necessaria una legge che istituisca la Camera di Conciliazione: un organismo collocato in un luogo riconoscibile e chiaramente finalizzato all'esercizio quotidiano della giustizia, il Tribunale della Repubblica del circondario, e a cui il cittadino può ricorrere per la tutela dei diritti, anche e soprattutto quelli cosiddetti minori.

Fare ricorso a questo organo costituirebbe, dunque, un accesso parallelo a quello giurisdizionale, in via preventiva e alternativa, almeno in prima istanza, a quello giudiziario.

La possibilità di utilizzare la Conciliazione come filtro per il ricorso al Giudice Ordinario, oltre a garantire ai cittadini un effettivo ed ampio accesso alla giustizia, assume anche una funzione sociale perché stempera i conflitti, attivando la capacità degli individui di determinare, secondo le proprie esigenze ed aspettative i rapporti giuridici, componendo i contrasti.

Una strada sulla quale anche l'Unione Europea ci chiede con forza di camminare, per attuare una più efficace e rapida tutela dei diritti accessibile a tutti i cittadini europei.

Quanto sopra nasce dall'esperienza maturata in oltre un decennio di attività, dalla Camera di Conciliazione di Roma, Organismo Istituzionale fondato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e dalla Corte d'Appello di Roma, che, su base volontaristica, si pone, gratuitamente, al servizio del Cittadino proponendosi quale strada alternativa al conflitto giudiziario.

### La Camera di Conciliazione di Roma

L'idea della Camera di Conciliazione è il risultato di tre incontri:

- l'incontro tra l'Ordine degli Avvocati di Roma, Parigi e Liegi, avvenuto nel 1993, in cui fu presentata una iniziativa di conciliazione condotta dagli avvocati di Parigi a favore degli

abitanti e delle istituzioni della capitale francese,

- l'incontro tra le associazioni forensi romane, in prima fila la Camera Civile, che sollecitarono il Consiglio dell'Ordine di costituire una camera sul modello francese,

- l'incontro tra la magistratura e l'avvocatura romana, tra il Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Roma e il Presidente della Corte d'Appello di Roma, per redigere il primo regolamento della Camera di Conciliazione il cui Art. 1 recita: *"E' costituita per iniziativa del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, con la collaborazione della Corte di Appello di Roma, la Camera di Conciliazione di Roma"*.

Nel 1996 fu costituito il primo Direttivo e fu nominato il primo Presidente della Camera di Conciliazione.

Nell'art. 3 del regolamento della Camera di Conciliazione si afferma: *"La Camera di Conciliazione ha funzioni di composizione conciliativa extragiudiziale di controversie attinenti a diritti disponibili. Opera per uno sviluppo della cultura della pacificazione. Offre ai cittadini concrete opportunità di effettivo riconoscimento dei propri diritti, in un rapporto di integrazione con la giustizia togata."* Fin dall'inizio, quindi, la Camera di Conciliazione, per il raggiungimento di tali finalità, fissò cinque linee guida.

Per funzioni, competenze, sensibilità, la Camera ha da sempre sostenuto la necessità di attribuire in via esclusiva all'Avvocato il ruolo del conciliatore.

La Camera ha, altresì, ritenuto che l'attività di risoluzione extra-giudiziaria delle liti dovesse avere un carattere sostanzialmente gratuito. Ciò non solo per favorire il ricorso dei cittadini, soprattutto delle fasce meno abbienti della popolazione, a tale istituto, ma anche perché grazie alla conciliazione l'Avvocato ha l'occasione di esprimere la propria funzione sociale e civica, a tutela degli interessi e dei diritti generali.

La Camera ha tenuto a garantire, proprio tramite l'Ordine degli Avvocati e la Corte d'Appello, l'imparzialità e la terzietà degli Avvocati Conciliatori, la cui indipendenza ha costituito - anche nei confronti di organismi privati di conciliazione - uno specifico ed esclusivo valore aggiunto.

La professionalità del Conciliatore è stata posta al centro dell'attività della Camera, a partire dal presupposto che la conciliazione non sia un istituto affidato al buon senso, quanto una tecnica con proprie regole, procedure e riferimenti dottrinali e normativi precisi.

Il procedimento di conciliazione è stato oggetto di un costante esame da parte della Camera perché venissero rispettati i caratteri di rapidità, informalità e accessibilità dell'azione, nell'osservanza del principio del contraddittorio tra le parti.

La Camera ha ritenuto di orientarsi verso una conciliazione settoriale e non generalista, che in altre parole, privilegiasse materie e categorie specifiche.

Per tale ragione, la Camera ha rivolto la propria azione nel dirimere quelle controversie:

- che riguardassero un numero rilevante di parti danneggiate aventi caratteristiche omogenee
- che avessero il medesimo oggetto
- il cui valore economico fosse di modesta entità.

Dal 1996 ad oggi, la Camera ha quindi sottoscritto con enti pubblici e privati alcune convenzioni.

La Camera ha, quindi, sottoscritto convenzioni e accordi con il Comune di Roma (che si stanno estendendo anche alla Provincia di Roma e alla Regione Lazio), oltre che con l'Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi ed Odontoiatri di Roma.

In particolare, quanto al Comune di Roma, in data 26 gennaio 1996 è stata sottoscritta dal Sindaco, dall'Assessore all'Avvocatura, dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e dal Presidente della Camera di Conciliazione la Convenzione per la definizione, attraverso la procedura di conciliazione, di controversie tra cittadini e amministrazione comunale, con riguardo a diritti disponibili relativi a beni mobili per un valore di lire 25.000.000 (pari oggi a 12.911 euro). Tale Convenzione è stata poi ratificata dal Consiglio Comunale con deliberazione n. 126 del 24 giugno 1996 e successivamente integrata dalla convenzione del 16 febbraio 1999 (approvata dalla G.C. con delibera n. 622/99) con la quale il Comune di Roma si è impegnato, in caso di accoglimento della istanza di conciliazione presentata dal cittadino, al pagamento di quanto dovuto allo stesso, a titolo di risarcimento danno, anche per mezzo della fiduciaria "Le Assicurazioni di Roma".

La Camera di Conciliazione ha sviluppato, altresì, con il Comune di Roma l'iniziativa denominata "La Porta del Diritto". In data 17 settembre 2004, infatti, è stato firmato tra l'Assessore alle Politiche per la Semplificazione, Comunicazione e Pari Opportunità e il Presidente della Camera di Conciliazione un accordo per la realizzazione, in sette municipi (divenuti nove all'inizio del 2006), soprattutto della cintura periferica della Capitale, di un servizio denominato, appunto, "La Porta del Diritto", destinato a fornire gratuitamente ai cittadini un orientamento di natura legale sui diritti del quotidiano. Questo servizio, accolto con grande consenso e destinato ad espandersi, viene svolto da Avvocati della Camera di Conciliazione, che, con spirito di abnegazione e in veste rigorosamente anonima nel rispetto delle regole deontologiche, incontrano gli utenti del territorio comunale un paio di volte al mese, nell'arco di due ore pomeridiane, nei locali URP dei municipi interessati.

Quanto poi, alle convenzioni con l'Ordine dei Medici nel 2005 e 2006 sono stati sottoscritti accordi, in cui il detto Ordine si è impegnato a comporre, in via sperimentale, dinanzi alla Camera di Conciliazione, previo parere positivo della Commissione Tecnica appositamente costituita (composta anche di Avvocati), le controversie tra medico iscritto all'Ordine di Roma, aderente al patto di conciliazione, e paziente, riguardanti richieste di risarcimento per danni, inferiori a 40.000 euro, conseguenti ad asseriti episodi di malasanità.

L'iniziativa nel quadro del progetto "Accordia", sta trovando ulteriore sviluppo anche nel rapporto tra medico e paziente in alcuni ospedali pubblici e convenzionati operanti nella Regione Lazio.

Come accennato in precedenza, la Camera ha attribuito una grande importanza alla professionalità dei Conciliatori, avviando specifiche iniziative di formazione in stretto collegamento con il sistema universitario. Ricordiamo, a questo riguardo, corsi tenuti presso l'Università La Sapienza di Roma, Facoltà di Giurisprudenza nel 1999; i seminari realizzati in collaborazione del Consiglio dell'Ordine presso la Facoltà di Giurisprudenza della LUMSA, negli anni accademici 2001, 2002, 2003; i corsi specifici rivolti ai conciliatori per le ma-

terie di lavoro organizzati in collaborazione con il Foromez e l'Aran, e quelli a favore dei giuristi di imprese pubbliche realizzati in collaborazione con la Confservizi Lazio.

Numerosi sono stati infine i corsi e i seminari organizzati dalla Camera di Conciliazione con l'Ordine degli Avvocati, sempre sulle tecniche di conciliazione.

Oltre mille sono stati i partecipanti alle attività di formazione della Camera.

Fin dal 1999, la Camera di Conciliazione ha contribuito alla redazione di specifiche proposte di legge aventi per oggetto l'istituzione presso ogni Tribunale di una Camera di Conciliazione e l'attribuzione agli avvocati in via esclusiva delle funzioni di conciliatore.

Tali proposte sono state raccolte da quasi tutti gli schieramenti politici. Anche nella legislatura in corso risultano depositate proposte di legge aventi le caratteristiche sopra richiamate, ispirate dalla Camera di Conciliazione e che ci auguriamo possano trovare al più presto approvazione.

Su questo argomento meritano essere segnalati, inoltre, il seminario svolto dalla Camera di Conciliazione nel 2001 presso la Sala dei Gruppi Parlamentari di Montecitorio e il convegno nazionale tenutosi in Campidoglio nel 2003, nei quali fu ribadita la necessità di fornire all'istituto della conciliazione un adeguato strumento legislativo che esaltasse soprattutto l'aspetto pubblicistico della stessa conciliazione e il ruolo dell'Avvocatura nell'organizzazione dell'impianto conciliativo.

## APPENDICE

### REGOLAMENTO DELLA CAMERA DI CONCILIAZIONE

**Art. 1** È costituita per iniziativa del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma con la collaborazione della Corte di Appello di Roma la Camera di Conciliazione di Roma.

**Art. 2** La Camera di Conciliazione ha sede in Roma presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

**Art. 3** La Camera di Conciliazione ha funzioni di composizione conciliativa extragiudiziale di controversie attinenti a diritti disponibili. Opera per lo sviluppo della cultura della pacificazione. Offre ai cittadini concrete opportunità di effettivo riconoscimento dei propri diritti, in un rapporto di integrazione con la giustizia togata, anche attraverso attività di formazione.

**Art. 4** La Camera di Conciliazione non ha scopo di lucro e le prestazioni dei Conciliatori sono essenzialmente gratuite.

**Art. 5** Sono organi della Camera di Conciliazione:  
il Consiglio  
il Presidente

il Vice Presidente  
i Segretari  
il Tesoriere  
il Comitato dei Garanti

**Art. 6** La Camera di Conciliazione è retta da un Consiglio composto da tre membri effettivi. Sono membri effettivi del Consiglio un Delegato del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma, un Magistrato in quiescenza designato dal Presidente della Corte di Appello di Roma ed un terzo componente nominato dal Delegato del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e dal Magistrato designato.

**Art. 7** Il Consiglio ha poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione della Camera. Si riunisce di norma almeno due volte l'anno. Cura la tenuta dell'Elenco dei Conciliatori, determina i requisiti necessari per l'iscrizione, ne nomina i componenti sentito il parere del Comitato dei Garanti.

Il Consiglio rimane in carica due anni ed è rieleggibile per un solo biennio consecutivo. Nelle more delle procedure di nomina, restano in carica i membri del Consiglio uscenti con pieni poteri.

**Art. 8** Il Presidente ha la rappresentanza della Camera di Conciliazione. E' eletto dal Consiglio tra i componenti effettivi di detto organo. Il Presidente rimane in carica due anni ed è rieleggibile per un solo biennio consecutivo.

**Art. 9** Il Vice Presidente, ove strettamente necessario, esercita i poteri di ordinaria amministrazione del Presidente in assenza di quest'ultimo. E' eletto dal Consiglio tra i componenti effettivi di detto organo. Il Vice Presidente rimane in carica due anni ed è rieleggibile per un solo biennio consecutivo.

**Art. 10** I Segretari, nel numero di tre, curano il buon funzionamento della Camera di Conciliazione. Sono nominati dal Consiglio della Camera, rimangono in carica due anni e sono rieleggibili per un solo biennio consecutivo. Nelle more delle procedure di nomina, i Segretari uscenti restano in carica con pieni poteri

**Art. 11** Il Tesoriere è nominato dal Consiglio della Camera, provvede a ricevere i contributi versati per il funzionamento della Camera e per l'attività di conciliazione, ne rende conto l'utilizzo, redigendo bilanci consuntivi annuali, approvati dal Consiglio al termine d'ogni anno solare.

**Art. 12** Il Comitato dei Garanti è composto da tre membri nominati dal Consiglio della Camera.

Il Comitato tutela il prestigio e l'imparzialità della Camera di Conciliazione, esprime parere sui nominativi dei candidati per la nomina nell'Elenco dei Conciliatori.

**Art. 13** I Conciliatori devono possedere requisiti di onorabilità, professionalità e, ove non siano professori universitari in discipline giuridiche, magistrati in quiescenza, ovvero avvocati iscritti all'albo da almeno quindici anni, devono aver maturato esperienze nel settore della conciliazione, anche attraverso lo svolgimento di specifici corsi di formazione tenuti dagli enti abilitati. Gli interessati ad essere iscritti nell'Elenco dei Conciliatori, rivolgono domanda di iscrizione al Consiglio della Camera di Conciliazione.

**Art. 14** Alla Camera di Conciliazione possono essere rivolte istanze di conciliazione per tutte le controversie relative a diritti disponibili, senza limiti di competenza.

**Art. 15** L'istanza di conciliazione viene proposta congiuntamente o singolarmente dalle parti interessate o da loro rappresentanti, anche mediante assistenza legale, con atto depositato presso la Segreteria della Camera di Conciliazione.

**Art. 16** L'istanza di conciliazione deve contenere:

- a) le generalità delle parti, in conformità di quanto disposto dalla normativa vigente, ed eventualmente quelle dei procuratori che le rappresentano;
- b) l'esposizione sommaria dei fatti;
- e) le ragioni del contendere;
- d) il valore indicativo della controversia;
- e) la domanda di voler pervenire alla soluzione bonaria;
- f) la richiesta di nomina del Conciliatore ovvero la indicazione del conciliatore prescelto dalle parti tra quelli inclusi nell'Elenco formato presso la Camera di Conciliazione;
- g) gli eventuali allegati.

Tutte le spese, inerenti la procedura, sostenute da ciascuna parte, rimarranno a carico della stessa.

**Art. 17** La Segreteria della Camera di Conciliazione, entro quindici giorni dal deposito dell'istanza, fissa il giorno nel quale si terrà l'incontro di conciliazione e, nel caso le parti non vi abbiano già provveduto, designa, secondo un criterio turnario e casuale, il Conciliatore tra gli iscritti nell'Elenco tenuto dalla Camera.

La Conciliazione si svolge presso la sede dell'Ordine degli Avvocati di Roma, in Via Valadier n. 42, o in altra sede ritenuta opportuna.

La Segreteria provvederà a comunicare in forma scritta al Conciliatore ed alle parti l'avviso di convocazione per il tentativo di conciliazione.

**Art. 18** Viene istituito un registro degli affari di conciliazione nel quale vengono iscritti in ordine progressivo, le istanze presentate alla Camera i dati identificativi delle parti, l'oggetto della controversia, il conciliatore designato, la durata del procedimento ed il relativo esito.



Avv. Ferdinando  
CARBONE

## Introduzione alla conciliazione

### Sommario:

*1. Premessa – 2. La conciliazione, rimedio primario per risolvere positivamente le liti. - 3. La conciliazione in generale: conciliazione e mediazione - 4. Il recupero del rapporto litigioso - 5. La creatività della soluzione - 6. Solidarietà al posto della sopraffazione - 7. La sostenibilità dell'accordo nel tempo - 8. L'allargamento della torta - 9. Casi pratici di conciliazione: la conciliazione societaria – 10. La conciliazione nelle liti condominiali - 11. La conciliazione nei rapporti civili e commerciali - 12. La conciliazione nei ritardi di pagamento - 13. La conciliazione nelle controversie sanitarie - 14. La conciliazione in materia di controversie internazionali - 15. Le conciliazioni nelle "class actions" - 16. Le conciliazioni "bagatellari" - 17. Le clausole di conciliazione - 18. La procedura di conciliazione - 19. Il ruolo degli organismi di conciliazione - 20. Funzione e deontologia del conciliatore - 21. Funzione e deontologia degli avvocati in conciliazione - 22. Funzione delle parti nella procedura di conciliazione - 23. Funzione del verbale di conciliazione - 24. L'accordo e i contratti conseguenti alla conciliazione*

### 1. Premessa

**S**copo di questo studio, nato dall'esperienza dei corsi di formazione organizzati da Bridge Mediation Italia, associazione professionale accreditata presso il Ministero della Giustizia per la formazione di conciliatori ai sensi della normativa sul nuovo rito societario ( d. lgs. 5 del 2003, DD.MM (Giustizia). 222 e 223 del 2004 e determinazione dirigenziale (Giustizia) del 24 luglio 2006, è quello di fornire un'informazione semplice e chiara, ma al tempo stesso tecnicamente corretta, dello strumento conciliativo, quale forma primaria e privilegiata di soluzione delle controversie e dei conflitti in genere.

L'utilità di tale informazione, rivolta sia ai professionisti che ai potenziali utenti del servizio conciliativo, è tanto più d'attualità, a seguito della recente entrata in vigore della Direttiva Europea del 21 maggio 2008 sulla mediazione nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, la cui applicazione diverrà obbligatoria per 26 Stati membri dell'Unione, ad eccezione della Danimarca, al più tardi entro il 21 maggio 2011, ossia tra non molto.

Oltretutto la Direttiva ha consigliato gli Stati destinatari a dotarsi di uno strumento normativo atto ad incentivare l'uso generalizzato della mediazione conciliativa anche per le controversie di diritto interno, il che non potrà non arrecare notevoli benefici allo scopo essenziale che le autorità di Bruxelles si prefiggono, ossia quello di garantire il miglior funzionamento del mercato interno, attraverso un migliore accesso alla giustizia, oggi reso estesamente difficoltoso a causa dell'eccessiva e quindi non ragionevole durata dei processi.

**Art. 19** Nel giorno fissato per l'incontro di conciliazione, le parti devono comparire personalmente o, in via eccezionale, mediante un proprio rappresentante munito dei necessari poteri; le parti possono farsi assistere da un difensore.

La trattazione davanti al conciliatore è esclusivamente orale.

**Art. 20** Prima dell'inizio dell'udienza di conciliazione, il conciliatore sottoscrive apposita dichiarazione di imparzialità.

Le parti, con l'eventuale assistenza dei difensori, espongono i fatti e le ragioni delle rispettive domande ed eccezioni e propongono le ipotesi di conciliazione della controversia.

Il Conciliatore può ascoltare persone a conoscenza dei fatti già presenti alla discussione e in ogni caso può consentire l'esibizione di documenti idonei a dimostrare immediatamente le reciproche pretese delle parti.

**Art. 21** Il Conciliatore, su istanza congiunta delle parti o dei loro difensori, può fissare un nuovo giorno per la prosecuzione della discussione.

**Art. 22** Il Conciliatore formula la proposta di composizione della controversia esposta dalle parti. Se la conciliazione riesce, le parti sottoscrivono un documento contenente l'accordo concluso.

Nello stesso documento si dà atto dell'intervento del Conciliatore e anche dei difensori, eventualmente presenti, che appongono la propria sottoscrizione.

Se la Conciliazione non riesce, se ne dà atto in un processo verbale redatto dal conciliatore. Anche il Conciliatore e i difensori vi appongono la propria sottoscrizione. Nel processo verbale di mancata conciliazione vengono sinteticamente descritte le posizioni delle parti e le condizioni alle quali sarebbero disposti a conciliare. Il conciliatore dà altresì atto della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Il verbale di conciliazione positiva, ove necessario ed una volta ottenuto l'accreditamento ministeriale, viene trasmesso al responsabile del registro di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 5/2003.

La Segreteria della Camera provvede all'archiviazione e conservazione delle istanze e dei verbali e ne cura la distruzione decorsi 3 anni dalla presentazione o verbalizzazione.

**Art. 23** Le parti hanno diritto ad accedere agli atti del procedimento, eccettuate le comunicazioni inviate al conciliatore in forma riservata.

A tal fine viene nominato dal Consiglio un responsabile, il quale ha l'obbligo di custodire gli atti del procedimento in apposito fascicolo numerato e registrato nell'Elenco di cui all'art. 22.

I dati raccolti sono trattati nel rispetto delle disposizioni del D. Lgs. n. 196/2003 (codice in materia di protezione dei dati personali).

La conciliazione, vecchia come il mondo, tanto da risalire non solo ai rapporti biblici tra il Dio d'Israele ed il popolo eletto, ma anche alle filosofie orientali, ed in particolare modo al confucianesimo, non ha mai goduto di particolare importanza ed interesse nel nostro Paese, specialmente a partire dal secondo dopoguerra, quando la vecchia civiltà contadina, ancora intrisa di "meditazione mediterranea", e naturalmente portata allo stemperamento dei più vari contrasti davanti ad un terzo affidabile, in quanto dotato di saggezza, esperienza e quindi autorità, è stata quasi senza soluzione di continuità sostituita dalla civiltà postindustriale, in cui i rapporti interpersonali sono andati perdendo sempre più di importanza.

La crisi della giustizia italiana, ormai da troppi anni sotto gli occhi di tutti, è frutto di molti errori e presunzioni, ai quali negli ultimi tempi si è aggiunta, con la globalizzazione dei mercati e l'allargamento delle frontiere ai cittadini e alle imprese dei Paesi, facenti parte dell'Unione Europea, la pratica impossibilità di far fronte, in tempi ragionevoli, alle esigenze di giustizia portate davanti ad un magistrato affinché decida con sentenza dove stia il torto e dove la ragione.

Leggi pletoriche e mal redatte, sovente poco comprensibili, e talvolta persino contraddittorie tra loro, riforme della giustizia troppo ravvicinate, ma soprattutto non ben coordinate e parcellari, carenze nell'organico, anche quello ausiliario, e cronica mancanza di adeguati mezzi finanziari, il degrado di una classe forense pletorica, mal preparata e soprattutto deontologicamente non inappuntabile, hanno finito per creare quel mostruoso ingorgo giudiziario, sia nel civile che nel penale, che ha fatto parlare, in seno alla stessa magistratura, della giustizia come un "malato terminale".

Di fronte al collasso del sistema, il legislatore, quasi ad imitazione dell'orchestra che continuava imperturbabile a suonare, come nulla fosse, mentre il transatlantico Titanic lentamente si inabissava nelle gelide acque al largo di Terranova, emanava due provvedimenti, molto diversi tra loro, ma accumulati da quell'identico risultato, che nel gergo calcistico, ben noto ai nostri concittadini, porta il nome di "autogol". La prima norma è quella contenuta nella legge costituzionale n. 2 del 1999, che ha introdotto nella nostra Carta fondamentale il concetto di "ragionevole durata del processo", la cui salvaguardia doveva essere assicurata "dalla legge". Il secondo provvedimento, conosciuto ormai da tutti sotto il nome di "Legge Pinto", dal nome del suo promotore, la n. 89 del 2001, ha introdotto un meccanismo di "equa riparazione" per danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'irragionevole durata di un procedimento giudiziario, in tal modo esplicitando una "dichiarazione di resa" di fronte al problema giustizia, invece di porre mano a meccanismi di prevenzione del danno, più logici e coerenti con lo stesso dettato dell'art. 111 della Costituzione, solo poco tempo prima riformato dalla norma più sopra citata.

Nell'ottima Enciclopedia Moderna Illustrata, stampata nel 1905 per i tipi della benemerita Casa Editrice Vallardi di Milano, e sottotitolata "Dizionario Universale di Cognizioni Utili, compilato da Professori delle singole specialità", alla voce "Conciliatore" si legge: "Giudice, non retribuito, che può essere scelto in qualunque ordine di cittadini maggiorenni, il quale ha l'ufficio di conciliare, transigere, liquidare o giudicare, quando la conciliazione non fu possibile, tutte le vertenze per un valore non oltre lire 100".

Pur essendo officiato ad una sorta di servizio civile gratuito, e con competenza ristretta a controversie di valore assai limitato, il conciliatore dell'epoca era preposto ad una serie di attività, il cui ordine di preferenza da dare alla soluzione della vertenza appare tuttora pienamente valido e condivisibile.

Per prima cosa, andrebbe infatti sperimentata la conciliazione, e solo se questa non dovesse riuscire, si può provare a transigere ( e liquidare ). Infine, se tutto quanto tentato in precedenza non abbia avuto esito positivo, solo allora si dovrà ineluttabilmente ricorrere al giudizio.

Questa è dunque, a ben vedere, l'ultima via da percorrere per le parti litiganti, ed è per questo motivo che ci accingiamo a spiegare cos'è e come funziona la conciliazione.

## 2. La conciliazione, rimedio primario per risolvere positivamente le liti.

Abbiamo visto che, in passato, il ricorso alla conciliazione era molto più diffuso che non attualmente. La gente, non solo per motivi pecuniari, questione comunque di non poco conto, ma soprattutto per motivi di riservatezza e speditezza della soluzione, preferiva rivolgersi ad un terzo, ritenuto affidabile, cui confidare le proprie ambascie, chiedere consiglio ( latinamente *consilium*, da cui l'etimo "conciliazione" ), e quindi ottenere una risposta pienamente soddisfacente ed in grado di comporre equamente gli opposti interessi.

Tali personaggi autorevoli erano, a seconda dei casi, il notaio, il parroco, il maresciallo dei carabinieri, il farmacista, il maestro di scuola. Le caratteristiche comuni a tutte queste figure sono facilmente intuibili: l'estraneità ai fatti controversi ( terzietà, imparzialità ), l'autorevolezza, dettata sia dalla carica che alla capacità di comprensione e persuasione, la saggezza, dovuta non solo agli studi, ma anche e soprattutto all'esperienza delle vicende umane.

E' agevole concludere che queste debbono essere anche le caratteristiche, soggettive ed oggettive, del bravo conciliatore.

Abbiamo detto anche che è preferibile conciliare, o al limite transigere, piuttosto che andare in giudizio, che quindi deve essere considerata l'ultima opzione, proprio quando non se ne possa fare a meno, o non vi siano altri rimedi possibili.

Perché è preferibile conciliare, come scelta ottimale e quindi prioritaria? E' presto detto.

La conciliazione, a differenza della lite giudiziaria, ma anche dell'arbitrato ( che è una forma di giustizia privata, ove al posto del giudice vi è un arbitro o collegio arbitrale ) non lascia sul campo un vincitore e un vinto, ma due vincitori, quali sono appunto le parti una volta "ri-conciliate".

Come è possibile che vi siano due vincitori, è presto detto. Non essendovi un giudizio, non vi è una condanna, e si capisce facilmente che mancando una condanna, non vi può essere un perdente.

Ne consegue, allora, che non vi è neanche un vincitore. Come mai allora si parla di due vincitori, e non magari di due perdenti? Per un motivo molto semplice: se proprio vogliamo trovare due perdenti, questi stanno nella transazione, ove ciascuna parte, pur di

chiudere la lite, accetta di rinunciare ad una certa fetta delle sue richieste, facendo appunto alla controparte quella quantità di concessioni, che sia tale da far raggiungere l'accordo. Per questo motivo si suole dire che una buona transazione è quella, da cui entrambi i contendenti escono scontenti.

Nella conciliazione riuscita, invece, le parti escono rasserenate, poiché hanno acquistato "la pace perduta"; l'accordo raggiunto è costituito da una soluzione condivisa, e non imposta dall'alto, ma soprattutto è una soluzione sostenibile nel tempo, e che spesso procura una serie di vantaggi maggiori di quelli che si sarebbero avuti non conciliando. Quest'ultimo aspetto, caratteristica unica della conciliazione, viene definito dagli esperti come l' "allargamento della torta".

Così come la conciliazione crea due vincitori, così essa è molto spesso in grado di far partecipare alla "reciproca vittoria" anche il loro *entourage*. La torta (ossia il risultato dell'accordo) in questo caso beneficia di un effetto moltiplicatore, che si estende al contesto socio/economico di cui i litiganti riappacificati fanno parte.

Tutto ciò è impensabile nelle altre forme di soluzione delle controversie, le quali, avendo connotati traumatici, non possono mai recare valore aggiunto, ma solo distruggere, almeno in parte, una certa quantità di ricchezza.

Proviamo a fare un esempio banale.

Due litiganti si rivolgono al tribunale per chiedere giustizia. Il processo, oltre al suo costo intrinseco, rappresentato dagli oneri giudiziari e dalle parcelle degli avvocati, ha un costo invisibile, rappresentato dalla durata abnorme del tempo necessario ad ottenere una sentenza definitiva (in ipotesi, tra i quindici e i venti anni). Durante questo tempo, le parti rischiano danni alla salute, alla vita di relazione, ad altre possibili opportunità di lavoro, al godimento dei beni in contestazione, e via discorrendo, solo per il fatto che la vita, sotto certi aspetti, nei loro confronti, si è come paralizzata, in attesa dell'esito del giudizio, mentre "all'esterno della lite" essa continua a scorrere come se nulla fosse.

Il processo giusto è quello, come dice la legge, che non solo rispetta le regole processuali, poste a tutela di entrambe le parti, ma è anche quello che, per il fatto di essere celebrato in tempi ragionevoli, riesce a dare una risposta effettiva ed efficace alla domanda di giustizia, sia quella dell'attore che quella del convenuto. La giustizia lenta, o "luma-ca" come viene volgarmente chiamata, è giustizia denegata, ossia non-giustizia, e come tale provoca un *vulnus*, una ferita, sia alle parti che nella società. Essa dunque si pone come "anti-costituzionale" (art. 111 Cost.), e viola anche la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 6, che anch'esso parla di diritto ad un giusto processo in tempi ragionevoli). Successivamente al Trattato di Nizza, tale Convenzione è entrata a far parte integrante del diritto europeo, che come noto prevale su quello nazionale.

In conclusione, la lentezza della giustizia provoca una perdita di ricchezza, sia nei confronti dei litiganti, sia nei confronti del tessuto socio/economico. La lentezza della giustizia giova solo alla parte che è in torto, la quale vede allungare a dismisura i tempi dell'adempimento della propria obbligazione, senza adeguate contromisure punitive, quand'anche non venga vanificata del tutto la soddisfazione della pretesa avversa che, per il trascorrere del tempo, sia diventata difficoltosa, o inutile, o addirittura impossibile.

Passiamo ad un'altra ipotesi, mettendo al posto della giustizia ordinaria, o come si usa anche dire togata, quella forma di giustizia privata che abbiamo visto essere l'arbitrato.

L'arbitrato è certamente molto più rapido del processo, in media occorre un anno, un anno e mezzo, per concludere un arbitrato di tipo complesso. La soluzione della controversia viene devoluta ad uno o più giudici privati, detti appunto arbitri, i quali decidono la controversia adottando le norme del diritto applicabile alla controversia, e seguendo il regolamento di procedura dell'organismo arbitrale cui eventualmente appartengano (in questo caso si suole parlare di "arbitrato amministrato") ovvero alle norme che regolano l'arbitrato nel Paese di riferimento (ad esempio, per l'Italia, le norme dettate dal codice di procedura civile, e precisamente dagli articoli 806 e ss.). L'arbitrato normalmente viene appunto definito "rituale", in quanto segue pedissequamente i principi codicistici che ne disciplinano il funzionamento, attraverso il rispetto del contraddittorio e delle garanzie formali in ordine alle notifiche, al rispetto dei termini e ad una corretta procedura istruttoria. In caso contrario, laddove la volontà delle parti sia esplicitata in senso diverso da quello suesposto, l'arbitrato (almeno in Italia, poiché all'estero questa figura è sconosciuta) diventa "irrituale" o libero. In tal caso, più che di "giudizio privato" si può parlare più semplicemente di soluzione negoziale, ossia di un mandato in bianco firmato dalle parti all'arbitro, con cui esse si impegnano a fare proprie le decisioni che quest'ultimo vorrà prendere in merito ai quesiti che gli vengono sottoposti, e che costituiscono, appunto, il "*thema decidendum*".

Questo particolare tipo di arbitrato, in cui le garanzie formali, pur presenti, sono ridotte all'osso, e che spesso, anche se non necessariamente, viene risolto in via equitativa, sempre che in tal senso si sia espresso il mandato conferito, si apparenta molto lontanamente alla "conciliazione" della controversia, ma se ne discosta per il fatto che, in questo caso, l'autorevole *consilium* che viene fornito è assolutamente vincolante per le parti, a differenza della conciliazione, che lascia pienamente libere le parti di accettare o meno l'eventuale proposta di accordo.

L'arbitrato è certamente una "soluzione alternativa delle controversie", anzi è per definizione l'unica soluzione alternativa "della lite", in quanto chi sceglie di andare in arbitrato si preclude totalmente il ricorso al giudice ordinario sulla materia litigiosa oggetto del compromesso o della clausola compromissoria. Tali strumenti contrattuali, il primo successivo all'insorgere della lite, la seconda invece preventiva, costituiscono delle vere e proprie "rinunce alla giurisdizione".

La scelta di andare in arbitrato ha avuto alterne vicende e negli ultimi tempi, l'istituto sembra aver registrato un notevole calo di interesse da parte delle imprese. I motivi sono essenzialmente quelli legati al costo, in verità assai rilevante, ad una durata pur sempre eccessiva, rispetto alle esigenze del mondo degli affari, e soprattutto al rischio di una decisione non assolutamente sicura sotto il profilo della sua imparzialità. Addirittura un noto settimanale britannico ha recentemente avanzato, a proposito di arbitrati internazionali, il sospetto di possibili "corruzioni".



Restano quindi da esaminare le altre forme di soluzione alternativa delle controversie, nelle quali però non vi è il rischio di incappare in una decisione non gradita, ossia quelle ipotesi in cui la facoltà di accordarsi è lasciata alla piena ed esclusiva disposizione delle parti.

Il rischio implicito in tali strumenti è tuttavia ovvio. Laddove c'è la libertà di rifiutare il dialogo, o comunque di non giungere ad un accordo, c'è naturalmente la possibilità che non si giunga ad una conclusione positiva della vertenza. In tale caso, non resta ovviamente che la scelta della via giudiziale, a meno che non si preferisca la strada del compromesso in arbitri.

Perché però la soluzione legata ad un accordo contrattuale appaia una strada percorribile e sotto vari aspetti preferibile a qualunque altra è presto detto. Trattasi di una scelta dettata dall'opportunità, che viene offerta a parti litiganti di buona fede, di evitare tempi lunghi o lunghissimi, costi pesanti, rischi di ottenere una decisione non gradita, o comunque di difficile eseguibilità.

