



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED IMPRESA

XXVIII CICLO

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. GIUSEPPE MELIS

ADR ed Impresa

TUTOR

CHIAR.MA PROF.SSA ROBERTA TISCINI

CANDIDATO

DOTT. GIOVANNI FUSCHINO

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

ADR ED IMPRESA

INDICE – SOMMARIO

Introduzione	6
---------------------------	---

CAPITOLO I

I METODI ADR

1. Le origini dell'ADR	8
2. Gli strumenti di risoluzione delle controversie	12
3. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.....	13
4. I principali strumenti ADR	16
4.1. (Segue) La negoziazione.....	17
4.2. (Segue) La mediazione.....	20
4.3. (Segue) L'arbitrato.....	22
5. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione vincolante.....	25
6. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione non vincolante.....	27

CAPITOLO II

LA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA E I VANTAGGI DEI METODI ADR PER LE IMPRESE

7.	Lo stato della giustizia civile in Italia. Il rapporto <i>Doing Business</i> 2016.....	29
7.1.	(Segue) I recenti dati forniti dal Ministero della giustizia.....	30
8.	I vantaggi dei metodi ADR per l'attività di impresa in Italia. Introduzione.....	34
8.1.	(Segue) I metodi ADR quali metodi transnazionali.....	35
8.2.	(Segue) Incremento di collaborazione tra imprese. <i>Litigation risk analysis</i>	36
8.3.	(Segue) Capacità di <i>problem-solving</i> . Fiducia delle imprese. Maggior grado di competitività.....	40
8.4.	(Segue) Vantaggi in termini di tempi, costi e flessibilità delle procedure.....	44
8.5.	(Segue) Ulteriori benefici dei metodi ADR.....	46
9.	Svantaggi dei metodi ADR.....	49

CAPITOLO III

ADR NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI – LA MEDIAZIONE

10.	L’ <i>iter</i> della mediazione civile in Italia. Il d.lgs. n. 28/2010 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012.....	52
10.1.	(<i>Segue</i>) La riproposizione della mediazione obbligatoria e le modifiche introdotte dalla legge n. 98/2013 di conversione del “Decreto del Fare”.....	57
11.	Il procedimento di mediazione. Introduzione.....	60
12.	L’incontro preliminare e la partecipazione al procedimento di mediazione.....	65
13.	Il tentativo obbligatorio di mediazione in caso di opposizione al decreto ingiuntivo.....	73
14.	L’accordo di mediazione e la sua trascrizione ai fini dell’usucapione.....	77
15.	La mediazione delegata e la proposta <i>ex art.</i> 185- <i>bis</i> c.p.c.....	85
16.	Altre forme di conciliazione previste dal codice civile di rito.....	91
17.	I dati statistici sulla mediazione civile e il nuovo ruolo assunto dal giudice.....	93

CAPITOLO IV

ADR NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI – LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E L'ARBITRATO

18.	La riforma del 2014. Le misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato	100
19.	La negoziazione assistita. Introduzione.....	102
19.1.	<i>(Segue)</i> Il procedimento di negoziazione assistita. Cenni preliminari.....	106
19.2.	<i>(Segue)</i> La negoziazione volontaria.....	110
19.3.	<i>(Segue)</i> La negoziazione obbligatoria	116
20.	L'arbitrato. Introduzione.....	119
20.1.	<i>(Segue)</i> L'arbitrato disciplinato dal codice civile di rito. Profili generali.....	119
20.2.	<i>(Segue)</i> Natura dell'arbitrato e <i>translatio iudicii</i>	128
21.	Il trasferimento in sede arbitrale dei processi pendenti davanti al giudice.....	132
22.	L'arbitrato in una prospettiva futura.....	137

CAPITOLO V

IMPRESA ED ALTRI METODI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

23.	Premessa.....	141
24.	ADR in materia societaria. L'arbitrato <i>ex d.lgs. n. 5/2003</i>	142
24.1.	<i>(Segue)</i> Altri metodi ADR in materia societaria.....	148
25.	ADR in materia di consumo. Introduzione.....	152
25.1.	<i>(Segue)</i> ADR in materia bancaria e finanziaria. Profili generali.....	156
25.2.	<i>(Segue)</i> Il reclamo.....	157
25.3.	<i>(Segue)</i> Metodi ADR in materia bancaria e finanziaria.....	160
26.	ADR in materia di lavoro. Introduzione.....	174
26.1.	<i>(Segue)</i> Metodi ADR in materia di lavoro diversi dall'arbitrato.....	174
26.2.	<i>(Segue)</i> L'arbitrato in materia di lavoro.....	182
27.	ADR in materia tributaria.....	184
28.	Crisi da sovraindebitamento e ADR.....	189
29.	ADR e Pubblica Amministrazione.....	197
	Conclusioni	210
	Bibliografia	212

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di esaminare, senza alcuna pretesa di esaustività, i metodi di risoluzione alternativa delle controversie, i c.d. metodi ADR, così come disciplinati dal nostro ordinamento nei principali settori di attività in cui operano le imprese.

Particolare attenzione viene data alle recenti riforme poste in essere dal legislatore per promuovere lo sviluppo dei metodi ADR in Italia. Negli ultimi anni, il legislatore ha infatti individuato e regolamentato una pluralità di strumenti ADR, al fine di ridurre il contenzioso e di soddisfare la crescente domanda di celerità e snellezza nella risoluzione delle controversie, specie con riguardo a quelle in materia civile e commerciale.

Oltre al contributo che i metodi ADR possono dare in tal senso, nel presente lavoro si mira ad evidenziare anche gli altri benefici che essi possono arrecare alle imprese, in virtù di specifiche caratteristiche che li contraddistinguono rispetto al processo ordinario.

Il primo capitolo esamina i principali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, distinguendo, altresì, tra quelli che si concludono o meno con una decisione vincolante.

Nel secondo capitolo vengono esaminati i vantaggi, ma anche gli svantaggi, che, a seconda del caso, i metodi ADR potrebbero apportare alle aziende.

I capitoli terzo e quarto analizzano i metodi ADR disciplinati in materia civile e commerciale. Nello specifico, vengono approfonditi, anche sulla base delle recenti pronunce giurisprudenziali, gli istituti della mediazione civile ex d.lgs. n. 28/2010 e dell'arbitrato di cui al codice di procedura civile. Attenzione viene data, inoltre, alla negoziazione assistita e al c.d. arbitrato

forense, recentemente introdotti nell'ambito delle misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e degli altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.

