

## **Gruppo congressuale Negoziazione e altre ADR**

### ***Arbitrato***

#### **1. Stato dell'arte**

L'ottavo *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* – pubblicato da ISDACI all'inizio del corrente anno – costituisce la più aggiornata fotografia dello stato dell'arte (anche) in tema di arbitrato.

Con riferimento all'istituto in parola, lo studio – relativo all'anno 2014 – prende in considerazione il solo arbitrato amministrato (ovverosia quello gestito dalle Camere Arbitrali secondo il proprio regolamento) non essendo possibile rinvenire – e quindi analizzare – dati relativi al c.d. arbitrato *ad hoc* (*id est*, quell'arbitrato che si svolge secondo le regole del codice di procedura civile, senza intervento di un'istituzione arbitrale, nell'ambito di un procedimento destinato a rimanere assolutamente riservato fra le Parti, tanto in ordine al suo esito quanto alla sua stessa esistenza).

In siffatto contesto, dal *Rapporto* ISDACI emerge che, nel 2014, i centri che hanno offerto servizi di arbitrato (*id est*, le Camere Arbitrali) erano 159, di cui 78 appartenenti al sistema delle Camere di Commercio ed 81 estranee al sistema camerale. Di queste ultime, 30 sono espressione di Ordini professionali con netta prevalenza (25 su 30) di quelle dei C.O.A.

Il D.L. 12 settembre 2014 n. 132 (convertito in L. n. 162/2014) ha previsto l'istituto del "*trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria*" (c.d. arbitrato endoprocessuale).

L'art. 1 del D.L. n. 132/2014 prevede, infatti, che nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, ed in cui la causa non e' stata assunta in decisione, "*le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile*".

Omessa ogni diversa considerazione, ai fini di quanto ci occupa, preme evidenziare come il legislatore del 2014 abbia optato per una soluzione che – pur coinvolgendo in qualità di

Istituzione gli Ordini territoriali degli Avvocati – resta inquadrata nella figura dell'arbitrato *ad hoc*.

Va segnalata la non completa coerenza del disposto del d.l. n. 132, cit., con la previsione dell'art. 29, comma 1, lett. n) della L. 31.12.2012 n. 247 (nuova Legge Professionale Forense) in forza della quale Il C.O.A., "*può costituire camere arbitrali*" (oltre che "*di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie*") per l'amministrazione di procedure ADR secondo un proprio regolamento. Nell'ambito dell'arbitrato endoprocessuale non è previsto che la trasmissione del fascicolo possa essere effettuata anche verso le Camere arbitrali forensi eventualmente costituite presso gli Ordini ma soltanto verso arbitri *ad hoc*.

Un maggior coordinamento fra le disposizioni in esame gioverebbe verosimilmente – in termini di 'appetibilità' e, quindi, effettività – ad entrambe le previsioni.

Ad onor del vero, tuttavia, deve specificarsi che oggi le uniche camere arbitrali istituite presso i diversi COA sono espressione di un'autonoma determinazione di tali organi territoriali dal momento che l'istituzione delle Camere Arbitrali Forensi di cui alla nuova L.P.F. è condizionata alla preventiva adozione di un regolamento adottato con decreto del Ministro della giustizia, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 il cui schema – predisposto dall'Ufficio Legislativo del Ministero – è all'esame di apposita *Commissione di studio per l'elaborazione di una riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie* istituita dal Ministro Orlando lo scorso 7 marzo e presieduta dal Prof. Avv. Guido Alpa.

## **2. Prospettive di sviluppo**

Dovendo effettuare un'analisi sia sulle prospettive associate all'arbitrato endoprocessuale di cui al D.L. 132/2014 che sullo schema di decreto ministeriale che regolerà l'istituzione delle camere arbitrali forensi, nonché sulle criticità (anche potenziali) dei due disposti normativi, si evidenzia quanto di seguito.

L'implementazione dell'istituto dell'arbitrato e, più in generale, delle diverse ADR, prende le mosse, tra le altre, dall'esigenza di efficientamento del sistema giurisdizionale che ha indotto a vedere in tali istituti una risposta, in termini deflattivi, all'alto volume di contenzioso.