In poche parole, si tratta di esercitare preventivamente una valutazione accurata del rapporto "costi-benefici", e alla luce di questa disamina, dare il proprio consenso informato ad una scelta piuttosto che ad un'altra.

L'analisi economica del diritto, in cui l'analisi dei costi, dei tempi e dei rischi di una soluzione giudiziale deve essere comparata in maniera completa ed articolata a quella dei benefici derivanti da una soluzione negoziata in tempi rapidi e costi contenuti, serve a fare una scelta consapevole della soluzione da ritenersi più idonea, nel caso concreto.

Certamente c'è sempre la possibilità di andare in giudizio davanti ad un giudice terzo ed imparziale, così come è garantito dalla Costituzione; non vi è mai o quasi mai invece la possibilità, questa volta non garantita ma solo promessa dalla stessa Costituzione, di un giudizio che venga esplicitato in tempi ragionevoli. Poiché tale rischio in realtà assume i connotati della quasi certezza, è evidente che la scelta della via giudiziale è l'ultima da farsi, e pertanto essa costituisce, a dir vero, l'ultima alternativa alle soluzioni di tipo negoziale.

Queste ultime sono essenzialmente, almeno nel nostro Paese, due: la transazione e la conciliazione.

Altre forme minori, ma non per questo da scartare a priori, sono la perizia contrattuale, l'accertamento tecnico preventivo, il parere "pro veritate", richiesto non già da una sola, ma da entrambe le parti ad un esperto, generalmente un professore universitario. Nei Paesi anglosassoni tale soluzione è nota come "*early neutral evaluation*" ed è molto utilizzata, poiché in quei sistemi giuridici la certezza del "diritto in azione", ossia la giurisprudenza, è molto più effettiva che da noi.

In tutti questi casi, le parti sono in grado di decidere a ragion veduta la loro controversia, o sul piano tecnico (prime due soluzioni) o sul piano giuridico (terza soluzione), ma non vi è, tranne che nel primo caso, un vincolo giuridico stringente che le spinga a chiudere la lite in via stragiudiziale.

Nel caso della transazione, come abbiamo già visto, le parti concludono tra di lo-

ro, solitamente, ma non necessariamente, con l'ausilio dei rispettivi legali, un contratto tipico, consistente nella chiusura di una lite insorta o nella prevenzione di una lite potenziale, attraverso reciproche concessioni con le quali, ognuna di esse rinunciando a parte della propria pretesa o parte della propria opposizione a tale pretesa, trovano un accordo, che può consistere in una creazione, modifica o chiusura di un rapporto giuridico preesistente, o anche eventualmente la definizione, in qualsiasi maniera ritenuta accettabile e conveniente dalle parti, di rapporti giuridici non contenziosi, attraverso una loro eventuale modifica o novazione. Poiché la transazione è un contratto, esso deve avere come oggetto rapporti aventi contenuto patrimoniale. Se tale non fosse il caso, si può parlare di negozio giuridico, di accordo bonario, di quello che si vuole, ma non di transazione in senso stretto.

Ciò è importante, in quanto la transazione è un contratto *sui generis*, ossia favorito da una particolare normativa che ne rafforza la tenuta e limita al minimo i casi di impugnabilità dell'accordo, grazie ad un *favor transactionis* che il legislatore ha voluto dare ai contraenti, proprio in funzione dell'alto valore sociale attribuito alle forme di chiusura non contenziosa delle liti.

Malgrado ciò, la transazione non fornisce alle parti uno strumento utile per il recupero del rapporto in contestazione. La situazione giuridica transata è generalmente una questione chiusa, come si dice in gergo "morta e sepolta". Sulla materia controversa il più delle volte si vuol mettere una pietra tombale, attraverso quella chiusura definitiva che nel linguaggio curiale viene definita "a saldo, stralcio e transazione". A seguito di tale evento, le parti normalmente interrompono ogni loro rapporto, e comunque escono da questa esperienza con quel poco che può venir loro di soddisfazione, ossia l'aver definito una lite senza dovere attendere la conclusione naturale, ossia la sentenza del giudice. Ognuna delle parti però esce di solito assai poco soddisfatta nella sostanza, rosa com'è dal tarlo del dubbio, circa la propria incapacità di trattativa, che abbia impedito di pervenire ad un migliore e più fruttuoso negoziato.

Tuttavia, la transazione è un contratto molto frequente nella prassi. La sua utilità consiste esclusivamente nel fornire una rapida, anche se solo parziale, soddisfazione, alle proprie pretese, soddisfazione scolpita nella ormai famosa locuzione "pochi, maledetti e subito", riferita chiaramente all'adempimento di un'obbligazione pecuniaria, che è poi il caso più frequente.

E l'appetibilità, se così si può dire, della soluzione sta proprio in quel "subito", che la dice lunga a proposito della valutazione "costi/benefici" che le parti hanno preventivamente vagliato.

Veniamo ora all'aspetto nodale della nostra disamina, ossia alla conciliazione, per cercare di esaminare quale ne sia la particolare appetibilità, anche rispetto alle altre forme di "ADR"

A differenza di qualsiasi altro strumento per la soluzione di una controversia, la conciliazione è l'unico modo di chiudere la controversia recuperando il rapporto litigioso, o comunque rendendolo altrimenti appetibile, in maniera spesso creativa, fuori dagli schemi usuali, in un'ottica di solidarietà ritrovata e non di sopraffazione, con il duplice obiet-



tivo di rendere l'accordo sostenibile nel tempo ed utile anche ad una sfera allargata di soggetti, situazione questa che gli esperti definiscono "l'allargamento della torta".

### 3. La conciliazione in generale: conciliazione e mediazione

La conciliazione, come metodo "soft" di definizione di una controversia è, come si è detto, un sistema vecchio come il mondo. "Riprendere in mano il proprio futuro" e cercare di ricucire uno strappo non è soltanto un importante dettato dell'etica cristiana, ma un portato necessario dell'intelligenza umana, proprio sul piano della convenienza, rispetto alle soluzioni "di rottura", quali sono appunto il giudizio, ma anche l'arbitrato e la stessa transazione. Non per nulla una filosofia antica come il confucianesimo ha sempre predicato il "disdoro" del ricorso al magistrato per la soluzione di una controversia, quando essa può essere utilmente, rapidamente e discretamente risolta da un saggio ed autorevole compositore.

Purtroppo la conciliazione, concepita dal moderno legislatore come un rimedio residuale e banale, votato essenzialmente alla deflazione delle liti giudiziarie, è stata recepita per lo più come una "inutile perdita di tempo" prima di passare alle "cose serie" ossia al giudizio.

Il fatto di aver dato al vecchio "giudice conciliatore", poi diventato "giudice di pace", competenze molto limitate nel valore ha svilito ulteriormente il concetto di conciliazione, associandola concettualmente alle cause c.d. "bagatellari", ossia di scarso valore economico.

Altro elemento negativo è rappresentato dal mancato utilizzo dell'art. 322 del codice di procedura civile, il quale invece opportunamente aveva previsto la possibilità di una conciliazione in sede non contenziosa, ossia in via pienamente ed assolutamente stragiudiziale.

La norma in questione tuttavia non conferisce al verbale di conciliazione il valore di titolo esecutivo, qualora la materia esuli dalla competenza del giudice di pace. In questo caso, infatti, lo stesso verbale viene equiparato soltanto ad una "scrittura privata riconosciuta in giudizio" e nulla di più, il che effettivamente non riveste un particolare grado di interesse, al di là della stretta valenza probatoria.

La conciliazione preventiva all'introduzione della lite (il cosiddetto tentativo obbligatorio di conciliazione, intesa come "filtro all'azione") è tipicamente rappresentata dalla normativa processuale delle cause di lavoro, dove pure tale funzione viene nella pratica disattesa, al punto di diventare, nella maggior parte dei casi, proprio quella "inutile perdita di tempo" che pure un legislatore avveduto e coerente non dovrebbe mai tollerare.

Lo stesso, in base ad una prassi consolidata, accade nella stragrande maggioranza delle udienze presidenziali, nelle cause di separazione e divorzio, ove il "tentativo di conciliazione" si riduce quasi sempre alla mera formalità di una domanda indiretta e retorica, "se siete qui con gli avvocati, immagino che non vogliate conciliarvi" per poi passare alla definizione del problema, sotto un diverso profilo, transattivo o litigioso che sia, ma certamente non conciliativo.

Idem come sopra, per quanto riguarda il tentativo di conciliazione nelle cause ordinarie, che con la più recente riforma processuale è diventato solo facoltativo in primo grado.

Insomma, non si erra dicendo che il legislatore sembra aver fatto di tutto per sminuire il valore della conciliazione, pur ritenuta socialmente apprezzabile dalla stessa Corte Costituzionale.

Questa apparente contraddizione dovrebbe finalmente cessare, sulla spinta non tanto della riforma del diritto societario, che comunque ha dato nuovo impulso alla conciliazione e all'arbitrato in tale specifico settore, quanto come conseguenza dell'ormai imminente emanazione di una direttiva europea in materia di soluzioni alternative alle liti, in tutte le materie civili e commerciali.

Grande spazio dovrebbe poi essere dato anche alla mediazione, tema che qui affrontiamo solo di sfuggita. In un contesto sociale altamente conflittuale come il nostro, sarebbe altamente auspicabile lo sviluppo della mediazione, quale soluzione pacifica, ragionata e condivisa di tutte le situazioni di contrasto non strettamente giuridico, in modo da fornire anche in tali casi un valido supporto alle risoluzioni effettive dei problemi sociali, attraverso strumenti quali: mediazione familiare, scolastica, di quartiere, sociale, emergenziale, internazionale. Basterà questo cenno per far capire quanto poco sinora sia stato fatto, con le conseguenze negative che si vedono purtroppo nell'esperienza quotidiana e contribuiscono al degrado sociale e culturale della nostra società

### 4. Il recupero del rapporto litigioso

La conciliazione si occupa non tanto della questione litigiosa in sé, perché non può deciderla, quanto della rimozione della situazione di contrasto, attraverso il recupero delle relazioni interpersonali o intersocietarie deteriorate, sia che ciò si risolva in una conservazione del rapporto non più litigioso, sia che il rapporto stesso venga sostituito da uno diverso e più consona alle reali esigenze socio/economiche delle parti.

Quel che più conta, dunque, nella conciliazione, non è la soluzione del quesito che vede le parti su posizioni contrastanti, ma il superamento della situazione di stallo, attraverso un meccanismo di natura non decisoria, ma propositiva e propulsiva.

Invero, la sentenza, il lodo arbitrale ed in un certo senso anche la transazione, quanto meno quella non novativa, guardano solo "al passato", ossia a ciò che è accaduto ed agli errori commessi, e non al futuro, ossia a ciò che deve ancora accadere, e che è assai più importante, non solo per le parti, ma anche per l'ambiente che le circonda.

Tale compito non è demandato né al giudice né all'arbitro, e non rappresenta nemmeno lo scopo della transazione, ma è invece la funzione primaria ed insostituibile della conciliazione, intesa nel suo significato letterale e sostanziale, ossia quello legato alla funzione risolutiva e pacifica del *consilium* indipendente ed autorevole. Questo, attraverso un uso intelligente dell'esperienza e del buon senso, crea le premesse per una composizione degli opposti interessi, dando maggior rilievo alle persone piuttosto che alla materialità del problema. Nella scala dei valori, infatti, quest'ultimo non può mai essere tale da sopraffare gli individui che vi si trovano coinvolti.

## 5. La creatività della soluzione

I detrattori della conciliazione considerano l'attività del conciliatore e la procedura di conciliazione in generale una materia da lasciare a quei professionisti che non hanno sfondato nel loro lavoro, e quindi la vedono come una scelta residuale, che non deve essere presa in considerazione da chi si sente bravo e "arrivato". Nulla di più falso, in realtà, proprio perché conciliare è quanto di più difficile ci sia, e non solo perché per conciliarsi bisogna volerlo almeno in due, ma anche perché bisogna essere convinti dell'interesse e delle opportunità che offre la conciliazione. Tutto ciò che non è subito, calato dall'alto, dalla volontà di un terzo, ossia "per decisione eteronoma" e che nasce invece dalla libera scelta delle parti, superando ogni resistenza psicologica a "mandare tutto all'aria", è frutto di grande maturità, consapevolezza, coscienza sociale e solidaristica, ma è anche il portato dell'attività insostituibile di un bravo, serio e competente conciliatore.

Le parti infatti hanno bisogno dell'ausilio di un conciliatore, ogni volta che non possono o non riescono a trovare un'intesa tra di loro, pur rimanendo la controversia nell'ambito della buona fede. Le parti litiganti non riescono facilmente a trovare da sole la strada della conciliazione. Ciò appare intuitivo, pensando alle "guerre di posizione", in cui nessuno vuol cedere all'altro, per partito preso o per convinzione assoluta di essere nel giusto.

L'esperienza insegna che, in certi casi, una trattativa difficile può essere sbloccata grazie all'intervento di bravi avvocati, o di consulenti tecnici specializzati ed affidabili, che possono far pendere l'ago della bilancia in senso positivo, e quindi consentire alle parti di raggiungere la soluzione del problema.

Altre volte, al contrario, la presenza di avvocati non educati alle tecniche conciliative può essere foriera dell'effetto opposto, ossia quello di convincere le parti dell'inutilità del negoziato e della necessità di risolverlo in via giudiziale.

Chi invece ha scelto di svolgere l'attività di conciliatore, e si è specializzato nelle tecniche di negoziazione e conciliazione, seguendo un apposito corso formativo, è in grado di fornire un aiuto sostanziale alle parti, altrimenti bloccate, sia facendole discutere e ragionare pacatamente, sia fornendo loro quegli spunti di riflessione che possono essere forieri di una "soluzione creativa", ciò che un giudice o un arbitro non possono fare, perché a loro espressamente vietato dalla legge.

Per "soluzione creativa" si deve intendere ogni tipo di accordo che superi la banalità dell'ovvio, che vada al di là della risposta elementare e scontata, che sia in grado di soddisfare gli interessi nascosti delle parti, quelli che non possono essere né esaminati né presi in considerazione in un giudizio o in un arbitrato. Si tratta proprio di quegli interessi nascosti, che le parti hanno svelato confidenzialmente al conciliatore nel corso dei colloqui separati e riservati, colloqui vietati sotto questo aspetto sia da parte del giudice che dell'arbitro, i quali sono tenuti al rigoroso rispetto del contraddittorio.

La soluzione creativa è quella che fa sbloccare le trattative arenate, e giudicate forse impossibili ad essere risolte positivamente. Il bravo conciliatore, che quindi non ha proprio nulla del professionista fallito, tutt'altro, dispone di questa insostituibile opportunità, conferitagli dal fatto che egli non deve trovare alcuna soluzione di tipo "giuridico" al

tema litigioso, e forse soprattutto dal fatto che la soluzione da lui proposta, ove le parti gliene facciano richiesta, non è comunque vincolante, quindi deve essere per forza di cose "appetibile" se vuole avere qualche *chance* di essere accolta.

Per aspirare alla "creatività" il bravo conciliatore avrà fatto tesoro, oltre che della propria esperienza, anche delle tecniche del "pensiero laterale", dell'enigmistica, della "teoria dei giochi" e di altre forme di uso della psicologia applicata alle relazioni socio/economiche.

## 6. Solidarietà al posto della sopraffazione

La differenza che passa tra la negoziazione per contrattare (o transigere) e la negoziazione per conciliare è enorme, e corrisponde grosso modo alla differenza che c'è tra ricerca della sopraffazione e ricerca della solidarietà, tra imposizione e condivisione. Nella teoria dei giochi classica, viene studiato il modo di riuscire a tirare il partito migliore, rispetto alla controparte/avversario, sulla base della fruizione di una migliore e più approfondita conoscenza di tutti i dati del problema e delle informazioni utili al fine di trarne il maggior profitto possibile, a scapito dell'altro contendente.

Napoleone soleva dire che, anche grazie all'ulcera che non lo faceva dormire, egli passava le notti prima delle sue battaglie campali ad esaminare e controesaminare tutte le strategie possibili, in funzione dei dati che aveva potuto raccogliere, scegliendo quella che, a dispetto delle teorie classiche della guerra, avrebbero potuto dargli le maggiori opportunità di vittoria "nel caso specifico". Sotto questo profilo, non solo nell'arte militare, ma anche in quella politica e, ancora più in generale, in quella economica, appare incontrovertibile il detto "l'informazione è potere".

In questo caso, siamo di fronte ad un'attività di trasposizione pratica dell'*intelligenza*, ossia del passaggio dalla superiorità (anche in senso qualitativo) delle informazioni in proprio possesso, alla superiorità del risultato conseguito. Trattasi di una procedura che in gergo viene chiamata "*win-lose*", ossia anche di un "gioco a somma zero": ciò che una parte guadagna, l'altra ineluttabilmente perde, per giungere così appunto alla "somma zero".

Nella contrattazione volta invece ad un risultato di solidarietà, ossia il cui esito sia condivisibile pienamente da entrambi i contendenti, e che pertanto consenta la "conciliazione" dei loro "opposti interessi", si mette da parte ogni intento di sopraffazione, di maggior guadagno rispetto alla controparte, e si usa quel tipo sofisticato di teoria dei giochi, inventato dal matematico Nash, che va sotto il nome di *teoria dell'equilibrio*. In questo ambito, non si ricerca più un risultato "win-lose" bensì un risultato "win-win", ossia ognuna delle parti ottiene un risultato positivo, e quindi entrambe escono parimenti avvantaggiate dal confronto. Ciò potrebbe in apparenza sembrare un ossimoro, ossia una contraddizione in termini, se non fosse per il fatto, appunto, che la "conciliazione" è un procedimento rivoluzionario rispetto alla metodologia classica, fondata sul prevalere dell'egoismo rispetto ad un atteggiamento cooperativo.

Non per nulla la filosofia della "conciliazione" nasce ed è ispirata dalla "nuova testimonianza" di cui è intriso il messaggio cristiano, che ha rivoluzionato, rispetto al pas-

sato, non soloi rapporti tra l'uomo e la divinità, ma anche, e specialmente, quelli degli uomini tra di loro.

In termini laici, comunque, l'apparente ossimoro viene stemperato ed assorbito proprio dal concetto di "valore aggiunto" che la soluzione conciliativa apporta con sé. Questo valore aggiunto, calato nell'accordo conseguente ad una procedura di conciliazione conclusasi positivamente, "aggrega" in un certo senso le posizioni delle parti arricchendole di positività, nel che sta appunto la reciproca soddisfazione delle parti una volta conciliate, in quanto nessuna di esse si sente sopraffatta dall'altra.

Questo sentimento di reciproca soddisfazione è l'esatto opposto di quello che le parti provano all'esito di una transazione, visto che si vuol riconoscere che "una transazione è tanto migliore, quanto più le parti ne escono insoddisfatte".

E qui non si tratta affatto di un ossimoro, nemmeno apparente, in quanto alle parti uscite dal negoziato transattivo, resterà sempre nella mente il tarlo di non aver saputo negoziare al meglio.

### 7. La sostenibilità dell'accordo nel tempo

Come è intuitivo, ad una soluzione non condivisa di un accordo contrattuale, può conseguire, in un periodo più o meno breve, una propensione alla resipiscenza, tale da portare alla violazione del patto stesso. In tal modo, verrebbe indotto all'inadempimento della propria obbligazione colui che la ritenesse non più consona ai propri interessi. Proprio per evitare questo inconveniente il legislatore, conscio dell'importanza di mantenere in piedi il contratto di transazione, dove il fenomeno negativo sopra descritto avrebbe molteplici possibilità di attuazione, ha voluto emanare un'apposita disciplina a salvaguardia dell'accordo. Al contrario, una soluzione condivisa e ritenuta efficiente e soddisfacente dalle parti può ragionevolmente conservare il più a lungo possibile la sua efficacia.

Pertanto, la sostenibilità dell'accordo conciliativo, qualora non si identifichi, in tutto o in massima parte, con un accordo riconducibile allo schema tipico della transazione, si basa essenzialmente sulla piena condivisibilità del suo contenuto. Ciò rende, è vero, più difficile e complessa la fase delle trattative ( di qui, come si è detto, l'utilità che esse vengano facilitate da un esperto conciliatore ) ma, una volta raggiunto il consenso, il rischio che l'accordo venga meno per resipiscenza di una delle parti appare molto limitato, proprio perché irragionevole.

L'usbergo alla sinistrosità del patto, che per la transazione è rappresentato essenzialmente dalla legge, per la conciliazione è rappresentato proprio dalla forza pattizia dell'accordo, che diventa legge tra le parti. E' importante dunque che l'accordo venga costruito in maniera sostenibile, ossia non disarmonica e squilibrata, tanto per raggiungere un "accordo purchessia". E' infatti difficile che una parte sia tanto insipiente, o economicamente dipendente, da firmare un accordo per essa non soddisfacente ( in tal caso firmi pure una transazione, ma non una conciliazione in senso stretto ). Al conciliatore spetta dunque quel ruolo di "garante del buon accordo", che poi non è altro che la garanzia del "buon senso" dell'accordo stesso, ed egli non farebbe un buon servizio alle parti, come vedremo meglio appresso, se si limitasse a facilitare un accordo

da lui ritenuto poco sostenibile, in quanto disequilibrato.

Ciò andrebbe tutto sommato contro l'etica della conciliazione, e si rivelerebbe una pessima pubblicità per questo istituto, che già fatica non poco ad entrare nell'uso quotidiano. Meglio dunque meno conciliazioni, ma bene accette nel tempo e quindi foriere di gradimento da parte degli utenti, piuttosto che tante conciliazioni stipulate "alla leggera", e quindi col rischio di vanificare lo sviluppo del loro utilizzo, per il fatto di venire "svalutate" da parte della pubblica opinione.

Vero si è che, in ogni caso, la conciliazione oltre che sul consenso reciproco deve poter basare la propria "affidabilità" anche sull'efficacia esecutiva da attribuire al verbale in cui è consacrato l'accordo. Ciò non contraddice affatto quanto abbiamo affermato poc'anzi sulla sostenibilità dell'accordo in base al consenso, ma anzi lo rafforza. Qualora infatti le parti sappiano che all'accordo firmato non consegue automaticamente la forza dell'esecutorietà dello stesso, saranno portate a firmarlo con maggior leggerezza, considerando cioè che, in caso di mancato adempimento delle obbligazioni ad esso conseguenti, la parte che si considera lesa dovrà pur sempre rivolgersi al tribunale con una causa non solo costosa, ma anche e soprattutto assai lunga.

Nel caso opposto, invece, quando cioè le parti siano conscie del fatto che, una volta firmato il patto conciliativo, questo verrà pure dotato di efficacia esecutiva, potranno forse esitare a firmarlo, se sono di mala fede, ma se non lo sono, non avranno alcun motivo di astenersene e, una volta che questo sia entrato in vigore, forse non ci sarà nemmeno bisogno di farlo omologare dal giudice, perché verrà eseguito spontaneamente.

### 8. L'allargamento della torta

Questa ormai celebre locuzione, entrata nel linguaggio comune anche se con un certo scetticismo, in quanto anch'essa facente parte degli "apparenti ossimori", è invece molto nota agli addetti ai lavori, ossia agli esperti di tecniche di conciliazione.

Per la sua apparente contraddittorietà, vale comunque la pena di spendere due parole su questo concetto, che è uno degli aspetti più singolari e caratteristici della conciliazione in senso stretto, ossia della "vera" conciliazione, e non delle conciliazioni "bagatellari" che non possono allargare alcunché.

Per allargamento della torta non si vuol intendere alcun effetto "miracolistico" della conciliazione, che tanto potrebbe piacere ai suoi scettici detrattori. Si vuol intendere invece una cosa molto semplice: se si crea valore aggiunto, questo non va solo a vantaggio delle parti conciliate, ma si estende, in maniera più o meno ampia, a seconda degli effetti indiretti che l'accordo stesso porta con sé, e va ad incidere positivamente sul contesto socio economico che circonda le parti conciliate.

Lo stesso legislatore ha mirabilmente tratteggiato questo aspetto nell'emanare la norma contenuta nell'articolo 912 del codice civile, in cui un giudice, agendo in veste di conciliatore ( l'articolo in questione porta infatti per titolo "conciliazione degli opposti interessi" ) nell'affrontare una controversia insorta tra proprietari di terreni attraverso i quali passano "acque non pubbliche", dopo aver valutato e soppesato le posizioni delle parti, prende in considerazione quella soluzione che tenga conto non solo

del temperamento dei loro interessi, ma anche risulti idonea a soddisfare al meglio le esigenze dell'agricoltura e dell'industria che possono essere coinvolte nell'utilizzo delle acque stesse, pur essendo, sotto il profilo strettamente giuridico, qui ampiamente superato, terze rispetto ai litiganti.

Questo principio, dettato quasi "profeticamente" dal legislatore del '42, ha anticipato in maniera sorprendente il dettato costituzionale del futuro Stato repubblicano, ispirato a valori solidaristici ed alla funzione sociale della proprietà privata, concetti che poi sfoceranno nella responsabilità sociale dell'impresa.

Il coinvolgimento in un contenzioso, sia per singolo individuo che per una persona giuridica, qual'è l'impresa, costituisce spesso un evento traumatico e rappresenta un costo, non solo materiale, ma anche e forse soprattutto invisibile. La causa giudiziale, non solo per le spese di giustizia e gli onorari legali, ma anche, e forse soprattutto, per i tempi lunghissimi che intercorrono tra l'avviamento del processo e la sua conclusione, e per la stessa incertezza quanto al contenuto della sentenza, senza dimenticare la non infrequente difficoltà di esecuzione della stessa, costituisce un trauma anche psicologico, tale da provocare un freno sia alle attività materiali ( non si può usufruire pienamente di un bene soggetto a contestazione ) sia a quelle intellettuali ( si ha la mente distratta dal pensiero della causa, si è impediti a dialogare con la controparte, etc.).

La conciliazione di una controversia ( ossia, come detto appunto egregiamente nell'art. 912 del codice civile, la conciliazione degli opposti interessi ) consente invece la ripresa del dialogo sui vari fronti delle possibili "sinergie" tra le parti riconciliate, ma consente anche all'ambiente circostante di prendere profitto dal nuovo clima instaurato dal nuovo modo di relazionarsi degli ex litiganti.

Colui ( o quell'impresa ) che improvvisamente non ha più da confrontarsi con giudici ed avvocati per la soluzione dei propri problemi incastonati nel fascicolo di causa, cominciano nuovamente a "pensare positivo" e liberano energie prima sopite, o comunque frenate, dalla pendenza della lite.

La ripresa del rapporto controverso su nuove basi, ossia in maniera produttiva, fa da effetto moltiplicatore del bilancio socio-economico relativo al contesto operativo in cui si muovono le parti un tempo in conflitto, creando appunto quel fenomeno che con effetto indubbiamente immaginifico, ma non per questo irrealistico, è oramai invalso chiamare "allargamento della torta".

Tanto più numerose e frequenti saranno le conciliazioni delle controversie, tanto più sovente si verificheranno "allargamenti di torte", atti a migliorare ed arricchire il clima sociale, portando ulteriore valore aggiunto sul territorio.

### 9. Casi pratici di conciliazione: la conciliazione societaria

Parlando di conciliazione, dobbiamo primariamente distinguere la conciliazione in senso stretto, da quella in senso lato: la prima è quella "autentica" in cui cioè la parola "conciliazione" ha un senso proprio, distinto dalle forme "spurie" di conciliazione, che sono quelle di natura transattiva semplice, indipendentemente dal valore economico, rilevante o bagatellare.

Per conciliazione in senso stretto va intesa quella che si riferisce a rapporti "di durata", cioè di quei casi in cui alla conclusione positiva del percorso conciliativo segue la ripresa ed il recupero del rapporto stesso, sia su basi identiche o simili, sia su basi diverse, ma pur sempre nel segno della continuazione. In questo senso, è lecito parlare di "ri-conciliazione", che è anche la definizione più appropriata, tanto per fare un esempio, dei casi, in verità purtroppo non frequenti, di ritorno dei coniugi separati o separandi ad una vita comune.

In tutti gli altri casi, ove appunto non essendovi un rapporto di durata non ha senso parlare di recupero o ripresa, in quanto il rapporto stesso non può che essere chiuso e definito, molto in là nel tempo dalla sentenza, molto più rapidamente da una transazione, proprio perché le parti non hanno alcun motivo e tanto meno alcun interesse a rinnovarlo, non appare logico definire tale evento come una "conciliazione".

Una delle situazioni più classiche entro cui si può adoperare lo strumento conciliativo per risolvere una controversia è proprio quella relativa ai rapporti societari, e non è un caso infatti che il primo intervento organico compiuto dal legislatore per introdurre la conciliazione quale soluzione alternativa delle controversie in maniera completa, anche sotto il profilo organizzativo, sia stata proprio presa in materia societaria, ove appunto sono per definizione presenti rapporti di durata, legati cioè all'espletamento del patto sociale. Fintantoché esiste la possibilità di una soluzione di tipo conciliativo ( in senso stretto ) è lecito pensare che si possa salvaguardare la c.d. "*affectio societatis*", ossia il legame di tipo immateriale che lega i soci nel perseguimento dell'obiettivo comune rappresentato dall'oggetto sociale.

Negli altri casi, in cui di mantenimento del rapporto non si vuole parlare, soccorrerà la transazione.

Un esempio pratico di quanto andiamo dicendo è rappresentato dal caso della famosa (mediaticamente parlando) "*mediation*" ( letteralmente: conciliazione ) tra FIAT e General Motors. In realtà, malgrado il *nomen* di conciliazione affibbiato alla procedura stragiudiziale *ante causam*, non essendoci mai stata la presenza di alcun conciliatore, ma solo quella delle parti in lite, perfino senza l'assistenza dei rispettivi legali, la questione è stata risolta con una vera e propria transazione, sfociata in un classico ed inevitabile "divorzio consensuale". Lo stesso probabilmente non sarebbe accaduto, se le parti avessero attivato una conciliazione vera e propria, ove fosse esistito cioè un reciproco interesse al mantenimento, anche su altre basi, del rapporto preesistente.

### 10. La conciliazione nelle liti condominiali

Uno dei settori ove più frequenti sono le liti, e conseguentemente le cause giudiziali, che nel nostro Paese sembrano assorbire una percentuale cospicua dell'intero contenzioso nazionale (c'è chi parla addirittura del 30 per cento), è quello rappresentato dai rapporti condominiali, anch'essi ovviamente inseriti in un rapporto di durata, quello appunto della proprietà degli edifici, con pluralità di titolari delle singole unità abitative. L'origine del contenzioso dipende da due fattori: la litigiosità, in questo campo esaltata dall'idea ( errata ) di proprietà "esclusiva", per cui ognuno pensa di poter fare quello che gli



pare, in barba al regolamento di condominio, e la mancanza, nel regolamento stesso, di una previsione specifica ( clausola conciliativa ) relativa all'attivazione di una soluzione alternativa alla lite, prima di andare in giudizio.

I rapporti condominiali, a seguito dell'attivazione di una causa, inevitabilmente si deteriorano, con conseguenze spesso negative per la gestione amministrativa e sull'andamento delle assemblee, ove inevitabilmente la diatriba esistente tende a trasferirsi su ogni tipo di decisione, anche la meno importante.

A seguito di ciò, avviene proprio il contrario di quanto arrecato dalla conciliazione in termini di beneficio collettivo, ossia una involuzione dei rapporti, che trascina con sé seri rischi di degrado delle parti comuni, a proposito delle quali i condomini litigiosi non riescono più a prendere le pur opportune decisioni di manutenzione e conservazione, con ulteriore riflessi negativi sull'economia dei fornitori di beni e servizi agli edifici, in quanto non più chiamati ad intervenire, o comunque dissuasi a farlo dalle diatribe e veti incrociati che spesso travalicano gli interessi sostanziali delle parti. Da qui si evidenziano gli effetti negativi, "a cascata", delle controversie non risolvibili rapidamente in base al buon senso, in quanto forieri, anziché dell'allargamento della torta, ad un fenomeno di segno opposto, ossia il restringimento delle occasioni di sviluppo economico. In proposito, appare significativa la frase espressa da alcuni rappresentanti della FIAT durante le lunghe e difficili discussioni volte alla ricerca di una onorevole via d'uscita al legame contrattuale che la teneva legata alla General Motors: "Smettiamola di farci del male".

Frase che dovrebbe essere scolpita a lettere cubitali su tutti i libri verbali delle assemblee di condominio.

### 11. La conciliazione nei rapporti civili e commerciali

L'estensione dell'istituto della conciliazione a tutti i rapporti civili e commerciali, in presenza ovviamente di diritti disponibili dalle parti, in maniera organica e coerente con il progetto ministeriale di allargare lo schema previsto per il diritto societario, è auspicabile che avvenga in tempi brevi, anche per rendere omogenea la disciplina della conciliazione, senza dover attendere la più volte annunciata emanazione di una direttiva europea sull'introduzione, in ogni Paese dell'Unione, di misure legislative idonee a favorire l'utilizzo di ADR al posto del classico ricorso alla giustizia ordinaria.

Finora, infatti, il legislatore ha proceduto, come abbiamo avuto modo di vedere, "a macchia di leopardo", disciplinando, anche in modo superficiale e spesso non omogeneo, singoli settori merceologici, per lo più interessati a controversi di tipo "bagatellare", coinvolgendo nella gran parte dei casi le Camere di Commercio, già da tempo peraltro attrezzate allo svolgimento di procedure conciliative ed arbitrali, pur se si deve riconoscere che tale loro ruolo è stato, sinora, ampiamente sopravvalutato, visto che i "numeri" relativi a tali procedure sono ancora estremamente bassi, rispetto all'ammontare totale del contenzioso.

Oltretutto, se le Camere di Commercio hanno un ruolo, questo deve essere ben valorizzato, e non stemperato in una serie di provvedimenti "omnibus". Storicamente, le Camere di Commercio hanno avuto la funzione di luogo deputato a risolvere le controver-

sie mercantili, attraverso sia l'arbitrato amministrato, di origini storiche più antiche, sia attraverso la più recente istituzione della conciliazione amministrata. Difficile appare per l'uomo della strada convincersi che egli troverà un ambiente "asettico" e totalmente neutrale andando a conciliare, nella veste di consumatore, una controversia con una controparte rappresentata da un imprenditore, produttore o venditore che sia di beni o servizi, stante il fatto che quest'ultimo, a differenza del singolo, è pur sempre iscritto alla Camera di Commercio, e quindi in un certo senso "gioca in casa". Anche la funzione protettiva dei consumatori, rappresentata dalle Associazioni sorte come funghi a tutela dei loro diritti, appare più teorica che pratica in un contesto di "conciliazione collettiva". Questo meccanismo potrebbe andar bene, in mancanza di meglio, per le cause "bagatellari", ma non è detto che funzioni anche per le questioni più delicate, ovvero quelle in cui siano in gioco somme importanti, situazioni queste che il legislatore non ha minimamente preso in considerazione.