Il capitolo quinto esamina, infine, i procedimenti ADR in materia societaria, quelli in materia bancaria e finanziaria, i procedimenti ADR in materia di lavoro, in materia tributaria, nell'ambito delle crisi da sovraindebitamento e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

CAPITOLO I

I METODI ADR

SOMMARIO: – 1. Le origini dell’ADR – 2. Gli strumenti di risoluzione delle controversie. – 3. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. – 4. I principali strumenti ADR. – 4.1. (*Segue*) La negoziazione. – 4.2. (*Segue*) La negoziazione. – 4.3. (*Segue*) L’arbitrato. – 5. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione vincolante. – 6. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione non vincolante.

1. Le origini dell’ADR

Con l’acronimo ADR, riconducibile all’espressione anglosassone *Alternative Dispute Resolution*, si intende l’insieme dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al processo giurisdizionale ordinario¹. Tale definizione, sostenuta in dottrina², si allinea a quella riportata nel glossario

¹ In tema di risoluzione alternativa delle controversie, cfr., *ex multis*, F.P. LUISSO, *La Risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto Processuale civile*, Milano, VIII Ed., 2015; G. DE PALO-L. D’URSO, *Risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2001; G. ALPA-R. DANNOVI (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell’avvocatura*, Milano, 2004; E. CAPOBIANCO, *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell’ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita notarile*, 2012, n. 1, Palermo, p. 155; N. SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005; G. CASSANO-M. NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, 2003, Milano; A. FUSARO, *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor’s Department*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, Milano, p. 771.

² G. BUFFONE, *Il civilista. Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 7. L’autore riprende la tesi dottrinale secondo cui i metodi ADR, in tal modo definiti, si

annesso alle *Civil Procedure Rules* inglesi, ove l'espressione *Alternative Dispute Resolution* è intesa come «a collective description of methods of resolving disputes, otherwise than through the normal trial process»³. Col termine “alternativo” si fa, quindi, riferimento ad ogni procedimento di definizione di una controversia diverso dall'ordinario rimedio offerto dallo Stato, ossia l'azione giudiziale.

Sebbene aventi radici antichissime⁴, gli strumenti ADR si affermano come risposta alla crisi dei sistemi giudiziari occidentali puramente statali della prima modernità, contribuendo alla creazione di una giustizia civile giunta allo stadio della modernità avanzata o seconda modernità⁵.

Il movimento ADR si afferma, in particolare, negli Stati Uniti d'America intorno alla metà degli anni Settanta del secolo scorso per far fronte alla c.d. *litigation explosion*, ossia l'esponentiale crescita del numero di cause che in quel tempo affollavano le corti federali⁶. Oggetto di lamentela

contraddistinguono per essere dei modelli di risoluzione sostanziale delle dispute, a differenza di quelli statali aventi, invece, natura processuale.

³ Cfr. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary>. Cfr, altresì, F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Milano, 2008, p. 110.

⁴ Cfr., *amplius*, M.CARADONNA-C.MEZZABOTTA-P.RIVA, *La mediazione civile*, Milano, 2011, p. 4.

⁵ M. FODDAL, *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. Dir. Economia, Trasporti, Ambiente*, X, 2012, pp. 407-408. L'autrice richiama concetti espressi da J.G. BELLEY, *Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile*, in *McGill Law Journal*, 46, 2000-01, p. 317, secondo cui la giustizia civile giunta allo stadio della modernità avanzata o seconda modernità richiede nuovi canoni volti a favorire un diritto sociale e riflessivo.

⁶ Le principali cause alla base della c.d. *litigation explosion* vanno rinvenute: nell'affermazione a quell'epoca dei movimenti per i diritti civili, i quali avevano indotto molti cittadini statunitensi a rivolgersi alle corti federali per tutelare le proprie ragioni, sino ad allora insuscettivi di tutela giudiziaria; nella fine della crisi petrolifera foriera di un forte rilancio del commercio, con conseguente incremento del contenzioso ad esso legato; nella cospicua attività del Congresso, che tra il 1969 e il 1978 approvò almeno 41 nuove leggi che determinarono un incremento della giurisprudenza interpretativa delle corti federali; da

da parte dei cittadini statunitensi erano, inoltre, i costi elevati dei processi e la loro eccessiva lunghezza.

A sostegno del movimento ADR si poneva la cospicua attività delle università statunitensi, ed in particolare dell'Università di Harvard, ove venne attivato l'*Harvard Negotiation Project* grazie al contributo di illustri giuristi quali, tra gli altri, Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton⁷, autori del best seller "*Getting to Yes*"⁸. Fondamentale fu anche l'opera del prof. Frank Sander. Celebre fu il suo discorso pronunciato a Minneapolis nel 1976 durante la "Conferenza nazionale sulle cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia", meglio nota come *Pound Conference*⁹.

Nel corso di tale conferenza, il prof. Sander introdusse il concetto, ormai divenuto famoso, della *multi-door courthouse*, ossia del "tribunale a più porte", porte che rappresentano le diverse opzioni di definizione in una lite messe a disposizione delle parti in causa, tra le quali esse possono scegliere quella da loro ritenuta più consona al caso di specie: non solo il processo ordinario, ma, tra gli altri, anche l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione. Procedendo in tal guisa, Sander riteneva che si potesse

rilevare, infine, l'aumento esponenziale del numero dei professionisti legali, A. DE MATTEIS, *Diventare mediatore civile e commerciale. Riflessioni e materiali*, Milano, 2011, p. 4; T.C. HALLIDAY, *Beyond Monopoly: Lawyers, State Crises, and Professional Empowerment*, Chicago, 1987, p. 10; G. COSI-G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti*, Torino, 2010, p. 27.

⁷ S. CHIARAVALLOTI-G. SPADARO, *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, 2012, p. 136.

⁸ R.FISHER-B. PATTON-W. URY, *Getting to Yes*, II Ed., New York, 1991.

⁹ F.SANDER, *Varieties of Dispute Processing, the Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, Eagan, Minnesota, 1979, pp. 65-86.

pervenire ad una risoluzione delle controversie più efficiente in termini di costi, di tempi, di accuratezza, di credibilità e fattibilità¹⁰.

L'esigenza di una maggiore efficienza del sistema giurisdizionale americano costituiva la principale motivazione soltanto di uno degli indirizzi all'interno del movimento ADR¹¹.

Un secondo indirizzo si poneva quale fine ultimo da realizzare tramite la diffusione dei metodi ADR, quello di consentire ai cittadini meno abbienti di definire controversie che essi altrimenti non avrebbero potuto risolvere, visti gli elevati costi del processo¹².