Al fine di giungere, tuttavia, a tale obiettivo si rendono necessari, *in primis*, un cambiamento culturale sia della cittadinanza che, talora, degli operatori di settore, che individui nelle forme di risoluzione alternativa delle controversie degli strumenti di lavoro aventi la medesima appetibilità, credibilità ed efficacia degli strumenti giudiziali.

*In secundis*, per quanto ci occupa, l'ampia riforma del processo civile iniziata nell'ultima legislatura e non ancora conclusasi necessita di adeguato coordinamento normativo al fine di evitare discrasie tra gli istituti già disciplinati dal codice di procedura civile, quelli introdotti da successive modifiche allo stesso e/o contenuti in norme separate e quelli attualmente allo studio.

Riguardo questo secondo punto, già l'introduzione del cd. arbitrato endoprocessuale a mezzo dell'art. 1, D.L. 132/2014 ha comportato uno scollamento con la disciplina codicistica che si auspica possa essere risolto a mezzo di adeguati emendamenti al testo di legge.

Fermo quanto già accennato in precedenza in merito alla necessità di ricondurre l'arbitrato endoprocessuale non solo al Presidente del Consiglio dell'Ordine ma anche alle Camere Arbitrali istituite presso i Consigli dell'Ordine (a quelle sinora istituite e, ovviamente, a quelle che lo saranno a seguito dell'adozione del D.M. attualmente allo studio), emergono anche altre criticità che si auspica possano essere risolte.

Per quanto attiene **all'arbitrato endoprocessuale** si rileva in particolare:

- a) Il meccanismo di scelta degli arbitri non è specificato e la norma si limita a chiarire che questi sono individuati concordemente dalle parti o dal Presidente del Consiglio dell'Ordine. Una miglior chiarezza sul punto sarebbe auspicabile dal momento che non sono previsti né i termini in cui la scelta concorde delle parti deve avvenire, né le modalità o, di nuovo, i termini con cui, in caso di disaccordo, queste possano chiedere al Presidente del Consiglio dell'Ordine la nomina dell'arbitro o del collegio arbitrale e i termini per la designazione da parte di quest'ultimo. Non solo. Nell'ipotesi di inclusione, in seno alla norma, delle camere arbitrali forensi, parimenti dovrà essere chiarito il meccanismo di designazione da parte di queste ultime.
- b) L'art. 1 nulla dice in termini di competenza, presumendo che il Giudice avanti al quale le parti presentano domanda congiunta di rimessione in arbitrato sia competente a conoscere la causa, (forse anche in virtù del fatto che, presumibilmente, la richiesta delle parti comporti un loro accordo sul punto). *Quid*, tuttavia, nel caso in cui l'arbitro o il collegio arbitrale si ritenessero incompetenti rinviando la causa al Giudice precedentemente adito? L'introduzione di un meccanismo di chiusura parrebbe opportuno. La *translatio* agli arbitri parrebbe infatti, nel silenzio della norma, irrevocabile, quantomeno in primo grado, ma l'introduzione di una espressa previsione in tal senso pare auspicabile;
- c) Il comma 3 della norma in commento discorre di prosecuzione del procedimento davanti agli arbitri. Con riferimento alla fase istruttoria potrebbe essere opportuno specificare se sia consentita o meno la rinnovazione degli atti avanti all'arbitro o al collegio arbitrale o, quantomeno, se siano consentite integrazioni istruttorie. L'assunzione di una decisione in base a prove precostituite, infatti, non pare consigliabile.

- d) Avuto riguardo alla svolgersi del procedimento avanti all'arbitro o al collegio arbitrale, deve rilevarsi che, in osservanza del dettato dell'art. 818 c.p.c., anche in caso di *translatio* in arbitrato non è consentito agli arbitri assumere provvedimenti cautelari. La carenza di potere cautelare, tuttavia, costituisce un *quid minus* rispetto allo strumento processuale ordinario che potrebbe indurre le parti a preferire comunque quest'ultimo.
- e) Infine, non pare consigliabile l'applicazione dell'istituto della *translatio* in arbitrato alla fase del giudizio di Appello di cui al comma 4 dell'articolo in commento. Questo perché si porrebbero, tra gli altri, una serie di problemi in punto di devoluzione e potere conoscitivo degli arbitri in merito alla controversia, potere di riforma degli arbitri rispetto ad un provvedimento giurisdizionale, potere di sospensione degli arbitri rispetto all'efficacia esecutiva della sentenza. La previsione del termine di 120 giorni (prorogabili di ulteriori 30) per la pronuncia del lodo, inoltre, ingenererebbe una palese disparità con la *translatio* in primo grado. Non solo, l'introduzione della "reversibilità" della *translatio*, per cui in caso di mancata emissione del lodo nel termine di cui sopra è previsto l'obbligo di riassunzione avanti al giudice d'Appello, finirebbe per frustrare, anziché aiutare, l'esigenza deflattiva che è alla base dell'introduzione dell'arbitrato endoprocessuale.