La terzietà e l'indipendenza dell'organismo di conciliazione sono un elemento fondamentale per la "vivibilità" dell'istituto, senza la quale non ci può essere vera conciliazione. Oltretutto, ciò non sarebbe ammesso dalla normativa comunitaria, visto che in tale sede il requisito della terzietà ed indipendenza dell'organismo di conciliazione sono un elemento irrinunciabile.

### 12. La conciliazione nei ritardi di pagamento

I ritardi nel pagamento nelle c.d. "transazioni commerciali", intendendosi con questo termine, adottato in sede comunitaria, ma che può prestarsi ad equivoci nel nostro lessico giuridico interno, non già le transazioni operate su contratti commerciali, ma veri e propri contratti di vendita o comunque fornitura di beni o servizi, che siano intercorsi tra due imprese ovvero tra un'impresa ed una pubblica amministrazione, costituiscono da sempre un grave problema di natura finanziaria. Ritardando oltremodo la prestazione pecuniaria, si crea una distorsione economica non indifferente che influenza negativamente tutto il mercato. Un'impresa fornitrice di un bene o di un servizio, che non viene pagata entro termini accettabili, diventando così forzatamente il finanziatore a costo zero del proprio cliente o committente, rischia di potersi trovare in serie difficoltà di tesoreria, qualora il flusso di cassa delle proprie entrate correnti non sia in grado di supplire a questi mancati tempestivi introiti, sui quali l'impresa stessa avrebbe dovuto ragionevolmente contare, a termini di contratto o di convenzione.

In Italia la situazione dei pagamenti, non solo nei contratti con le amministrazioni pubbliche, ma anche con i committenti privati, assume un particolare livello di gravità, visto che la media europea dei ritardi di pagamento si attesta su un lperiodo di 30 giorni, mentre da noi sovente arriva ai 120 o anche 180 giorni nel settore privato, per non parlare di quello pubblico, dove i ritardi nei casi più gravi superano l'intero arco di un anno, mentre i 180 giorni sono considerati la normalità.

Tutto ciò viola apertamente la normativa europea, ma anche la normativa italiana, visto che la relativa direttiva comunitaria ( 2000/35/CE ) è stata recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 231 del 2002. Qualora non siano stati previ-

sti accordi diversi tra le parti, un ritardo di oltre 30 giorni dalla data di ricevimento della fattura, ovvero dalla data di ricevimento della merce o servizio, ovvero dalla data in cui, a mente degli accordi contrattuali, sia stata effettuata la verifica di congruità della prestazione, scatta la messa in mora automatica, senza bisogno di alcuna notifica, e scattano gli interessi di mora, nella misura del tasso di riferimento della BCE aumentato di almeno 7 punti percentuali in ragione d'anno. Addirittura, per i contratti di subfornitura industriale, oltre a tale misura del tasso di interesse moratorio, scatta una penale secca del 5% dell'ammontare non pagato nei termini. Tale severissima normativa nella realtà dei fatti non ha sortito alcun effetto pratico. In effetti, essa è totalmente ignorata, o per carenza di informazione, malgrado l'ignoranza della legge non sia una scusante, oppure per lassismo, immaginando che l'esercizio di tale diritto possa avere effetti dirimpenti ai fini della prosecuzione dei rapporti in futuro con lo stesso debitore. Da ciò ne deduce che, almeno nel nostro paese una normativa troppo severa non solo non ottiene l'effetto sperato, ma spesso non ottiene alcun effetto, rimanendo lettera morta.

Tale situazione, inconcepibile in altri Paesi, ove il rispetto della legalità è molto maggiore che da noi, crea inoltre distorsioni negative della concorrenza, in quanto molti fornitori stranieri, messi al corrente della prassi inveterata di alcune amministrazioni nostrane, consistente nel pagare, come si suol dire, "a babbo morto", preferisca abbandonare il terreno alle imprese italiane, e con questo le stesse amministrazioni possono avere danni sul piano della qualità delle forniture e magari anche su quello dei prezzi, visto che, ove manchi una sana concorrenza, i pochi fornitori disponibili a rischiare possono tranquillamente alzare i prezzi, includendo nell'offerta, almeno in parte, il costo finanziario del ritardo già dato per scontato, ovvero, fornire un prodotto o un servizio di minore qualità, il che comunque - come si è detto - si traduce in un danno erariale, che ricade quindi sulla collettività, a difetto di trovarne il responsabile.

A questo punto, per ovviare a tali comunque gravi inconvenienti, sia per la pubblica che per la privata economia, non resta, a nostro avviso, che far ricorso allo strumento conciliativo, evitando appunto le maglie (troppo strette) della legge. Per quanto riguarda, nello specifico, la pubblica amministrazione, si può ricorrere sia al "bonario componimento" che alla transazione o all'arbitrato.

Si ovvierà quindi al rischio, molto paventato in realtà, di perdita del rapporto per futuri contratti.

Del che non potranno che beneficiare, se non proprio la conciliazione in senso stretto, ameno altre forme di ADR.

### 13. La conciliazione nelle controversie sanitarie

I casi di liti giudiziarie per il risarcimento danni ai pazienti rimasti vittima di interventi sanitari mal eseguiti e/o di terapie errate (*malpractice*), più noti nel gergo giornalistico come casi di "malasanità" sono piuttosto frequenti nel nostro Paese, anche se non si dispone al riguardo di statistiche precise. Si tratta comunque di diverse decine di migliaia di cause all'anno, non tutte fondate, o comunque non tutte provate ai fini dell'emanazione di una sentenza di condanna. Un effetto perverso, o di "trascinamento" del-

l'aumento costante delle liti giudiziarie in questo settore è dato proprio dalla ormai indispensabile copertura assicurativa dei rischi sanitari che ogni medico, ma anche ogni struttura sanitaria, sia pubblica che privata, deve avere acceso, con costi che indubbiamente vanno a gravare, in ultima analisi, sui costi generali, sia del professionista che della struttura. Orbene, tenendo conto della sicura presenza di una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile professionale da intervento sanitario, il paziente che assuma di aver avuto un danno non esiterà a far causa a chi, secondo lui, glielo ha provocato, "tanto c'è l'assicurazione che paga". Ovviamente questo è un fenomeno meglio noto come "il cane che si morde la coda".

Più cause ci sono, più salgono i costi delle polizze, più lunghi sono i tempi di attesa, più costosa è la gestione delle cause da parte delle strutture sanitarie, più stressati sono i medici soggetti a richieste spesso milionarie, più difficile è il mantenimento di un sereno rapporto professionale all'interno della struttura sanitaria. Si tratta di un meccanismo perverso che in un certo senso non giova a nessuno: né al medico, né alla struttura sanitaria, ma nemmeno al paziente. Comunque chi mena il gioco sono sempre le assicurazioni, che per principio non pagano se non quando la sentenza è passata in cosa giudicata.

Le strutture sanitarie, con il recente disegno di legge governativo inserito nella Finanziaria 2008, sono responsabili ai sensi del codice civile al pari degli operatori, medici e non medici, coinvolti nell'atto o nella terapia contestati. Tale situazione comporta la necessità di una prevenzione del rischio, di un monitoraggio dell'evolversi del fenomeno delle cause in materia di prestazioni sanitarie, di una analisi economico-finanziaria dei costi di gestione del contenzioso, sia sotto il profilo dei costi diretti, sia anche sotto quello dei costi indiretti (perdita dell'immagine, perdita di clientela, conflittualità interna alle strutture, etc.).

Il controllo del contenzioso (*case management*) in tal modo potrebbe portare non solo ad una riduzione, o comunque un contenimento sensibile, della spesa sanitaria a carico del servizio pubblico, ma renderebbe anche servizi utili al miglioramento dei rapporti complessivi medico-paziente e medico-struttura sanitaria.

### 14. La conciliazione in materia di controversie internazionali

Per controversie internazionali non intendiamo ovviamente quelle tra Stati sovrani, in merito alle quali è più corretto parlare di "mediazione", che sia politico-diplomatica o di altro tipo (un celebre esempio di questo genere è quello dell'arbitrato internazionale di Ginevra tra Stati Uniti ed Inghilterra a proposito del contenzioso sui danni di guerra reclamati a fronte degli aiuti concessi dall'Inghilterra durante la guerra civile americana ad alcune sue ex colonie che facevano parte degli Stati secessionisti (i famosi *Alabama Claims*), in cui si esercitò una vera e propria mediazione sul piano personale da parte di un famoso giurista italiano, Federico Sclopis, tra l'altro cattolico rigorosamente osservante, eppure perfettamente a suo agio, con acume e lungimiranza, in una diatriba non solo economica, ma soprattutto politica, tra due Stati rigorosamente protestanti.

Qui per controversie internazionali intendiamo più semplicemente le liti sorgenti da

contratti internazionali, per le quali sin qui è stato spesso utilizzato lo strumento dell'arbitrato commerciale internazionale.

I costi spesso rilevanti, i tempi non più consoni alle richieste di speditezza del mondo degli affari, ma soprattutto la rischiosità di una decisione non sempre equilibrata e neutrale, possono spingere le parti, specialmente in seno ad un sistema di Paesi indipendenti qual'è quello dell'Unione Europea, a sollecitare l'utilizzo della conciliazione al posto dell'arbitrato.

Del resto, da tempo la Camera di Commercio Internazionale, da sempre in prima linea per la promozione dell'istituto arbitrale, ha sentito la necessità di promuovere lo sviluppo anche della conciliazione in via autonoma, e non come strumento meramente ancillare all'arbitrato. Il vantaggio della conciliazione internazionale è evidente, visto che non fa rompere le relazioni commerciali tra i litiganti, laddove essi abbiano interessi sostanziali in comune da preservare il più possibile, e al tempo stesso facilita l'esecuzione spontanea dell'accordo, essendo questo per definizione condiviso dalle parti e non eteroimposto.

Non per nulla in America i *top manager* delle imprese commerciali, industriali e di servizi ( banche, assicurazioni, etc. ) seguono corsi rapidi di informazione sulla negoziazione volta alla mediazione, per poi applicare questo strumento in seno alla propria impresa, sia per il *conflict management* interno all'azienda stessa, sia per la gestione del contenzioso, sottraendolo agli avvocati *litigators* ed affidandolo ai più veloci e meno costosi *mediators*.

### 15. Le conciliazioni nelle "class actions"

Con il nome di "*class actions*", ormai famosa locuzione importata dall'esperienza statunitense, e recentemente progettata per essere introdotta anche nel nostro Paese attraverso l'anomalo strumento normativo della legge finanziaria, si intendono le cause collettive, ossia quelle in cui una pluralità di cittadini, per lo più nella loro veste di consumatori o utenti di servizi pubblici, intentano una sola causa contro il presunto autore di un danno nei loro confronti ( quindi tanti singoli danni quanti sono gli attori ), oppure di un danno nei confronti della collettività. Il primo caso si riferisce, tanto per fare un esempio, ai danni cagionati dal fumo, il secondo caso, sempre per fare un altro esempio, a un disastro ecologico. Le cause collettive sono diventate da molti anni di moda negli USA per il fatto che, mentre al singolo attore non conviene intentare una singola causa, i cui costi non sarebbero da lui sopportabili, e pertanto, se fosse obbligatorio agire in via individuale, non vi sarebbero in pratica azioni contro il presunto danneggiante, con il meccanismo della causa collettiva uno studio legale si assume gli oneri del giudizio per conto di tutti gli aspiranti al risarcimento e presunti danneggiati, con il sistema del "patto di quota lite". Questo, sino a poco tempo fa vietato dalle nostre norme deontologiche professionali, ed ora purtroppo ammesso, anche in violazione del codice civile, sull'onda della liberalizzazione delle attività professionali, tutti possono iscriversi nella causa, anche nel suo iter processuale, e beneficiare così, anche se pro-quota, del risultato della medesima.

Il guaio è che, poiché il nostro Paese non solo va al traino degli altri (USA in testa, ma non solo ), ma anche spesso adotta provvedimenti che, come nel caso di specie,

hanno perso molto se non tutto il loro *appeal* e sono oggetto di critiche e puntuali ripensamenti, si potrebbe assistere all'assurda situazione dell'introduzione delle "*class actions*" in Italia, nello stesso momento in cui esse vengono messe al bando, o comunque fortemente ridimensionate, nel loro luogo di nascita.

Intanto, va detto che le azioni collettive non sempre danno il risultato sperato, e questo i legali spesso non lo mettono in luce abbastanza chiaramente nei confronti della massa dei clienti. Infatti molti risarcimenti milionari, se non miliardari, ottenuti negli USA in primo grado ( grazie anche a giurie compiacenti o troppo di manica larga ) poi sono stati completamente ribaltati in appello, oppure largamente ridimensionati, per cui il risultato finale risulta spesso assai inferiore alle attese, e comunque alle speranze suscitate dal primo verdetto. Ma vi è di più.

Come noto, il sistema giuridico americano prevede un meccanismo di tutela contro l'assalto dei creditori, che vale non solo per le imprese, ma anche per i singoli cittadini, nel senso che se si è oggetto di richieste di risarcimento danni giudicate eccessive, si dichiara fallimento, con il che il Tribunale mette uno scudo protettivo intorno al fallito, che non può più essere aggredito dai creditori. Trattasi di un rimedio estremo, ma poi nemmeno tanto irreversibile, poiché spesso si è assistito al fenomeno di imprese che, dopo aver portato i libri in Tribunale, sono risorte bell'e pulite.

Non quindi è tutt'oro quel che riluce, come dice il proverbio, e prima di mettersi a fare l'imitazione pedissequa degli altri, occorrerebbe studiare approfonditamente e saggiare i pro e i contro di ogni azione, cosa che all'attuale legislatore pare sia completamente sfuggita di mente.

Non vi è dubbio comunque che, se mai le "*class actions*" dovrebbero permanere nel nostro ordinamento, superando anche eventuali vizi di incostituzionalità, non resterebbe che inserirle in un meccanismo correttivo e riequilibratore di conciliazione, al fine di evitare proprio l'assurdo "dilemma della scaltrezza", ben noto agli addetti ai lavori esperti nelle tecniche di negoziazione, che dà corpo al famoso proverbio "chi troppo vuole nulla stringe". Non vi è dubbio infatti che le imprese reagiranno agli attacchi delle cause collettive, e quindi sarebbe più utile addivenire a amichevoli composizioni, piuttosto che ad inutili bracci di ferro. Oltretutto, non è da escludersi un ulteriore danno per la nostra economia, rappresentato dal fatto che, qualora molti altri Paesi dell'Unione non avessero le "*class actions*", potrebbero attirare molto più facilmente investimenti esteri da parte di imprese multinazionali, che già di per sé sono poco attratte dal nostro sistema giurisdizionale così com'è.. Anche qui, l'improvvisazione non è una buona consigliera.

Nel caso di specie, dunque, la conciliazione dovrebbe essere un utile correttivo non tanto alla lentezza delle cause, quanto alla dannosità sociale delle stesse.

### 16. Le conciliazioni "bagatellari"

Per "bagatellari" si intendono, come abbiám visto, quelle controversie il cui importo sia di scarso valore economico, ma anche di scarso contenuto affettivo, ché altrimenti non sarebbero più bagatellari. Questo limite ovviamente non può essere definito apoditticamente, ma può essere facilmente attestato attorno alla cifra tonda dei 5.000,00

euro. Il numero di queste cause, sul totale delle liti giudiziarie che affollano i tribunali e le cancellerie rappresentano all'incirca il 40%, una percentuale enorme di faldoni, pesanti centinaia di tonnellate, ma soprattutto gravanti in maniera mostruosa sull'andamento dell'amministrazione della giustizia. Queste cause, nel cui ambito una percentuale rilevantissima appartiene al contenzioso previdenziale, non hanno alcun motivo di essere trattate da un magistrato, né togato né onorario, bensì da Camere di conciliazione che funzionino, come quella instaurata dall'Ordine degli avvocati romani d'intesa con la Corte d'Appello ed il Comune di Roma, per la definizione stragiudiziale delle liti minori, appunto entro i valori sopra riportati, e rispetto alle quali il costo della giustizia e delle parcelle sarebbe sicuramente sproporzionato. Attendere anni per avere il rimborso di una piccola somma di danaro non conviene a nessuno, e la gestione del contenzioso bagatellare è un costo sociale troppo elevato per le amministrazioni o anche per gli enti pubblici non economici, come sono quelli che si occupano di previdenza statale.

Dato che la conciliazione ha tra i suoi peculiari vantaggi quello di consentire, nel rispetto degli interessi primari delle parti in conflitto, anche la compatibilità della soluzione con gli interessi della collettività, tanto quella più prossima ai litiganti, quanto quella allargata all'insieme dei consociati, non vi è dubbio che l'impiego intelligente e consapevole delle soluzioni conciliative è foriero di maggior benessere globale, a differenza di quanto può offrire un uso egoistico e "coi paraocchi" dello strumento giudiziario, il quale, pur formalmente consono al dettato costituzionale della difesa dei diritti, nella sostanza si rivela un rimedio socialmente disutile ed inefficiente in termini di bilancio sociale, risolvendosi in un prodotto di segno negativo, quanto al rapporto "beneficio per il singolo/ costo per la collettività".

### 17. Le clausole di conciliazione

Pur dovendo soggiacere ad un'affermazione tautologica, va detto a chiare lettere che nessuno sviluppo potrà mai avere la conciliazione delle controversie, se non verranno massicciamente, e per meglio dire in forma generalizzata, introdotte appropriate clausole conciliative in tutti i contratti e negli atti per i quali sia possibile prevedere, in caso di controversia, la disponibilità e transigibilità dei relativi diritti posti in gioco, così da rendere possibile un preventivo ricorso alla conciliazione.

Le clausole di conciliazione, come noto, non impediscono l'esercizio del diritto in sede giurisdizionale, come è invece il caso per l'arbitrato, e pertanto non hanno alcun motivo di non essere adottate dai redattori delle norme private, che sono primariamente i contratti. Purtroppo tale abitudine è ben lungi dall'essere entrata nell'*habitus* mentale dei giuristi in genere, e degli avvocati e notai in particolare.

Nell'ambito della normativa di attuazione della direttiva europea sulla conciliazione stragiudiziale e sulle ADR in generale, come strumenti alternativi alla lite, sarebbe estremamente utile e produttivo introdurre e diffondere, a ragion veduta e con formule quanto più possibile studiate "ad hoc" per il caso concreto, e non soltanto "bonnes à tout faire" le clausole conciliative che diano alle parti la possibilità di salvaguardare i loro interessi in maniera non traumatica, in tempi brevi ed a costi contenuti.

In questo senso, già molti professionisti avveduti e preparati, hanno predisposto con lungimiranza una serie di clausole specifiche a seconda dei vari contratti, della qualità delle parti, della loro eventuale "internazionalità", delle modalità di esecuzione del contratto, in modo da risolvere in maniera appropriata e condivisibile le eventuali disarmonie e complicazioni che potrebbero intervenire nel corso della vita del contratto.

Si tratta di dare alle parti un servizio, della cui utilità esse potranno accorgersi nel caso, pur sempre non auspicabile, ma comunque possibile, che ne debbano far uso, nel qual caso guarderanno sicuramente al professionista che le ha consigliate, e poi magari assistite, come un amico reale e non come un "produttore di costi aggiuntivi del tutto improduttivi".

### 18. La procedura di conciliazione

A differenza della procedura giudiziaria, minuziosamente stabilita dalle regole del rito, per la stragrande maggioranza dei casi assolutamente inderogabili, in quanto di ordine pubblico, e pertanto sottratte anche alla discrezionalità del giudice, nel campo della conciliazione la procedura si svolge all'insegna della più ampia informalità possibile, pur non andando esente da regole e, soprattutto, da principi etici e deontologici, questi sì assolutamente stringenti.

Trattandosi di procedura derivante dalla volontà contrattuale delle parti, ossia consistente in un percorso di natura eminentemente negoziale e cioè di trattative guidate dal conciliatore, ma lasciate sempre nella libera disponibilità delle parti, le uniche forme da rispettare sono quelle dettate dal regolamento dell'organismo di conciliazione, che le parti debbono accettare sin dal momento della formulazione della domanda. In caso di conciliazione non amministrata da un organismo, ma assolutamente autonoma, le regole saranno dettate dallo stesso conciliatore, il quale comunque, se ha buon senso, si atterrerà su uno dei modelli di regolamento che, a suo parere, può essere considerato congegnale al caso di specie, e che comunque le parti debbono, almeno implicitamente, approvare.

Quel che più conta, nella procedura di conciliazione, come si è detto, è il *fair play* di tutti i protagonisti, ossia l'obbligo di giocare a carte scoperte, di essere sinceri, cominciando proprio dal conciliatore, il quale all'inizio della procedura deve fare la sua brava "dichiarazione di indipendenza", ossia attestare la sua personale terzietà e neutralità rispetto all'oggetto della causa ed alle parti in conflitto. L'etica e la deontologia del conciliatore debbono sorreggerlo nell'affermazione della sua capacità a condurre la procedura in maniera consona, nella sua competenza con riguardo alla materia trattata, e soprattutto nel rispetto della riservatezza, elemento che viene fuori soprattutto nei colloqui separati, ossia negli incontri del conciliatore prima con una parte e poi con l'altra. Ovviamente, come vedremo, l'etica deve informare, sotto il profilo della buona fede e correttezza nelle trattative, anche le parti ed i loro avvocati, il tutto quindi viene impregnato, a differenza del giudizio ordinario, da fortissime connotazioni di natura etica, in sostanziale adempimento del dettato del codice civile in tema di trattative pre-contrattuali, e quindi in ossequio agli articoli 1337 e 1366, relativi rispettivamente al comportamen-



to delle parti prima della stipula del contratto ed all'interpretazione del contratto, una volta stipulato.

La procedura ha il suo svolgimento, finchè le parti non ritengano giunto il momento di chiuderlo, sia: anticipatamente, se una delle parti rifiuta di proseguire le trattative o di sottoscrivere l'accordo; sia conclusivamente, se le parti sottoscrivono l'accordo, assieme al conciliatore che ne attesta nel verbale l'avvenuta conciliazione. Altrimenti, costui redige e sottoscrive il verbale di mancata conciliazione. Il verbale, nell'uno o nell'altro caso, avrà una sua specifica funzione ai sensi di legge, anche nei rapporti con l'eventuale futuro giudizio.

### 19. Il ruolo degli organismi di conciliazione

In linea puramente astratta, l'attività del conciliatore potrebbe essere svolta singolarmente, senza bisogno di una particolare struttura organizzativa. Trattasi infatti di "prestazione d'opera intellettuale" per la quale occorre soprattutto la capacità professionale, posta al servizio dei singoli e/o delle imprese richiedenti, i quali affidano in via del tutto autonoma al conciliatore l'incarico di assistenza ed eventualmente consulenza ( se la conciliazione dovesse tramutarsi da semplice "facilitativa" in "valutativa" ), in un tentativo di conciliazione che esse intendono sperimentare.

L'incarico in questione è di natura squisitamente fiduciaria e comporta un'obbligazione di diligenza e non anche di risultato, a differenza dell'incarico che viene affidato all'arbitro.

Il problema che si pone nel concreto è di tutt'altro segno, rispetto a questa teorica assenza ( o meglio: non necessità ) di strutture portanti per l'esercizio dell'attività di conciliatore. Come si è detto, il conciliatore deve avere particolari doti professionali, non solo di esperienza e conoscenze specifiche, ma anche qualità intellettuali e soprattutto etiche e deontologiche di livello elevato.

Tutto ciò non può essere autocertificato, e pertanto o le parti conoscono personalmente il professionista cui si rivolgono, ne apprezzano le doti di autorevolezza e di equilibrio e su ciò basano la loro scelta, oppure le parti debbono necessariamente rivolgersi ad un centro od organismo che in qualche modo faccia da "garante", a supplenza o integrazione della loro carente conoscenza nei riguardi del potenziale conciliatore.

Il ruolo di un centro od organismo di conciliazione è appunto quello di far da tramite, attraverso una selezione operata "a monte", di coloro che, per studio, preparazione e qualità intrinseche possano essere reputati idonei allo svolgimento del compito richiesto, ossia la conduzione di una procedura di conciliazione.

E' per questo motivo che il Ministero della Giustizia, nel disciplinare l'unico settore che finora è stato oggetto di intervento specifico in tema di organizzazione dei servizi di conciliazione, ossia quella della materia societaria e ad essa equiparata ( controversie riguardanti gli intermediari finanziari, le banche tra di loro, o quelle da o contro associazioni di protezione dei consumatori o camere di commercio o il credito per le opere pubbliche ), ha stabilito ( e si pensa che tale decisione funga da precedente vincolante anche per tutte le future conciliazioni in materia civile e commerciale ) che non si dia

luogo ad un albo nazionale o regionale di conciliatori, bensì ad un registro di enti o organismi di conciliazione, pubblici o privati, da accreditare in base ad appositi regolamenti ministeriali.

Ciò dimostra innanzitutto una stretta contiguità tra la conciliazione e la giurisdizione, in quanto scopo della conciliazione è quello di giungere ad un risultato concreto (l'accordo di conciliazione ), il quale però ha necessità di avere il suggello dell'omologazione per divenire esecutivo, e quindi inevitabilmente deve avere un suo collegamento con l'amministrazione della giustizia, anche se puramente formale. Altro collegamento, come vedremo anche in seguito, è legato all'uso del verbale di conciliazione nell'eventuale successivo processo.

Ma ciò dimostra in ogni caso un'attenzione particolare che l'autorità statale ha voluto dare al ruolo del conciliatore, ruolo - come si è detto - di valenza costituzionale, che non può essere affidato unicamente al mercato, senza un minimo di controllo sulla qualità professionale ed etica dei fornitori di servizi di conciliazione.

Appare pertanto contraddittorio con tale giusta severità di approccio il fatto di aver esentato completamente dall'obbligo di frequentare un corso di formazione per conciliatori svolto da un ente all'uopo abilitato, professori universitari nelle materie giuridiche ed economiche, magistrati in quiescenza e professionisti con almeno quindici anni di iscrizione al rispettivo albo, come se queste caratteristiche potessero in sé bastare a garantire le specifiche capacità professionali e la padronanza delle tecniche di negoziazione e conciliazione che pur occorrono per svolgere correttamente ed efficacemente tale attività. Tale disposizione, che avrebbe avuto un senso solo se transitoria, dovrebbe spingere le parti, desiderose di avere un servizio di conciliazione all'altezza delle loro aspettative, di chiedere al centro od organismo di conciliazione cui si rivolgono di indicare loro se il conciliatore in questione, da loro indicato o scelto dal centro stesso, abbia usufruito di una formazione specifica, oppure rientri soltanto in una delle categorie apoditticamente esentate, al fine di decidere con pienezza di informazione, in merito a colui che dovrà occuparsi del loro percorso conciliativo.

Il ruolo degli organismi di conciliazione è anche quello di inoltrare la richiesta di omologazione del verbale al responsabile ministeriale, ma è soprattutto quello di conservare gelosamente il verbale ed i fascicoli delle conciliazioni in maniera del tutto sicura ai fini di garantire la riservatezza dei dati ivi contenuti. Da qui si vede la pratica difficoltà, se non impossibilità, di controllare il singolo individuo che si metta ad operare come conciliatore senza aver dietro di sé un'organizzazione specificatamente attrezzata.

### 20. Funzione e deontologia del conciliatore

Abbiamo già visto che il conciliatore ha un ruolo importante, ossia quello di guidare le parti che intendono conciliarsi a negoziare nel miglior modo possibile, in modo da giungere ad una soluzione che sia equa e sostenibile nel tempo ( in ciò distinguendosi in maniera netta dalla transazione ).

Il conciliatore, per svolgere al meglio questo ruolo, deve essere un ascoltatore attivo, un comunicatore assertivo, un facilitatore della negoziazione altrui, anche attraverso

so l'uso esperto e discreto dei colloqui riservati, chiamati dagli addetti ai lavori *caucus*, secondo un'antica etimologia indiana, e tramite i quali egli è in grado di conoscere gli interessi sottostanti, e sostanziali, cui le parti annettono capitale importanza ai fini della sistemazione della controversia.

Qualora le parti glielo chiedano, il conciliatore può tramutarsi, come si è detto, da semplice "facilitatore" in "valutatore", ossia emettere un proprio parere non vincolante e offrire una o più soluzioni, anch'esse non vincolanti, su cui le parti possono ulteriormente negoziare al meglio, oppure operare la loro scelta definitiva.

Obiettivo del conciliatore è quello di insegnare alle parti a trasformare le proprie debolezze in punti di forza, senza cercare lo scontro diretto, semplicemente facendo propri i principi dell'arte della guerra degli antichi maestri cinesi: la rettitudine ( giocare a carte scoperte ) la tempistica ( non perdersi in chiacchiere e lungaggini di tipo causidico ) la concretezza ( andare al cuore del problema, superando i dettagli che fanno discutere ) la *leadership* ( ossia l'arte di prendere decisioni coraggiose ) la gestione del problema fino a ridurlo a non-problema ( ossia soluzione ).

Per fare ciò, il conciliatore deve essere realmente *super partes*, ossia non avere niente a che fare, né sul piano oggettivo né su quello soggettivo, con la materia del contendere, in modo da poter svolgere con equità ed equidistanza il ruolo di compositore della vertenza, cioè, in poche parole, riuscire a sconfiggere il problema, salvando le persone coinvolte ed i loro futuri rapporti.

## 21. Funzione e deontologia degli avvocati in conciliazione

Si è sempre pensato, nell'immaginario collettivo, all'avvocato come al difensore ad oltranza dei diritti, veri o presunti tali, di colui per cui egli agisce, ossia il cliente, e quindi con una deformazione ottica della realtà, vista unicamente in funzione assolutistica ed oggettivizzante della "verità di parte". Nulla di più errato, invero, ma l'errore è più duro a morire della verità.

In realtà l'avvocato dovrebbe essere, se non certo *super partes*, quanto meno serio e responsabile: lo stesso codice di procedura civile all'art- 88, 1° comma, stabilisce che le parti, e quindi i loro avvocati, debbono comportarsi in giudizio *con lealtà e probità*.

Tuttavia, in un generale scadimento dei costumi e in ossequio ad prassi più lassista, ciò non sempre avviene, ed in parte la colpa non è solo delle persone, ma anche del sistema, dato che la stessa Corte di Cassazione ammette il mendacio, purchè non doloso, quale strumento difensivo, spettando alla controparte il compito di indagare sulla verità di quanto affermato *ex adverso*.

Nell'insegnamento cristiano, ma non solo, ossia nell'ambito della lealtà e probità, richiesta persino dal laicissimo codice di rito, ognuno vede che sarebbe doveroso dire sempre la verità: se sì, sì, se no, no. E con ciò molti processi finirebbero ancor prima di nascere.

Invece sotto gli occhi di tutti è che è vero proprio il contrario: così va il mondo, ossia secondo la logica hegeliana dello scontro: tesi, antitesi, sintesi.

Ciò non è invece possibile nel mondo reale, quello delle persone viventi ed operanti, a differenza di quello fittizio della rappresentazione, purtroppo non sacra, del processo: nel mondo delle persone che si relazionano tra di loro, che parlano un linguaggio piano e comune, comprensibile a tutti e non forbito, occorre essere diretti e giocare, come si suol dire "a carte scoperte": solo così si può tentare di giungere, se non alla verità, quanto meno alla comprensione delle reciproche posizioni, nel rispetto delle opinioni, ma nella motivata determinazione di non farne un *casus belli*. Pertanto, il ruolo dell'avvocato in conciliazione è quello di portare a piena realizzazione l'aspirazione a quella lealtà e probità che il legislatore processuale ha tentato invano di imporre.

Nella conciliazione non c'è da abbindolare nessun giudice o arbitro, facendogli prendere lucciole per lanterne: chi non deve giudicare, non deve essere oggetto di mezzeverità, o peggio ancora di fumisterie. Si tratta di un gioco in cui tutti fanno una parte da adulti e non da bambini, che negano perfino l'evidenza. L'avvocato non ha bisogno di "menare il can per l'aia" o di cercare giustificazioni all'operato del proprio cliente, laddove non ve ne siano. Spesso, riconoscere i propri errori è la maniera migliore per stemperare l'aggressività della controparte e farseli magari perdonare, o ridimensionare. Nella conciliazione l'avvocato non ha il ruolo di difensore a spada tratta, ma quello di agevolare al massimo la conclusione dell'accordo, se questo è l'interesse primario del cliente, indipendentemente dal proprio interesse personale a fare la causa piuttosto che la conciliazione. Questo poi è un falso problema, poiché se si analizza a fondo la questione, all'avvocato conviene assai di più, anche economicamente, partecipare ( con successo ) ad una conciliazione, che dia piena soddisfazione al cliente, piuttosto che trascinarsi per anni un processo, all'esito dele quale potrebbe anche non essere pagato, o comunque sottopagato rispetto al lavoro svolto.

Un cliente soddisfatto è un cliente che paga volentieri, ed è sicuramente un cliente che, se ha bisogno, torna.

## 22. Funzione delle parti nella procedura di conciliazione

Le parti sono le protagoniste principali, se non certo assolute, del procedimento di conciliazione, se non altro perché esso è incentrato sulla libera ed autonoma disposizione dei loro diritti, e sulla loro composizione e conciliazione degli opposti interessi. Siamo in piena e totale materia negoziale, la quale avrà contenuto contrattuale per tutte quelle disposizioni aventi contenuto patrimoniale, mentre avrà un contenuto più ampio e negoziale in senso stretto, per tutte quelle materie che, non potendo essere valutate come contratto sotto il profilo codicistico, hanno tuttavia un valore non meno importante per le parti, essendo attinente ad aspetti della loro vita di relazione e ad interessi non tipicamente materiali e quindi monetizzabili, ma che rappresentano spesso un elemento importante, se non fondamentale, dell'accordo stesso.

Le parti che vogliono salvare, e quindi mantenere nel tempo un accordo, sono pronte anche a fare sacrifici economici apparentemente squilibrati, ove occorra, purchè sia assicurato loro l'interesse primario sottostante, dettato appunto dal desiderio di non perdere un partner importante.

In tal senso, non va quindi enfatizzato un ruolo transattivo della conciliazione, ove questo ruolo non ci sia, perché ciò che le parti effettivamente vogliono non è tanto, o soltanto, la chiusura della lite, quanto, e soprattutto, il recupero del rapporto controverso, o la sua migliore definizione in un contesto comunque sostenibile.