Un terzo indirizzo, infine, riteneva che con gli strumenti ADR si ottenessero soluzioni migliori rispetto a quelle ottenibili col sistema giudiziario. Secondo questa tesi, infatti, mediante il coinvolgimento attivo delle parti, tipico degli strumenti in esame, era possibile risolvere dinamiche sociali ed interpersonali¹³.

Ciò detto, nel corso degli anni i metodi ADR si sono sempre più affermati nella cultura statunitense grazie alla loro attitudine di porsi a supporto e completamento della giustizia statale: il tribunale viene così visto quale luogo in cui le dispute vanno eventualmente a confluire una volta sperimentati altri metodi di definizione della lite. Questo è il motivo per cui in dottrina si è proposto di tradurre l'acronimo ADR in *Appropriate Dispute Resolution*, volendosi così evidenziare la maggiore congruità dei metodi ADR per la definizione delle controversie¹⁴, piuttosto che il loro carattere alternativo alla giustizia ordinaria.

¹⁰ C. BESSO, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, p. 8.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ J.C.GOLDSMITH-A.INGEN HOUSZ-G.H.POINTON *ADR in Business: Practice and issues across countries and cultures*, Vol. II, The Hague, 2011, pp. 344-345.

2. Gli strumenti di risoluzione delle controversie

In via di principio, si può pensare che il conflitto abbia un'accezione negativa, che cioè sia un qualcosa da evitare, o che comunque esso, terminata la fase cruenta, tenda poi ad auto-ricomporsi.

Ciò può risultare vero in alcuni casi, in particolare con riguardo a questioni di carattere minore. Nella maggior parte delle ipotesi, invece, il conflitto necessita di essere affrontato affinché possano poi prodursi effetti positivi¹⁵ per le parti e per la stessa società. Il problema sta quindi nel saper affrontare, o meglio nel saper gestire una controversia, intesa come una qualsiasi situazione in cui due o più soggetti hanno opinioni diverse intorno ad un *quid*¹⁶, che a sua volta può essere costituito da un fatto o da una norma.

Nell'ambito dei metodi di risoluzione delle liti, è opportuno distinguere tra strumenti autonomi e strumenti eteronomi. Questi ultimi si contraddistinguono per la presenza di un soggetto terzo (giudice o arbitro) che, ai fini della risoluzione della lite, impone o comunque determina le concrete regole di condotta da applicare nel caso concreto, in seguito ad una valutazione su chi delle parti abbia ragione o abbia torto (*win - lose*) realizzata in base ad una disamina delle pretese di parte e dei fatti preesistenti¹⁷.

Strumenti autonomi, invece, sono quelli in cui le stesse parti, senza l'ausilio di una terza persona, individuano e determinano le concrete regole di condotta da seguire ai fini della risoluzione della controversia. Ciò si verifica sulla scorta di una disamina che, prescindendo da considerazioni su

¹⁵ B. WITHERS, J. WISINSKI, *Resolving Conflicts on the Job*, New York, 2007, p. 2.

¹⁶ F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto Processuale civile*, Milano, VII Ed., 2013, pp. 3-4.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 13-14.

chi abbia ragione e chi abbia torto, porterà le parti a valutare se l'accordo sia potenzialmente idoneo a soddisfare i reciproci interessi (*win - win*).

Ne consegue che mentre nel primo caso la determinazione del terzo avviene secondo giustizia, valutando quindi l'eventuale violazione dei diritti ad opera delle parti coinvolte, nella seconda ipotesi l'accordo raggiunto dalle parti non deve necessariamente essere giusto, ossia può anche prescindere dall'essere conforme alla realtà preesistente. Nel caso di strumenti autonomi di determinazione della lite, infatti, più che i diritti delle parti entrano in gioco i loro rispettivi interessi e bisogni¹⁸.

Va da sé che più l'accordo è ragionevole, nel senso di offrire una soluzione che soddisfi i rispettivi interessi delle parti al massimo grado possibile, più esso sarà duraturo, producendo benefici anche per la comunità¹⁹.

3. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie

I metodi ADR si caratterizzano per il fatto di dare luogo, in via di principio, ad una gestione privata del conflitto e di determinare una risoluzione sostanziale della controversia, differenziandosi così dai modelli processuali statali di risoluzione delle liti, ove, invece, centrale è il ruolo assunto dalle regole procedurali imposte dal legislatore²⁰. Le procedure ADR, infatti, sono accomunate dal fatto di escludere, in via generale, l'esercizio del potere giurisdizionale dello Stato, essendo gestite in piena autonomia dai privati fuori dai tribunali. Ciò si verifica di frequente in contesti, come quello

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ R. FISHER-B. PATTON- W. URY, *op. cit.*, p. 4.

²⁰ G. BUFFONE, *Il civilista, Mediazione*, cit., p. 7.

europeo, in cui i sistemi ADR non hanno ancora raggiunto un certo grado di maturazione e di affermazione. Nell'esperienza nord americana, invece, ove l'impiego dei metodi ADR è ormai divenuto una pratica consolidata, si assiste ad una progressiva integrazione dei metodi ADR nel sistema giurisdizionale statale, con ingresso degli stessi all'interno delle stesse corti²¹.

Rispetto al processo ordinario, i metodi ADR si caratterizzano sia per un maggior grado di riservatezza delle procedure e dei relativi *outcome*, sia per la natura informale e flessibile dei procedimenti. In particolare, è la procedura ADR che si adatta alla lite e non viceversa, o più correttamente, sono le parti a scegliere la procedura che esse ritengono più idonea a realizzare le proprie esigenze nel caso di specie.

I metodi ADR, come accennato, rinvergono il proprio fondamento nell'autonomia privata delle parti, *i.e.* nel consenso liberamente espresso dalle stesse, il quale può assumere una gradazione diversa a seconda del procedimento utilizzato.

Un esempio è dato dal diverso ruolo assunto dalle parti nel caso di arbitrato amministrato o di arbitrato *ad hoc*. Mentre nel primo caso, infatti, i contendenti si limitano ad accettare, salvo diverso accordo, le regole procedurali dell'istituzione cui si sono rivolti, nella seconda ipotesi la regolamentazione delle varie questioni procedurali (nomina arbitri, tempistica, etc.) è rimessa all'autonomia delle parti²².

I metodi di risoluzione alternative delle controversie possono essere, inoltre, classificati sulla scorta di altri criteri. Al pari degli strumenti di

²¹ A. MASTROMATTEO, *A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) in generale*, in *Lexenia.it*, 2010, pp. 1-2.

