

## Cosa sono gli strumenti A.D.R.?

Le A.D.R. (acronimo di Alternative Dispute Resolution) rappresentano una categoria assai eterogenea di procedimenti alternativi alla Giustizia Ordinaria che nascono nel sistema di Common Law (ordinamento giuridico di origine anglosassone basato sui procedimenti giurisprudenziali più che su codici, leggi e atti normativi) e vengono disciplinati a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso per contrastare la "litigation explosion", ovvero il forte aumento di cause giudiziarie dei decenni precedenti. I rapporti commerciali internazionali hanno favorito lo sviluppo di queste procedure anche nei sistemi di Civil Law (gli ordinamenti di derivazione romanistica) tra i quali l'Italia, dove troviamo strumenti A.D.R. obbligatori, il cui ricorso è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (es. Arbitrato bancario finanziario) che si contrappongono a quelli facoltativi lasciati alla libera determinazione delle Parti (es. Arbitrato).

Nel tempo si sono sviluppati una pluralità di strumenti che si possono suddividere in categorie.

Una prima classificazione ci porta a distinguere gli strumenti A.D.R. in due tipologie:

- Autonomi: vedono protagoniste le Parti del procedimento che, anche con il supporto di terzi (es. avvocati), riescono ad individuare un percorso che le soddisfi reciprocamente (è il caso della negoziazione);
- Eteronimi: prevedono la partecipazione di un terzo neutrale e imparziale che dovrà sollecitare le Parti a raggiungere un accordo o a dirimere direttamente la lite (è il caso dell'Arbitrato).

Un secondo criterio distintivo riguarda la modalità con cui avviene l'intervento del terzo neutrale, la cui attività potrà concludersi con una decisione vincolante (come accade nell'Arbitrato) oppure avanzando una proposta non vincolante. Nel primo caso parleremo di strumenti *aggiudicativi*, mentre nel secondo di procedure *facilitative*.

Un'ulteriore differenza riguarda il momento in cui le Parti ricorrono allo strumento A.D.R. e sul tema distingueremo quello *extraprocessuale*, utilizzato prima del processo, da quello *endoprocessuale*, che si inserisce in un procedimento già in corso (ad esempio: la Mediazione affidata dal Giudice).

## Cos'è la Mediazione?

È una procedura A.D.R. svolta da un terzo imparziale che assiste due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la formulazione di una controversia (Mediazione Facilitativa) sia nella redazione di una proposta per la risoluzione della stessa (Mediazione Valutativa). Il Mediatore è una persona fisica che, individualmente o collegialmente, svolge la Mediazione restando privo del potere di emettere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari della procedura e che dovrà rispettare il regolamento dell'organismo (pubblico o privato) da cui viene nominato che resta l'unico soggetto autorizzato a offrire il servizio di Mediazione (previa iscrizione in un registro dal Ministero di Giustizia, concessa solo dopo la verifica di una serie di requisiti stabiliti dal d.m. 4 n. 180/2010).

Ricordiamo che questo testo va in pubblicazione contestualmente all'approvazione della Legge 26 novembre 2021, n. 206, pubblicata sulla G.U. 9 dicembre 2021, n. 292, che tende a modificare in modo favorevole anche la normativa in materia di ADR ed è prevista l'estensione al ricorso obbligatorio alla mediazione anche a nuove materie e nello specifico:

– contratti di:

- (i) associazione in partecipazione;
- (ii) franchising;

- (iii) opera;
- (iv) rete;
- (v) somministrazione;
- (vi) subfornitura;
- società di persone;
- consorzi.

### **Cos'è la Negoziazione assistita?**

È uno strumento A.D.R., introdotto nell'ordinamento italiano dal d.l. 132/2014 convertito con legge n. 162/2014, all'interno del quale troviamo gli Avvocati e le Parti che dovranno cooperare per raggiungere un accordo che eviti il giudizio ordinario. La Negoziazione assistita può avvenire in tre casi:

1. risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti, come da art. 3 commi 1 e 3 d.l. n. 132/14;
2. pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquanta mila euro, anche in ambito commerciale, come da art. 3 commi 1 e 3 n. 132/14;
3. controversie su contratti di trasporto e sub-trasporto come da art. 1 comma 249 l.27 n. 190/14.

Ricordiamo che questo testo va in pubblicazione contestualmente all'approvazione della Legge 26 novembre 2021, n. 206, pubblicata sulla G.U. 9 dicembre 2021, n. 292, che tende a modificare in modo favorevole anche la normativa in materia di A.D.R. e su questo tema è prevista una novità rilevante in quanto si prevede il ricorso alla negoziazione assistita anche per le controversie ex art. 409 codice di procedura civile.