Scopo della conciliazione in senso stretto è appunto quello, lo ripeteremo fino alla noia, di consentire alle parti una ripresa su nuove basi dell'attività o della relazione sin qui svolta, e compromessa dal disaccordo. La funzione del conciliatore in prospettiva del raggiungimento di tale scopo è appunto quella di arrivare a qualcosa di più della semplice chiusura della lite, scopo precipuo e tipico della transazione. Per raggiungere quest'ultima, infatti, il ruolo del conciliatore è del tutto marginale, non essendo comunque necessario a mente del codice; certo, le parti possono affidare la soluzione transattiva ad un terzo, proprio attraverso lo strumento della perizia contrattuale o dell'arbitrato libero, in base ad una convenzione di bianco segno. Ma qui non si tratterà mai di conciliazione, né si impiegheranno le tecniche negoziali e comunicative tipiche del percorso conciliativo: Gli esempi che abbiamo fatto provano proprio il contrario: il perito o l'arbitro libero decidono al posto delle parti, e su loro mandato. Le parti hanno alzato le braccia, essendo incapaci di risolvere il problema da sole. Invece, nella conciliazione, questo mandato non si trova, e questa rinuncia a disporre in proprio ed autonomamente dei propri diritti non c'è nemmeno; sono le parti che, arrivate in fondo al percorso negoziale, firmano l'accordo, per loro spontanea decisione ed in base ad un loro personale convincimento.

### 23. Funzione del verbale di conciliazione

Abbiamo già parlato del verbale di conciliazione, che è il punto terminale della procedura conciliativa. Poiché la conciliazione non è mai obbligatoria, al più può essere obbligatorio il tentativo (meglio si direbbe, l'esperimento preventivo) di conciliazione, evidentemente l'esito del procedimento può essere sia di segno negativo (conciliazione non riuscita, o nemmeno iniziata per rifiuto di una parte) oppure di segno positivo (conciliazione riuscita in parte o in tutto).

Il verbale ha una funzione certificativa dell'accordo avvenuto, o mancato, e tale funzione spetta senz'altro al conciliatore (che quindi come tale è una funzione pubblicistica).

La certificazione ha una sua valenza intrinseca: essa serve infatti, nel caso di tentativo obbligatorio di conciliazione, a certificare che il tentativo, seppur fallito, c'è stato, e quindi la funzione di "filtro all'azione", anche se non ha prodotto risultati migliori, ossia la soluzione del conflitto, comunque ha spianato la strada alla successiva, rituale introduzione della domanda giudiziale. Nel caso opposto, di conciliazione riuscita, il verbale è strumento necessario per l'ottenimento dell'omologazione, ove prevista dalla legge, al fine di fornire al verbale stesso, o meglio all'accordo negoziale che esso strumentalmente contiene, il valore di titolo esecutivo, né più e né meno come una sentenza del giudice o un lodo arbitrale rituale. Qualora invece la legge non prevedesse tale beneficio, al fine di conferire esecutorietà all'accordo stesso, sarà necessario che le parti lo firmino davanti ad un notaio.

Il verbale di conciliazione che attesti la riuscita conciliazione parziale consente l'inizio, o la prosecuzione, della causa unicamente sui punti controversi che non sono stati conciliati; viceversa, anche un verbale di conciliazione riuscita totalmente, potrebbe dar luogo a contestazioni in sede giudiziale, da far valere alla parte interessata alla prima udienza. Ciò accade in materia societaria, se si venga a rilevare che non tutte le materie oggetto di lite, e quindi inserite nella domanda, sono state preventivamente sottoposte al tentativo di conciliazione. In tal caso il giudice dovrà sospendere il giudizio e rimandare le parti davanti al conciliatore, in quanto è per legge necessaria la piena e completa identità tra domanda giudiziale e materia sottoposta alla procedura conciliativa.

Alcuni esperti di ADR ritengono che sia preferibile non assortire il verbale della forza di titolo esecutivo, in quanto ciò potrebbe indurre una delle parti a non tentare la conciliazione, per timore poi di doverne subire l'esecuzione forzata. Poiché l'ideale non è di questo mondo, occorre essere realisti; se le parti sono di buona fede, e all'esito della conciliazione eseguono spontaneamente l'accordo, tanto di guadagnato. Ma, se almeno una di esse non lo facesse, l'altra dovrebbe aver pur sempre un rimedio immediato, e non essere costretta a ricominciare da capo, instaurando un giudizio ordinario; in tal caso l'esecutorietà del verbale funge invece da deterrente positivo, e garantisce la sicura utilità della procedura che sia giunta in porto. Se invece almeno una delle parti è di mala fede, alla procedura conciliativa non si avvicinerà nemmeno, evitando inutili perdite di tempo.

### 24. L'accordo e i contratti conseguenti alla conciliazione

Una volta stilato l'accordo, il più stringato e chiaro possibile, che dia la certezza del risultato raggiunto, ed indichi chi deve fare cosa, per rendere l'accordo pienamente operante, il verbale va firmato senza troppi ripensamenti, e controfirmato dal conciliatore.

Ma non finisce certamente qui il lavoro degli avvocati, che anzi a questo punto debbono mettersi di buona lena a lavorare per redigere quei contratti o atti idonei a tramutare l'accordo in piena e completa volontà contrattuale, ovvero a modificare quelle clausole dei contratti già in essere che vanno modificate, per adeguarle alla volontà delle parti.

Per far sì che le parti non ci ripensino, e ricomincino a litigare, si procederà alla c.d. "blindatura" dell'accordo, non solo attraverso un *drafting* contrattuale ben fatto, chiaro e facilmente interpretabile, e che richiami i contenuti essenziali della conciliazione, tanto per qualificare in maniera inequivoca la volontà delle parti, ma anche attraverso clausole *ad hoc* che mantengano il contratto in vita: in primo luogo, una clausola del tipo "*rebus sic stantibus*", che stabilisca i modi di uscire dal nodo rappresentato da variazioni, non previste e non dipendenti dalla volontà delle parti, di alcuni termini dell'accordo (questa tecnica redazionale è prassi corrente e costante nei contratti anglosassoni) e infine una clausola c.d. "*multi-step*" che preveda, in caso di successiva controversia, il ricorso prima alla conciliazione e poi, in caso di non riuscita della stessa, all'arbitrato, onde evitare comunque di andare in tribunale.

Avv. Piero SANDULLI

## Il procedimento di conciliazione nel rito societario

### Sommario

**1.** L'ambito dell'indagine. - **2.** La materia - **3.** Le soluzioni alternative alla lite e le soluzioni alternative della lite. - **4.** L'arbitraggio. - **5.** La conciliazione stragiudiziale - Natura. - **6.** La conciliazione pre-processuale nel giudizio societario: **a)** la clausola di conciliazione; **7.** segue: **b)** Il procedimento; **8.** segue: **c)** La domanda di conciliazione; **9.** segue: **d)** la riservatezza del procedimento; **10.** segue: **e)** rapporti tra il procedimento di conciliazione e processo; **11.** segue: **f)** il verbale di conciliazione: **1)** di segno positivo; **2)** di segno negativo; **12.** Gli organismi di conciliazione ed il regolamento n. 222 del 23 luglio 2004; **13.** Le agevolazioni e la tariffazione prevista dal regolamento n. 223 del 23 luglio 2004; **14.** Conciliazione pre-processuale e conciliazione endoprocessuale; **15.** Conclusioni.

### 1. L'ambito dell'indagine.

Prima di entrare nel merito della trattazione del tema in esame è necessario tracciare i confini della indagine, sia al fine di individuare esattamente i limiti della materia su cui le norme in commento sono destinate ad operare, che per segnalare alcune diverse regolamentazioni, che il legislatore ha voluto assegnare a materie, tutto sommato, contigue al tema in esame.

Ancor prima di compiere tale analisi è però necessario ricordare che le norme contenute nel d. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003<sup>1</sup>, in materia di processo societario, avrebbero dovuto costituire una semplice anticipazione del più ampio disegno di legge di delega al Governo per l'attuazione della riforma organica del processo civile, disegno approvato, in data 23 ottobre 2003 dal Consiglio dei Ministri. Detto disegno di legge, composto da 63 articoli, divisi in 18 capi, era finalizzato a riformare, entro 12 mesi dalla entrata in vigore della successiva legge di delega<sup>2</sup>, l'intero codice di rito civile, attraverso una riforma organica posta in essere, rifugiando la tecnica della novellazione che fino a quel momento era stata seguita<sup>3</sup>.

1 In Gazzetta Ufficiale del 22 gennaio 2003, n. 17, suppl. ord., n. 8/L. Accanto alle norme che regolano la parte processuale sono state dettate in base alla stessa delega, contenuta nella legge n. 366 del 2001, anche le norme di carattere sostanziale contenute nel decreto legislativo n. 6, sempre del 17 gennaio 2003. Sul punto vedi, in dottrina, D.U. SANTOSUOSSO, La riforma del diritto societario, Milano 2003; G. RAGUSA MAGGIORE, Nuovo diritto societario, in Trattato delle società, Vol. II, Padova 2003. Per una analisi più approfondita del

decreto legislativo 6/03, vedi il commentario: Il nuovo diritto societario, a cura di G. COTTINO, G. BONFANTE, D. CAGNASSO, P. MONTALENTI, Bologna 2004.

2 Cfr. C. DE PASCALE, Un nuovo ruolo delle parti per rendere ragionevoli i tempi dei processi, in Guida al diritto 2004, fascicolo 3, p. 96.

3 Vedi la legge del 16 luglio 1950, n. 581, integrante la c.d. novella del 1950, che ha inciso, in modo rilevante, fino a stravolgerlo, il sistema delle preclusioni dettate con il testo

Invero, il legislatore, fino alla fine del 2004, sembrava intenzionato ad estendere le norme dettate per il rito societario all'intero processo civile ordinario<sup>4</sup>, anche se tale ipotesi di lavoro aveva già suscitato notevoli perplessità in dottrina<sup>5</sup>. Successivamente, le vicende relative all'andamento della quattordicesima legislatura, hanno portato il Parlamento a mutar pensiero ed ad operare l'ennesima, discutibile, legge di novellazione parziale del codice di procedura civile, inserendola all'interno della normativa finalizzata a determinare l'incremento della competitività del Paese<sup>6</sup>, lasciando ai commentatori della legge in esame, la numero 80 del 14 maggio 2005<sup>7</sup>, la sgradevole sensazione che il legislatore abbia inteso considerare, il processo civile non come uno strumento finalizzato alla tutela dei diritti costituzionalmente garantita (art. 24 Cost.)<sup>8</sup>, ma come una semplice *technicality*, il cui complesso funzionamento, potrebbe determinare un decremento di produttività<sup>9</sup>. Operando in tal modo il legislatore ha legittimato anche una proliferazione dei riti difficile da gestire sotto il profilo della competenza, e certamente non idonea a semplificare la fase d'accesso alla giustizia.

Non volendo soffermarci a criticare, ulteriormente, questo modo di procedere, è opportuno ritornare all'analisi delle norme che il legislatore delegato ha varato, all'inizio del 2003<sup>10</sup>, relative alle disposizioni processuali in materia societaria<sup>11</sup>.

originario del codice di rito civile; la legge dell'11 agosto 1973, n. 533, che ha riformato la parte del secondo libro del codice di procedura civile relativa al processo del lavoro; la legge del 26 novembre 1990, n. 353, che ha dettato le norme della seconda novella al codice di rito civile, norme ulteriormente integrate e corrette dalle successive leggi del 6 dicembre 1994, n. 673 e del 20 dicembre 1995, n. 534; il decreto legge n. 51 del 19 febbraio 1998, che ha dettato le norme relative al giudizio civile monocratico in primo grado facendo venir meno la figura del pretore, senza voler, in questa sede, ricordare le norme sul giudice di pace, sul diritto internazionale e sull'arbitrato. Sul punto vedi A. CARRATTA, Premessa al Commentario, in Il Nuovo processo societario, a cura di S. CHIARLONI, Bologna 2004, p. 31.

4 Sul punto vedi A. GRAZIOSI, Sul nuovo rito societario a cognizione piena, in Riv. trim. dir. Proc. civ. 2005, p. 5.

5 Cfr. C. CONSOLO, Esercizi imminenti nel c.p.c.: metodi asistematici e penombre, in Corr. Giur. 2002, p. 1541; L. LANFRANCHI, "Giusto processo civile" e riforme incostituzionali, in La roccia non incrinata, Torino 2004, p. 588.

6 Vedi, sul punto, F. CARPI, Un cantiere sempre aperto: La riforma del processo civile di cognizione nel decreto sulla competitività in Riv. trim. dir. proc. civ. 2005, p. 801.

7 In Gazzetta Ufficiale n. 111 del 14 maggio 2005, supplemento ordinario n. 91.

8 Cfr. C. CAVALLINI, Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado, in Riv. dir. proc. 2005, p. 732.

9 E' da ricordare come l'art. 1 della legge n. 80, del 14 maggio 2005, oltre a novellare alcuni articoli del codice di procedura civile, abbia inteso delegare il Governo a riformare, disciplinandolo in modo diverso, il processo innanzi la Corte di Cassazione (comma 3, lett. a) ed a "razionalizzare" la disciplina dell'arbitrato (comma 3, lett. b); nonché a modificare la disciplina del fallimento (comma 6, lett. a). E' altresì da ricordare che, in data 5 settembre 2005, il Governo ha sottoposto al parere del Parlamento, lo schema di decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile in materia di processo di Cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato (vedi atto Senato della Repubblica, della quattordicesima legislatura, n. 531).

10 Le norme dettate dal decreto legge n. 5 del 2003 sono operative del primo gennaio 2004. Deve essere ricordato, al riguardo, che il 6 febbraio 2004, con il decreto legislativo n. 37, sono state dettate alcune modifiche ed integrazioni al decreto legislativo n. 5 del 2003. Dette modifiche hanno riguardato, in virtù di quanto disposto dall'art. 4, comma 2, lettere r), s) e t) anche la materia dell'arbitrato, dell'arbitraggio e della conciliazione.

11 Vedi C. PUNZI, Lineamenti del nuovo processo in materia societaria. Il processo ordinario, in Riv. Trim Dir. e Proc. Civ. 2004, p. 73; A. PROTO PISANI, La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura), in Foro It. 2003, V, c. 1; G. COSTATINO, Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado, in Riv. dir. proc. 2003, p. 387; L. LANFRANCHI, "Giusto processo civile" e riforme incostituzionali, cit., p. 594; A. CARRATTA, Premessa al Commentario, in Il nuovo processo societario, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 34.



## 2. La materia.

Inquadrate, in tal modo, l'ambito in cui avrebbe dovuto collocarsi il nuovo testo nel processo societario è a questo punto opportuno definire, sia pure per larghe linee, la materia da esso regolata e tracciare i confini rispetto alle tematiche disciplinate da altre norme, che potrebbero avere ricadute, sotto il profilo delle individuazioni della competenza ed anche della giurisdizione, rispetto alla materia oggetto della presente indagine.

Chiarisce l'articolo 1, del decreto legislativo n. 5 del 2003, che le disposizioni dello stesso trovano applicazione per la risoluzione di tutte le controversie che abbiano ad oggetto:

“a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative; nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti connessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati<sup>12</sup>;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione concentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa;

e) materie di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio;

f) credito per le opere pubbliche”<sup>13</sup>.

Il secondo comma dell'articolo 1 precisa che: “restano ferme tutte le norme sulla giurisdizione”, dal che si deduce che sono pienamente operative di effetti le norme dettate, in tema di giurisdizione esclusiva dall'articolo 33 del decreto legislativo n. 80 del 1998, recepito, con lievi modifiche, dal dettato dell'articolo 7, lettera a), della legge n. 205 del 21 luglio 2000<sup>14</sup>, avente ad oggetto la materia dei servizi pubblici, attribuita – come è noto – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando allo stesso giudice è stata sottratta la materia del pubblico impiego<sup>15</sup>.

risdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando allo stesso giudice è stata sottratta la materia del pubblico impiego<sup>15</sup>.

Va, pertanto, prestata attenzione ai limiti di applicazione delle norme del processo societario, con particolare riguardo alle controversie in materia di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, che – come detto – rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Inoltre, è necessario coordinare la materia in esame con le normative che regolano le diverse autorità indipendenti<sup>16</sup> e con alcuni specifici settori del nostro ordinamento, disciplinati da leggi speciali, come il settore delle società sportive<sup>17</sup> per le quali, recentemente, il legislatore ha dettato norme integranti una sorta di nuova “giurisdizione esclusiva”, preceduta dal “filtro” per l'accesso alla giustizia “statale”, costituito dalla necessità di proporre l'azione, innanzi alla Camera di conciliazione ed arbitrale del C.O.N.I.<sup>18</sup>.

Infine, è necessario ricordare alcune norme che regolamentano settori specifici della materia societaria, come la legge n. 142 del 3 aprile 2001<sup>19</sup>, che regola i rapporti, nell'ambito delle società cooperative, tra i soci delle stesse e le società, che prevede una specifica ipotesi di conciliazione, dettata dall'articolo 5<sup>20</sup>, modulata sul procedimento che regola la conciliazione nel pubblico impiego<sup>21</sup>.

Sgombrato così il campo dalle ipotesi che non rientrano nella nostra analisi ed individuato, invece, l'ambito della materia interessata alla trattazione è ora possibile iniziare a riflettere sulla tematica oggetto del presente studio.

## 3. Le soluzioni alternative alla lite e le soluzioni alternative della lite.

Venendo all'analisi specifica dell'istituto oggetto di esame, è necessario operare una prima distinzione, nell'ambito di una materia che viene spesso indistintamente definita, con terminologia anglosassone: *alternative dispute resolution* (ADR)<sup>22</sup>, ma che al suo interno contiene istituti notevolmente diversi tra loro.

Invero, la necessità di distinguere tra conciliazione ed arbitrato nasce dal fatto che, assai spesso (e ciò accade, in parte, anche nella legge di delega al Governo per

15 Cfr. P. SANDULLI, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, Milano 2004, p. 93.

19 In *Gazzetta Ufficiale* del 23 aprile 2001, n. 94

20 Cfr.: P. SANDULLI, *I metodi di risoluzione alternativa alle controversie tra società e soci lavoratori delle medesime*, in *Temì Romana* 2001, fasc. 3, p. 164.

16 Sul punto vedi: P. SANDULLI, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorî sommari*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino 2001, p. 223.

21 Il procedimento di conciliazione per il pubblico impiego è regolato dall'art. 65 del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, in *Gazzetta Ufficiale* 9 maggio 2001, n. 106, suppl. ord., n. 112/L.

17 Cfr. la legge n. 91 del 23 marzo 1981 e successive modificazioni.

22 Sul tema della A.D.R. vedi G. CABRAS, D. CHIANESE, E. MERLINO, D. NOVIELLO, *Mediazione e conciliazione per le imprese*, Torino 2003, p. 45. Sul punto vedi anche G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie – ADR Nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999, p. 125.

18 Cfr. La legge n. 280 del 17 ottobre 2003, in *Gazzetta Ufficiale* 18 ottobre 2003, n. 243. Sul punto vedi P. SANDULLI, *La tutela dei diritti dalla giurisdizione esclusiva alla giurisdizione per materia*, cit., p. 167.

12 Le parole “nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati” sono state aggiunte in fine al c. 1, con decorrenza dal 29 febbraio 2004, dall'art. 4, lett. a), 1, d. lg. 6 febbraio 2004, n. 37.

2004, p. 6.

14 Anche dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, che ha parzialmente abrogato il primo comma dell'articolo 33 e totalmente abrogato il secondo, queste norme continuano ad essere operative di effetti. Vedi il testo della sentenza in *Urbanistica e appalti* 2004, p. 1031. Inoltre, vedi i commenti a detta decisione della Corte Costituzionale, C. CONSOLO, A. DI MAJO, in *Corriere Giuridico* 2004, p. 1125.

13 Sul punto vedi A. CARRATTA, *Commento all'art. 1, l'ambito di applicazione*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 43, A. BUCCI, *Manuale pratico dei procedimenti societari*, Padova

la emanazione delle norme regolatrici del diritto societario e del processo commerciale<sup>23</sup>, la legge n. 366 del 3 ottobre 2001<sup>24</sup>), si tende a confondere i due istituti processuali, che non vengono quasi mai trattati separatamente, ma confusi in un unico contesto, spesso neppure cronologizzato, che non sempre consente di porre in luce le differenti peculiarità degli istituti.

Al riguardo, va ricordato che la conciliazione è prevista dal legislatore come fattispecie pienamente alternativa alla lite, che non presuppone, pertanto, né un vinto, né un vincitore, ma soltanto due parti che pervengono, sulla scorta di un suggerimento di un terzo, il *consilium*, all'espressione di una volontà comune di segno negoziale. L'arbitrato, invece, costituisce una ipotesi di risoluzione della controversia di carattere contenzioso, alternativa al processo, ma che attraverso la pronuncia del lodo determina un vinto ed un vincitore rispetto alla vertenza insorta tra le parti<sup>25</sup>. Il nostro studio si limiterà all'esame della conciliazione tralasciando le altre ipotesi che, pure, sono ricomprese nel più ampio contesto dell'A.D.R.

#### 4. L'arbitraggio.

Nel campo delle distinzioni, nell'ambito degli istituti sussunti sotto la terminologia generale dell'ADR, è necessario segnalare, alla luce del dettato dell'articolo 37, del d. lg. n. 5 del 2003, l'istituto dell'arbitraggio, individuato per la soluzione dei contrasti per la gestione di società attraverso un arbitratore<sup>26</sup> (che può – a detta del primo comma dell'articolo 37 – essere anche un organismo plurimo), regolato in base ai principi generali contenuti nell'articolo 1349 c.c.

Le decisioni di detto arbitratore potranno essere reclamate, innanzi ad un organismo collegiale, con le modalità stabilite di volta in volta nello statuto delle singole società, che prevedono tale ipotesi di soluzione delle controversie. Le decisioni di quest'ultimo organismo, o in mancanza di possibilità di reclamo, le decisioni rese dall'arbitratore (o degli arbitratore) possono essere impugnate esclusivamente dimostrando la mala fede di esso (o di essi)<sup>27</sup>.

L'istituto dell'arbitraggio, richiamato dall'articolo 37, pur essendo finalizzato a dare una soluzione ad una vertenza insorta all'interno del contesto societario e relativa alla gestione della società, non dà, però, vita né ad un procedimento di conciliazione, perché non vi è alcun incontro della volontà delle parti, che anzi

subiscono la decisione dell'arbitratore e la possono reclamare o impugnare (sia pure con i limiti previsti dal secondo comma dell'art. 1349 c.c.), né ad un giudizio arbitrale, in quanto non vi è un giudizio tra le posizioni antitetiche delle parti in conflitto, ma, nel caso di specie, si assiste ad una integrazione della volontà delle parti, che non hanno raggiunto un accordo sulla gestione della società, attraverso la volizione del terzo (o dei terzi) chiamati ad integrare quella volontà mancante o non perfetta.

Operata, in tal modo, la distinzione tra l'istituto giuridico dell'arbitraggio e quelli della conciliazione e dell'arbitrato, prima di staccarci dall'analisi del primo, che – come detto - non rientra specificamente nella tematica oggetto del nostro esame, è necessario tentare di risolvere alcune perplessità che derivano dalla ultima considerazione cui si è pervenuti: quella che la determinazione dell'arbitratore si sostituisce, nella gestione della società, alla carente volizione dei soci della stessa.

Al riguardo, si è avanzato il dubbio<sup>28</sup> circa la natura di tale integrazione di volontà ed in merito alla responsabilità delle scelte gestionali operate dalla società, quando queste sono frutto dell'attività del terzo arbitratore. Un primo tentativo di risposta è stato dato da parte della dottrina<sup>29</sup> che ha sostenuto che la decisione degli arbitratore non integra un atto di gestione societaria, e pertanto, essi non sarebbero chiamati a risponderne, né i soci potrebbero ritenersi responsabili delle decisioni degli arbitratore.

Tale tesi, non appare, però, condivisibile in quanto la decisione degli arbitratore, venendo ad integrare una carente volontà dei soci circa le attività gestionali della società, è necessariamente idonea a dar vita ad un atto di gestione della società medesima, del quale i soci potrebbero essere chiamati a rispondere, avendo, con il loro contrasto, legittimato l'intervento dell'arbitratore, il quale ultimo, a meno che non sia in malafede, non risponde, invece, delle conseguenze della sua decisione.

#### 5. La conciliazione stragiudiziale - natura.

Premesse queste prime necessarie notazioni, è ora possibile, sgombrato il campo dalla tematica dell'arbitraggio e/o dell'arbitrato di carattere economico, come altri autori hanno inteso definirlo<sup>30</sup>, cioè quello dell'articolo 37, e delimitata l'indagine alla sola conciliazione, tralasciando, ai fini del presente studio, l'analisi dell'arbitrato, è necessario comprendere di quali elementi la conciliazione ha necessità per essere eseguita nel contesto societario e soprattutto quale è il portato del procedimento di conciliazione nell'ambito del processo societario.

Prima di esaminare partitamente questi temi è necessario inquadrare, sia pur brevemente, l'istituto della conciliazione, al fine di trarre da tale studio utili chiari-

23 Questa è, infatti, la terminologia indicata da C. PUNZI (in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2004, p. 74) che ne ha mutuato il termine da G. COSTATINO il quale lo aveva utilizzato per intitolare il suo scritto: *Il nuovo processo commerciale*, in *Riv. dir. proc.* 2003, p. 387. Le materie comprese nell'articolo 1 del decreto legislativo n. 5 del 2003 non hanno ad oggetto esclusivamente tematiche che rientrano nel diritto societario, ma anche i rapporti di intermediazione mobiliare, le controversie tra banche, o tra associazioni rappresentative dei consumatori, o tra camere di commercio.

24 In *Gazzetta Ufficiale* 8 ottobre 2001, n. 234, serie

generale. Vedi, sul punto, il dettato del terzo e del quarto comma dell'art. 12 della legge delega.

25 Sull'arbitrato nel processo societario vedi G. RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 495.

26 Cfr. A. CATRICALA, v. *Arbitraggio*, in *Enc. Giur.*, vol. II, Roma 1988.

27 Cfr. F. CORSINI, *Risoluzione di contrasti sulla gestione di società*, in *Nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 1013.

28 Cfr. E. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, p. 517.

*societario*, Padova 2004, p. 702.

29 Vedi G. ARIETA - F. DE SANTIS *Diritto processuale*

*societario*, cit., p. 687.

menti che ci consentano una più puntuale analisi dello specifico tema dell'istituto della conciliazione nel processo commerciale<sup>31</sup>.

Si è, a lungo, discusso, in dottrina<sup>32</sup>, circa la natura della conciliazione, alcuni autori<sup>33</sup> hanno ritenuto di individuare in essa funzioni giurisdizionali, altri<sup>34</sup> hanno, invece, affermato che si fosse in presenza di un istituto squisitamente privatistico.

Queste tesi, pur apportando, all'analisi del tema, utili elementi, non possono essere condivise in quanto in entrambe si offre una lettura riduttiva e non soddisfacente dell'istituto in esame<sup>35</sup>.

Certamente il conciliatore non esplica funzioni giurisdizionali, anche se la conciliazione, cui le parti pervengono recependo il suo *consilium*, può ricevere dall'ordinamento valenza di titolo esecutivo, idoneo, a dar vita ad un procedimento di esecuzione forzata<sup>36</sup>.

Il conciliatore non ha funzioni giurisdizionali perché non pone in essere (a differenza dell'arbitro) alcuna decisione su diritti soggettivi altrui, ma guida, autorevolmente, le parti ad individuare una soluzione della vertenza, soluzione alla quale le parti perverranno attraverso l'incontro delle loro volontà, che si tradurrà, all'atto del raggiungimento della conciliazione, in un negozio transattivo.

D'altro canto appare limitativa la qualificazione soltanto negoziale della conciliazione, in quanto un siffatto inquadramento non pone, in alcun modo, in evidenza l'attività ed il ruolo del conciliatore nell'ambito del procedimento conciliativo. Invero, essendo la conciliazione un'attività al cui perseguimento concorrono tre soggetti (le parti in lite tra loro ed il conciliatore) è necessario mettere nella giusta luce ciascuno di detti soggetti. Un inquadramento di carattere negoziale della conciliazione, mentre segnala la fase finale del procedimento: quella del negozio transattivo, non riesce a porre nella corretta luce le attività del conciliatore ed il suo rilevante sforzo per consentire alle parti di realizzare quell'incontro di volontà. Attività attuata dal conciliatore operando attraverso la tecnica della conciliazione facilitativa (facilitando il dialogo tra le parti, anche attraverso incontri separati con esse) o quella della conciliazione valutativa (offrendo alle parti una proposta idonea a risolvere i contrasti, dopo aver ponderato con esse le cause che hanno dato vita alla vertenza. Oppure utilizzando le tecniche della mediazione (cioè della contempe-

razione delle esigenze) come avviene, in particolare, per il diritto di famiglia<sup>37</sup>.

La conciliazione è una attività posta in essere da tre soggetti, finalizzata ad individuare una soluzione transattiva della lite, nella quale tutti i soggetti concorrono al perseguimento del risultato al quale conduce l'attività "autorevole" del conciliatore che esplica, nel procedimento conciliativo<sup>38</sup>, opera di convincimento e di supporto per consentire alle parti di giungere, in via totalmente alternativa alla lite (anche se sono possibili ipotesi di conciliazione parziale), ad una soluzione della vertenza attraverso una formulazione congiunta della loro volontà, volontà che componendosi in un unico atto di natura transattiva e negoziale determina il superamento della lite e la ripresa "fisiologica" dei rapporti tra i soggetti della lite<sup>39</sup>.

Cosa è, dunque, la conciliazione e quale importanza essa riveste nel contesto allargato dell'"ordinamento giudiziario", intendendo per ordinamento giudiziario, in senso lato, tutti quei procedimenti che concorrono o alla risoluzione delle liti o al superamento delle stesse, anche senza far ricorso all'azione processuale.

La Corte Costituzionale, adita al fine di valutare l'eventuale incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione pre-processuale, inserito nella normativa per le cause di lavoro dal d. lg. n. 80 del 1998, con la sentenza n. 276 del 13 luglio 2000<sup>40</sup> ha, tra l'altro, affermato - nel rilevare l'insussistenza della lamentata incostituzionalità - che il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento, dall'altro favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo<sup>41</sup>.

Questa asserzione della Consulta, al di là del riferimento concreto rispetto al quale è stata fatta (cioè il riferimento al "filtro" all'azione presente nei giudizi di pubblico e privato impiego<sup>42</sup>), appare particolarmente importante poiché consente di individuare l'esistenza di un pubblico interesse rispetto all'istituto della conciliazione, chiamato a "salvaguardare interessi generali" quali quelli che tendono ad inserire nel nostro sistema di giustizia procedimenti improntati alla "cultura della pacificazione", che trovano la loro fonte nel dettato dell'articolo 2 della Carta costitu-

31 Al riguardo vedi la ricostruzione operata da A. CARRATO, *Le attività conciliative nel contenzioso civile*, Milano 1993, p. 13, vedi inoltre, N. PICARDI, *Appunti di diritto processuale civile*, Milano 2002, p. 73, dove è riportata una ampia bibliografia relativa alla conciliazione.

32 Cfr. C. A. NICOLETTI (*La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963, p. 17) che la definisce "giurisdizione conciliatrice".

33 Vedi G. DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano 1959, p. 43.

34 Per una analisi generale dell'istituto della conciliazione vedi, per tutti, C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, Milano 2000, p. 327.

35 Per un'analisi critica della stessa, Vedi S. SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 200; C. PUNZI, *Conciliazione ed arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1992, p. 1098.

36 Vedi, sul punto A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro It.* 2003, V, c. 117.

37 Cfr. al riguardo A. D'ANGELO, *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia* 2004, I, p. 533.

38 Cfr., sul punto, P. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politica della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 785.

39 Vedi, sul punto, F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 1201. In particolare (p. 1203) l'Autore sottolinea i vantaggi della risoluzione autonoma, rispetto agli svantaggi della risoluzione eterotoma.

40 Vedila in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1219, con nota di R. CONTE.

41 Cfr. il paragrafo 3.4 della decisione n. 276 del 2000 della Consulta, in *Riv. dir. proc.* 2000, p. 1223.

42 Oltre che da tempo, nel processo agrario (L. 203/82) e nei giudizi per l'impugnazione del licenziamento individuale (L. 108/90). Vedi, al riguardo, G. VERDE, *La conciliazione come "filtro" nelle controversie agrarie*, in *Riv. dir. proc.* 1994, p. 671.



zionale, in relazione agli istituti che riconoscono e garantiscono la solidarietà<sup>43</sup>.

Alla luce di queste considerazioni è possibile affermare che sussiste un interesse generale alla realizzazione di procedimenti conciliativi, attuati da soggetti pubblici o anche da soggetti privati, purchè muniti di determinati requisiti, che svolgano una attività finalizzata alla realizzazione, nel nostro Paese, di una efficace cultura della pacificazione e della mediazione, basata sulle regole del giusto procedimento, in cui sia garantita la terzietà del conciliatore (o dei conciliatori) ed una effettiva eguaglianza delle parti; come raccomanda, in proposito, anche l'Unione Europea nel suo "libro verde" sulla conciliazione pubblicato il 19 aprile 2002<sup>44</sup>.

In definitiva possiamo ascrivere l'istituto della conciliazione tra quelle funzioni neutrali della pubblica Amministrazione<sup>45</sup>, che possono essere svolte da soggetti pubblici o privati, alle quali lo Stato assegna particolare rilievo ed importanza.

Nel caso di specie, la funzione svolta dagli "uffici di conciliazione" è quella – ricordata dalla Consulta – di assicurare il soddisfacimento di talune situazioni sostanziali "più immediato rispetto a quello conseguito attraverso il processo". A questo obiettivo, precisa la Corte Costituzionale, può anche sacrificarsi un certo lasso di tempo, poiché l'importanza di una sollecita e definitiva conclusione della vertenza ed il recupero delle relazioni commerciali sono elementi di "interesse generale", che non possono, in alcun modo, collidere con il precetto costituzionale, contenuto nel novellato articolo 111, della ragionevole durata del giudizio<sup>46</sup>.

Premessi questi cenni di carattere generale sull'istituto della conciliazione è ora possibile affrontare la tematica, più specifica, della conciliazione nell'ambito del processo societario.

## 6. La conciliazione pre-processuale nel giudizio societario.

### a) la clausola di conciliazione.

La normativa che regola la conciliazione stragiudiziale nel processo societario è contenuta nel penultimo titolo, il sesto, del decreto legislativo n. 5 del 2003 ed è composta da tre articoli che vanno dal 38 al 40 di cui soltanto quest'ultimo riguarda effettivamente il tema della conciliazione, regolamentando il procedimento di essa, mentre i primi due sono relativi agli organismi di conciliazione (pubblici e/o privati) (art. 38) ed alle imposte e spese del procedimento, nonché alla previsione di esclusione di oneri fiscali per esso (l'art. 39).

Appare opportuno, ai fini del presente studio, partire dall'analisi del contenuto

dell'articolo 40, in quanto gli altri due articoli, pur regolamentando aspetti importanti del tema, finiscono, comunque, per prestare maggiore attenzione a profili organizzativi (pure particolarmente importanti, nel caso di specie, poiché l'istituto della conciliazione ha spesso fallito la sua finalità per carenza di strutture) o profili applicativi di carattere fiscale, certamente rilevanti, ma di secondaria importanza ai fini di una analisi prettamente processualistica dell'istituto.