²² M. IACOVIELLO, *La convenzione arbitrale*, in AA. VV. *Arbitrato* (a cura di) Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, pp. 31-32. Restano pur sempre i limiti fissati dai principi dell'ordinamento, dalle decisioni assunte dagli arbitri, e dal tribunale ordinario in caso di mancato accordo.

risoluzione delle controversie, anche i metodi ADR si distinguono, anzitutto, a seconda che incidano sui diritti o sugli interessi delle parti, cioè a seconda che siano *right-based* o *interest-based*. Ad esempio, mentre in arbitrato vengono esaminati ed applicati esclusivamente le leggi e i diritti da esse previsti, in mediazione e in negoziazione si assiste ad una ponderazione dei bisogni e degli interessi delle parti.

Un altro criterio distintivo è legato al coinvolgimento o meno di un terzo soggetto imparziale, distinguendosi a tal fine tra procedure di autocomposizione delle liti, in cui l'accordo è negoziato e concluso dalle parti in piena autonomia, e procedure di composizione eterodirette, in cui fondamentale è il ruolo assunto dal terzo soggetto indipendente ed imparziale (es. arbitro o mediatore)²³.

Qualora il terzo sia coinvolto nel procedimento, occorre poi distinguere a seconda che tale intervento si traduca nell'assunzione di una decisione vincolante per le parti (c.d. procedure di composizione eterodirette, es. l'arbitrato) ovvero nella possibilità per il terzo di formulare, se autorizzato, una possibile soluzione della controversia (c.d. procedure di autocomposizione eterodiretta)²⁴. Nel caso di decisione vincolante, inoltre, in virtù del principio consensualistico, gli effetti si produrranno, salvo rare eccezioni, soltanto nei confronti di coloro che abbiano acconsentito a risolvere la controversia in via alternativa²⁵.

²³ C. FRISCO, *I metodi A.D.R.: tipologia, natura, prospettive*, in *Diritto.it*, 24 marzo 2011.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ S. J. WARE, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, II Ed., St. Paul MN, 2001, p. 7.

4. I principali strumenti ADR

I metodi ADR maggiormente diffusi sono la negoziazione, la mediazione e l'arbitrato. Tuttavia, sia nei paesi aventi una tradizione consolidata in materia sia nell'ambito delle controversie transfrontaliere, frequente è l'utilizzo anche di altri metodi ADR (es. *expert determination*).

Prima di procedere ad una disamina dei principali metodi ADR, occorre segnalare come spesso le parti utilizzino le procedure ADR secondo una logica sistematica e progressiva.

Ci si riferisce alla *multi-tiered clause*, che è spesso inserita in molti contratti commerciali, specie per operazioni di carattere transnazionale. L'obiettivo di tale clausola è quella di consentire alle parti di risolvere in una fase preliminare le liti che possono sorgere tra loro, con conseguente risparmio di tempi e di costi, ma anche con salvezza dei reciproci rapporti interpersonali o commerciali²⁶. A tal fine, la *multi-tiered clause* contempla la ricorrenza di forme alternative di risoluzione delle controversie (ad es. negoziazione e/o mediazione), prima che sia presentata una formale domanda talora di arbitrato, talaltra di *litigation*²⁷. Tale clausola, pertanto, mette insieme, in sequenza, strumenti autonomi e strumenti eteronomi di composizione di una controversia.

In via di principio, se efficacemente applicata dalle parti, con partecipazione attiva delle stesse nel corso della fase stragiudiziale, la *multi-tiered clause* produce i suddetti vantaggi. Viceversa, in talune ipotesi essa può rallentare la definizione delle controversie: ciò può verificarsi, ad esempio, quando è previsto più di uno *step* stragiudiziale e il rapporto tra le parti non è

²⁶ M. J. MOSER, *Dispute resolution in China*, New York., 2012, p. 330.

²⁷ G. TRAVAINI, *Multi-tiered dispute resolution clauses, a friendly Miranda warning*, in *Kluwerarbitrationblog.com*, 30 settembre 2014.

collaborativo, cioè quando esse hanno alcuna intenzione di dialogare, ma soltanto di rimettere la questione alla decisione di un terzo.

In ogni caso, è opportuno che la *multi-tiered clause* sia redatta in modo chiaro e conciso, prevedendo, tra l'altro, (i) gli specifici eventi che innescano l'inizio dei vari *step*, (ii) termini brevi e ben definiti per l'eventuale fase di negoziazione e/o mediazione, e (iii) una fase conclusiva che si traduca nell'adozione di una decisione vincolante per le parti (*i.e.* arbitrato o processo ordinario)²⁸.

4.1. (Segue) La negoziazione

La negoziazione, inteso come metodo ADR, è un processo interattivo con cui le parti aventi interessi confliggenti provano a comporre la lite tra loro insorta²⁹.

La negoziazione rappresenta senza dubbio il metodo maggiormente utilizzato per la risoluzione delle controversie, atteso il suo utilizzo in quasi tutti gli aspetti della vita quotidiana, sia nel settore privato che in quello pubblico³⁰. Per tal motivo, è facile che la negoziazione trovi applicazione nel contesto di altri sistemi di risoluzione delle controversie, ad es. nel corso del procedimento arbitrale.

La negoziazione è un procedimento informale in cui viene espresso il massimo controllo delle parti sulla procedura da seguire e sul risultato da ottenere. Il processo decisionale è affidato alle parti in via esclusiva e non

²⁸ M. J. MOSER, *Dispute resolution in China*, cit., p. 330.

²⁹ J. T. WOOD, *Relational communication in negotiation interaction*, Devizes, 2008, p. 13.

³⁰ R. KREITNER, *Principles of Management*, Boston, 2008, p. 447.

prevede l'intervento di un terzo soggetto. Le parti possono partecipare personalmente o farsi sostituire e/o accompagnare da un proprio rappresentante, in genere da un legale. Non ci sono regole prestabilite nel corso delle trattative, nel senso che le parti sono libere di definire il procedimento da svolgersi, decidendo di comune accordo talune questioni basilari, ad es. il luogo delle negoziazioni, la durata e il numero delle sessioni, i documenti da utilizzare e il grado di riservatezza³¹.

Non sempre, tuttavia, la negoziazione consente di addivenire ad una rapida e proficua soluzione della controversia. In caso di tensioni tra le parti, anche i negoziatori più esperti possono ulteriormente danneggiare il rapporto con la controparte determinando così una *escalation* del conflitto. Parimenti, la soluzione da essi trovata potrebbe configurarsi come non ragionevole o comunque non idonea alla massimizzazione del risultato³².

Molto dipende dallo stile di negoziazione seguito dalle parti. Gli stili di negoziazione possono essere suddivisi in tre categorie principali, *i.e.* lo stile competitivo, quello cooperativo e la c.d. negoziazione di principio³³.