Le fasi della Negoziazione assistita sono le seguenti:

- a) invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Tale invito viene formulato a mezzo raccomandata a/r o PEC e la controparte potrà accettare, rifiutare o non rispondere entro i trenta giorni successivi. Negli ultimi due casi (rifiuto di partecipare o mancata risposta) il tentativo obbligatorio di "negoziiazione assistita", anche se infruttuoso, si riterrà esperito e la Parte interessata potrà ricorrere allo strumento ordinario per fare valere i propri diritti. La controparte che non abbia risposto all'invito oppure che lo abbia fatto in senso negativo potrà incorrere in responsabilità in sede processuale anche riguardo alla condanna alle spese, che potrà essere aumentata sino al triplo, perché il suo atteggiamento potrebbe essere giudicato "temerario" dal Giudice;
- b) nel caso in cui l'invito venga accettato, avremo la stipula della convenzione, ovvero il contratto con cui verranno fissate le regole del negoziato, la durata (che non potrà essere inferiore ad un mese né superiore a tre mesi) il richiamo alla buona fede e lealtà e l'indicazione dell'assoluta riservatezza di tutto quanto detto durante la procedura. La convenzione dovrà essere firmata sia dalle Parti, che dovranno presenziare personalmente, sia dagli Avvocati che le assistono;
- c) il procedimento, che potrà tenersi anche in più sessioni, dovrà essere scevro da qualsiasi formalismo. Tutte le informazioni ricevute in questa fase saranno riservate e non potranno essere divulgate in alcun modo. Se gli Avvocati dovessero utilizzare le suddette informazioni durante il successivo processo incorrerebbero in illecito disciplinare;

d) accordo o mancato accordo. Se l'accordo non viene raggiunto, la relativa dichiarazione verrà certificata dagli Avvocati designati e si potrà procedere in via ordinaria. Se invece le parti arriveranno ad un accordo, esso consentirà l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Tale accordo dovrà includere:

- le premesse;
- la descrizione della controversia;
- la descrizione del procedimento di negoziazione assistita;
- il contenuto dell'accordo;
- la sottoscrizione delle Parti e degli Avvocati.

### **Cos'è l'Arbitrato?**

È uno strumento alternativo alla Giustizia Ordinaria, disciplinato dal codice di procedura civile, utilizzabile in ambito civile e commerciale ed esclusivamente per i diritti disponibili, attraverso il quale le Parti affidano la risoluzione di una lite, già iniziata o che potrebbe insorgere, a un Giudice (o a un Collegio) non togato in sostituzione dei Giudici dello Stato. Il procedimento arbitrale si conclude con una decisione finale, definita Lodo, equiparata per gli effetti ad una sentenza dell'autorità giudiziaria.

### **Quali sono i vantaggi dell'Arbitrato?**

— *Rapidità*: Ricorrendo ad un Arbitro si ha la certezza di avere la risoluzione della lite in tempi celeri. A fronte delle lunghe attese del Procedimento Ordinario, l'Arbitrato si conclude in un minimo di 60 fino a un massimo di 240 giorni (il termine massimo è previsto dal codice di procedura civile);

— *Costi*: Aspetto non trascurabile è la conoscenza preliminare di tutti i costi da sostenere, molto più bassi di un procedimento ordinario. Ricorrendo dinanzi al Giudice i costi sono indeterminabili a priori, mentre l'Arbitrato amministrato presuppone che le parti conoscano, prima d'iniziare la controversia, le spese di procedimento e gli onorari degli Arbitri;

— *Specializzazione degli Arbitri*: Gli Arbitri non sono Giudici "generici", ma vengono scelti dalle parti e/o dal consiglio arbitrale tra esperti del settore in cui cade la materia del contendere. In tal modo si ha la certezza di essere giudicati da esperti conoscitori delle singole situazioni che hanno generato la lite;

— *Riservatezza*: I soggetti coinvolti nel procedimento sono tenuti ad osservare la riservatezza del procedimento stesso e del lodo;

— *Lodo = sentenza*: Il lodo arbitrale ha la stessa efficacia della sentenza. Il Tribunale, a semplice richiesta di parte, lo rende infatti esecutivo. Questo significa che, in caso di inadempimento della parte soccombente, è possibile intraprendere azioni esecutive. L'Arbitro, inoltre, decidendo sulle spese, può condannare la parte soccombente al rimborso delle spese legali e arbitrali a favore della parte vittoriosa. A seguito della sottoscrizione di numerose convenzioni internazionali, in particolare quella di New York del 1958, ratificata da oltre 145 Stati, il lodo arbitrale può essere riconosciuto ed eseguito in quasi tutti i paesi del mondo e ciò rappresenta un importante vantaggio nella risoluzione di controversie che coinvolgono parti di nazionalità diverse.