La fonte delle norme sulla conciliazione pre-processuale va ricercata nel comma 4 dell'articolo 12 della legge di delega emanata il 3 ottobre 2001, n. 366<sup>47</sup>, che espressamente delegava il Governo "a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria, anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzia di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia".

Accanto a questa ipotesi di conciliazione pre-processuale non deve essere dimenticato che l'art. 16 del decreto legislativo n. 5 del 2003, a ciò invitato da quanto disposto dalla lettera e), del secondo comma, dell'articolo 12 della legge delega, ha previsto anche una ipotesi di conciliazione endoprocessuale affidata al presidente del collegio adito, cui pure competono proposte di "equa composizione della controversia".

Detta ipotesi di conciliazione, collocandosi all'interno del processo e non essendo affidata ad un organismo terzo, bensì al presidente del collegio chiamato a decidere della lite non rientra, se non marginalmente, nella nostra analisi che, come detto, approfondirà l'esame della conciliazione pre-processuale, alternativa alla soluzione litigiosa delle controversie (*rectius*: allo stesso insorgere di esse).

La conciliazione pre-processuale è, dunque, introdotta, nel rito societario, dai richiami ad essa, contenuti nello statuto e/o nell'atto costitutivo, che possono prevedere un "filtro" all'azione ordinaria, da esperirsi necessariamente prima di adire il giudice ordinario, secondo le norme processuali dettate dal decreto legislativo n. 5 del 2003.

Va rilevato che, trattandosi di diritti disponibili, nulla vieta alle parti di giungere all'accordo di portare la vertenza all'analisi del conciliatore anche in assenza di specifiche pattuizioni al riguardo ed anche al di fuori del procedimento regolato dal decreto legislativo n. 5/03.

E' necessario, altresì, ricordare che in caso di contrasto tra le norme contenute nello statuto e quelle previste dall'atto costitutivo della società sono le norme contenute nello statuto che prevalgono, in quanto esse dettano regole a cui tutti i soci debbono conformarsi, mentre le seconde implicano soltanto pattuizioni di carattere negoziale.

Per quanto riguarda, invece, i patti parasociali, eventualmente sottoscritti da alcuni soci, essi non debbono, di regola, contenere clausole conciliative, in quanto gli stessi non sono vincolanti per la società e per la collettività dei soci, ma soltanto per

43 E' bene ricordare che già in precedenza la Corte Costituzionale si era occupata di esaminare la costituzionalità del "filtro" rispetto all'accesso alla giustizia in relazione al dettato dell'articolo 5 della legge n. 108 del 1990. In quella occasione, con la decisione n. 82 del 4 marzo 1992 (in *Foro It.* 1992, I c. 1023, con nota di G. COSTATINO) la Consulta, nel ritenere infondata la questione di incostituzionalità, ha precisato che il rigore con cui è tutelato, dall'art. 24 della Costituzione, il diritto di azione non comporta la assoluta immediatezza del suo esperimento.

44 Vedi il "libro verde" relativo ai modi alternativi di risoluzione della controversia in materia civile e commerciale, della Commissione delle comunità europee, in: [www.europa.un.int](http://www.europa.un.int).

45 Cfr., sul punto: A.M. SANDULLI, *Le funzioni neutrali della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di A. SEGNI*, Milano 1966, vol. IV, p. 265.

46 Cfr. Corte Cost., decisione n. 276 del 2000, paragrafo 3.5.

47 In Gazzetta Ufficiale 8 ottobre 2001, n. 234, serie generale.



i sottoscrittori di essi. Riguardo a quest'ultimo aspetto, dunque, l'eventuale inserimento nei patti parasociali di una clausola che contenga l'obbligo di fare precedere il giudizio ordinario da una conciliazione "filtro" pre-processuale vincolerebbe solo le parti del patto parasociale, mentre non avrebbe alcun effetto per tutti gli altri soci.

Ne consegue che il giudice adito dovrà sospendere il giudizio, facendo esperire alle parti il procedimento di conciliazione pre-processuale, esclusivamente quando rilevi che la causa pende tra due parti che hanno entrambe sottoscritto il patto parasociale in cui è contenuta la clausola e che per esse è vincolante.

In conclusione, quindi, tutte le volte che gli statuti o gli atti costitutivi prevedono la necessità dell'esperimento della conciliazione pre-processuale, il giudice adito, quando rilevi che la causa è insorta nell'ambito delle ipotesi previste dall'art. 1 del decreto legislativo n. 5 del 2003<sup>48</sup>, deve sospendere il giudizio ed invitare, a norma del sesto comma dell'art. 40, le parti ad esperire il tentativo di conciliazione. Tale attività non è però esperibile d'ufficio dal giudice, come sarebbe stato più logico aspettarsi e come accade, a norma dell'art. 412 bis c.p.c., per il rito del lavoro, ma deve essere eccepita dalla parte, che vi abbia interesse, nella sua prima difesa, il che dovrebbe lasciarci supporre che, in caso di mancata eccezione, il giudizio deve necessariamente proseguire. Tale circostanza pur non dando luogo ad una ipotesi di nullità, che può essere prevista solo dalla legge, dà, comunque, luogo ad una doglianza che può farsi valere successivamente ai fini risarcitori, in quanto l'assenza della fase di filtro, che è condizione di perseguibilità dell'azione, dà luogo ad un vizio procedimentale, attenendo alla corretta istaurazione del giudizio<sup>49</sup>.

Al riguardo si è sostenuto<sup>50</sup> che essendo, nel caso di specie, la fonte della clausola conciliativa di carattere negoziale e non derivando, come nel processo del lavoro, da un obbligo imposto dalla legge, la stessa non può definirsi vincolante e conseguentemente non è possibile ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla mancata attivazione del "filtro".

Tale tesi non è, però, condivisibile in quanto anche la clausola compromissoria e lo stesso compromesso (art. 806 c.p.c.) hanno origine negoziale e sono, una volta sottoscritti, pienamente vincolanti (art. 808 c.p.c.) per le parti, che derogano con essi alla giurisdizione del giudice ordinario in modo precettivo non solo per esse, ma per lo stesso giudi-

ce che, se adito, dovrà declinare la propria giurisdizione in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria che devolvono agli arbitri la cognizione nella lite.

Neppure soddisfacente appare la tesi di chi sostiene che il mancato esperimento della conciliazione sarà rilevante ai soli fini delle spese del giudizio<sup>51</sup>, in quanto, in tal modo, non solo si impedisce alla conciliazione di perseguire le finalità di carattere deflativo, definite dalla Corte Costituzionale di "interesse pubblico", ma si disattende l'efficacia di una pattuizione che, per essere contenuta nello statuto societario (o nell'atto costitutivo della società), ha carattere vincolante per la società e per l'intera comunità dei soci.

Al riguardo è possibile far valutare la questione dal giudice ai fini di una condanna al risarcimento dei danni sulla base del dettato dell'art. 96 c.p.c.

Sul punto va ancora ricordato come desti perplessità la scelta del legislatore di avere lasciato che il rilievo del mancato esperimento della conciliazione operi nel processo come eccezione in senso stretto e non sia, come nel processo del lavoro, affidato al potere d'ufficio del giudice.

Detta scelta, certamente, appare limitante per la stessa finalità cui la conciliazione pre-processuale è preposta.

Inoltre, non può non segnalarsi un evidente difetto di coordinamento tra l'eccezione prevista nel sesto comma dell'art. 40, che la parte deve far valere nella sua prima difesa ed il regime delle preclusioni previsto, nell'art. 10 del decreto legislativo n. 5 del 2003, per il processo cognitivo societario<sup>52</sup>. Analogo potere di sospensione del procedimento in attesa della attuazione della conciliazione pre-processuale è dato anche agli arbitri quando la conciliazione "filtro", prevista dallo statuto o dal contratto costitutivo, è prodromica ad un arbitrato.

## 7. Segue

### b) il procedimento

I primi due commi dell'articolo 40 del decreto legislativo n. 5 del 2003 dettano le regole del "giusto procedimento" di conciliazione.

In particolare il legislatore delegato, pur rinviando, per la piena attuazione di detti principi, al regolamento che, a norma dell'art. 38, secondo comma, dovrà essere emanato dal Ministro di giustizia (regolamento che è stato effettivamente emanato il 23 luglio 2004 e del quale ci occuperemo espressamente nel paragrafo 12 del presente studio), individua come punto fondante del procedimento di conciliazione "l'imparzialità" del conciliatore, che dovrà essere in posizione di perfetta equidistanza rispetto alle parti, ma che dovrà anche avere "l'idoneità" ad esercitare, in concreto, funzioni di conciliazione lasciando presupporre, quindi, che queste attitudini debbano essere precedentemente verificate e che specifici corsi di formazione possano concorrere a sviluppare i profili di idoneità alle funzioni ed alle tecniche di conciliazione, corsi che vanno frequentati prima di

48 Va ricordato che accanto alla materia prevista dall'articolo 1 del d. lg. n. 5 del 2003, l'articolo 7 della legge del 6 maggio 2004, n. 129 (in *Gazzetta Ufficiale* del 24.5.2004, n. 120, serie generale) prevede che "per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale (franchising) le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 e successive modificazioni". Al riguardo è auspicabile

l'estensione di tale procedura da esperirsi anche presso gli organismi di conciliazione privata.

49 Va, però, ricordato che la Corte di Cassazione con la sentenza del 3 dicembre 1987, n. 8983, in *Foro It., Rep.* 1987, v. arbitrato, n. 94, ha ritenuto che il mancato esperimento del tentativo di conciliazione, non è di ostacolo alla proponibilità ed alla procedibilità dell'azione giudiziaria, ma viene in rilievo soltanto ai fini della valutazione del risarcimento del danno.

50 Cfr. G. ARIETA – F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 719.

51 Vedi, sul punto, Tribunale di San Remo 27 agosto 1998, in *Foro Padano* 1999, I, c. 234, con nota di M. CURTI.

52 Sul punto vedi A. CARRATTA, *Effetti della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza*, in *Il Nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 282.

tale verifica, ne consegue che anche tali corsi, finalizzati a formare i conciliatori, debbano essere svolti con il controllo del Ministero di giustizia.

Come è agevole rilevare la scelta operata dal legislatore lascia trasparire una preferenza in favore di un conciliatore a composizione monocratica, anche se non vi è alcuna norma dell'ordinamento in esame che vieti, espressamente, il ricorso al conciliatore collegiale.

Infine, il primo comma, dell'articolo 40, fa riferimento al sollecito espletamento della conciliazione e ciò al fine di consentire o una rapida definizione, transattiva, della vertenza, o di dare sbocco, in tempi brevi, alla fase contenziosa attraverso la proposizione dell'azione.

In conclusione, il perseguimento delle finalità che il procedimento di conciliazione intende perseguire si avrà se oltre all'autorevolezza ed alla competenza del conciliatore sarà possibile un espletamento sollecito della procedura conciliativa.

## 8. Segue

### c) la domanda di conciliazione

Il comma quarto dell'articolo 40 assegna alla domanda di conciliazione gli stessi effetti sostanziali dell'atto che introduce il processo.

Detta domanda, dunque, impedisce la decadenza ed interrompe la prescrizione, a norma del primo comma dell'articolo 2943 c.c.

Chiarisce, altresì, il comma in esame che detti effetti si verificano al momento della comunicazione della domanda, comunicazione (*rectius*: notificazione) della quale è lasciata libertà di forme, ma che deve avvenire con mezzi idonei a provare l'avvenuta ricezione dell'atto introduttivo della conciliazione da parte del destinatario.

In attesa di una più specifica regolamentazione della materia, che si avrà con i regolamenti, dettati dai singoli organismi preposti alla conciliazione, è opportuno, sin da ora, suggerire alla parte che intenda proporre la istanza di conciliazione di darne contestualmente notizia (*rectius*: operarne la notificazione) sia alla controparte, che "all'ufficio di conciliazione".

La domanda, anche se ciò non è stato specificamente regolato dal decreto legislativo, deve contenere tutti gli elementi che dovranno poi essere, eventualmente, presenti nell'atto introduttivo del giudizio.

Essa, dunque, non potrà limitarsi ad una generica esposizione delle doglianze, ma dovrà essere modulata sul disposto dell'articolo 2, lettera a) del decreto legislativo e contenere gli elementi previsti dai numeri 2,3 e 4 dell'articolo 163 c.p.c.<sup>53</sup>,

<sup>53</sup> Non trovano, infatti, applicazione il punto 1 dell'art. 163 c.p.c., che ha ad oggetto l'indicazione del Tribunale innanzi al quale la domanda è proposta, nonché i punti 5 (indicazione delle prove), 6 (individuazione del procuratore) e 7 (*vocatio in ius* della controparte ed ammonizione). Per quanto attiene alla assistenza di un legale nella fase di conciliazione la stessa - come già

ricordato in precedenza - non è obbligatoria, anche se appare opportuno ricorrere ad una assistenza tecnica al fine di essere meglio tutelati sia nella formulazione della istanza di conciliazione, che nelle successive fasi del procedimento, improntato, come detto, alle regole della terzietà e del contraddittorio.

in sostanza deve esservi piena coincidenza tra le doglianze che si intendono portare all'attenzione del conciliatore e le domande che, eventualmente, formeranno oggetto del successivo giudizio, in caso di mancata realizzazione della conciliazione, solo, in tal modo, sarà possibile consentire al (successivo) giudice una corretta verifica dell'instaurazione del procedimento ed egli sarà messo in condizione di attuare il dettato del sesto comma dell'art. 40. Analogamente, come detto in precedenza, dovrà comportarsi il collegio arbitrale nel verificare la coincidenza tra le doglianze proposte in fase di conciliazione ed i quesiti formulati nella procedura arbitrale.

In sostanza la domanda introduttiva del procedimento di conciliazione dovrà coincidere con quella dell'eventuale giudizio, (o con i quesiti del procedimento arbitrale), o essere più ampia di essa, mentre non è consentito che vi siano domande, nell'atto di citazione introduttivo del giudizio, che non siano state già, in precedenza, contenute nell'atto introduttivo del procedimento di conciliazione.

Anche in questa ipotesi il Tribunale dovrà, all'atto dell'udienza prevista dall'art. 16, sospendere il giudizio ed invitare le parti ad esperire il tentativo di conciliazione, a meno che la parte attrice non intenda rinunciare a quelle domande che non siano già state oggetto della richiesta di conciliazione.

Se la conciliazione ha esito solo parziale la parte rimasta insoddisfatta potrà agire in giudizio per la tutela del diritto rimasto estraneo alla materia conciliata.

Per quanto riguarda, invece, una eventuale domanda riconvenzionale, proponibile nel processo societario, con le modalità previste dall'art. 4 del d. lg. n. 5/03, anche la proposizione di essa va sottoposta al preventivo tentativo di conciliazione se la clausola che lo prevede è vincolante per le parti.

Anche in questo caso il presidente dovrà sospendere il giudizio ed invitare le parti ad esperire, sulla materia della domanda riconvenzionale, il procedimento di conciliazione innanzi alla stessa organizzazione conciliativa che ha già tentato la conciliazione sulla domanda principale.

Invero, ai casi che prevedono l'esperimento vincolante per le parti del procedimento di conciliazione, l'unica possibile eccezione è data dalle misure cautelari *ante causam* (art. 23), che non possono trovare alcun "filtro" per la loro attuazione.

Oltre ai due prescritti requisiti, della comunicazione e del contenuto, la normativa non detta altre specifiche forme per la domanda di conciliazione, che viene lasciata dal legislatore libera e deformalizzata, dando spazio, per la individuazione di altri requisiti, ai regolamenti dei singoli organismi di conciliazione.

Non è prevista l'assistenza di un legale in questo procedimento, anche se appare evidente che soltanto la presenza di una "difesa tecnica" assicura la corretta attuazione delle regole del giusto procedimento di conciliazione e garantisce, in modo più efficace, che non abbiano a verificarsi quelle commistioni tra il procedimento di conciliazione ed il successivo giudizio di merito, che la normativa in esame limita a poche eccezioni (art. 40, comma 3) di cui ci occuperemo in seguito.

## 9. Segue

### d) la riservatezza del procedimento

Prendendo le mosse da quanto contenuto nel libro verde del 19 aprile 2002<sup>54</sup> dell'Unione Europea, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, il primo comma dell'art. 40 del d. lg. n. 5 pone tra i requisiti essenziali del procedimento di conciliazione quello della sua riservatezza.

La particolare attenzione dedicata al tema è rivolta prevalentemente al conciliatore il quale, pur nel rispetto delle regole che garantiscono il contraddittorio, può sentire separatamente le parti, al fine di facilitare il dialogo e di poter rendere una proposta conciliativa condivisibile da entrambe, in questa fase egli potrebbe acquisire informazioni riservate, particolarmente delicate, nel contesto della materia trattata, che non deve, in alcun modo, divulgare, né comunicare alla controparte.

Appare evidente che il conciliatore può essere chiamato a risarcire i danni che dovesse aver prodotto, con il suo comportamento, poco rispettoso della riservatezza a lui richiesta; alla stessa stregua potrebbe essere chiamata a rispondere dei danni prodotti dal conciliatore, anche l'organizzazione di conciliazione, nell'ambito della quale questo opera. Va chiarito, però, che detta responsabilità rientra tra quelle di natura contrattuale e, pertanto, incombe sulla parte che agisce per ottenere il risarcimento del danno fornire la prova di averlo patito.

Appare, altresì, evidente che, in virtù del principio generale di buona fede contrattuale, l'obbligo di riservatezza grava anche sulle parti (e sui loro difensori) che sono tenute, in ogni caso, nel corso del procedimento di conciliazione, a mantenere un comportamento improntato ai principi di buona fede.

Un altro momento rilevante, con cui si può misurare la riservatezza del conciliatore, è costituito dalla equidistanza da questi dimostrata nel formulare la sua proposta conciliativa.

Agli avvocati chiamati ad assistere le parti nel procedimento di conciliazione si estende la regola della lealtà e della probità, contenuta nel secondo comma dell'art. 88 c.p.c., trattandosi, comunque, di attività defensionale. Va ricordato, infine, che sia il conciliatore, che i difensori possono rispondere, sotto il profilo deontologico, al loro Ordine di appartenenza, ad esempio gli iscritti all'albo degli avvocati rispondono in virtù di quanto previsto dal dettato degli articoli 54 e 55 del codice deontologico forense<sup>55</sup>.

## 10. Segue

### e) rapporti tra il procedimento di conciliazione e processo.

Si è già detto, nel paragrafo n. 8, della necessaria coincidenza tra la domanda

che introduce il procedimento conciliativo e la citazione introduttiva del successivo (eventuale) giudizio di cognizione è, quindi, necessario esaminare ora gli altri profili che legano il procedimento di cognizione al successivo giudizio.

Il terzo comma dell'articolo 40 chiarisce che "le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento (di conciliazione) non possono essere utilizzate, salvo quanto eccezionalmente previsto dal comma 5, nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale".

Il successivo quinto comma pone, quale eccezione, la possibilità che il giudice valuti, ai fini delle spese, anche ai sensi dell'articolo 96 c.p.c., la mancata "colpevole" comparizione di una delle parti nel procedimento di conciliazione o l'atteggiamento ostruzionistico assunto innanzi al conciliatore, potendo decidere anche in deroga al principio generale (art. 91 c.p.c.), secondo cui le spese seguono la soccombenza, cioè ponendo le spese del giudizio in capo alla parte vittoriosa.

E' importante rilevare come, giustamente, il legislatore delegato abbia voluto separare il più possibile le sorti della conciliazione rispetto a quelle del successivo (eventuale) giudizio di cognizione.

L'esperienza di altri procedimenti conciliativi ha, infatti, insegnato che la possibilità di giungere ad un risultato positivo della conciliazione è spesso il prodotto di una totale indipendenza del procedimento di conciliazione rispetto al successivo eventuale giudizio.

L'aver tenuto separate le due fasi impedisce, quindi, alle parti di utilizzare il procedimento di conciliazione per procurarsi situazioni di vantaggio nel successivo giudizio.

A tal fine, è importante la piena indipendenza del conciliatore, che non essendo chiamato successivamente a risolvere la lite, può formulare ipotesi di conciliazione in piena autonomia e la sua attività non sarà recepita dalle parti con la riserva mentale di cercare di ipotizzare i retro pensieri del conciliatore, al solo fine di poterne desumere l'orientamento rispetto al successivo giudizio, come accade, assai spesso, per la conciliazione tentata dal giudice all'inizio del giudizio, conciliazione della quale, per ciò che concerne la materia societaria, ci occuperemo, in un successivo paragrafo<sup>56</sup>, limitatamente ai rapporti con la conciliazione pre-processuale.

Inoltre il limite all'ammissione della prova testimoniale, proposto dal terzo comma dell'articolo 40, impedendo che il conciliatore possa essere chiamato a testimoniare garantisce ulteriormente la sua riservatezza enfatizzandone la posizione di terzietà.

L'unica eccezione a detto principio di separatezza delle procedure è data, come detto, dalla valutazione del comportamento della parte che o non si è assoggetta al procedimento conciliativo o lo ha utilizzato con finalità dilatorie, in questo caso

<sup>54</sup> Vedilo sul sito internet dell'Unione Europea [www.europa.un.int](http://www.europa.un.int). Va ricordato che, in precedenza, la Commissione Europea il 4 aprile 2001 aveva raccomandato detto requisito ricomprendendolo nel capitolo dedicato all'equità; vedi, *Gazzetta Ufficiale* del 19.4.2001, n. 109, p. 56.

<sup>55</sup> Cfr. R. DANOVI, *Commentario del codice deontologico forense*, Milano 2004, p. 778 e p. 781. Invero, la disposizione dettata dall'articolo 55 riguarda le funzioni di arbitro, ma è ipotizzabile che essa possa estendersi anche a quelle di conciliatore.

<sup>56</sup> Cfr. *infra* paragrafo 14.



tale atteggiamento sarà valutato dal giudice adito, che, per far ciò, potrà anche accedere al “fascicolo” del procedimento conciliativo.

E’ chiaro che le limitazioni alla utilizzazione dei documenti della conciliazione riguardano (con le distinzioni operate dall’articolo 7, comma 5, del regolamento n. 222/04) solo i casi in cui la conciliazione non sia riuscita, o sia riuscita solo parzialmente; nelle ipotesi di conclusione positiva della conciliazione i documenti prodotti dalle parti saranno, infatti, necessari ai fini della dichiarazione di esecutorietà di essa, essendo il verbale di conciliazione, a norma dell’ottavo comma dell’art. 40, titolo esecutivo e previa valutazione della regolarità formale, per cui tutti i documenti prodotti nella fase di conciliazione concorrono alla verifica di tale “regolarità” del procedimento.

Il limite previsto dal legislatore, del resto, non può impedire alle parti, che nel procedimento di conciliazione hanno prodotto alcuni documenti, di riproporli anche nel successivo giudizio di cognizione, se così fosse la conciliazione imporrebbe limiti al diritto alla difesa tali da farla apparire certamente incostituzionale, in quanto lesiva del dettato dell’art. 24 Cost..

## 11. Segue

### f) il verbale di conciliazione

#### 1) di segno positivo

Alla stessa stregua di quanto previsto per altri riti, come ad esempio per il processo del lavoro (art. 411 c.p.c.), il legislatore delegato ha inteso attribuire, in virtù del dettato dell’ultimo comma dell’art. 40, al verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore, valenza di titolo esecutivo.

L’acquisizione di tale valore, come si legge nell’ottavo comma dell’articolo 40, è subordinata ad un controllo sulla regolarità formale del procedimento, che deve essere disposto dal Presidente del Tribunale del luogo dove ha sede l’organismo di conciliazione, egli decide in merito alla regolarità con decreto, *inaudita altera parte*. Chiarisce la normativa, in esame, che il verbale, munito dell’omologazione, costituisce “titolo esecutivo per l’espropriazione forzata, per l’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale”.

In relazione al procedimento da seguire per ottenere detta omologazione, però, non viene dettata alcuna specifica prescrizione, al riguardo è ipotizzabile il riferimento alla procedura prevista per l’omologazione del lodo arbitrale, regolata dall’art. 825 del codice di rito civile.

Invero, rilevanti sono le analogie, desumibili dalla lettura dell’articolo 825, che suggeriscono detta applicazione, in quanto anche nell’articolo che regola il deposito del lodo arbitrale è previsto un controllo relativo alla regolarità formale del procedimento ed una dichiarazione di esecutorietà da ottenersi mediante decreto emesso dal Tribunale.

Le regole relative al procedimento di “omologazione” del verbale di conciliazione, non contenute nel decreto legislativo n. 5/03, sono state, successivamente, det-

tate dal regolamento ministeriale n. 222/04, di cui ci occuperemo nel paragrafo 12, che ha previsto con l’art. 8, comma 2, la trasmissione, senza ritardo, ad opera dell’organismo di conciliazione o dello stesso conciliatore al responsabile del registro, il quale su istanza di parte (è ipotizzabile anche l’istanza congiunta) lo trasmette al Presidente del Tribunale per l’omologazione.

E’ competente il Tribunale del luogo ove ha sede l’organismo di conciliazione che ha espletato la procedura, luogo che deve essere precisato, unitamente agli estremi dell’iscrizione del medesimo organismo di conciliazione, come previsto dall’art. 38 d. lg. n. 5 del 2003, nel verbale stesso.

L’istanza, da proporsi al responsabile del registro nella forma del ricorso, deve contenere la richiesta di apposizione della esecutorietà e fornire tutti gli elementi che consentano al Presidente del Tribunale l’esercizio del controllo formale sul verbale, che, quindi, dovrà essere depositato, dal responsabile del registro dell’organismo di conciliazione, su istanza di parte, come prescrive l’articolo 8, comma 2, del D.M. 222 del 2004, in originale o in copia conforme, al fine di consentire: 1) la verifica dell’esistenza delle richieste sottoscrizioni delle parti e del conciliatore; 2) la circostanza che la vertenza conciliativa abbia ad oggetto una delle materie previste dall’art. 1 del d. lg. n. 5 del 2003 e ricordate nel precedente paragrafo 2 del presente studio. Altro importante profilo su cui deve attuarsi il controllo di regolarità formale è quello della verifica dei requisiti dell’organismo di conciliazione da cui proviene il verbale, che, come detto in precedenza, deve avere le caratteristiche previste dall’art. 38 del d. lg. n. 5, i cui estremi debbono essere indicati (a norma del settimo comma dell’art. 40) nel medesimo verbale che contiene la avvenuta conciliazione.

In analogia con il già ricordato articolo 825 c.p.c., il provvedimento reso dal Presidente del Tribunale, se di segno negativo, rispetto alla richiesta di omologazione, può essere reclamato al collegio del Tribunale, a norma dell’art. 27 del d. lg. 5/03, che nella sua composizione non deve avere tra i membri il Presidente che ha negato l’omologazione (comma 2 dell’art. 27).

Ci si è chiesti se il procedimento di rigetto del reclamo possa essere comunque impugnato, ex art. 111, settimo comma, della Costituzione, innanzi alla Corte di Cassazione<sup>57</sup>, malgrado l’espreso richiamo alla non impugnabilità contenuto nel terzo comma dell’art. 27.

A tale quesito deve risponderci negativamente sia perché non rientra nei dettami formali previsti dall’art. 111 Cost., sia perché con tale provvedimento non si dispone di diritti, i quali sono già stati regolati dalle parti con la sottoscrizione della conciliazione, nel caso di specie, si discute soltanto dall’esecutorietà del verbale di conciliazione, quindi del solo modo di esercizio di quei diritti. Al riguardo va, comunque, ricordato che il verbale di attuazione, che non sia dichiarato esecutivo, conser-

<sup>57</sup> Cfr. G. ARIETA – F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 745, in particolare con la nota 66.



va, in ogni caso, la sua vincolatività negoziale tra le parti (vedi anche il dettato dell'art. 322 c.p.c., ultimo comma).

## 2) di segno negativo

Se, invece, la conciliazione non riesce, o se riesce solo parzialmente<sup>58</sup>, il conciliatore, a norma del secondo comma dell'art. 40, darà atto dell'esito negativo del tentativo di conciliazione e di tale verbale rilascia copia alle parti, che ne facciano richiesta. Analogamente il conciliatore deve dare atto a verbale della mancata presenza di una parte al procedimento di conciliazione. Inoltre, a norma di quanto contenuto nel quinto comma dello stesso articolo 40, dovrà operare una descrizione ed una valutazione delle posizioni assunte dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione.

Se le parti congiuntamente<sup>59</sup> lo richiedono il conciliatore è tenuto a formulare una propria proposta di conciliazione "rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare".

Ci si chiede quale utilizzo possa essere fatto di tale proposta e della successiva verbalizzazione delle posizioni delle parti, nel successivo giudizio. In virtù di quanto ricordato in precedenza, il disposto del terzo comma dell'art. 40 tende a perseguire la piena autonomia del procedimento di conciliazione rispetto al processo, con le sole eccezioni in precedenza ricordate, tuttavia essendo il verbale di mancata conciliazione e le sue conclusioni nella piena disponibilità delle parti, come ricorda lo stesso secondo comma dell'articolo 40, non può essere vietato alle stesse di produrlo in giudizio, anche se il giudice non potrà tenerne conto ai fini del decidere, salvo che non ci si trovi in presenza di comportamenti valutabili a norma del comma 5 dell'articolo 40 ai fini delle spese.

E', però, ipotizzabile che il giudice possa utilizzare le risultanze della mancata conciliazione, ivi comprese le posizioni delle parti, ai fini della formulazione della sua ipotesi conciliativa, da esperirsi all'interno del giudizio, come previsto dall'articolo 16 del decreto legislativo in esame.

E' necessario chiarire, ulteriormente, che la valutazione del rifiuto della parte a presentarsi alla procedura di conciliazione può avere rilevanza, ai fini della condanna alle spese nel successivo giudizio di cognizione, solo se il ricorso alla conciliazione era previsto dallo statuto societario e/o nell'atto costitutivo, mentre nessuna valutazione può essere fatta del comportamento omissivo della parte assente nel procedimento di conciliazione se il ricorso alla conciliazione non era contenuto negli atti societari, ma soltanto frutto dell'iniziativa di una parte.

<sup>58</sup> Va ricordato che per la conciliazione parziale è possibile chiedere l'omologazione del verbale per la parte relativa alla materia coperta dalla conciliazione, mentre per la parte che non è stata regolata dalla conciliazione sarà possibile agire in giudizio.

<sup>59</sup> Modificato in tal senso dal decreto legislativo n. 37 del 6 febbraio 2004, in precedenza l'iniziativa poteva essere di una sola parte. Non si comprendono le ragioni di tale correzione in quanto appare molto più logica la formulazione iniziale che lasciava tale potere ad una sola parte.

## 12. Gli organismi di conciliazione ed il regolamento n. 222 del 23 luglio 2004

L'articolo 38, del decreto legislativo in esame, si pone il problema di individuare gli organismi che possano essere chiamati a svolgere le attività di conciliazione e che siano in grado di garantire non solo l'imparzialità e la competenza nell'attuazione e nella direzione del procedimento, ma anche il corretto rispetto delle regole che garantiscano la piena equidistanza tra le parti ed il giusto contemperamento degli interessi contrapposti.

Con la individuazione di appositi organismi di conciliazione il legislatore delegato, opportunamente, si è preoccupato di garantire la funzionalità del procedimento.

A differenza di ciò che era accaduto in precedenti ipotesi<sup>60</sup>, nelle quali il legislatore aveva previsto il ricorso alla conciliazione come filtro all'azione, questa volta oltre a prevedere astrattamente la necessità (o la opportunità) di far precedere il giudizio dall'esperimento del tentativo di conciliazione, il legislatore delegato si è preoccupato anche di individuare e qualificare specifici organismi ai quali delegare lo svolgimento di queste funzioni da attuarsi con "serietà ed efficacia" e sotto il controllo, in quanto tali organismi sono "iscritti in un apposito registro", del Ministero di giustizia.

E' interessante rilevare come il legislatore abbia inteso porre sullo stesso piano soggetti pubblici e privati per gestire le procedure di conciliazione, assegnando ai primi una maggiore credibilità in quanto per le camere di commercio, che abbiano già costituito, al momento della entrata in vigore della legge, organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 4 della legge del 29 dicembre 1993, n. 580<sup>61</sup>, è prevista una iscrizione "automatica" nel registro tenuto dal Ministero di giustizia, mentre per gli altri organismi pubblici o privati che siano il Ministero si riserva una valutazione circa il loro inserimento o no, nello stesso registro.

La utilizzazione di soggetti privati, accanto ad organismi pubblici, costituisce la importante novità che la normativa in esame ha inteso pienamente legittimare. Tale indicazione si colloca nell'alveo di scelte, già in precedenza attuate dal legislatore, che ha legittimato l'esercizio, anche ad opera di privati, di servizi, se non propriamente definibili pubblici<sup>62</sup>, quantomeno individuabili come istituti di "interesse pubblico" sui quali lo Stato assicura una certa vigilanza e nei limiti del possibile attua su di essi una attività atta a calmierare i costi dei servizi da essi resi, oltre a fornire a tutti gli organismi di conciliazione adeguati mezzi di formazione, attraverso la validazione di corsi.

<sup>60</sup> Si pensi, ad esempio, alla normativa sul pubblico e sul privato impiego, dove il procedimento di conciliazione costituisce un "filtro" per la proposizione dell'azione e pertanto dovrebbe essere garantito da organismi che offrano la massima funzionalità di tale procedimento, anche per poter enfatizzare la funzione deflativa di esso. Analogo discorso potrebbe farsi per il processo agrario.

nell'art. 4 si fa riferimento alla vigilanza esercitata dal Ministero delle attività produttive su di esse. Vedi il testo della legge in *Gazzetta Ufficiale* 11 gennaio 1994, n. 7, suppl. ord.

<sup>61</sup> La legge ha ad oggetto il riordino della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e

<sup>62</sup> Per una analisi relativa ad una possibile qualificazione dei servizi pubblici vedi le risultanze dei lavori della Commissione mista tra magistrati della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, che ha svolto i suoi lavori nel periodo maggio - dicembre 2003, in *Foro It.* 2004, V, c. 18.

Per dar piena attuazione a dette attività il 23 luglio 2004 sono intervenuti due distinti decreti ministeriali recanti i numeri 222 e 223<sup>63</sup>, che hanno inteso regolare sia i criteri relativi alle modalità di iscrizione nel registro e di tenuta del medesimo (il D.M. 222/04), che le indennità spettanti agli organismi di conciliazione (il D.M. 223/04).