Lo stile competitivo prevede che al termine della negoziazione una delle posizioni assunte dalle parti prevalga sull'altra. Il negoziatore, pertanto, anziché operare ai fini di una soluzione ragionevole per ambo le parti, tende a massimizzare il proprio profitto a spese della controparte, facendo valere la propria posizione. Con un simile approccio, spesso accompagnato da un atteggiamento duro ed aggressivo, si mira a fare pressioni sulla controparte, specie se inesperta, affinché faccia concessioni a proprio favore³⁴. Così

³¹ C. RINALDI, *Negoziazione e mediazione: strumenti ADR a confronto*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 5 giugno 2012.

³² *Ibidem*.

³³ R.FISHER-B.PATTON-W.URY, *op. cit.*, *passim*.

³⁴ S. G. MEHTA, *112 Ways to Succeed in Any Negotiation or Mediation: Secrets from a Professional Mediator*, Bloomington, 2009, pp. 45-46;

facendo, il negoziatore spesso genera sfiducia nella controparte, con conseguente rischio di ledere definitivamente il rapporto.

Lo stile cooperativo, al contrario, fa sì che il negoziatore, concentrandosi principalmente sugli interessi in gioco, si mostri collaborativo con la controparte ed insista affinché si raggiunga una soluzione consensuale della lite. Mostrando un atteggiamento troppo morbido, egli, tuttavia, corre il rischio di cedere alle pressioni altrui, finendo spesso per sentirsi frustrato o comunque non soddisfatto dell'accordo concluso³⁵.

Il terzo stile di negoziazione, probabilmente quello più efficace per la risoluzione di un conflitto, è la c.d. "negoziazione di principi", la quale, in via generale, mette le parti nelle condizioni di addivenire con più facilità ad un accordo soddisfacente per entrambe, ponendosi con un atteggiamento morbido con le persone, ma duro sul problema³⁶.

Esso si basa su quattro principi fondamentali: separare le persone coinvolte nella lite dalla questione alla base della stessa; concentrarsi sugli interessi in gioco e non sulle posizioni assunte dalle parti; impegnarsi nell'escogitare soluzioni che risultino vantaggiose per ambo le parti; ragionare sulla base di criteri oggettivi, evitando questioni o attacchi di natura soggettivo-personale³⁷.

³⁵ R.FISHER-B.PATTON-W.URY, *op. cit.*, *passim*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*,

4.2. (Segue) La mediazione

La mediazione è una negoziazione facilitata dall'intervento di un terzo soggetto, il mediatore, il quale aiuta le parti a negoziare al fine di addivenire ad una soluzione consensuale della lite³⁸.

La negoziazione, infatti, spesso non consente alle parti di raggiungere un accordo, o comunque di ottenere un accordo che massimizzi i reciproci interessi. Le parti, non sentendosi garantite dalla presenza di un terzo neutrale che funga da filtro tra di esse e mantenga il riserbo sulle informazioni apprese, spesso rifiutano di scambiarsi informazioni, rendendo così vano il tentativo di negoziazione effettuato. Questo è il principale motivo per cui esse si rivolgono ad un terzo soggetto che, nell'ambito delle trattative, le aiuterà a valutare soluzioni che, da sole, non sarebbero state in grado di prendere in considerazione³⁹. Viene evitato così il c.d. "dilemma del negoziatore", inteso come la valutazione dei rischi e delle opportunità legate alla condivisione e alla rivelazione di informazioni durante la negoziazione⁴⁰.

E' fondamentale, quindi, che il procedimento di mediazione sia garantito da riservatezza, per consentire alle parti di far comprendere al mediatore quelli che sono i veri interessi che si celano dietro la controversia: interessi, anche soggettivo-personali, che non troverebbero ingresso dinanzi ad un giudice o ad un arbitro. Una volta eseguito ciò, il mediatore proverà, quindi, sia nell'ambito della sessioni congiunte sia facendo la spola tra le parti nelle sessioni private, a combinare gli interessi contrapposti delle parti verso una soluzione soddisfacente per entrambe.

³⁸ S. J. WARE, *op. cit.*, p. 6.

³⁹ C. RINALDI, *op. cit.*

⁴⁰ M. PIRONTI, *Economia e gestione delle imprese e dei sistemi competitivi*, Limena, 2012, 85.

Il mediatore deve essere indipendente, ossia privo di un qualsiasi tipo di legame personale o professionale con le parti, ed imparziale⁴¹, cioè privo di pregiudizi, convinzioni o interessi personali rispetto alla lite, valutando la stessa in modo obiettivo e neutrale.

A differenza dell'arbitro, il mediatore non è tenuto a giudicare la controversia nel merito, stabilendo quale delle due parti abbia ragione e quale abbia torto. Nella maggior parte dei casi, il mediatore è un facilitatore, facilita, cioè, il confronto tra le parti, incoraggiandone il dialogo e smorzando eventuali tensioni o situazioni di attrito. E' questa la c.d. mediazione "facilitativa", contraddistinta, quindi, da un ruolo predominante delle parti che stabiliscono ambito ed ampiezza del proprio accordo.

Diversa è, invece, la c.d. mediazione "valutativa", in cui il mediatore è tenuto a formulare una proposta di accordo: egli, pertanto, dovrà vagliare nel merito la questione a lui sottoposta dalle parti, valutando le rispettive pretese. Fondamentale è che, al riguardo, vi sia una richiesta (generalmente congiunta) delle parti, in quanto una proposta non autorizzata o addirittura contro la volontà delle stesse, potrebbe *ab initio* ledere la buona riuscita del procedimento di mediazione. Di fronte alla possibilità di una proposta del mediatore, le parti potrebbero, infatti, gestire in chiave opportunistica la procedura, evitando di rivelare informazioni necessarie per addivenire alla conclusione dell'accordo⁴².

Il termine "mediazione" viene spesso confuso con quello di "conciliazione". In realtà, i due termini non sono altro che due momenti di

⁴¹ *Ex art. 2.2, codice europeo di condotta dei mediatori*, «Il mediatore deve in ogni momento agire nei confronti delle parti in modo imparziale, cercando altresì di apparire come tale, e deve impegnarsi ad assistere equamente tutte le parti nel procedimento di mediazione».

⁴² E. DI BARTOLOMEO, *Mediazione facilitativa e valutativa*, in *L'opinione - Conciliazione delle Camere di Commercio*, 19 aprile 2011.

una medesima fattispecie: la mediazione rappresenta, infatti, il procedimento con cui le parti, grazie all'ausilio di un terzo, ottengono un determinato risultato, *i.e.* l'accordo conciliatorio, o conciliazione. La distinzione ha, quindi, un valore meramente classificatorio, non producendo alcun effetto di natura sostanziale⁴³.