Con riferimento allo "**Schema di decreto del Ministro della Giustizia recante modalità per costituire camere arbitrali, di conciliazione e organismi di risoluzione alternativa delle controversie...**", si osserva in primo luogo un equivoco di fondo: la bozza contiene, infatti, disposizioni concernenti la costituzione ad opera dei C.O.A. della "*Camera arbitrale e di conciliazione*" quale Organismo unitario "*per l'amministrazione di procedure arbitrali, di conciliazione e di altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*" laddove la norma programmatica sembra invece prevedere la creazione, singolarmente, di Camere Arbitrali, Camere di Conciliazione ed altri Organismi ADR.

Ciò comporta che, in assenza di disposizioni di coordinamento che:

- a) non è chiaro quale sia il rapporto tra l'istituenda 'Camera Arbitrale e di Conciliazione' e gli 'Organismi di Mediazione' di cui all'art. 18 del D.L.vo n. 28/2010: coesistono? e con quali finalità? la 'Camera Arbitrale e di Conciliazione' potrebbe trattare procedimenti di mediazione soltanto 'volontaria'? perché il cittadino dovrebbe avviare un procedimento di mediazione avanti la 'Camera ...' ove non siano previsti i benefici (*in executivis* e fiscali) di cui agli artt. 12 e 17 del Decreto L.vo n. 28/2010?; neppure è chiaro quale sia il rapporto tra l'istituenda 'Camera Arbitrale e di Conciliazione' e gli 'Organismi ADR' di cui agli artt. 141 *nonies* e 141 *decies* del Codice del Consumo;
- b) la previsione di un unico 'Elenco degli arbitri e conciliatori' lascerebbe intendere che tutti gli iscritti sarebbero abilitati a svolgere tanto procedure arbitrali quanto procedimenti di mediazione senza che sia prevista alcuna formazione/aggiornamento (oggi, invece, imprescindibile per i mediatori degli Organismi di Mediazione di cui al D.L.vo n. 28/2010, alla luce della sentenza C.d.S. n. 5230/2015).

Anche a tacere delle complicazioni connesse all'interferenza con la normativa vigente in materia di mediazione, l'articolato merita un serio ripensamento con riferimento particolare a tali profili:

- c) natura (privatistica) di associazione o resti esclusivamente una articolazione dell'Ente pubblico ordinistico della 'Camera Arbitrale e di Conciliazione';
- d) sorte delle Camere Arbitrali Forensi già operanti e rapporti fra queste ultime e l'istituenda 'Camera Arbitrale e di Conciliazione';
- e) possibilità di collaborazione/compartecipazione fra diversi Consigli degli Ordini e fra questi ed altri Enti pubblici e/o privati;
- f) non è chiaro se nell'Elenco di ciascuna 'Camera ...' possano essere inseriti soltanto gli iscritti presso l'Ordine che ha costituito la 'Camera ...' ovvero anche Colleghe di altri Fori. Si rileva, peraltro, che mentre lo schema, in punto di formazione dell'elenco, propone l'astratta possibilità di includervi ogni avvocato – una sorta di 'avvocato arbitro di diritto', circostanza che riporta alle considerazioni già oggetto di censura del Consiglio di Stato nella già citata sentenza n. 5230/2015 con riferimento alla figura dell'avvocato mediatore di diritto – la previsione di cui all'art 1 D.L. 132/2014 in tema di arbitrato endoprocessuale prevede uno “sbarramento” per gli avvocati con anzianità di iscrizione inferiore a cinque anni con il paradossale risultato che, in caso di *translatio* in arbitrato, l'arbitro nominato non potrà avere meno di cinque anni di iscrizione all'albo mentre, in seno alle Camere arbitrali che comunque, auspicabilmente, saranno destinatarie degli arbitrati così trasferiti, potrebbero essere iscritto chiunque sia in possesso del titolo.
- g) quanto all'elenco delle 'aree di competenza professionale' (Tabella A, allegata allo schema di decreto) non è dato comprendere come possono costituire oggetto di procedimento arbitrale e/o di mediazione questioni di 'diritto dell'esecuzione forzata e delle procedure fallimentari'.
- h) Da ultimo, un punto estremamente critico è quello della scelta obbligata dell'arbitro, governata da un elenco; tale previsione, contenuta nello schema di regolamento, limita notevolmente la libera scelta della parte che costituisce un principio cardine dell'arbitrato. Tale criticità non può essere superata con la mera previsione di un registro suddiviso per aree professionali, sia perché le questioni trattate possono avere, come sovente hanno, profili di interdisciplinarietà, sia perché in presenza di questioni strettamente tecniche il profilo calzante di arbitro non è necessariamente (solo) quello di un giurista, ma potrebbe essere quello di un tecnico di altra area scientifica che dovrebbe poter essere designato in affiancamento, magari individuato in una lista apposita.