Con l'articolo 3 del decreto ministeriale n. 222/04 viene istituito presso il Ministero di giustizia, nell'ambito della direzione risorse umane del dipartimento per gli affari di giustizia, il registro degli "organismi autorizzati alla gestione dei tentativi di conciliazione" sotto la responsabilità del direttore generale della giustizia civile, che può avvalersi, con compiti consultivi, "di un comitato di tre giuristi esperti nella materia della risoluzione alternativa delle controversie (A.D.R.)".

Il registro è articolato in due parti la prima dedicata agli enti pubblici e la seconda, nella quale vengono indicati i soggetti privati, in cui debbono essere contenute le indicazioni dei soci, degli associati, dei dipendenti, degli amministratori e dei rappresentanti di detti soggetti privati.

In entrambe le parti del registro è contenuto un differente elenco dei conciliatori, i due elenchi sono pubblici e tenuti con modalità informatiche, per garantire il massimo dell'accesso ad essi.

Il decreto ministeriale dopo avere individuato, con l'art. 4<sup>64</sup>, i criteri per l'iscrizione nel registro, si sofferma ad esaminare il procedimento di iscrizione dei soggetti pubblici e/o privati (art. 5) ed ad individuare i limiti soggettivi all'esercizio delle funzioni di conciliatore, per i quali prevede un numero massimo di appartenenza agli elenchi dei conciliatori (non possono svolgersi le funzioni di conciliatore per più di tre differenti organismi di conciliazione) per poi passare all'esame del regolamento di procedura sul quale, ai fini del nostro studio, è opportuno fermare l'attenzione.

Il regolamento – chiarisce il decreto ministeriale – si ispira ai principi di informalità, rapidità e riservatezza, nonché ai principi indicati nell'art. 40 del d. lg. 5 del 2003, vale a dire quelli dell'idoneità del conciliatore a svolgere le sue funzioni, quelli della separazione (salvo le già viste eccezioni) tra il procedimento conciliativo ed il successivo giudizio di merito, ed infine le regole disposte a garanzia del principio del contraddittorio. A tutela di tali principi il decreto detta due punti fondamentali: il primo, previsto dal comma 4, in base al quale il procedimento di conciliazione può avere inizio solo dopo che il conciliatore designato abbia sottoscritto la dichiarazione di imparzialità prevista dal terzo comma, lettera a), dello stesso regolamento, a detta dichiarazione (i regolamenti dei singoli organismi di conciliazione possono prevederlo) sarebbe opportuno aggiungere una ulteriore attesta-

63 I due decreti del Ministro della giustizia sono stati pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale* del 23 agosto 2004, n. 197. Gli stessi sono, inoltre, contenuti in *Guida al diritto* 2004, fasc. 36, p. 14 e p. 21, con nota di A. BUSANI.

64 Invero, detti criteri non necessitano di alcuna discussione, in questa sede, anche se appare opportuno, per completezza di esame, riportare di seguito il testo dell'articolo 4. Unico rilievo che è necessario muovere riguarda gli anni di iscrizione all'albo richiesto agli

avvocati (15) che sembra effettivamente eccessivo, così come non può condividersi l'estremo rigore del punto 5 della parte b) del quarto comma dell'art. 4: "non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento", dimentica, infatti, il regolamento che nemmeno la censura costituisce sanzione disciplinare affittiva e pertanto anche ad essa era opportuno estendere la deroga. 1. Nel registro sono iscritti, a domanda gli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e privati o che costituiscono autonomi soggetti di diritto

zione, nella quale deve essere contenuta anche una dichiarazione di indifferenza rispetto alle parti ed opportunamente anche in una dichiarazione di non avere avuto alcun rapporto con i litiganti in precedenza, neppure in relazione a fattispecie diverse, garantendo così la piena terzietà del conciliatore<sup>65</sup>.

Il secondo, contenuto nel quinto comma, attestante il diritto d'accesso agli atti del procedimento, circostanza questa che dovrebbe fugare taluni dubbi interpretativi, circa la condivisione del fascicolo, nati dalla lettura del quinto comma dell'articolo 40 del d. lg. n. 5/03<sup>66</sup>.

Ricorda, comunque, il decreto ministeriale che detto accesso deve essere garantito, ad entrambe le parti, nel rispetto delle norme sulla riservatezza dei dati personali<sup>67</sup>.

E' importante rilevare come, malgrado siano state predisposte due diverse sezioni del registro in sostanza si è accordata pari dignità ed identici doveri (vedi art. 14 del D.M. 222/04) sia agli organismi pubblici, che a quelli privati, e nei confronti di entrambi ha garantito il diritto di accesso agli atti<sup>68</sup>.

Così come i rapporti con l'autorità giudiziaria, competente per l'omologazione, sono regolati in modo analogo (cfr. art. 13 del D.M. 222/04) per gli organismi pubblici e per quelli privati.

pubblico o di diritto privato. 2. Gli organismi di conciliazione costituiti, anche in forma associata dalle CCIAA sono iscritti su semplice domanda. 3. Il responsabile verifica la professionalità e l'efficienza dei richiedenti diversi da quelli indicati al comma 2 e, in particolare: a) la forma giuridica dell'ente o dell'organismo, il suo grado di autonomia, nonché la compatibilità della sua attività con l'oggetto sociale o lo scopo associativo; b) la consistenza dell'organizzazione di persone e mezzi, e il suo grado di adeguatezza, anche sotto il profilo patrimoniale; l'istante, in ogni caso, deve produrre polizza assicurativa di importo non inferiore a 500.000 euro per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione; c) i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, non inferiori a quelli fissati a norma dell'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; d) la trasparenza amministrativa e contabile dell'ente, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'ente e i singoli conciliatori; e) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio, nonché la conformità del regolamento di procedura di conciliazione alla legge e della tabella delle indennità ai criteri stabiliti dal regolamento emanato a norma dell'articolo 39 del decreto; f) il numero dei conciliatori non inferiore a sette che abbiano dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di conciliazione in via esclusiva per il richiedente; g) la sede dell'organismo di conciliazione. 4. Il responsabile verifica in ogni caso: a) i requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori per i quali, ove non siano professori universitari in discipline economiche o giuridiche, o professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero magistrati in quiescenza, deve risultare provato il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso il

responsabile in base ai criteri fissati a norma dell'articolo 10, comma 5; b) il possesso, da parte dei conciliatori, dei seguenti requisiti di onorabilità: 1. Non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o pena detentiva, anche per contravvenzione; 2. non avere riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi; 3. non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; 4. non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; 5. non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento. 5. Qualora l'ente sia un'associazione tra professionisti o una società tra avvocati, all'organismo devono essere destinati, anche in via non esclusiva, almeno due prestatori di lavoro subordinato, con prevalenti compiti di segreteria, ai quali risulti applicato il trattamento retributivo e previdenziale previsto dal rispettivo contratto collettivo nazionale di lavoro; in ogni altro caso i compiti suddetti devono essere svolti da almeno due persone nominativamente indicati con riferimento anche al tipo di trattamento giuridico ed economico applicato. 6. I predetti compiti non possono essere svolti dalle persone indicate alle lettere c) ed f) del comma 3".

65 E' interessante ricordare la estrema importanza che la raccomandazione della Commissione Europea del 4 aprile 2001 dà alle regole che preservano l'indipendenza e la terzietà del conciliatore.

66 Cfr. L. NEGRINI, *Organismi di conciliazione*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit. p. 1052.

67 Cfr. il codice in tema della riservatezza dei dati personali di cui al decreto legislativo del 30 giugno 2003, n. 196, in *Gazzetta Ufficiale* 29 luglio 2003, n. 174.

68 Circa la natura del diritto di accesso vedi P. SANDULLI, *La tutela dei diritti*, cit., p. 197.

Ancora due considerazioni di carattere generale debbono essere svolte in relazione al decreto ministeriale che detta i criteri per l'individuazione e la tenuta del registro degli organismi di conciliazione.

La prima, di segno positivo, in quanto la procedura dettata dall'articolo 8 chiarisce efficacemente la dinamica del procedimento relativo alla fase di omologazione del verbale di conciliazione, innanzi al Tribunale, ponendo – come detto - in capo all'organismo di conciliazione l'onere di trasmettere “senza ritardo”, al responsabile del registro, il verbale contenente l'esito positivo della conciliazione, il quale su istanza di parte (della parte che ne ha interesse, ma è ipotizzabile anche una istanza congiunta) lo trasmette al Presidente del Tribunale per l'omologazione.

In virtù di questa procedura, invero un po' macchinosa, si risolve il quesito relativo alla fase di impulso della omologazione, che aveva fatto discutere, in precedenza, la dottrina<sup>69</sup>.

La seconda, di segno dubitativo, legata alla esclusione dei giudici di pace dal novero dei conciliatori, prevista dall'art. 7, comma 4, anche se il testo stesso dell'articolo non appare, al riguardo, chiarissimo, potendo anche ipotizzarsi che i giudici di pace possano presiedere ai procedimenti di conciliazione, anche in materia societaria, ma esclusivamente con la procedura prevista dall'articolo 322 c.p.c., il che ci porta a concludere che alle conciliazioni operate dai giudici di pace non può essere attribuita la omologazione e quindi il processo verbale avrà solo valenza negoziale, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 322 c.p.c., nel caso di specie, infatti, è esclusa la applicazione del secondo comma di detto articolo non trovandoli in presenza di materie attribuite alla competenza del giudice di pace.

### 13. Le agevolazioni e la tariffazione prevista dal regolamento n. 223 del 23 luglio 2004.

L'articolo 39 del decreto legislativo n. 5 del 2003 contiene una serie di norme che il legislatore delegato ha dettato per rendere attraente, sotto il profilo dei costi e delle spese, il procedimento conciliativo.

Collocando l'istituto della conciliazione tra i servizi definiti di pubblico interesse, in quanto destinati a diffondere la “cultura della pacificazione”, al fine di provocare il conseguente effetto deflativo, che la stessa Corte Costituzionale<sup>70</sup> ha ritenuto di rilevante interesse nel contesto allargato dalla amministrazione della giustizia o per meglio dire della possibilità di esercitare i propri diritti, tanto da sacrificare ad esso una sia pur breve parte di quella ragionevole durata del processo teorizzata dall'articolo 111 della Costituzione, il legislatore delegato ha ritenuto di dovere alleggerire ogni carico anche di carattere fiscale per rendere appetibile il ricorso alla conciliazione.

Lo sforzo è certamente meritorio anche se, in passato, si è potuto constatare che il ricorso alla conciliazione è stato stimolato non tanto della gratuità del procedimen-

to, quanto dalla funzionalità delle strutture e della competenza e rapidità nel decidere che i conciliatori hanno saputo offrire; in questo contesto vanno inquadrare non soltanto le norme contenute nell'art. 39 del decreto legislativo in esame, ma anche quelle contenute nel decreto ministeriale n. 223, coevo al precedente, che ha inteso regolamentare, sotto il profilo della tariffazione<sup>71</sup>, le indennità spettanti agli organismi di conciliazione.

Il primo comma dell'articolo 39 chiarisce che “tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti da imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura”. Il secondo comma puntualizza inoltre, che il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro.

Da tali previsioni è possibile riscontrare che tutti gli atti del procedimento di conciliazione, compresi quelli relativi all'omologazione, che essendo fase prodromica della esecuzione può essere considerata come momento dell'esercizio del diritto, sono esenti da imposta di bollo e da ogni spesa e/o diritto.

Considerazioni di segno diverso debbono essere fatte nell'esaminare il secondo comma dell'articolo 39 del d. lg. 5/03.

Esso chiarisce che sono esenti dall'imposta di registro tutte le conciliazioni entro il limite di valore di 25.000 euro.

E' quindi necessario comprendere concretamente come operi detta esenzione, se cioè essa si applichi solo per le conciliazioni di valore inferiore ai 25.000,00 euro o se invece essa dia luogo ad una esenzione dell'imposta per tutte le conciliazioni fino alla concorrenza di 25.000,00 euro.

La terminologia usata dal legislatore “entro il limite” ci induce a propendere per questa seconda ipotesi, che meglio si colloca nella logica di voler rendere “attraente” l'istituto della conciliazione<sup>72</sup>.

E' necessario chiedersi se per procedere alla richiesta di omologazione di una conciliazione, eccedente i 25.000 euro, sia necessaria la preventiva registrazione del verbale di conciliazione.

Al riguardo va ricordato come la Corte Costituzionale con la sentenza del 6 dicembre 2002, n. 522<sup>73</sup> ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'articolo 66 del d.P.R. del 26 aprile 1986, n. 131, sul presupposto che “la situazione di inadempiamento dell'obbligazione relativa all'imposta di registro, emergente in occasione del processo di cognizione, non può avere l'effetto di precluderne lo svolgimento e la conclusione”.

71 Si ricorda che il controllo sulla tariffazione costituisce uno dei coefficienti che caratterizzano il servizio pubblico. Cfr. Cass. S.U. civ., 30 marzo 2000, n. 72, in *Corr. Giur.* 2000, p. 592.

*Imposte e spese. Esenzione fiscale*, in *Nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 1059.

73 In *Temi Romana* 2002, p. 120, con nota di P. SANDULLI, in *Tema di rilascio della copia esecutiva di una sentenza di altro provvedimento di condanna*, p. 126.

72 Nello stesso senso vedi G. ARIETA – F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, cit., p. 717. *Contra* L. NEGRINI,

69 Cfr. sul punto: L. NEGRINI, op. cit., p. 1067.

70 Cfr. la decisione n. 276 del 13 luglio 2000, cit., paragrafo 3.5.



La decisione della Consulta, pur riguardando direttamente il processo di cognizione ed i titoli esecutivi di produzione giudiziale (art. 474, n. 1, c.p.c.), offre alcuni interessanti spunti di riflessione: il primo, che la tutela del diritto azionato non si conclude con il giudizio di cognizione, ma è garantita anche dalla procedura esecutiva che ne concreta l'efficacia e l'effettiva attuazione; il secondo che assoggettare la esecuzione di un provvedimento di condanna reso, da un giudice, al pagamento di una imposta in contrasto con il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 della Cost. in quanto discrimina tra chi è economicamente in grado di corrispondere immediatamente l'imposta di registro e la parte (anche essa vincitrice) priva dei mezzi necessari per tale pagamento. Chiarisce, altresì, la Corte che l'art. 66 del d. P.R. n. 131/86 è in contrasto anche con "l'articolo 24 della Costituzione in quanto il diritto di agire in giudizio non può essere condizionato al pagamento di un'imposta".

Le argomentazioni della Corte Costituzionale se non lette in modo limitativo (e limitante), ma estese a tutti i titoli, che consentono attraverso l'esperimento della procedura esecutiva la piena soddisfazione (sia pure talvolta per equivalenti) di un diritto, ci mette in grado di affermare che anche per il verbale di conciliazione, potenzialmente titolo esecutivo, non è necessario, prima di chiederne la omologazione, nelle forme previste dall'articolo 8 del D.M. n. 222/04, procedere alla sua registrazione.

Ai fini del nostro studio è opportuno ricordare ulteriormente che il regolamento dettato con il D.M. n. 223 del 2004, ha predisposto la tabella delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici di diritto interno, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità che dovranno essere proposte dagli organismi privati (art. 2).

L'articolo 3 ha dettato i criteri di composizione delle indennità suddivisi in spese di avvio del procedimento ed in spese di conciliazione<sup>74</sup>, nonché quelli per individuare il valore della lite al fine di realizzare tali calcoli (art. 3, comma 8).

74 Al fine di comprendere esattamente quali sono i criteri dettati dal Ministero, appare opportuno ricordare, di seguito, il testo dell'articolo 3 del D.M. n. 223 del 2004: "1. L'indennità comprende le spese di avvio del procedimento e le spese di conciliazione. 2. Per le spese di avvio del procedimento è dovuto da ciascuna parte un importo di 30,00 che deve essere versato dalla parte istante al momento del deposito della domanda di conciliazione e dalla parte aderente alla procedura al momento del deposito della risposta. 3. Le spese di avvio non sono dovute qualora le parti depositano una domanda di conciliazione congiunta. 4. Per le spese di conciliazione è dovuto da ciascuna parte l'importo indicato nella tabella A allegata al presente decreto. 5. L'importo massimo delle spese di conciliazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato a norma della tabella A allegata al presente decreto, può essere aumentato in misura non superiore al 5 % tenuto conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare. 6. Si considerano importi minimi quelli dovuti come massimi per il valore della lite ricompresso nello scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile; l'importo minimo relativo al primo scaglione è liberamente determinato. 7. Gli importi

dovuti per il singolo scaglione non si sommano in nessun caso tra loro. 8. Il valore della lite è indicato nella domanda di conciliazione a norma del codice di procedura civile. 9. Qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima, l'organismo decide il valore di riferimento e lo comunica alle parti. 10. Le spese di conciliazione devono essere corrisposte prima dell'inizio dell'incontro di conciliazione in misura non inferiore alla metà; in caso contrario, l'organismo comunica la sospensione del procedimento; intervenuto il pagamento, il procedimento è riassunto secondo le modalità disciplinate dal regolamento di procedura dell'organismo. 11. Le spese di conciliazione comprendono anche l'onorario del conciliatore per l'intero procedimento di conciliazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Esse rimangono fisse anche nel caso in cui il procedimento prosegua a cura di un collegio di conciliatori. 12. Le spese di conciliazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che abbia aderito al procedimento. 13. Ferma ogni altra disposizione di cui al presente articolo, gli organismi diversi da quelli costituiti dagli enti di diritto pubblico interno possono liberamente stabilire gli importi di cui al comma 4".

#### 14. Conciliazione pre-processuale e conciliazione endoprocessuale.

L'articolo 16 del decreto legislativo n. 5 del 2003, nel dettare le regole e le modalità di svolgimento dell'udienza di discussione della causa, prescrive, al secondo comma, la possibilità di esperimento del tentativo di conciliazione, subordinandola a due distinte condizioni: la prima legata alla circostanza che nel decreto, previsto dall'articolo 12 punto d), sia contenuto l'invito alle parti a comparire personalmente, invito che, lo si ricorda, è subordinato ad un potere discrezionale del giudice relatore; la seconda che "la natura della causa lo consenta" (quindi si verta su diritti disponibili).

Chiarisce, inoltre, il secondo comma che il presidente possa proporre soluzioni di equa composizione della controversia, se lo ritiene. Tale potere deve ritenersi esteso all'intero organismo collegiale, poiché anche se il presidente dirige la fase dell'interrogatorio libero e stimola la conciliazione, tale fase si svolge innanzi all'organo collegiale.

Dalla analisi di tali regole emergono alcuni profili di riflessione che debbono essere chiariti avendo, come si è in precedenza detto, particolare attenzione all'analisi dei rapporti tra la conciliazione pre-processuale e quella interna al giudizio<sup>75</sup>.

Il primo rilievo è dato dalla considerazione che mentre la conciliazione pre-processuale trova ingresso nel processo esclusivamente se lo statuto o l'atto costitutivo contengono una clausola di conciliazione, o se le parti (anche senza la sussistenza della clausola) ne facciano congiunta richiesta, invece, la conciliazione endoprocessuale è lasciata ad una valutazione discrezionale del giudice relatore che, all'atto della emissione del decreto, può ritenere opportuno convocare personalmente le parti e ciò sia che vi sia stata una fase di conciliazione pre-processuale, sia che la stessa non si sia svolta in quanto non prevista, né concordata, o a causa del comportamento omissivo di una delle due parti.

Ci si è chiesti<sup>76</sup> se, al di là, del richiamo contenuto nel secondo comma dell'art. 16 al decreto, previsto dall'art. 12, sia possibile al collegio ammettere, comunque, la conciliazione se lo stesso ne ravvisasse la opportunità, anche senza che le parti siano state invitate a comparire all'udienza, dal giudice relatore.

Invero, trattandosi di valutazioni assegnate ad organismi diversi il giudice relatore ed il collegio, e continuando ad essere operativo di effetti, il dettato dell'articolo 185 c.p.c.<sup>77</sup>, che trova applicazione anche nel rito societario (art. 18), nulla

75 Non può, comunque, tecersi una perplessità, di ordine generale, dettata dalla evidente dicotomia che si realizza, nel processo societario, tra le funzioni svolte dal giudice relatore (art. 12) e la direzione della udienza (art. 16) affidata al presidente. Unica eccezione al riguardo è data dall'art. 18, che prevede l'unico caso di competenza monocratica del Tribunale, quello relativo alle liti tra banche in materia bancaria e creditizia.

76 Cfr. F. VIVALDI, *Commento all'art. 16, in La riforma del diritto societario*, a cura di G. LO CASCIO, Milano 2003, p. 174.

77 La legge n. 80 del 2005, che entrerà in vigore il 1

gennaio 2006, con la modifica del 3 comma dell'art. 183, relativo all'unica udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa subordina la comparizione personale delle parti alla richiesta congiunta dei loro difensori. Tale circostanza non può che essere osservata con particolare perplessità in quanto allontanando il contatto diretto tra giudice e parte rende difficile, se non impossibile, la conciliazione endo processuale. Detto articolo, pur non provando applicazione per il rito societario, appare certamente discutibile sotto il profilo della funzionalità di esso in relazione al perseguimento della conciliazione, prevista dall'art. 185 c.p.c..



vieta al collegio di ordinare la comparizione delle parti (anche contumaci<sup>78</sup>) al fine di rendere l'interrogatorio libero ad esperire il tentativo di conciliazione.

La seconda considerazione è legata alla natura della conciliazione, che nel procedimento conciliativo, innanzi alle organizzazioni di conciliazione, riveste i caratteri prevalenti della conciliazione facilitativa<sup>79</sup> (anche se non mancano profili procedurali che possano far pensare anche ad una conciliazione valutativa<sup>80</sup>), mentre nel procedimento che si svolge innanzi al Tribunale, secondo il rito commerciale, la conciliazione riveste i caratteri prevalenti di quella valutativa. Anche per la conciliazione che si ottiene innanzi al Tribunale è prevista la valenza di titolo esecutivo, ma per essa non è necessario un procedimento di omologazione, in quanto essa acquista la immediata valenza esecutiva propria poiché è il prodotto della attività di mediazione del giudice togato.

### 15. Conclusioni.

Il dato positivo, più rilevante, che emerge dalla presente analisi è costituito dalla circostanza che, forse per la prima volta il legislatore, dopo avere teorizzato l'utilità della conciliazione, si preoccupa di individuare anche gli organismi presso i quali detto procedimento di conciliazione deve attuarsi; inoltre, per garantire una sostanziale parità di trattamento presso ogni organismo di conciliazione prevede l'inserimento di essi in un apposito registro che attraverso il controllo del Ministero della giustizia ne verifichi l'idoneità e la competenza nello svolgimento di detta attività.

Alcune perplessità sono state avanzate a causa della parificazione che il decreto legislativo ha voluto operare tra organismi di conciliazione pubblici e privati, tale circostanza non deve rappresentare una preoccupazione se saranno ottimizzate le procedure di validazione di detti organismi e se sarà adeguatamente attivato un sistema di formazione dei conciliatori basato non soltanto sulla teorica conoscenza delle norme, ma anche su di una efficace conoscenza delle tecniche di conciliazione.

Del resto la parificazione delle funzioni (*rectius*: dei compiti) in un settore inquadabile in senso lato come di pubblico interesse non costituisce oggetto di novità, né può suscitare preoccupazioni è, invece, importante attivare un efficace sistema di controllo delle attività degli organismi di conciliazione.

E', invece, auspicabile che il sistema adottato per la conciliazione nel rito societario venga esteso anche agli altri processi per i quali è prevista un'ipotesi di conciliazione "filtro" di carattere vincolante, quale condizione di proseguibilità del giu-

dizio, per far sì che il procedimento di conciliazione possa effettivamente esperirsi ed essere svolto innanzi ad un conciliatore concretamente indipendente. In particolare appare auspicabile il recepimento del descritto procedimento, nonché degli organismi chiamati ad attuarlo nelle vertenze tra soci dipendenti di società cooperative e le stesse, oggi regolate dalle norme dettate dall'art. 5 della legge n. 142/01, che lascia notevoli perplessità circa la effettiva terzietà di un conciliatore, in parte, indicato dai litiganti<sup>81</sup>.

78 Vedi sul punto A. CARRATTA, *Udienza di discussione, in Nuovo processo societario*, a cura di S. CHIARLONI, cit., p. 456.

79 La conciliazione facilitativa è finalizzata a "facilitare" i rapporti tra le parti, pertanto l'attività del conciliatore sarà il più possibile indirizzata a perseguire l'obiettivo di far comprendere le posizioni contrapposte di esse al fine di determinare una soluzione transattiva della vicenda.

80 La conciliazione valutativa, consente al conciliatore, dopo essersi fatto una idea della vincenda litigiosa, di "rendere delle valutazioni" offrendo, alla luce di esse, un'ipotesi di definizione della lite. In merito alle classificazioni di conciliazione valutativa e facilitativa vedi: G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie*, cit., p.46

81 La procedura conciliativa introdotta per il pubblico impiego dal decreto legislativo n. 80 del 1998, successivamente integrato e modificato dal decreto legislativo n. 165 del 2001, ha istituito un procedimento di conciliazione con gli articoli 65 e 66 un procedimento di conciliazione particolarmente articolato, del quale, in particolare, si discute la nomina dei conciliatori ad opera delle parti (art. 66, comma 3, lett. d), mentre solo il Presidente del collegio è nominato dalla direzione provinciale del lavoro nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto. Il sub-procedimento di nomina dell'organo collegiale di conciliazione, non

può non destare perplessità, in quanto potrebbe scaturirne l'insorgere di un fenomeno assai simile a quello riscontrabile nell'arbitrato, dove l'arbitro nominato dalla parte si atteggia talvolta ad avvocato interno al collegio. L'aver richiamato con la legge 142 del 2001 il sub-procedimento di nomina del collegio dei conciliatori anche per quanto riguarda i rapporti contenziosi, tra soci delle società cooperative e le cooperative medesime, non può non destare, per l'aspetto sopra criticato, alcune perplessità; pertanto appare auspicabile, l'indicazione contenuta nel testo in base alla quale potrebbe essere

Avv. Ferdinando  
CARBONE

## La nuova direttiva europea sulla mediazione delle controversie

**I**l Consiglio dell'Unione Europea, nella seduta del 28 febbraio 2008, ha adottato una posizione comune in vista dell'adozione di una Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio su alcuni aspetti della mediazione delle controversie in materia civile e commerciale ( 2004/ 0251 (COD)- 15003/5/07 REV5 ).

L'anno precedente, e precisamente il 29 marzo 2007, il Parlamento Europeo aveva adottato in prima lettura una risoluzione legislativa sulla proposta di Direttiva avanzata dalla Commissione ed emendata ( come si ricorderà, la precedente proposta di Direttiva sulla mediazione delle controversie risaliva all'autunno 2004, ma non fu mai adottata, per l'opposizione di alcuni Stati membri ).

Attualmente quindi l'*impasse* che si era creata è stata superata, e la Direttiva dovrebbe essere pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, diventando così vincolante per gli Stati membri ( con la sola eccezione della Danimarca ).

La Direttiva ( composta in tutto di 14 articoli ) si prefigge l'obiettivo di facilitare la risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la definizione amichevole delle liti, incoraggiando l'uso della conciliazione e garantendo un'equilibrata relazione tra la conciliazione ed il procedimento giudiziario.

Partendo dall'obiettivo fondamentale del mantenimento e dello sviluppo di un'area di libertà, sicurezza e giustizia, in cui venga assicurata la libera circolazione delle persone, lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia civile è considerato necessario per il corretto funzionamento del mercato interno.

In tale ottica, il principio di accesso alla giustizia è considerato fondamentale e, al fine di migliorarne ed estenderne le facoltà, il Consiglio Europeo riunito a Tampere nell'ottobre 1999 proponeva la creazione, da parte degli Stati membri, di procedure stragiudiziali alternative.

Nel maggio 2000 il Consiglio adottava un documento "Conclusioni sulle ADR", stabilendo che la determinazione di principi basilari in tale campo avrebbe favorito la definizione stragiudiziale di controversie nelle materie civili e commerciali, contribuendo così a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia.

Nell'aprile 2002 la Commissione presentava un Libro Verde sulle ADR, facendo il punto sui metodi allora esistenti nell'Unione Europea in tema di soluzioni alternative delle controversie, ed iniziando intense consultazioni con gli Stati membri e le parti interessate, in merito all'adozione di misure idonee a promuovere l'uso della conciliazione.

La Direttiva si propone di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per ciò che concerne la disponibilità, in ogni Stato membro, di servizi di conciliazione appropriati.

In sostanza, tenuto conto delle difficoltà tuttora esistenti in molti Stati per assicurare un giusto processo in tempi ragionevoli, si ritiene che l'esistenza di efficienti servizi di conciliazione nelle materie civili e commerciali possa garantire comunque lo sviluppo equilibrato del mercato interno, supplendo in tal modo ( alternativo ) alle eventuali disfunzioni dell'apparato giudiziario.

Viene dato per assodato che la conciliazione è in grado di fornire un valido servizio sotto il profilo dei costi e della rapidità di soluzione, attraverso l'adozione di processi di natura stragiudiziale adattati alle esigenze delle parti.

Viene altresì ritenuto che gli accordi nascenti da procedure di conciliazione abbiano maggiori possibilità di essere ottemperati su base volontaria e forniscano maggiori opportunità di preservare rapporti amichevoli e sostenibili tra le parti.

Questi vantaggi vengono considerati ancor più evidenti in situazioni contenziose di natura transfrontaliera.

Per far sì che l'uso della conciliazione possa essere incoraggiato e sviluppato, occorre assicurare una cornice legislativa idonea, con particolare riferimento ad aspetti chiave in tema di diritto processuale civile.

Sebbene la Direttiva in parola riguardi unicamente le controversie transfrontaliere, nulla vieta agli Stati membri di rendere applicabili le misure indicate, anche per quanto concerne le procedure di conciliazione interne.

Nessun ostacolo inoltre potrà essere frapposto all'impiego di moderne tecnologie di comunicazione quale metodo di lavoro nelle procedure di conciliazione.

La Direttiva si applicherà alle procedure in cui due o più parti di una lite transfrontaliera tentano, su base volontaria e su iniziativa diretta, di raggiungere un accordo amichevole per la definizione della controversia tra loro insorta, con l'ausilio di un conciliatore.

Tuttavia, la Direttiva non sarà applicabile alla sfera di diritti ed obbligazioni di cui le parti non abbiano la libera disponibilità, secondo la legge applicabile. A titolo puramente esemplificativo, vengono citati settori del diritto di famiglia e del diritto del lavoro. Inoltre, la Direttiva non si applicherà alle trattative pre-contrattuali o a procedure di natura aggiudicativa, come certi schemi di conciliazioni giudiziali, doglianze in campo consumeristico, arbitrati o arbitraggi, procedure amministrative da persone o enti che emettano una raccomandazione formale, indipendentemente dal fatto di essere o no legalmente vincolante ai fini della soluzione della lite.

La Direttiva sarà invece applicabile a casi in cui un tribunale inviti le parti alla conciliazione ovvero in cui la legge nazionale prescriva la conciliazione. Inoltre, se nell'ambito della normativa nazionale un giudice è abilitato ad agire come conciliatore, la Direttiva si applicherà anche alla conciliazione gestita da un giudice, che non sia responsabile per nessun procedimento di natura giudiziale relativo alla materia controversa. La Direttiva, tuttavia, non si applicherà ai tentativi fatti da un tribunale o da un giudice adito, per dirimere una controversia nell'ambito del procedimento giudiziario relativo alla lite in questione, ovvero a casi in cui il tribunale o il giudice adito richiedano assistenza o il parere di un perito esperto della materia controversa.

La conciliazione di cui si occupa la Direttiva sarà inquadrata in una procedura volontaria, nel senso che le parti stesse assumono l'onere della procedura e possono organizzarla come desiderano e terminarla quando vogliono, in qualsiasi momento. Tuttavia sarà possibile che la legislazione nazionale fissi un tempo- limite per la durata della conciliazione. Inoltre, i tribunali avranno cura di segnalare alle parti la possibilità della conciliazione, ogni qualvolta ciò risulti idoneo alla soluzione del caso.

La Direttiva non impedisce che una legislazione nazionale possa rendere obbligatoria la conciliazione, o soggetta ad incentivi o sanzioni, purchè la stessa legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Parimenti la Direttiva non inficia alcun sistema esistente di conciliazione auto- regolamentata, in materia non disciplinate dalla Direttiva stessa.

Ai fini della certezza del diritto, la Direttiva indica quale data sia da considerarsi rilevante per determinare se la controversia che le parti tentano di comporre attraverso la conciliazione abbia o no natura transfrontaliera. A tal fine, viene chiarito che deve considerarsi transfrontaliera una controversia in cui almeno una delle parti in lite sia domiciliata o sia abitualmente residente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui: (a) le parti convengono di far ricorso alla conciliazione dopo che la lite è insorta; (b) la conciliazione è ordinata da un tribunale; (c) l'obbligo di ricorrere alla conciliazione deriva dalla legge nazionale; (d) un tribunale presso il quale una causa è pendente, invita le parti a far ricorso alla conciliazione.

Indipendentemente da quanto sopra, la fattispecie in esame sarà da considerarsi transfrontaliera anche quando un processo giudiziario o un arbitrato successivo ad un tentativo di conciliazione siano iniziati in uno Stato membro diverso da quello in cui le parti erano domiciliate o abitualmente residenti alla data di cui alle ipotesi (a) (b) o (c) che precedono.

Per assicurare la reciproca fiducia delle parti in ordine alla riservatezza della procedura, agli effetti relativi ai termini di prescrizione e decadenza, così come al riconoscimento e all'esecuzione degli accordi nascenti dalla conciliazione, gli Stati membri dovranno incoraggiare con ogni mezzo appropriato la formazione di conciliatori e l'adozione di misure atte ad assicurare un controllo effettivo di qualità per quanto riguarda la fornitura di servizi di conciliazione.

I suddetti controlli di qualità dovrebbero includere anche soluzioni basate sul mercato, e comunque non dovrebbero obbligare gli Stati membri ad allocare risorse finanziarie appositamente dedicate.

I controlli dovrebbero assicurare la flessibilità delle procedure di conciliazione e l'autonomia delle parti, così come garantire che la procedura di conciliazione venga gestita in maniera efficiente, imparziale e competente.

I conciliatori dovrebbero essere resi edotti dell'esistenza delle norme deontologiche europee per i conciliatori ( European Code of Conduct for Mediators ), che dovrebbe essere anche reso disponibile al grande pubblico tramite Internet.

Nel settore della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una Raccomandazione sui principi concernenti gli organismi estranei al tribunale ( out-of-court bodies ) che sono coinvolti nelle procedure di soluzione consensuale delle controversie in materia consumeristica (Raccomandazione 2001/310/EC del 4 aprile 2001). Essa stabilisce una serie di criteri minimi di qualità che tali organismi devono offrire agli utenti dei servizi di soluzione consensuale. Ogni conciliatore o organismo di conciliazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare tali principi.