4.3. (Segue) L'arbitrato

L'arbitrato è una procedura con cui le parti convengono di sottoporre la definizione di una controversia, attuale o futura, alla decisione di uno o più soggetti privati indipendenti ed imparziali, investiti della funzione di arbitri.

Anche l'arbitrato rinviene il proprio fondamento nell'autonomia delle parti, e quindi nel consenso da esse volontariamente espresso di far decidere la controversia tra loro insorta da un arbitro o da un collegio arbitrale piuttosto che da un tribunale ordinario. Il consenso all'arbitrato può essere espresso dalle parti (*i*) in via preventiva nel contratto da esse stipulato, o in un atto separato, in ordine a future controversie ancora indeterminate (clausola compromissoria), ovvero (*ii*) in un successivo accordo, una volta che la lite sia tra esse insorta (compromesso)⁴⁴.

Significativa è la distinzione tra arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato (*supra*, § 3).

L'arbitrato *ad hoc* è un procedimento che viene affidato ad arbitri secondo regole procedurali concordate direttamente e volta per volta (in

⁴³ A. PERA, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011, p. 77.

⁴⁴ L. SALVANESCHI, in *Commentario del codice di procedura civile*, (a cura di) S. Chiarloni, libro IV, Bologna, 2014, pp. 78-79.

questo senso *ad hoc*) dalle parti. Queste ultime potranno al riguardo accordarsi sul procedimento di nomina degli arbitri, sulla sede dell'arbitrato, sui tempi e sui costi dello stesso, e così via. Fondamentale è, quindi, che tra le parti si instauri un rapporto collaborativo⁴⁵, per evitare che venga ostacolato il regolare decorso della procedura.

Diverso è il caso dell'arbitrato amministrato o istituzionale, in cui le parti decidono di rivolgersi ad una determinata istituzione arbitrale e di applicare le norme procedurali contenute nel regolamento da essa adottato. In tale circostanza, significativo è il ruolo assunto dall'istituzione arbitrale che interviene per superare l'inerzia o il disaccordo delle parti in ordine a specifiche questioni che possano ostacolare il regolare svolgimento del procedimento (ad es. in caso di contrasto tra le parti sulla nomina o sul corrispettivo degli arbitri) e, in ogni caso, per garantire la corretta applicazione delle regole procedurali⁴⁶.

Quanto detto costituisce forse il principale motivo per cui, soprattutto nelle liti transfrontaliere, le parti preferiscono l'arbitrato istituzionale a quello *ad hoc*. Tra le altre ragioni, si annoverano: (i) il fatto che le norme procedurali contemplate da tali organizzazioni, oltre che conoscibili *ex ante* dalle parti⁴⁷, sono di norma collaudate nella pratica⁴⁸ (ciò, tuttavia, non esclude il fatto che le parti possano di comune accordo, ed entro determinati limiti, scegliere di modificare tali regole⁴⁹); (ii) i costi dell'arbitrato che, sebbene di norma più

⁴⁵ A. REDFERN, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, p. 49.

⁴⁶ J.F. POUDRET-S. BESSON, *Comparative law of International Arbitration*, London, 2007, pp. 68-69.

⁴⁷ A. ALIBEKOVA-R. CARROW, *International Arbitration and Mediation - From the Professional's Perspective*; Raleigh, 2007, p. 40.

⁴⁸ J. JENKINS, S. STEBBINGS, *International Construction Arbitration Law*, The Hague, 2006, pp. 81-82.

⁴⁹ *Ibidem*.

elevati rispetto a quelli di un arbitrato *ad hoc* (per la necessità di pagare il servizio offerto dall'organizzazione), sono anch'essi prevedibili *ex ante*; (iii) le garanzie legate alla affidabilità dell'istituzione arbitrale⁵⁰.

L'arbitrato *ad hoc*, per converso, potrebbe essere preferito dalle parti laddove intendano assicurare alla controversia un maggior grado di riservatezza ed una più accentuata flessibilità della procedura. Si discute se l'arbitrato *ad hoc* comporti costi inferiori rispetto all'arbitrato amministrato. Se è vero che le parti non devono in tal caso sostenere i costi per i servizi offerti dall'istituzione arbitrale, è altresì vero che, in taluni casi, l'efficienza garantita dall'organizzazione arbitrale può determinare una notevole riduzione delle spese procedurali, compensando così i costi fissi⁵¹.

L'arbitrato rappresenta una fattispecie eteronoma di risoluzione delle controversie. Anche nell'arbitrato, come nel processo ordinario, si è in presenza di un terzo soggetto che adotta una decisione vincolante per le parti (lodo) in base ad una valutazione di fondatezza delle rispettive pretese giuridiche. Non rilevano, invece, gli interessi sottostanti delle parti⁵².

Una forma di arbitrato diffusosi negli ultimi tempi è il c.d. *baseball arbitration*, detto anche *final offer arbitration*. Tale arbitrato, che trova particolare applicazione nell'ambito delle controversie di natura tecnica, induce le parti ad effettuare una valutazione di merito della controversia e, sulla base della stessa, formulare una offerta. E' opportuno, al riguardo, che l'offerta avanzata dalle parti sia la più ragionevole possibile: l'arbitro, infatti, sceglierà una delle due offerte senza poter chiedere e/o apportare modifiche.

⁵⁰ *Ibidem*. Cfr. MOSER, *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling with Dragons*, The Hague, 2007, pp. 103-104.

⁵¹ G. KAUFMANN KOHLER - B. STUCKI, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, The Hague, 2004, pp. 6-7.

⁵² F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., pp. 79-80.

Una variante di tale metodo ADR è il c.d. *night baseball arbitration*, che si contraddistingue per il fatto che l'arbitro è chiamato ad effettuare la scelta senza essere a conoscenza delle offerte avanzate dalle parti⁵³.

5. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione vincolante

In talune circostanze, anziché ricorrere all'arbitrato o al processo ordinario, le parti possono optare per altri procedimenti alternativi di risoluzione delle liti che si concludono con una decisione vincolante.

Tra questi, si annovera, anzitutto, la c.d. decisione dell'esperto (*expert determination*), che spesso costituisce il modo più rapido ed economico per risolvere le controversie, specie quando la decisione da prendere sia di natura tecnica o di valore. Se poi l'accertamento dei fatti di causa è stato già realizzato, tale metodo ADR potrà risultare ancora più vantaggioso sotto l'aspetto economico⁵⁴.