### **Quando nasce l'Arbitrato?**

L'Arbitrato è presente in tutte le esperienze giuridiche, sin già dal diritto romano nel quale la facoltà delle parti di affidare a un terzo la risoluzione di una o più controversie traeva origine da un *compromissum*. L'istituto è conosciuto anche nel periodo medioevale, soprattutto per opera della Chiesa che, operando

funzioni di supplenza giudiziaria, aveva fatto ricorso all'Arbitrato anche per cause che non riguardavano direttamente la religione. Riferimenti a procedure arbitrali sono contenuti anche nelle raccolte legislative barbariche e nel diritto comune (esperienza giuridica che si sviluppò nell'Europa continentale dal X secolo) cui va il merito di aver previsto la distinzione, poi accolta dall'ordinamento statutario, tra *Arbiter* e *Arbitrator*, che richiedeva all'uno di decidere secondo diritto e all'altro secondo equità, nonché l'aver previsto la distinzione tra Arbitrato volontario e Arbitrato necessario.

Tralasciando le vicende dei codici processuali preunitari, si arriva al codice italiano del 1865, frutto di una concezione liberale dello Stato che quindi enfatizzava la matrice volontaristica dell'Arbitrato collocandolo all'inizio del codice al contrario dell'attuale codice di procedura civile, frutto di una concezione autoritaria dello Stato, che si fonda sull'idea di funzione giurisdizionale monopolistica, relegando la disciplina dell'Arbitrato solo tra i procedimenti speciali.

La sistemazione della materia è ripartita in cinque capi contenuti negli artt. 806-831 codice di procedura civile: il compromesso e la clausola compromissoria, gli Arbitri, il procedimento, la sentenza, le impugnazioni. Restano fuori dal codice l'Arbitrato irrituale e quello di equità ma si precisano le questioni non compromettibili e si equipara il compromesso alla clausola compromissoria, prevedendo i relativi contenuti. Vi sono poi norme che riguardano la procedura di nomina degli Arbitri, la loro sostituzione e ricusazione, la capacità, l'accettazione e gli obblighi degli Arbitri, oltre al relativo compenso. Gli ultimi tre capi si dedicano al procedimento, regolando lo svolgimento, l'eccezione d'incompetenza, i provvedimenti cautelari che sono inibiti agli Arbitri (si legga sul tema il quesito n. 67), le questioni incidentali, il lodo e i suoi requisiti, il luogo della pronuncia, il deposito con l'*exequatur* del pretore e le impugnazioni, tuttavia limitate solo alla sentenza, intesa come l'atto conclusivo del procedimento rituale e non di quello irrituale.

Bisogna attendere diversi anni, ed esattamente il 1983, per trovare un primo intervento legislativo in materia che modificherà l'obbligo di deposito del lodo a pena di nullità, grazie anche alla ratifica della Convenzione di New York del 1958 e della legge 62/1968. Il termine passa da cinque giorni ad un anno e il lodo trova piena efficacia tra le Parti sin dalla sua sottoscrizione. Nel 1994 il legislatore interviene nuovamente sulla normativa arbitrale abolendo i termini per il deposito del lodo che restano validi solo per l'acquisizione dell'efficacia esecutiva.

Infine si arriva al 2006 con il d.lgs. 40, il più recente intervento e l'attuale normativa di riferimento, che ha introdotto tante novità (tra cui la disciplina dell'Arbitrato irrituale) attraverso nuovi articoli oltre ad una ristrutturazione di quelli già presenti.

### **Cos'è l'Arbitraggio?**

È un atto attraverso il quale un soggetto terzo (Arbitratore) incaricato dalle Parti di un contratto ne determina la prestazione. La figura, cui si riconosce prevalentemente natura di atto giuridico in senso stretto, ricorre con una certa frequenza nell'istituzione di erede, nei legati, nella divisione, nel mandato a donare, nelle obbligazioni alternative, nella vendita, nella società semplice.

Esso viene vincolato dall'art. 1349 c.c. che distingue due modalità con cui le Parti possono affidare a una terza la determinazione della prestazione attraverso un contratto: secondo l'*arbitrium boni viri* o secondo il *merum arbitrium*.

L'Arbitraggio, a differenza dell'Arbitrato, presuppone un rapporto contrattuale incompleto in quanto carente di un elemento essenziale (mentre l'Arbitrato presuppone un rapporto perfetto ma controverso).

### **Cos'è la perizia contrattuale?**

La perizia contrattuale piuttosto diffusa nella pratica (specie nel settore assicurativo) non è mai stata espressamente regolata dal legislatore. Con la perizia contrattuale non si dirime una controversia insorta ma ci si limita ad un apprezzamento tecnico che le Parti s'impegnano ad accettare come espressione della loro volontà. La perizia contrattuale è configurata da gran parte della dottrina come una particolare ipotesi di Arbitrato irrituale e quindi viene trattata come tale sia per quanto riguarda la sua efficacia sia per quanto attiene alla procedura d'impugnazione e di annullamento.