### 3. Proposte

Sulla scorta di quanto finora osservato si auspica:

Quanto all'arbitrato endoprocessuale di cui all'art. 1 D.L. 132/2014:

- a) che la previsione di cui al comma 2 di trasmissione del fascicolo da parte del Presidente del Tribunale al Presidente del Consiglio dell'Ordine del circondario in cui ha sede il Tribunale sia modificata sì da prevedere che il fascicolo sia trasmesso prioritariamente alla camera arbitrale istituita presso il Consiglio dell'Ordine e, solo qualora questa non sia costituita, al Presidente del COA che nominerà un Avvocato iscritto in una Camera Arbitrale del distretto o in subordine nominerà un Avvocato iscritto negli elenchi delle camere arbitrali esistenti nel circondario;
- b) che siano individuati i requisiti per essere inseriti negli elenchi delle Camere Arbitrali Forensi. Tali requisiti dovrebbero auspicabilmente fare riferimento a criteri oggettivamente verificabili quali, a titolo di esempio, l'anzianità di iscrizione all'albo (che si potrebbe ritenere congrua in 5 anni – con decorso, per gli avvocati stabiliti dalla data di iscrizione all'albo), ovvero il possesso di comprovata esperienza in materia arbitrale (quale, per esempio, l'aver ricoperto il ruolo di arbitro in un numero minimo di procedure – es. 5) la partecipazione a un corso teorico-pratico in materia di arbitrato (la cui adeguatezza potrebbe essere riconosciuta dal CNF e per il quale, sempre a titolo di esempio, potrebbe ritenersi congrua la durata minima di 40 ore con verifica finale)
- c) che siano meglio specificati i meccanismi di individuazione e scelta, per le parti, dell'arbitro o degli arbitri, le modalità di richiesta di designazione di questi ultimi al Presidente del Consiglio dell'Ordine o alla Camera Arbitrale designata ed i tempi di risposta di questi ultimi;
- d) che sia introdotto un meccanismo di chiusura che disciplini l'ipotesi in cui, successivamente alla *translatio* in arbitrato, l'arbitro o il collegio arbitrale si dichiarino incompetente a conoscere della questione con rinvio del fascicolo al giudice originariamente adito;
- e) che, al fine di raggiungere il fine deflattivo auspicato dalla riforma in atto, sia chiarito che la richiesta di *translatio* in arbitrato è scelta non reversibile con conseguente dichiarazione di estinzione del giudizio e cancellazione della causa dal ruolo laddove l'arbitro o il collegio arbitrale si reputino competenti a conoscere della controversia;
- f) che, con riferimento allo svolgimento del procedimento arbitrale, sia consentito agli arbitri, qualora richiesto da una o entrambe le parti, di procedere a integrazioni probatorie nei limiti delle prove già dedotte;
- g) che, nel corso del procedimento arbitrale, in deroga all'art. 818 c.p.c., sia consentito agli arbitri assumere misure cautelari;

- h) che sia abrogata la previsione di cui al comma 4 art 1 D.L. 132/2014 disciplinante la *translatio* in arbitrato in fase di appello.