Rispetto agli altri metodi di risoluzione delle liti che si concludono con decisioni vincolanti (in particolare rispetto al processo ordinario e all'arbitrato), la determinazione dell'esperto si configura come un procedimento (i) più rapido, economico ed informale, (ii) più adatto a definire questioni tecniche o accertamenti di mero valore e (iii) maggiormente idoneo a consentire alle parti di salvaguardare i rapporti d'affari, configurandosi come un procedimento riservato che prevede una minima fase di

⁵³ D.J. BLOCK- M.A.EPSTEIN, *The Corporate Counsellor's Deskbook*, V Ed., New York, Supplement 2015, pp. 7-14.

⁵⁴ J. BAILEY, *Construction Law*, Abingdon, 2014, p. 1431. L'esperto non è vincolato ai documenti prodotti dalle parti, potendo svolgere indagini *ex officio*.

contraddittorio. La decisione finale è, in genere, non appellabile, salvo che per motivi limitati, come la frode o la mancanza di imparzialità⁵⁵.

L'*adjudication* è un breve procedimento di risoluzione alternativa delle controversie che consente alle parti di rivolgersi ad un soggetto terzo imparziale, il quale, dopo aver ascoltato le argomentazioni sommarie di ambo le parti, adotta una rapida decisione per consentire alle stesse di portare avanti il progetto o l'opera da realizzare. La sua decisione è vincolante, salvo che le parti prevedano la possibilità di esperire un ricorso entro un breve termine⁵⁶.

L'*Ombudsman* è un metodo di risoluzione alternativa delle liti ove predominante è il ruolo svolto da un soggetto terzo imparziale avente la funzione di raccogliere i reclami di utenti e consumatori nei confronti delle imprese e di far convergere gli interessi contrapposti delle parti. In via di principio, esso non impone una soluzione vincolante per le parti, ma si limita a formulare osservazioni e a sollecitare i provvedimenti atti a soddisfare le richieste formulate⁵⁷. In altri casi, invece, esso può adottare decisioni di carattere vincolante: è questo il caso del c.d. *Ombudsman – Giurì bancario*, la cui decisione vincola (soltanto) l'intermediario finanziario (*infra*, § 25.3)⁵⁸.

Il *private judging*, detto anche *rent a judge* (giudice in affitto), è una procedura sviluppatasi negli Stati Uniti che, pur presentando tutti i formalismi tipici di un processo ordinario, consente alle parti di svolgere lo stesso al di fuori delle aule di tribunale selezionando da apposite liste un terzo soggetto, in genere un giudice in pensione, il quale adotterà una decisione vincolante in relazione al caso di specie⁵⁹.

⁵⁵ Expert Determination, in *Out of law.com*, novembre 2012.

⁵⁶ T. TELFORD, *Construction Law Handbook*, London, 2007, p. 823.

⁵⁷ C. FRISCO, *op. cit.*

⁵⁸ M. COLAVOLPE-A. PROSPERETTI, *Banche, assicurazioni e gestori di risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009, p. 212.

⁵⁹ D.L. CARPER - J.A. MCKINSEY, *Understanding the Law*, Boston, 2011, p. 177.

Un discorso a parte è costituito dal *Med-Arb*, un procedimento che prevede la combinazione di due metodi di risoluzione alternativa delle controversie, *i.e.* la mediazione e l'arbitrato. In tal caso, il terzo soggetto neutrale opera, in una prima fase, come mediatore e, nel caso di mancato accordo tra le parti, come arbitro. Di norma, è opportuno che i due soggetti chiamati ad espletare le due fasi siano diversi, in quanto, in caso contrario, il procedimento di mediazione si ridurrebbe ad una mera fase istruttoria dell'arbitrato⁶⁰.

6. Altri metodi ADR che si concludono con una decisione non vincolante

Tra i metodi di risoluzione alternativa delle controversie che, invece, terminano con una decisione non vincolante, si annoverano, tra gli altri, il *neutral fact finder*, in cui le parti conferiscono ad un terzo soggetto competente nella materia oggetto della lite il compito di accertare e di stabilire i relativi elementi di fatto e, se del caso, fornire un proprio parere non vincolante. Trattasi di un metodo complementare rispetto alla mediazione, in quanto mette a disposizione delle parti e dello stesso mediatore una fonte di prova legittima e credibile che può facilitare la buona riuscita della stessa mediazione⁶¹.

Il *mini-trial* (mini-giudizio) è un procedimento tipicamente statunitense che presenta elementi procedurali simili a quelli di un processo ordinario. A differenza di quest'ultimo, esso consente alle parti di ottenere una notevole riduzione dei tempi e dei costi. In particolare, i legali delle parti presentano le

⁶⁰ C. FRISCO, *op. cit.*

⁶¹ O. RUSSEL MURRAY, *The Mediation Handbook*, Denver, 2011, p. 155.

proprie argomentazioni innanzi ad una giuria paritetica composta dai manager delle imprese in lite e presieduta da un terzo indipendente e imparziale⁶². Terminata la fase istruttoria, la giuria non adotterà una decisione, ma al fine di facilitare la soluzione amichevole della lite, farà comprendere alle parti le probabilità di vittoria e i rischi cui andrebbero incontro qualora venisse espletato un processo ordinario⁶³.

L'*early neutral evaluation* (valutazione preventiva neutrale) è un procedimento che si innesta nella fase iniziale del processo, nell'intento di porre fine allo stesso. Si configura come un accertamento preventivo non avente efficacia vincolante, che quindi facilita la negoziazione tra le parti, senza decidere il caso. Le parti vengono qui convocate dinanzi ad un perito nominato dal tribunale, esperto della materia oggetto della lite. Questi, dopo aver esaminato la fattispecie, tiene un'udienza in cui rilascia un parere di merito sulla controversia, facendo valere i punti di forza e di debolezza delle posizioni di ambo le parti in un eventuale giudizio. Tale parere sarà utile ai fini di un'eventuale soluzione amichevole della lite⁶⁴.

⁶² C. FRISCO, *op. cit.*

⁶³ M. CARADONNA-C. MEZZABOTTA-P. RIVA, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁴ E. B. MUROV, *The Practitioner's Guide to Defense of EPL Claims*, Chicago, 2005, p. 237.

CAPITOLO II

LA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA E I VANTAGGI DEI METODI ADR PER LE IMPRESE

SOMMARIO: – 7. Lo stato della giustizia civile in Italia. Il rapporto *Doing Business* 2016. – 7.1. (*Segue*) I recenti dati forniti dal Ministero della giustizia. – 8. I vantaggi dei metodi ADR per l'attività di impresa in Italia. Introduzione. – 8.1. (*Segue*) I metodi ADR quali metodi transnazionali. – 8.2. (*Segue*) Incremento di collaborazione tra imprese. *Litigation risk analysis*. – 8.3. (*Segue*) Capacità di *problem-solving*. Fiducia delle imprese. Maggior grado di competitività. – 8.4. (*Segue*) Vantaggi in termini di tempi, costi e flessibilità delle procedure. – 8.5. (*Segue*) Ulteriori benefici dei metodi ADR. – 9. Svantaggi dei metodi ADR.