Per assicurare la diffusione delle informazioni relative a tali organismi, la Commissione dovrebbe creare una banca dati contenente schemi di accordi stragiudiziali, tali da rispettare i principi della Raccomandazione, a disposizione di tutti gli Stati membri.

La conciliazione non dovrebbe essere considerata "la parente povera del processo", nel senso che l'ottemperanza agli accordi derivanti da procedure di conciliazione dipenda solo dalla buona volontà delle parti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che le parti firmatarie di un accordo scritto derivante da una procedura di conciliazione possano ottenere l'esecutorietà quanto al contenuto dell'accordo stesso. Dovrebbe essere consentito ad ogni Stato membro di rifiutare la concessione della richiesta esecutorietà soltanto nel caso in cui il contenuto dell'accordo sottoscritto fosse contrario alla legge, ivi comprese le norme di diritto internazionale privato, ovvero se la legge non preveda l'esecutorietà per il contenuto di quello specifico accordo. Questo potrebbe essere il caso, per esempio, se l'obbligazione nascente dal suddetto accordo fosse per sua natura insuscettibile di esecutorietà.

Il contenuto di un accordo nascente da una procedura conciliativa che sia stato munito di formula esecutiva in uno Stato membro, dovrebbe essere riconosciuto valido e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri, in accordo con il diritto comunitario o nazionale.

Ciò potrebbe avvenire, per esempio, in conformità con il Regolamento del Consiglio (EC) No. 44/2001 del 22 dicembre 2000, ultimamente emendato dal Regolamento (EC) No. 1791/2006 sulla giurisdizione e sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, ovvero in conformità con il Regolamento del Consiglio (EC) No. 2001/2003 del 27 novembre 2003, emendato dal Regolamento (EC) No. 2116/2004, sulla giurisdizione e sul riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale.

Il Regolamento (EC) No. 2001/2003 prevede espressamente che, in ordine della esecutorietà in un altro Stato membro, gli accordi tra le parti debbono essere resi esecutivi nello Stato membro in cui gli accordi stessi sono stati conclusi. Conseguentemente, se il contenuto di un accordo derivante da una procedura di conciliazione in materia di diritto di famiglia non fosse suscettibile di esecutorietà nello Stato membro in cui l'accordo è stato concluso ed in cui la richiesta di esecutorietà sia stata presentata, questa Direttiva non incoraggerà le parti a scavalcare la legge di tale Stato membro, attraverso l'ottenimento della esecutorietà in un altro Stato membro.

Avv. Andrea  
MELUCCO

## Mediazione, conciliazione e formalizzazione degli accordi nella legislazione italiana

Questa Direttiva non dovrebbe incidere sulle norme degli Stati membri relative all'esecutorietà degli accordi derivanti da procedure di conciliazione.

La riservatezza in una procedura di conciliazione è estremamente importante e questa Direttiva dovrebbe prescrivere un livello minimo di compatibilità di norme civilprocessuali avuto riguardo alla protezione della riservatezza della conciliazione in qualsivoglia successivo processo civile o commerciale o ad un arbitrato.

Al fine di incoraggiare la parti ad usare la conciliazione, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le loro norme in materia di prescrizione e decadenza non impediscano alle parti di adire un giudice o una corte arbitrale, se il loro tentativo di conciliazione fallisce.

Gli Stati membri dovrebbero assicurare che tale risultato possa essere raggiunto anche se questa Direttiva non armonizza le norme nazionali in tema di prescrizione e decadenza.

La Direttiva altresì non incide sulle norme in tema di prescrizione e decadenza contenute in accordi internazionali recepiti negli Stati membri, per esempio nel settore dei trasporti.

Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la messa a disposizione di informazioni al grande pubblico su come contattare i conciliatori e gli organismi che forniscono servizi di conciliazione. Essi dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti in materie legali ad informare i loro clienti sulle possibilità offerte dalla conciliazione.

In accordo con il comma 34 dell'accordo Interistituzionale sulla migliore tecnica legislativa, gli Stati membri sono incoraggiati a mettere a punto, per loro uso proprio e nell'interesse della Comunità, di proprie tavole esplicative che illustrino, per quanto possibile, la correlazione tra questa Direttiva e le misure di trasposizione, e renderle pubbliche.

Questa Direttiva tende a promuovere i diritti fondamentali, e tiene conto dei principi riconosciuti in particolare dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Dato che lo scopo di questa Direttiva non può essere soddisfacentemente raggiunto dagli Stati membri e pertanto, in ragione della gradualità o degli effetti dell'azione, possa essere meglio raggiunto a livello della Comunità, la stessa può adottare misure in accordo con il principio di sussidiarietà, così come esplicitato nell'art. 5 del Trattato. In accordo con il principio di proporzionalità, così come esplicitato in tale articolo, questa Direttiva non va oltre ciò che è necessario al fine di raggiungere tale obiettivo.

Il Regno Unito e l'Irlanda hanno dichiarato di voler partecipare all'adozione ed all'applicazione di questa Direttiva, mentre la Danimarca ha dichiarato di non volerla adottare e di non essere soggetta alla sua applicazione.

**L**a crescente attenzione che – anche a livello legislativo – è stata riservata al fenomeno della conciliazione e della mediazione negli ultimi anni, se ha finalmente avviato il nostro ordinamento ed il nostro sistema paese nella direzione assunta dalla maggioranza dei paesi occidentali e dei partners europei, allo stesso tempo ha determinato un flusso meteorico ed estemporaneo di provvedimenti legislativi, che costringono l'operatore a destreggiarsi tra una molteplicità di normative<sup>1</sup>, emanate secondo le logiche prevalenti al momento della loro emanazione, prive tanto di un centro logico comune quanto di un coordinamento.

Non a caso il legislatore si va finalmente orientando verso la introduzione di una normativa quadro della disciplina<sup>2</sup>, i cui esiti sono tuttavia incerti e forieri di gravi interrogativi<sup>3</sup>.

Per voler anticipare la sintesi cui si intende pervenire anche tramite la disamina che seguirà in appresso, vi è tuttora nel nostro paese il rischio di sovrapporre – ovvero, il che è equivalente, dare disciplina e trattazione unitaria - a due fenomeni necessariamente distinti.

Da un lato, infatti, la mediazione (useremo a tal fine il termine più prossimo a quello di tradizione anglofona) si svolge nella immediatezza del contrasto, della difficoltà, dell'inadempimento, del danno e di tale vicinanza con l'evento problematico si deve giovare per evitare la cristallizzazione (e la radicalizzazione) del contrasto, nonché l'insorgenza dei tatticismi (che poi condizionano la vicenda giudiziale). Per tale ragione, tale strumento deve potersi incentrare sulla più ampia riservatezza e *privacy* da parte del mediatore e, pertanto non può prefigurare alcuna successiva utilizzabilità in sede giudiziale degli esiti negativi, neppure al fine di valutare la condotta delle parti.

Tale funzione – che chiameremo strettamente “preventiva” della lite – deve dunque essere distinta dalla successiva possibilità, una volta che il contrasto ed il con-

1 Una rassegna delle principali consuetudini di annoverarne non meno di quindici diverse tipologie (cfr. Buonfrate-Giovannucci Orlandi, Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di altre adr, Utet, 2006)

2 Anche in attuazione delle sollecitazioni provenienti dall'Europa: Il Consiglio dell'Unione Europea, nella seduta del 28 febbraio 2008, ha infatti adottato una posizione comune in vista dell'adozione di una Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio su alcuni aspetti della mediazione delle controversie in materia civile e

commerciale (2004/ 0251 (COD)- 15003/5/07 REV5).

3 Anche perché la prospettiva di una normativa quadro, si accompagna in altri settori nevralgici – quali la sanità e in particolare la responsabilità del professionista medico e delle strutture ospedaliere (è il caso dei disegni di legge nn.50 e 352 presentati all'avvio della XVII legislatura da esponenti della attuale maggioranza in senato) – alla totale pretermissione dello strumento conciliativo in favore della soluzione arbitrale.



flitto si sia instaurato, che vengano previsti dei filtri conciliativi pre-contenziosi, a carattere “deflattivo”, posti all’ingresso dell’iter giudiziario con la finalità di ridurre almeno parzialmente il numero oramai ingestibile di contenzioso corrente.

In questa seconda ipotesi, trova giustificazione ed utilità che la condotta delle parti trovi successiva valutazione ai fini della regolazione delle spese di lite e le proposte conciliative formulate nel corso del tentativo trovino una cristallizzazione che consenta loro di giungere sino all’apprezzamento del Giudice nella fase di stretto contenzioso.

Il sopra cennato rischio di sovrapposizione tra i due strumenti – entrambi necessari nella rispettiva collocazione tecnico/temporale -, deve essere valutato in relazione alle conseguenze che avrebbe una unificazione forzata delle due forme o (e sarebbe la stessa cosa) la normazione avendo in considerazione una sola delle ipotesi, determinando una sostanziale inefficacia preventiva (se il modello adottato si incentrasse solo sulla mediazione facilitativa caratterizzata da un regime di stretta riservatezza), ovvero una eccessiva attrazione dello strumento della mediazione nell’area della giurisdizione (laddove prevalesse la struttura formale e la rilevanza giudiziale delle proposte e delle condotte)<sup>4</sup>.

Venendo dunque alla disciplina positiva, che è l’oggetto della presente trattazione, si può affermare che la mediazione / conciliazione è presente nel nostro ordinamento in quattro tipologie generali:

- 1) **Conciliazione stragiudiziale:** svolta a prescindere da qualsivoglia collegamento con una successiva – anche se eventuale – fase giurisdizionale. Non presenta una disciplina positiva a livello normativo, ma negoziale o regolamentare; in questo ultimo caso elaborata dagli enti che la propongono e svolgono.
- 2) **Conciliazione pre-giudiziale:** svolta preventivamente (ed in alcuni casi come onere a pena di improcedibilità) alla fase giurisdizionale. E’ quindi regolata dalla disciplina processuale positiva.
- 3) **Conciliazione giudiziale non contenziosa:** è l’ipotesi prevista dall’art.322 cpc<sup>5</sup> che affida al Giudice di Pace la possibilità – in assenza o a prescindere dalla pendenza di un giudizio – di conciliare le parti che gli chiedono (spontaneamente) di procedere a tale tentativo.
- 4) **Conciliazione giudiziale:** è quella tentata dal Giudice o in virtù di specifiche disposizioni di legge (può essere obbligatoria – come nel rito del lavoro – ovvero facoltativa – come nel rito ordinario) o sulla base del generale potere conciliativo che la legge gli attribuisce art.185 cpc).

Come evidenziato dagli studiosi più attenti, l’istituto della conciliazione può essere ascritto tra quelle funzioni neutrali della pubblica Amministrazione<sup>6</sup>, che possono

essere svolte da soggetti pubblici o privati, alle quali lo Stato assegna particolare rilievo ed importanza. Ne consegue che alle forme a contenuto prettamente privatistico potranno dunque essere accostate (ferme le relative caratteristiche e differenze) anche quelle forme di conciliazione / mediazione avente oggetto, natura o soggetti pubblici o di rilevanza pubblicistica.

Tuttavia, l’esame concreto delle fattispecie dimostra – in relazione agli indici principali che abbiamo individuato per condurre questa disamina – come si tratti di fenomeni peculiari assolutamente non assimilabili alle fattispecie privatistiche se non nella comune tendenza (propria di ogni parte e branca dell’ordinamento) a favorire meccanismi tanto agili quanto partecipati di ADR.

Avendo questo contributo ad oggetto le modalità di formalizzazione della conciliazione, non tratteremo quindi della conciliazione giudiziale e di quella giudiziale non contenziosa<sup>7</sup>, limitandoci ad esaminare la conciliazione stragiudiziale e quella pre-giudiziale, cioè quelle forme di conciliazione che si svolgono avanti a soggetti terzi diversi dal Giudice, cioè avanti a soggetti che NON sono anche investiti della funzione giurisdizionale in generale, ovvero, in particolare, del potere di decidere quella specifica controversia che è chiamato a conciliare.

Ai fini del nostro esame tratteremo assieme le diverse forme di conciliazione stragiudiziale e pre-giudiziale, che possono essere distinte secondo le forme che assumono e che sono le seguenti:

- generale libera
- generale amministrata
- formalizzata (in relazione a specifiche materie: ad es. materia societaria)
- pubblica / amministrativa

### Conciliazione libera

Si caratterizza per l’assenza totale di formalità: ha solo efficacia negoziale e nessuna prescrizione o regola procedimentale<sup>8</sup>.

E’ la forma originale e “primigenia” della conciliazione, come si svolge da sempre e tuttora tra due soggetti che – al di fuori di una fattispecie negoziale in divenire<sup>9</sup> - devono prevenire o porre fine ad un conflitto tra opposti interessi derivante da una pretesa giuridicamente rilevante che risulta (almeno parzialmente) inadempita.

6 Cfr., sul punto: A.M. SANDULLI, *Le funzioni neutrali della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di A. SEGNI*, Milano 1966, vol. IV, p. 265.

7 Che hanno una disciplina specifica, caratterizzandosi per l’intervento del Giudice e quindi presentando la particolarità che l’esito della conciliazione, laddove determini il riconoscimento di una determinata prestazione, costituisce titolo esecutivo.

8 In ciò è accomunabile all’arbitrato “libero” che è peraltro una peculiare caratteristica del nostro sistema

giuridico.

9 In tal caso il “contrasto” ed il confronto tra le parti è la fisiologica contrapposizione tra interessi contrapposti che trova sistemazione originaria – attraverso la fase delle trattative - nell’accordo contrattuale. Peraltro, in questa configurazione dell’assetto di interessi, la trattativa si presenta “a somma zero” cioè – limitatamente ad ogni singolo affare – che si caratterizza perchè ad ogni vantaggio per una parte corrisponde direttamente una uguale ed inversa perdita per l’altra.

4 Non sorprenderà che il dibattito e le problematiche esposte siano assimilabili a quanto avvenuto in relazione alla natura ed alla collocazione sistematica dell’arbitrato, in particolare nella forma irrituale (su cui ampiamente, cfr. C. Punzi, *Sistema e problematiche del processo civile*, Giappichelli, 2008, III, 258-283.

5 Norma che prevede una particolare limitazione: per le cause che rientrano nella competenza del Giudice di pace, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo; per le altre ipotesi, ha solo l’efficacia della scrittura privata riconosciuta in giudizio; limitazione che è stata criticata dalla dottrina.

Ma conciliazione è anche quella che scaturisce dal componimento bonario di situazioni non giuridicamente (ma emotivamente e personalmente) rilevanti.

L'esito di tale ulteriore e più ampia forma conciliativa, non avendo riguardo a diritti soggettivi o a prestazioni aventi un carattere patrimoniale, può senz'altro essere oggetto di una formalizzazione, ma che però non potrà avere natura ed efficacia contrattuale.

L'ampliamento in questa direzione della funzione conciliativa è frutto di una complessivo estensione dell'area delle ADR complessivamente considerate: in questo senso deve leggersi anche la recentissima introduzione in tema di arbitrato dell'art. 808-bis c.p.c. che prevede la deferibilità alla composizione arbitrale anche di controversie avente fonte non contrattuale.

La conciliazione può avere natura semplice, ovvero contenuto transattivo, laddove ricorrano le condizioni previste dalla legge (art. 1965 cod. civ.): nel primo caso il documento avrà mero valore di scrittura privata, nel secondo caso avrà la stabilità particolare attribuita dalla legge al negozio transattivo<sup>10</sup>.

## B. Conciliazione amministrata

E' quella forma di conciliazione il cui procedimento è regolato non da forme normative ma da forme (auto)regolamentari, emanate (o adottate) da quei soggetti e/o organismi che svolgono stabilmente la funzione conciliativa.

Nel nostro ordinamento il caso più significativo è costituito dal Regolamento uniforme di conciliazione adottato da Unioncamere nazionale (2005) che regola alcuni rilevanti aspetti della procedura<sup>11</sup>:

- **Esito negativo:** possono essere verbalizzati l'esito dell'incontro, l'impossibilità o rifiuto di una parte di sottoscrivere. L'esclusione dalla verbalizzazione di ulteriori contenuti è finalizzata ad evitare tatticismi della parte più scaltra intenta ad ottenere dichiarazioni della controparte da poter utilizzare in giudizio anche solo per metterla in cattiva luce.

- **Esito positivo:** è prevista la redazione di due distinti documenti: un verbale di conciliazione (sottoscritto dalle parti e dal conciliatore) ed un accordo (scrittura privata sottoscritta solo dalle parti): in tal modo si distingue il *modus conciliandi* dal contenuto (strettamente contrattuale, ove ricorre) della conciliazione.

- **riservatezza:** con apposita dichiarazione sottoscritta dal conciliatore, del quale si esclude la possibilità che sia sentito come teste nel futuro eventuale giudizio.

Si pone, peraltro, il problema assai delicato del fondamento normativo di una simile esclusione, tenuto conto che le cause di incapacità a testimoniare sono tassativamente previste dalla legge e solo per alcune normative professionali (tra le quali non è ancora inclusa la figura del conciliatore), con la conseguenza che l'impegno negoziale alla riservatezza e l'incapacità a testimoniare potrebbe risultare inopponi-

bile all'autorità giudiziaria che disponga l'audizione del soggetto<sup>12</sup>, se non si ritenesse estensibile almeno in via analogica la disciplina relativa al segreto professionale anche al conciliatore, quale che sia la forma in cui viene esercitata tale funzione

## C. Conciliazione pre-giudiziale

La conciliazione pre-giudiziale è prevista dalle norme processuali quale soluzione preventiva a carattere facoltativo<sup>13</sup> ovvero quale vero e proprio filtro obbligatorio, il cui mancato esperimento paralizza il giudizio comunque proposto<sup>14</sup>.

Negli ultimi anni, si è assistito ad una proliferazione di previsioni normative, prive di un centro logico e sistematico, seguendo spesso le mode del momento.

Si sono creati così una pluralità di poli e di modalità conciliative, riferibili a principi informativi piuttosto eterogenei.

Per tentare una esame che non si disperda in una mera elencazione di ciascuna ipotesi e forma, appare preferibile tentare di individuare gli elementi essenziali che consentono una più diretta ed interessante chiave di lettura del fenomeno.

Gli elementi caratterizzanti le ipotesi possono essere così sintetizzati:

I la previsione (o meno) della obbligatorietà del tentativo di conciliazione/mediazione  
 II la individuazione/predisposizione (o meno) di organismi speciali di conciliazione /mediazione

III la regolamentazione (o meno) della forma e degli effetti della istanza / domanda

IV la regolamentazione (o meno) della procedura

V la regolamentazione (o meno) della forma del verbale positivo

VI la regolamentazione (o meno) della forma del verbale negativo

VII la regolamentazione della efficacia dell'atto conciliativo

VIII la regolamentazione della utilizzabilità esterna degli atti e delle verbalizzazioni

IX la possibilità (o meno) che il conciliatore formuli una proposta di conciliazione (e la possibilità per le parti di verbalizzare la propria posizione in merito).

### i. la previsione (o meno) della obbligatorietà del tentativo di conciliazione/mediazione

La prima distinzione rilevante attiene alla previsione di un rapporto di strumentalità necessaria o meramente eventuale tra conciliazione e successivo giudizio di merito.

Nel primo caso il tentativo di conciliazione<sup>15</sup> è previsto come condizione di procedibilità del giudizio, distinguendosi peraltro le ipotesi in cui la mancata preventi-

12 Il cui inadempimento è comunque sanzionato - come noto - da una pena pecuniaria di importo non elevatissimo

14 Determinandone la temporanea improcedibilità: è il caso del rito del lavoro.

13 È il caso del nuovo rito societario, dovendosi precisare che le parti possono (o meno) inserire tale clausola nello statuto sociale, ma se tale previsione ricorre, produce effetti vincolanti.

15 Ponendosi in tal modo l'accento sul profilo prevalentemente burocratico che ha poi effettivamente assunto la poco convinta partecipazione degli interessati alla fase conciliativa

10 Irrevocabilità; limitazione delle ipotesi di annullabilità; esclusione della rescissione per lesione.

11 In particolare l'art.6 del regolamento

va proposizione della conciliazione è rilevabile d'ufficio<sup>16</sup>, ovvero l'eccezione può essere solo proposta dalla parte<sup>17</sup>.

In ogni caso, il Giudice deve sospendere il giudizio in attesa che il tentativo sia proposto<sup>18</sup>.

Nel secondo caso (conciliazione non obbligatoria), si tratta di una facoltà ulteriore prevista per consentire alle parti di evitare il giudizio.

### ii. la individuazione/predisposizione (o meno) di organismi speciali di conciliazione

Caratteristica costante delle normazioni recenti in tema di conciliazione è l'individuazione del soggetto cui affidare il procedimento conciliativo.

Nella maggior parte dei casi, vi è anche l'individuazione (se non direttamente l'istituzione) di un organismo *ad hoc* cui è affidata la conciliazione per la materia oggetto della regolamentazione<sup>19</sup>.

Per altri casi vi è invece l'individuazione delle Camere di commercio come soggetto incaricato<sup>20</sup>.

Per la conciliazione societaria<sup>21</sup>, vi è la previsione innovativa che – oltre ed in alternativa alle camere di commercio<sup>22</sup> – la conciliazione possa essere affidata a organismi privati riconosciuti dal Ministero della Giustizia.

Nelle sopra menzionate ipotesi, i soggetti investiti del *munus* di conciliatore sono soggetti terzi ed assolutamente indipendenti dalle parti; vi sono tuttavia ulteriore forme (temporalmente più risalenti), nelle quali la conciliazione è invece istituito domestico<sup>23</sup>, che si svolge presso la società che eroga il servizio (o il suo rappresentante di categoria nazionale), prevedendosi in tal caso – quale bilanciamento parziale – l'affidamento degli interessi dell'utente alla rappresentanza delle associazioni dei consumatori.

### III. la regolamentazione (o meno) della forma e degli effetti della istanza / domanda

La eventuale regolamentazione degli effetti della domanda è finalizzata ad evitare che il ritardo nella proposizione del giudizio per il protrarsi del tentativo di concilia-

16 È l'ipotesi del rito del lavoro, ma anche delle controversie in materia di subfornitura, telecomunicazioni e diritto d'autore.

17 È l'ipotesi del rito societario

18 Ma non anche necessariamente esaurito

19 È l'ipotesi delle discipline per il diritto d'autore, per le telecomunicazioni; discorso a parte meritano le ipotesi di riforma delle conciliazioni sulle parcelle dei professionisti

20 È il caso della conciliazione consumerista, per il turismo e le pulitintorie

21 Che è richiamata integralmente dalla disciplina in tema di patto di famiglia (768octies cc)

22 Non è però il caso del franchising ove si applica la conciliazione societaria ma solo presso le camere di commercio

23 È il caso di Telecom italia, Poste italiane, Ania e Ombudam bancario

24 Vi sono infatti ipotesi (impugnative, revocatorie ed azioni di responsabilità, per esempio) in cui le decadenze previste dalla legge non sono impedito dalla diffida stragiudiziale, occorrendo la proposizione della domanda giudiziale.

zione possa pregiudicare<sup>24</sup> i diritti delle parti e, per l'effetto, che tale preoccupazione precluda totalmente o parzialmente – anche solo per ragioni di tempo – una proficua conduzione della mediazione.

Per tale ragione, le più recenti previsioni normative<sup>25</sup> hanno esteso alla domanda di conciliazione la capacità di produrre gli stessi effetti della domanda giudiziale, a condizione che ne contenga tutti gli elementi identificatori<sup>26</sup>.

In altre ipotesi<sup>27</sup>, vi è la più limitata previsione della sospensione dei termini in pendenza della procedura conciliativa.

### iv. la regolamentazione (o meno) della procedura

Si tratta di caratteristica più spiccatamente a macchia di leopardo, risultando regolamentata solo con continuità solo nelle forme conciliative più recenti<sup>28</sup>.

La novità della previsione è correlata alla crescente consapevolezza che la conciliazione e la mediazione siano il frutto di una tecnica e di una professionalità che non procede per mero spontaneismo, ma si va dotando e va affinando “protocolli operativi” (anche relativi ai singoli specifici settori di intervento) che sono il frutto tanto delle esperienze pratiche, quanto delle riflessioni sulle forme più adeguate che consentano alle parti l'effettiva risoluzione delle questioni controverse.

### V. la regolamentazione (o meno) della forma del verbale positivo

Il conciliatore deve saper valutare se – raggiunta la conciliazione tra le parti – sia possibile o meno formalizzare contestualmente tutto il contenuto anche negoziale delle intese raggiunte.

La mediazione positivamente esperita, infatti, può comportare che al contenuto conciliativo (superamento del contrasto e delle contrapposizioni) si accompagni un vero e proprio contenuto negoziale incidente in termini novativi (transazione) o innovativi (costituzione di nuovi rapporti giuridici).

In tal caso, è preferibile redigere due distinti documenti:

a) il “verbale di conciliazione” sottoscritto dal conciliatore e dalle parti

b) la scrittura privata contenente l'accordo negoziale, sottoscritto solo dalle parti (e preferibilmente allegato con richiamo al verbale)

Ne consegue che il conciliatore deve guidare le parti ad una opportuna verbalizzazioni valutando se è possibile che il documento contrattuale sia integralmente redatto o sia preferibile accedere ad una formalizzazione intermedia.

25 In primis la conciliazione in materia societaria e le altre materie cui è applicabile

27 Conciliazione avanti al Corecom in materia di telefonia;

26 Per verificare sia che tutte le domande proposte siano state preventivamente sottoposte al tentativo di conciliazione; sia che rispetto a tutte le domande si possa produrre l'effetto impeditivo anticipato descritto nel testo.

28 È il caso del franchising, del patto di famiglia, della subfornitura e delle telecomunicazioni.

In tal caso si potrà avere:

- una mera *dichiarazione d'intenti*
- una *puntuazione specifica* del contenuto degli accordi da formalizzare
- un *contratto-quadro* che regola i futuri rapporti specifici (ma non vincola le parti ad averne)<sup>29</sup>
- un *contratto preliminare*

La conseguenza è che nelle prime due ipotesi si avrà una rilevanza meramente pre-contrattuale<sup>30</sup> della scrittura elaborata; nel secondo caso si avrà un contratto perfetto ma non vincolante tra le parti in assenza di un ulteriore rapporto che alimenti il negozio-quadro e da questo sia regolato; nel caso del preliminare produrrà invece dirette obbligazioni sulle parti.

## VI. la regolamentazione (o meno) della forma del verbale negativo

Alcune discipline regolano anche la forma che deve assumere il verbale negativo, nella consapevolezza, che si è fatta progressivamente strada, che sia preferibile evitare che l'esito negativo esasperi il tatticismo delle parti in vista della fase giudiziale divenuta a quel punto inevitabile.

Il Conciliatore deve quindi procedere ad una verbalizzazione minima, dando atto sicuramente della mancata presenza di una parte al procedimento di conciliazione, ovvero del rifiuto di sottoscrivere il verbale.

La verbalizzazione delle dichiarazioni delle parti appare opportuna solo se le parti intendano chiarire la propria posizione, non anche qualora intendano commentare l'altrui posizione o addirittura pretendano che sia riportata secondo il loro opinamento.

Inoltre, solo su richiesta delle parti il conciliatore potrà operare una descrizione ed una valutazione delle posizioni assunte dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione<sup>31</sup>.

## VII. la regolamentazione della efficacia dell'atto conciliativo

Questa può assumere differenti contenuti, quanto ad efficacia inter partes.

- scrittura privata<sup>32</sup>
- scrittura privata riconosciuta (nella conciliazione giudiziale non contenziosa avanti al Giudice di pace ex art.322 cpc)

<sup>29</sup> È il caso della regolamentazione dei rapporti futuri di collaborazione (quale agenzia, mandato...), che presuppongono una successiva manifestazione di volontà allorché il mandante affida la cura dello specifico affare al mandatario.

<sup>30</sup> Nel senso di rilevanza ex art.1337 cod. civ.: una efficacia assai limitata cui ricorrere solo in casi di estrema difficoltà.

<sup>31</sup> Facoltà invece prevista sempre per la conciliazione societaria.

<sup>32</sup> Avente natura meramente contrattuale, salvo che le parti abbiano l'accortezza che la parte "negoziale" dell'accordo non sia recepita in un atto autenticato da notaio, che ha valore di titolo esecutivo ai sensi del riformato art.474 cpc.

<sup>33</sup> Per la quale ipotesi vale quanto osservato sub nota 26

- transazione (o contratto innovativo)<sup>33</sup>
- titolo esecutivo (474 c.p.c.)

Una specifica rilevanza normativa ha il verbale di conciliazione nella *disciplina societaria*.

Alla stessa stregua di quanto previsto per altri riti, come ad esempio per il processo del lavoro (art. 411 c.p.c.), il legislatore delegato ha inteso attribuire, in virtù del dettato dell'ultimo comma dell'art. 40, al verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore, valenza di "titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale".

L'ottavo comma dell'articolo 40, tuttavia, subordina tale efficacia ad un controllo sulla regolarità formale del procedimento. La verifica è eseguita dal Presidente del Tribunale del luogo dove ha sede l'organismo di conciliazione, che provvede con decreto, *inaudita altera parte*.

La disciplina del rito societario (decreto legislativo n. 5/03) non ha regolato il procedimento di omologazione<sup>34</sup>, di talché si è ritenuta applicabile la procedura prevista per l'omologazione del lodo arbitrale (art.825 c.p.c.).

Anche questa norma, infatti, prevede un controllo relativo alla regolarità formale del procedimento ed una dichiarazione di esecutorietà da ottenersi mediante decreto emesso dal Presidente del Tribunale.

Successivamente, il regolamento ministeriale n. 222/04 ha introdotto alcune limitate previsioni.

Ha da un lato stabilito (art. 8, comma 2) che la trasmissione del verbale al Presidente del Tribunale avvenga, senza ritardo, ad opera dell'organismo di conciliazione o dello stesso conciliatore al responsabile del registro.

Ma tale attività è condizionata dalla istanza di parte (è ipotizzabile anche l'istanza congiunta).

L'istanza, da proporsi al responsabile del registro nella forma del ricorso, deve contenere (oltre a quella di trasmissione) la richiesta di apposizione della esecutorietà e fornire tutti gli elementi che consentano al Presidente del Tribunale l'esercizio del controllo formale sul verbale.

Il verbale verrà depositato, dal responsabile del registro dell'organismo di conciliazione in originale o in copia conforme.

Il Presidente del Tribunale è chiamato a verificare:

- 1) le sottoscrizioni delle parti e del conciliatore;
- 2) che la controversia conciliata avesse un oggetto ricompreso nelle materie previste dall'art. 1 del d. lg. n. 5 del 2003;
- 3) che l'organismo di conciliazione abbia le caratteristiche previste dall'art. 38 del d. lg. n. 5, i cui estremi debbono essere indicati (a norma del settimo comma dell'art. 40) nel medesimo verbale di conciliazione.

<sup>34</sup> Se non, come si vedrà poco oltre, sotto il profilo del reclamo avverso i provvedimenti del Presidente del Tribunale



In analogia con il già ricordato articolo 825 c.p.c., il provvedimento reso dal Presidente del Tribunale, se di segno negativo, può essere reclamato al collegio del Tribunale, a norma dell'art. 27 del d. lg. 5/03. In questo caso, il Presidente che ha emesso il provvedimento reclamato non potrà far parte del Collegio (comma 2 dell'art. 27).

Si è posta la questione se il procedimento di rigetto del reclamo possa essere comunque impugnato, ex art. 111, settimo comma, della Costituzione, innanzi alla Corte di Cassazione<sup>35</sup>, malgrado l'espresso richiamo alla non impugnabilità contenuto nel terzo comma dell'art. 27.

A tale quesito deve risponderci **negativamente** sia perché non rientra nei dettami formali previsti dall'art. 111 Cost., sia perché con tale provvedimento non si dispone di diritti, i quali sono già stati regolati dalle parti con la sottoscrizione della conciliazione, ma si dispone soltanto dall'esecutorietà del verbale di conciliazione, quindi del solo modo di esercizio di quei diritti.

E la riprova di ciò può essere rinvenuta nella circostanza che il verbale di conciliazione, che non sia dichiarato esecutivo, conserva, in ogni caso, la sua vincolatività negoziale tra le parti (vedi anche il dettato dell'art. 322 c.p.c., ultimo comma).

#### **Viii - la regolamentazione della utilizzabilità esterna degli atti e delle verbalizzazioni**

E' chiaro che le limitazioni alla utilizzazione dei documenti della conciliazione riguardano (con le distinzioni operate dall'articolo 7, comma 5, del regolamento n. 222/04 per la conciliazione societaria) solo i casi in cui la conciliazione non sia riuscita, o sia riuscita solo parzialmente; nelle ipotesi di conclusione positiva della conciliazione i documenti prodotti dalle parti saranno, infatti, necessari ai fini della dichiarazione di esecutorietà di essa, essendo il verbale di conciliazione, a norma dell'ottavo comma dell'art. 40, titolo esecutivo e previa valutazione della regolarità formale, per cui tutti i documenti prodotti nella fase di conciliazione concorrono alla verifica di tale "regolarità" del procedimento.

Il limite previsto dal legislatore, non può dunque riferirsi ai documenti provenienti dalle parti e da queste utilizzate nel tentativo di conciliazione, perché ciò – comprimendo in modo intollerabile il diritto di difesa – impedirebbe alle parti di produrli nel successivo giudizio.

#### **IX - la possibilità (o meno) che il conciliatore formuli una proposta di conciliazione (e la possibilità per le parti di verbalizzare la propria posizione in merito).**

Nella disciplina della conciliazione societaria, se le parti lo richiedono congiuntamente, il conciliatore è tenuto a formulare una propria proposta di conciliazione

“rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare”.

La norma, introdotta dal decreto legislativo n. 37 del 6 febbraio 2004, si sostituisce alla precedente previsione, secondo cui l'iniziativa poteva essere di una sola parte.

In tal modo (rendendo in realtà superflua la disposizione), la conciliazione societaria viene ad essere (per tale aspetto) ricondotta alla condizione di tutte le altre forme di conciliazione, ove solo la volontà congiunta delle parti può introdurre – in assenza di diversa disposizione di legge – un obbligo per il mediatore di tenere una determinata condotta o svolgere un'attività.

Si è posta quindi la questione di quale possa essere l'utilizzo, nel successivo giudizio, di tale proposta e della successiva verbalizzazione delle posizioni delle parti.

Da un lato non può esserne vietata la produzione in giudizio, anche se il giudice non potrà tenerne conto ai fini del decidere, perché solo alcune norme speciali considerano rilevanti ai fini della regolamentazione delle spese di lite i comportamenti tenuti in sede di conciliazione (è il caso del comma 5 dell'articolo 40 del d. lgs. 5 in materia societaria). In tutti gli altri casi, dunque, potranno valere quali indizi (valutabili ex art. 116 secondo comma c.p.c.).