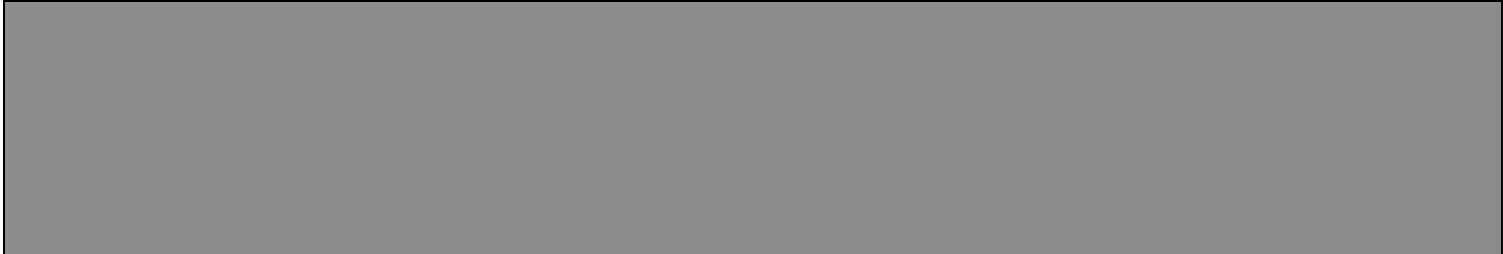
Quanto allo “Schema di decreto del Ministro della Giustizia recante modalità per costituire camere arbitrali, di conciliazione e organismi di risoluzione alternativa delle controversie...” attualmente all’esame della commissione ministeriale di studio si auspica:

- a) che lo stesso si concentri esclusivamente sull’istituzione delle Camere Arbitrali Forensi, limitandosi ad un rinvio alla normativa vigente per quanto attiene alla mediazione ed alle altre forme di risoluzione alternativa delle controversie;
- b) che non sia possibile la compartecipazione tra le Camere Arbitrali forensi ed enti pubblici, altri Ordini professionali o Camere di Commercio;
- c) che sia chiarito se, in seno alle istituende camere arbitrali, sia consentita unicamente l’iscrizione di avvocati operanti nel relativo Foro territoriale o se sia consentita anche l’iscrizione di avvocati di altri Fori tenuto in considerazione, tuttavia, che la prima ipotesi sarebbe verosimilmente da preferire al fine di favorire lo sviluppo della professionalità dei colleghi in seno al proprio ordine.
- d) che, in punto di scelta dell’arbitro in caso di mancato accordo tra le parti, sia rimessa al Consiglio Direttivo della Camera arbitrale la designazione dell’arbitro – o degli arbitri – più adeguati al caso di specie, senza vincolarla a rigidi elenchi, tra l’altro di per sé potenzialmente vincolanti in termini di territorialità. E’ evidente, del resto, che in taluni fori di minori dimensioni, per questioni di particolare notorietà e rilevanza, o in relazione alla stessa qualità delle parti, potrebbe risultare più opportuna la designazione di arbitri di altro foro.
- e) che sia rivisto l’elenco delle aree di competenza professionale alla luce di un più attento esame delle stesse e della loro attinenza all’istituto dell’arbitrato

Infine, ed in generale, al fine di incentivare il ricorso all’arbitrato, si auspica l’adozione di forme di agevolazione fiscale prevedendo:

- f) l’esonero da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento;
- g) la possibilità di portare in detrazione dalle imposte sui redditi i costi sostenuti per la procedura, sino alla concorrenza di un importo determinato;
- h) l’ammissione della parte che ne abbia i requisiti ai benefici del patrocinio a spese dello Stato, con la previsione di un credito d’imposta pari al compenso professionale previsto per legge a favore dell’arbitro che abbia reso la sua prestazione nel relativo procedimento.

Tutto ciò rilevato



Il Congresso Nazionale Forense sollecita il Parlamento ed il Governo ad introdurre nella legislazione vigente disposizioni in attuazione del deliberato sopra riportato;

impegna

Il Consiglio Nazionale Forense, l'OUA o il costituendo Organismo ex art. 39 L. 247/2012, a dare attuazione al deliberato sopra riportato.