Allo stesso modo il giudice potrà utilizzare le risultanze della mancata conciliazione, ivi comprese le posizioni delle parti, ai fini della formulazione della sua ipotesi conciliativa, in tutti quei casi in cui la legge l'imponga o l'occasione lo consenta.

#### **D. Conciliazione pubblica/amministrativa**

##### **A1. Servizi pubblici essenziali**

Nella materia dei servizi pubblici essenziali è previsto il peculiare intervento del Prefetto.

Tale forma di conciliazione è tuttavia correlata ad un potere impositivo di carattere amministrativo (il Prefetto può precettare anche chi non “sciopera tecnicamente” come i farmacisti).

Per tale ragione, difettando di una compiuta posizione di terzietà e in ragione del ruolo pubblicistico svolto, non può avere caratteristica eminente di riservatezza (anche se è una importante opportunità).

E' non solo una figura che opera e viene scelta per la sua competenza e la sua collocazione, ma esercita altresì una Auctoritas che deriva dalla Potestas

Anche se non si tratta di diritti disponibili la verbalizzazione è profilo delicato potendo essere utilizzata strumentalmente in altri contesti (anche se non giudiziali).

Altre ipotesi minori di conciliazione con efficacia vincolante:

##### **A2. accordo bonario per opere del genio**

**A3. accordo bonario per contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (Merloni quater)**

**A4. Codice unico dei contratti pubblici (dlgs 163/2006): riprende lo schema merloni quater**

<sup>35</sup> Cfr. G. ARIETA – F. DE SANTIS,

**B1. La conciliazione in sede disciplinare**

E' la estrinsecazione della potestà attribuita agli ordini professionali territoriali nei confronti dei loro iscritti (nonché degli iscritti di altri ordini che abbiano posto in essere condotte all'interno del circondario del tribunale presso il quale è istituito l'ordine).

Fenomeno analogo a quello sub A1 in cui la auctoritas è frutto anche della potestà disciplinare diretta nei confronti dei conciliandi.

**B2. La conciliazione tra cliente e professionista**

E formula sofferente perché accompagna le difficoltà correlate alla crisi della funzione disciplinare, allo squilibrio derivante dal fatto che la conciliazione avviene da parte di un ordine professionale tra un soggetto che è iscritto a quest'ultimo e un extraneus.

Nelle prospettive di riforma si ritiene, ma tale soluzione suscita forti perplessità, che il sistema possa essere aggiornato prevedendo la partecipazione delle associazioni di consumatori, assimilando tale sistema a quello (parimenti domestico) della conciliazione per la Telecom, l'ANIA e Ombudam bancario.

Avv. Andrea  
MELUCCO

## Medicina difensiva e risk management: problematiche assicurative in relazione alla mediazione e conciliazione delle controversie.

### 1. La estensione del contenzioso per responsabilità professionale In campo medico

**S**ono passati quasi venti anni da quando l'enciclopedia del diritto, nel trattare sistematicamente i vari profili della responsabilità civile, distingueva categoricamente tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale<sup>1</sup> ma non introduceva una apposita voce per la responsabilità professionale<sup>2</sup>.

Oggi, quel momento è a tal punto distante nel tempo e tanto la responsabilità professionale – medica in particolare<sup>3</sup> - ha conquistato la scena, assurgendo a modalità tipica che connota le frizioni anche *lato sensu* sociali che attraversano le dinamiche evolutive delle nostre società, che anche le vicende più incredibili stentano ad apparire inverosimili<sup>4</sup>.

Esaminando più da vicino il termometro “emotivo”, non vi è dubbio che i medici sono sotto attacco: si sentono al centro di una eccessiva attenzione ed aspettativa che li pone sulla difensiva, non tanto per timore dell'errore quanto delle conseguenze giudiziali derivanti dal vedersi proporre azioni risarcitorie (fondate o infondate non importa).

Così se negli anni le risposte organizzative – sul piano della pianificazione terapeutica (i protocolli) e sul piano dell'organizzazione delle strutture mediche e ospedaliere (il Clinical Risk Management<sup>5</sup>) – si sono sviluppate e sono andate di pari passo con le innovazioni tecnologiche, diagnostiche e farmaceutiche, conquistando attenzione anche sul piano della comunicazione e dello studio, non vi è dubbio come ogni strumento di studio e di approfondimento sia inidoneo a lenire, supportare o sostenere il singolo professionista che si vede addebitata una responsabilità e/o richiedere un ingente risarcimento.

E' in questa ottica, quella del singolo professionista, solo di fronte alla avversa pretesa (giusta o ingiusta non importa), che rischia di diffondersi un atteggiamento reattivo che la letteratura di fonte medica ha già definito come “medicina difensiva”. E la rilevanza del fenomeno e l'im-

1 Giuffrè, Milano, 1988, volume XXXIX.

2 come invece pochi anni dopo farà l'Enciclopedia Giuridica, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1991, vol. XXVII che prevede la voce “responsabilità del professionista”.

3 ma casistica amplissima ha riguardato la professione notarile, come si va oramai ampliando quella relativa agli avvocati

4 Questa storia mi è stata riferita qualche mese fa: un signore stanco di vivere ingerisce sostanze velenose, ma viene scoperto ancora in vita: condotto in ospedale, muore perché ivi non è disponibile l'antidoto; a seguito del decesso i parenti agiscono per danni contro i medici....

5 Cfr. Alessia Comacchio e Paolo Moreni, L'incident Reporting come strumento di riduzione del rischio clinico: test di fattibilità, in Rivista di diritto delle professioni sanitarie, 2006 (9) 1

portanza che va acquisendo è testimoniata da altri segnali di primario rilievo, che mi permettono di richiamare in ordine sparso:

◆ È sorta da diversi anni una associazione che raccoglie e tutela i medici accusati di malpractice<sup>6</sup>.

◆ l'estensione e l'ampliamento dei casi di azione di risarcimento per danno contabile intentate avanti la Corte dei Conti: si era finora parlato dei casi di ultra-prescrizione (anabolizzanti per nanismo ai culturisti) ma non di iper-prescrizione (le recenti indagini della Corte dei Conti per la Lombardia).

◆ la medicina difensiva è divenuta non solo argomento di saggi o di dibattiti, ma viene insegnata in master o corsi<sup>7</sup>.

◆ Un manuale di recente pubblicazione di "Medicina generale" trattando della responsabilità professionale, esamina *ex professo* la medicina difensiva, accanto alle problematiche sulla informazione del paziente e del consenso.

Orbene, se tutti i segnali non sono univocamente nel senso della chiusura corporativa, non vi è dubbio che la stessa "astrazione" del fenomeno della reazione, dalle sue cause, quale "specialistico" e specifico campo di indagine può essere utile per richiamare l'attenzione sulle distorsioni, ma costituisce esso stesso un pericolo laddove il sintomo e la reazione non vengano trattati e curati con la causa che è a monte.

E a monte non vi è dubbio che si ponga l'aumento esponenziale delle azioni risarcitorie intentate nei confronti dei medici e delle strutture ospedaliere sia pubbliche che private.

In mancanza di un Osservatorio Nazionale sul fenomeno, è difficile misurare le dimensioni del conflitto in ambito sanitario. Alcuni dati, relativi ai sinistri denunciati in relazione a polizze di responsabilità civile professionale del medico, sono forniti da uno studio dell'Ania (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici):

Anno	numero sinistri denunciati
2000	10.084
2001	11.487
2002	10.946
2003	10.585
2004	11.932

Dati ancor più risalenti (1999), indicano al 300% il rapporto sinistri/premi (rappresentando tale numero che per ogni euro che le compagnie incassano di premi, ne pagano 3 di risarcimenti).

6 AMAMI (Associazione Medici Accusati di Malpractice Ingiustamente) che ha celebrato a febbraio 2006 il suo terzo congresso nazionale, ove ha avanzato proposte assai serie e responsabili, lungi dall'assumere quell'atteggiamento di chiusura corporativa che la

stessa denominazione poteva far presagire.

7 Nel senso che è argomento di insegnamento in corsi specialistici: solo per citare un caso rinvenuto su internet, nel maggio 2007 ad Ancona una Onlus (la S.E.R.E.S. di Osimo) ne ha tenuto uno.

Allo stesso modo, l'incidenza emolumenti / premi nelle professioni sanitarie era nello stesso periodo al 10%, segnalandosi da qualcuno la sostenibilità (per il professionista, non per le compagnie, visti i dati di cui sopra) a fronte di ben diverse percentuali cui sono soggetti i sanitari statunitensi, per i quali l'onere sale sino al 30%.

In una ricostruzione tradizionale, l'aumento del contenzioso è stato posto in relazione con:

- l'aumentata consapevolezza nei pazienti dei propri diritti
- la crescente sensibilizzazione da parte dei cittadini
- l'evoluzione tecnico-scientifica che consente un maggior controllo *ex post*
- l'evoluzione del concetto stesso e dei confini della responsabilità civile, intesa come diritti tutelati e tipologie di danni risarcibili

il tutto è stato utilmente sintetizzato come *disintegrazione del modello ipocratico / paternalistico ed affermazione del principio personalistico che privilegia l'autonomia, l'autodeterminazione e l'invulnerabilità della persona intese sia sotto il profilo della sua integrità fisica, sia sotto il profilo della libertà personale.*

L'aumento di tali azioni, peraltro, si accompagna a (nel senso che non è solamente frutto di):

◆ sfiducia del cittadino nei confronti dei professionisti in generale e dei medici in particolare (scarsa trasparenza nel rapporto paziente/medico, così come nelle altre professioni: lo strumento del consenso informato può apportare miglioramenti in altri campi – professione forense ad esempio ove si è ancora più arretrati - avvocati – ma è un meccanismo che forse non ha aiutato i medici come essi stessi speravano).

◆ sfiducia nella giustizia (e sua gravissima inefficienza: tempi lunghi, complessità delle cause nel civile – azione telecomandata nel penale<sup>8</sup>).

◆ sfiducia (e grave inefficienza) nei meccanismi di autocontrollo delle professioni, sui quali, non solo in campo medico, si riserva tutta quell'ansia di giustizialismo spicciolo e individuale che è frustrato dalle inefficienze del sistema di repressione penale: il cliente/paziente insoddisfatto cerca "vendetta" attraverso la sanzione disciplinare. Ma a sua volta la disciplina diviene luogo di facili chiusure corporative<sup>9</sup>.

8 telecomandata nel duplice senso a) eterodiretta, frutto della oramai assoluta inattualità ed inattuabilità della natura obbligatoria dell'azione penale con la conseguenza che è il risultato di pressioni singolari o massmediatiche; b) azionata a notevole distanza di tempo dai fatti.

9 Ovvero a sua volta randello per tentare una chiusura in senso corporativo: non so infatti interpretare diversamente il fatto che con decisione 212/2001 la Commissione centrale esercenti professioni sanitarie ha (dovuto ...?) evidenziare che "non può essere accusato di aver violato il principio deontologico del rispetto

reciproco tra medici quel professionista (medico) che - nell'esercizio di consulente tecnico del pubblico ministero - accusi, nell'ambito di un processo, altri colleghi di aver commesso imprudenze e inerzie". L'autorevolezza dell'etica e della deontologia debbono - ovviamente - coniugarsi con la riservatezza, la severità, il rigore metodologico, l'accuratezza, il rispetto delle parti, l'indipendenza morale, culturale e scientifica, la competenza nonché con la consapevolezza dei propri limiti". Se si è dovuto affermare tale principio, significa che la deontologia viene usata in modo distorto per frenare il pieno adempimento delle funzioni accertative, in una parola in modo *corporativo*.

Sotto il profilo tecnico giuridico, l'espansione dell'area della risarcibilità ha anche messo in evidenza i punti dolenti della responsabilità professionale, che sono costituiti (in sintesi):

a) **equiparazione delle posizioni dei liberi professionisti** e dei pubblici dipendenti sotto il profilo del dolo e della colpa grave (da un lato) e della responsabilità contrattuale (per tutti – contatto sociale) dall'altro (a partire da Cass. Sez. Un. 6 maggio 1971, n.1282, che comporta la risarcibilità in tutti i casi anche per mancata guarigione, superandosi l'originaria impostazione della responsabilità come violazione del dovere del *neminem laedere*);

b) **centralità del consenso informato** quale scriminante in campo penale (art.5 cc; 13 primo comma e 32 secondo comma cost.) per il reato di lesioni personali e come automatica ipotesi di responsabilità in campo civile per illiceità del contratto (cfr. Cass. 364/1997, 12195/1998; 9617/1999; 10014/1994);

c) **articolazione dell'onere della prova** in relazione al grado della colpa (distinguendo tra imprudenza o negligenza ed imperizia) e della tipologia di intervento (se è intervento routinario l'onere della prova liberatoria grava sul medico, se il medico prova che l'intervento era complesso la prova della negligenza grava sul paziente);

d) **riduzione dell'ambito della obbligazione di risultato** in favore dell'obbligazione di risultato in tutte le ipotesi in cui il risultato era stato espressamente garantito (Cass. 9617/99), ovvero in cui la natura stessa dell'intervento presuppone la garanzia del risultato (chirurgia estetica routinaria: Cass. 4384/85 e 4245/83) moltiplicazione delle forme di danno risarcibile (e problematiche sulla sua limitazione, che sta travagliando la giurisprudenza di legittimità e non è escluso che porti a clamorosi ripensamenti):

- patrimoniale
- biologico
- esistenziale
- vita di relazione
- morale
- fisiognomico

f) **Le problematiche legate alla rivalsa delle assicurazioni e della PA**

## 2. Responsabilità solidale e parziaria: le domande degli operatori, le riflessioni dell'analisi economica del diritto e le prospettive di riforma

I sistemi anglosassoni conoscono metodi più radicali nell'apportionment of liability, che in alcuni casi<sup>10</sup> produce distorsioni ancora maggiori rispetto alle problematiche che agitano i nostri sonni, ma secondo metodologie che si presentano come

più trasparenti – a parere di scrive – poiché la caccia alla “*tasca profonda*” come meccanismo giudiziale esplicito si svolge direttamente nelle aule di giustizia e non è – come invece da noi – contrabbandata sotto le vesti della solidarietà passiva.

Inoltre, i sistemi anglosassoni, presentano in molti casi evidenti distinzioni tra risarcimento degli Economic damages (caratterizzati solidarietà) e degli non-economic damages (caratterizzati da responsabilità parziaria)<sup>11</sup>.

Nei sistemi europei la solidarietà è frutto tardivo (post-napoleonico ed illiberale, nel senso che i sistemi liberali classici, impostati sull'individuo e sulla responsabilità individuale ritenevano la responsabilità solidale una eccezione a carattere davvero straordinaria).

Pur essendosi acutamente e diffusamente dimostrato<sup>12</sup> come le norme degli articoli 2055 e 1227 cod. civ. introducano un sistema di responsabilità parziaria che concorre con il modello di solidarietà, non vi sono dubbi che questo sia il modello imperante nel nostro sistema di responsabilità civile.

Allo stesso modo, si pongono, specie rispetto alla responsabilità dell'operatore sanitario (comprendendosi non solo tutti i medici di ogni categoria e specializzazione, ma anche tutte le figure professionali ausiliare – tecnici, infermieri, ostetriche – che concorrono a rendere la complessiva prestazione sanitaria) tutta una serie di problematiche sempre più scottanti:

- la ripartizione di responsabilità per l'ipotesi di intervento in equipe
- responsabilità della struttura (che spesso, per le ipotesi in cui il medico operante non è dipendente assume forme occulte di responsabilità oggettiva)
- il concorso delle condizioni di salute del danneggiato (che spesso non viene considerato applicandosi in maniera rigorosa – e forse discorsiva – il principio della causa efficiente, fermo restando che l'eventuale valutazione del concorso del danneggiato avviene in termini ambigui, facendosi ora riferimento al grado/percentuale di contributo causale, ovvero ed in alternativa sulla base della gravità della colpa del medico).

Secondo le riflessioni svolte dall'Analisi Economica del Diritto, l'allocazione della responsabilità come oggettiva o soggettiva dipende (anche) dalla configurazione del rischio: se cioè la possibilità di prevenire il rischio appartiene ad entrambi (precauzione bilaterale) o ad uno solo (precauzione unilaterale).

Il meccanismo di responsabilizzazione delle strutture sanitarie mi pare incentrato su una latente precostituzione (oggettiva) di responsabilità, che fa leva sulla *culpa in eligendo* (i collaboratori, interni od esterni) piuttosto che su di una responsabilità specifica.

Tale meccanismo appare però in linea con l'analisi della precauzione unilaterale (anche se affidata ad un gruppo complesso di soggetti).

<sup>11</sup> Su tutte queste tematiche, d'obbligo l'esame del recentissimo ed amplissimo – per disamina, approfondimento e casistica citata – testo di Bruno Tassone “La ripartizione di

responsabilità nell'illecito civile”, Napoli, 2007.

<sup>12</sup> Così Tassone, cit., 93-164

<sup>10</sup> E' il caso celeberrimo Wood c. Disney 85/14/1



Il problema si sposta dunque sulla ripartizione interna di responsabilità e sulla effettiva contribuzione causale delle singole condotte, rispetto alla preesistente condizione del paziente.

La giurisprudenza della Suprema Corte, si pone tuttavia in termini assai drastici:

“In materia di rapporto di causalità nella responsabilità extracontrattuale, in base ai principi di cui agli art.40 e 41 cp, qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o dell'omissione resta sollevato per intero da ogni responsabilità per l'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possono dar luogo, senza il contributo umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità; in tal caso, infatti, non può operare una riduzione proporzionale in ragione della minor gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile e una concausa naturale non imputabile” (Cass. 16 febbraio 2001, n.2335).

Tuttavia il principio giuridico è a mio avviso solo apparente, perché si sovrappone indebitamente il profilo del concorso causale, con quello della colpa, che sono assolutamente diversi.

Ma su tali aspetti e problematiche torneremo più oltre.

### 3. La medicina difensiva

La medicina difensiva si definisce come un insieme di pratiche mediche basate sul timore delle conseguenze legali della responsabilità professionale piuttosto che sull'interesse ottimale del paziente.

La pratica della medicina difensiva può assumere due forme:

**attiva** – quando viene attuato un trattamento che è improduttivo di effetti benefici per il paziente

**passiva** – quando non viene attuato un trattamento che sarebbe utile per il paziente o si rinuncia a trattare determinati stati patologici o non si trattano determinati pazienti.

#### Conseguenze

◆ **Aumento della spesa sanitaria.**

◆ **Effetti negativi sui pazienti:**

se i trattamenti non necessari hanno effetti collaterali dannosi

se i medici non adottano trattamenti benefici perché li considerano rischiosi

### Lo scenario anglosassone

Nel 1995, Summerton ha realizzato un'indagine sui medici di famiglia del Regno Unito per verificare se essi fossero predisposti ad adottare pratiche di medicina difensiva in risposta al rischio di denunce da parte dei pazienti. La tabella seguente sintetizza i risultati:

#### Percentuale di medici propensi o molto propensi ad adottare un determinato comportamento

Pratiche attive di medicina difensiva		Pratiche attive di medicina difensiva	
Incremento degli accertamenti medici	63,8%	Incremento degli accertamenti medici	63,8%
Incremento dei controlli post-evento	63,4%	Incremento dei controlli post-evento	63,4%
Incremento degli esami diagnostici	59,6%	Incremento degli esami diagnostici	59,6%
Test diagnostici che comportano rischi per la salute	40,3%	Test diagnostici che comportano rischi per la salute	40,3%
Prescrizione di medicine non necessarie	29,3%	Prescrizione di medicine non necessarie	29,3%

Un'indagine del 2003 condotta negli Stati Uniti ha evidenziato risultati simili.

### Lo scenario italiano

Se da una parte il tema della predisposizione ad adottare pratiche di medicina difensiva da parte del medico di famiglia non risulta essere stato oggetto di indagine, alcuni segnali ci indicano che il problema non solo esiste, ma è destinato ad assumere un ruolo rilevante.

Recentemente, infatti, numerosi medici di famiglia sono soggetti ad indagine della Procura della Corte dei Conti per iperprescrizioni. Pur non potendo affermare che questo episodio di cronaca sia da mettere in relazione con comportamenti difensivi, appare evidente come questo tipo di fenomeno sia caratteristico della medicina difensiva.

Una indagine compiuta dalla FIMMG<sup>13</sup> ha raccolto dati piuttosto interessanti, per quanto riguarda il panorama italiano:

Nella pagina seguente riporto i dati che sono stati forniti

13 Federazione Italiana dei Medici di Medicina Generale: i medici di famiglia.

Quesiti	Si	No
Secondo Lei, l'exasperazione del concetto di responsabilità civile professionale e il timore di denunce da parte dei pazienti potrebbe indurre i medici italiani ad adottare comportamenti difensivi?	97	1
A Suo parere, il fenomeno della medicina difensiva - già oggetto di studio nei Paesi Anglosassoni - potrebbe in futuro costituire un problema anche in Italia?	94	4
Crede che sarebbe utile un maggior coinvolgimento dei medici di famiglia nella ricerca di soluzioni per prevenire il fenomeno della medicina difensiva, anche attraverso strategie di riduzione della conflittualità tra medico e paziente?	96	1 +1 astenuto
Riterrebbe utile la realizzazione di un'indagine che approfondisca il fenomeno della medicina difensiva nel nostro Paese?	97	1
<b>Totale partecipanti al sondaggio</b>		<b>98</b>

Il tema ha suscitato molto interesse e le risposte confermano praticamente all'unanimità che la medicina difensiva è un problema sentito, per il quale i medici riterrebbero utile un approfondimento e la ricerca di strategie preventive. Solo il 4% di chi ha risposto al sondaggio ritiene che la medicina difensiva non sia destinata a diventare un problema anche in Italia.

Sicuramente significative le osservazioni raccolte, dalle quali emerge che:

- 1) La medicina difensiva è un fenomeno esistente anche in Italia.
- 2) L'attuazione di comportamenti difensivi è considerata una logica conseguenza della crescente pressione esercitata sui medici.
- 3) Alcune categorie sono considerate più esposte di altre al rischio di adottare comportamenti difensivi (ospedalieri, medici di pronto soccorso)
- 4) Esiste una certa consapevolezza del fatto che la medicina difensiva aumenta i costi del sistema sanitario.
- 5) I media vengono considerati in parte responsabili del clima che si è creato tra medici e pazienti.

Numerosi anche i suggerimenti su possibili strade da percorrere per affrontare il problema:

- 1- Soluzioni alternative per la gestione delle controversie
- 2- Formazione dei medici
- 3- Formazione dei cittadini
- 4- Coinvolgimento di tutte le specialità in un progetto ad hoc
- 5- Utilizzo delle linee guida

#### Rapporto con il sistema della responsabilità.

La letteratura anglo-americana ha evidenziato l'esistenza di una relazione tra la severità delle norme relative alla responsabilità professionale e l'adozione di comportamenti difensivi. Dato che le pratiche di medicina difensiva sembrano provocare un aumento dei costi sanitari, ne deriva che l'exasperazione del concetto di responsabilità professionale può avere effetti significativi sul tasso di crescita della spesa sanitaria.

Secondo uno studio di Kessler e McClellan, le riforme che limitano direttamente la responsabilità riducono le spese ospedaliere in una misura che può essere posta tra il 5 ed il 9% entro 3-5 anni dalla loro adozione, mentre non hanno effetti negativi sul tasso di mortalità o sull'insorgere di complicazioni gravi.

Una simulazione indica che se negli Stati Uniti fossero state adottate delle riforme per limitare direttamente la responsabilità, le spese relative alle patologie cardiache sarebbero state circa 450 milioni di dollari più basse per ognuno dei primi due anni seguenti e quasi 600 milioni di dollari più basse per il terzo, quarto e quinto anno dopo la loro adozione.

#### 4. I modelli di risk management

Anche nel nostro paese, il crescente costo economico determinato dalle ipotesi responsabilità civile ha sensibilizzato l'adozione – dapprima per via spontanea (come forma di gestione ed ottimizzazione delle risorse) poi per via normativa (prima su base regionale, cui compete la normazione locale e la gestione del SSN, poi come progetti a livello nazionale) – di strumenti di monitoraggio, rilevazione e gestione della conflittualità sanitaria.

In tali modelli, che possono avere l'estensione più ampia e variabile, sono infatti ricomprese molteplici modalità di gestione:

- rilevazione ed aggregazione dei dati
- elaborazione di protocolli e disciplinari organizzativi e gestionali
- forme di gestione vera e propria del sinistro sotto forma di
- verifica e analisi delle sinistrosità in funzione della difesa giudiziale
- trattamento del sinistro in forma conciliativa
- autoassicurazione (totale o parziale: si può anche ipotizzare che la struttura o il professionista, assicurati se stesso entro un limite prefissato, contrattando una copertura assicurativa solo per gli importi eccedenti tale budget prefissato (c.d. assicurazione "delle punte").

Il risk management si pone come strumento virtuoso di gestione collettiva e si contrappone alla risposta individuale, cui è costretto il singolo professionista medico privo di strumenti organizzativi gestionali idonei.

Ne consegue che strumenti analoghi dovrebbero essere predisposti anche per i medici libero-professionisti che operano individualmente a livello di associazioni di categoria o sindacali.

### 5. I profili assicurativi nell'attuale assetto legislativo

La Responsabilità professionale ed il complessivo ramo della responsabilità civile non obbligatoria, costituisce – come sopra ricordato – un settore in perdita secca per le compagnie assicurative.

Allo stesso modo, la circostanza che l'assicurazione non sia obbligatoria, determina una crescente difficoltà per i medici (sinistrosi) a trovare copertura a costi ragionevoli.

Ancora, i meccanismi di polizza per la “tutela giudiziale” appaiono farraginosi, alternando modelli diversi (legale di scelta della parte, legale designato dalla compagnia, chiamata in causa della compagnia) che non assicurano alcuna efficienza e anzi spesso creano ulteriore disorientamenti tra gli stessi operatori.

Si aggiunga che le compagnie spesso ragionano anteponendo – anche in sede giudiziale – il profilo della propria esposizione finale (in caso di polizze a secondo rischio: in cui è prevista l'operatività della garanzia solo quando sia esaurito il massimale dell'altra garanzia che copre il medico o, rispettivamente, la struttura convenuta), con quello della responsabilità immediata dei soggetti coinvolti che sono tenuti a risarcire il danno e che non possono far valere le limitazioni di responsabilità del proprio assicuratore (collocato – in assenza di azione diretta – figurativamente sempre “alle loro spalle”), determinando ulteriore confusione ed incertezza, specie laddove le compagnie si trovano – salvo rivalsa verso i co-obbligati del proprio assicurato – in prima battuta esposte per l'intero importo della condanna, in barba alle limitazioni delle polizze e della garanzia a secondo rischio....

### 6. Le proposte in materia di assicurazioni obbligatoria

Non da oggi ordini professionali e organizzazioni di categorie da una parte, classe politica e assicuratori dall'altra, si rimpallano le relative responsabilità intorno alla partita centrale che si sta giocando: l'introduzione di una copertura assicurativa obbligatoria analoga a quella prevista oramai da un trentennio per la circolazione dei veicoli e dei natanti.

Il dibattito, che segue fasi alterne, è entrato – almeno dal 2004 – in una fase piuttosto calda. Nel novembre del 2004, l'allora sottosegretario alla Salute On. Cesare Curzi ne aveva per tutti – assicuratori, medici, danneggiati e strutture sanitarie, ricevendo risposta piccata dagli assicuratori<sup>14</sup>, poco inclini ad accettare l'obbligatorietà dell'assicurazione (senza adeguata contropartita).

E' singolare, peraltro che il dibattito sopra riportato costituisca anche un inquietante *deja-vu* per la categoria forense, quotidiana destinataria di analoghe invettive<sup>15</sup>, ripercorrendo il testo proposto tutti gli stereotipi della conflittualità oramai sclerotizzata tra categorie professionali e utenza (che termine orrendo, come se fosse stata appieno sindacalizzata...), conflittualità che oramai accompagna e pervade da anni anche l'attività degli avvocati.

In tal ottica non solo l'evoluzione e l'ampliamento dei servizi assicurativi può

costituire la risposta, perché non è l'esternalizzazione dei costi o la loro ripartizione che ne riduce di per sé l'impatto sulla collettività<sup>16</sup>, quanto la loro razionalizzazione.

Allo stesso tempo le proposte di riduzione dell'area di responsabilità per i professionisti rappresentano una soluzione assai discutibile<sup>17</sup> non solo perché assolutamente impopolare.

Ma riprendiamo i temi di Economic Analysis of Law sopra accennati.

Secondo una tesi autorevole<sup>18</sup>, “*se i consociati tengono una condotta efficiente quando lo standard di diligenza è fissato in modo ottimale – e, quindi, tale da spingerli ad adottare misure precauzionali solo fino a quando il loro costo è minore rispetto a quello legato al danno potenziale –, ciò avviene perché gli stessi sono indotti a soppesare attentamente l'onere derivante dalla responsabilità, parametrato sull'intero pregiudizio cagionato alla vittima dell'illecito. Ma ove in forza della responsabilità parziaria quei potenziali danneggiati inizino a pensare che il danno sarà diviso in tante frazioni quanti sono gli autori dell'illecito, i valori dell'equazione che porta ad un comportamento efficiente vengono alterati e alla rappresentazione di un minor costo della responsabilità conseguirà una minore e subottimale adozione di misure precauzionali*”.

Ciò significa che l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria appare meccanismo idoneo ad ampliare la base di ripartizione dei costi complessivi, con la conseguenza di renderlo tollerabile sia per le compagnie (ampliamento della base di premio) sia per gli assicurati (contenimento dei costi, reperibilità in ogni caso di una polizza, anche se con inevitabile graduazione per mezzo di meccanismi analoghi al *bonus/malus*).

Tuttavia, appare discutibile la soluzione di rendere anche automatica ed esclusiva l'azione diretta verso le strutture perché rischia di deresponsabilizzare i professionisti e determinare un meccanismo di rivalsa indiretta (e occulta) da parte delle strutture, che potrebbe ulteriormente innescare (se il fenomeno si determinasse con modalità diseguale) una ulteriore sperequazione tra sanità pubblica e privata.

### 7. Conclusioni

Tra i costi indiretti si debbono dunque annoverare anche i costi legati alle difese giudiziali, che – esteso il contenzioso – gravano sui medici (o sulle assicurazioni) in termini oramai rilevanti.

Se allora il giudizio e la soluzione giudiziale rappresenta un costo inaccettabile per la collettività (anche in termini di tempi) altre soluzioni debbono essere perseguite, nell'ottica di recuperare soprattutto il rapporto fisiologico e non conflittuale tra paziente ed operatore sanitario.

In questo quadro diverse sperimentazioni hanno preso il via nel territorio na-

<sup>16</sup> Dati pubblicati dall'ANIA riferiscono di un mercato assicurativo (strutture sanitarie e singoli professionisti) che nel 2004 ha raccolto 381 milioni di euro di premi, con un aumento di dieci volte (erano 35 milioni nel 1994) in dieci anni.

<sup>17</sup> Pur essendo oggetto di ampio dibattito in altri paesi, quali l'Inghilterra, nei quali tuttavia la fama (almeno la fama) sul piano organizzativo è ben diversa dalla nostra...

<sup>18</sup> Landes e Poster, *Joint and multiple tortfeasors*

<sup>14</sup> La Stampa, 8 novembre 2004

<sup>15</sup> Comprensiva delle polemiche sulla introduzione di forme di assicurazione obbligatoria.

zionale<sup>19</sup>: la conciliazione intesa non come componimento tra le parti in corso di causa ma come strumento alternativo di prevenzione e risoluzione delle controversie<sup>20</sup>.

Impedire che abbiano sbocco (ed *insoddisfazione*<sup>21</sup>) giudiziale le criticità e gli esiti delle attività professionali è una delle soluzioni che può contribuire a restituire competitività al nostro sistema delle professioni, restituendo al dialogo ed alla reciproca comprensione operatore e paziente.

Molte volte, infatti, anche la richiesta (in linea finale) di risarcimento del danno muove da un difetto di dialogo, spiegazione o chiarimento tra le parti; quante volte il riannodare quel dialogo può aiutare a evitare che si proponano in giudizio domande abnormi o meramente speculative<sup>22</sup> o quanto meno a ricondurre entro una cifra ragionevole la distanza tra le parti in modo che anche l'assicuratore abbia un margine di manovra ragionevole e proponibile<sup>23</sup>.

Non vi è dubbio, peraltro che anche i costi legali siano tra le voci stesse che condizionano le opzioni (in tema di prosecuzione del giudizio ad esempio in sede di impugnazione) degli assicuratori così come degli altri utenti.

La *Mediation* allora, può trovare ingresso come strumento compositivo veloce ed agevole anche nel campo medico, riducendo sia i costi diretti (legali) che i costi indiretti (nel medio anche quella della assicurazione per la responsabilità civile così come delle polizze – di sempre più ampia diffusione – per la semplice tutela giudiziale).

In tal modo, peraltro, si smentisce quel (retro) pensiero, secondo cui la conciliazione può funzionare solo ove vi sia un rapporto “di durata” (fornitura, familiare, vicinato, condominio, societario, lavoro) da “ricondizionare” emendandolo dalle incomprensioni, dagli inconvenienti e dalle contrarietà che possono via via presentarsi e che rischiano di farlo naufragare.

E' (come sempre) una questione di impegno e dedizione, professionale oltre che – *lato sensu* – politico e di attenzione ai contesti anche a carattere culturale, caratteristiche che non sono mai mancate ai professionisti del nostro paese ed alle loro organizzazioni, ma che richiedono di essere stimolate e motivate nell'attuale difficoltosa temperie.

19 una delle più significative è ACCORDIA, camera di conciliazione promossa dall'Ordine dei Medici di Roma in collaborazione con l'ordine degli Avvocati della capitale ed alcune compagnie di assicurazione

20 il termine conciliazione è l'adattamento nazionale dell'inglese *mediation*: come introduzione al tema si legga il gustoso libello di Ferdinando Carbone “che fa, concilia?” Edizioni progetto Cultura, Roma 2003

21 i tempi della giustizia – causati anche dall'eccesso di domande – determinano sicura insoddisfazione per entrambe le parti

22 nella mia esperienza di legale è oramai frequente

l'ipotesi che la sentenza di condanna al risarcimento liquidi il danno riducendo di almeno uno zero la somma originariamente introdotta in citazione.

23 E' infatti evidente che uno degli effetti della proposizione di domande sovradimensionate di risarcimento è proprio quello opposto rispetto al risultato che intendono perseguire: l'assicuratore è infatti impossibilitato anche solo a trattare il risarcimento, specie se il proprio consulente di parte, pur evidenziando un profilo di responsabilità, ha indicato un risarcimento assai inferiore: ma qui entriamo nel campo delle specifiche distorsioni prodotte da parte della classe forense, che ha le proprie (anche se - come sempre - non esclusive).