7. Lo stato della giustizia civile in Italia. Il rapporto *Doing Business* 2016

Gli ultimi dati statistici rivelano un miglioramento dell'Italia nelle graduatorie che misurano la facilità di fare impresa nel nostro Paese. Ci si riferisce, in particolare, al Rapporto *Doing Business* 2016 presentato dalla Banca Mondiale a fine ottobre 2015, il quale misura e mette a confronto le

normative che regolano l'attività di impresa in 189 Paesi, analizzando l'efficacia delle riforme realizzate⁶⁵.

Tra i vari indicatori presi in considerazione, il dato che maggiormente interessa ai fini del presente lavoro è quello relativo all'esecuzione dei contratti (*enforcing contracts*). La situazione della giustizia italiana non può dirsi ancora ottimale. In Italia, attualmente occorrono mediamente 1.210 giorni per eseguire un contratto con costi da sostenere pari al 23,1% del valore della lite. Va rilevato, tuttavia, lo scarto esistente tra le varie corti italiane⁶⁶.

Nel complesso, si registra un'inversione di tendenza. Sotto tale profilo, la Banca mondiale ha affermato che l'Italia ha reso più facile far rispettare i contratti, prevedendo, tra l'altro, la semplificazione delle regole del processo telematico, la notifica telematica obbligatoria degli atti giudiziari e l'automatizzazione del processo di esecuzione⁶⁷.

7.1. (Segue) I recenti dati forniti dal Ministero della giustizia

Passando ai dati forniti dal Ministero della giustizia italiana⁶⁸, si registra come nel 2015 vi sia stato: (i) un calo delle pendenze degli affari civili attestatesi a circa 4,5 milioni, 4,2 milioni al netto del contenzioso di volontaria giurisdizione, ossia 370 mila cause in meno rispetto all'anno precedente; (ii)

⁶⁵ WORLD BANK, *Doing Business Report 2016*, pubblicato il 27 ottobre 2015. *Ibidem*. Per avere una rapida idea della situazione del nostro Paese, cfr. <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/italy/>.

⁶⁶ Cfr. <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts/italy>.

⁶⁷ WORLD BANK, *Doing Business Report 2016*, p. 76.

⁶⁸ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione amministrazione giustizia 2015 – sintesi*. Cfr. https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/I_numeri_della_Giustizia_nel_2015.pdf.

una riduzione delle cause annuali in ingresso⁶⁹, pari a 3,5 milioni, dato questo inferiore rispetto alle definizioni annuali delle stesse (pari a 3,8 milioni), a conferma dell'alta produttività dei magistrati italiani; (iii) un calo dei tempi di durata delle cause civili, in particolare dei tempi di risoluzione del civile ordinario di Tribunale (-12,5%) e del contenzioso commerciale in tribunale (-7,6%) e del contenzioso di secondo grado (-6,9%); (iv) una riduzione media dei tempi di emissione dei decreti ingiuntivi intorno al 50%; (v) una definizione entro un anno di circa l'80% del contenzioso in primo grado espletato presso il c.d. tribunale delle imprese, con i 4/5 delle sentenze di primo grado confermate in sede di appello; (vi) una riduzione dell'arretrato civile, attestatosi intorno ai 6 milioni di affari nel 2009 e sceso a circa 4,2 milioni di affari civili al mese di dicembre 2015.

Con riguardo al calo dell'arretrato civile, fondamentale è stato, al riguardo, il contributo del c.d. "Programma Strasburgo" lanciato nel 2001 dal presidente del tribunale di Torino Mario Barbuto. Un progetto lungimirante volto all'eliminazione di tutte le cause pendenti da tre o più anni.

Nello specifico, il presidente Barbuto ha impartito a giudici e cancellieri tre direttive principali, ossia quella (a) di trattare prima le cause iscritte a ruolo da più tempo (b) di etichettare "fisicamente" i fascicoli giudiziari in base alla data di avvio del procedimento, quindi (c) di adottare la c.d. strategia "first in, first out" (il primo fascicolo a entrare è il primo ad uscire). Egli, inoltre, ha elaborato venti *guidelines* per esortare i giudici del tribunale di Torino ad assumere un ruolo attivo durante i procedimenti da essi gestiti⁷⁰.

⁶⁹ *Ibidem*. La principale percentuale di riduzione è stata rilevata presso le Corti di Appello, ove è stato riscontrato un -10,2%. Presso i Tribunali, invece, la riduzione è del 5,5%, percentuale che sale al -6,8% per le controversie di natura commerciale.

⁷⁰ WORLD BANK, *Doing Business in Italy 2013 - Subnational*, pp. 41-42.

Tali linee guida hanno indotto i giudici torinesi, tra l'altro, ad emettere sentenze brevi e concise, a definire nel corso della prima udienza un calendario del procedimento di loro competenza, a preferire udienze verbali rispetto allo scambio scritto di memorie difensive, a dare luogo a rinvii procedurali più brevi, dichiarando inammissibili quelli privi di fondamento. I risultati non si sono fatti attendere, tant'è che già nel corso del 2010 le cause più vecchie di tre anni costituivano soltanto il 5% del carico giudiziario del tribunale piemontese.

Il progetto pilota ideato dal tribunale di Torino è stato vagliato dal Ministero della giustizia, il quale ha di lì a poco ordinato a tutti i tribunali della penisola di presentare ed adottare un simile piano strategico, allo scopo di ridurre l'arretrato giudiziario⁷¹.

Funzionale all'attuazione su scala nazionale del "Programma Strasburgo" è stata l'attuazione del c.d. progetto *Datawarehouse* centrale, ossia di uno strumento di raccolta, analisi ed elaborazione in via informatica dei dati provenienti dagli uffici giudiziari presenti sul territorio nazionale. In tal guisa, si è dato vita ad un sistema informatico integrato capace di fornire informazioni immediate in ordine alle diverse tipologie di utilizzatori⁷². La targatura "informatica" (e non più fisica) dei vari fascicoli giudiziari agevola, inoltre, il lavoro dei magistrati, consentendo loro di conoscere rapidamente la natura delle cause iscritte sul proprio ruolo e di adottare i relativi piani di smaltimento⁷³.

⁷¹ Art. 37, d.l. 2011, n. 98 - Legge sulla stabilizzazione finanziaria.

⁷² MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *La statistica per gli uffici giudiziari. Il Progetto DataWarehouse*, Salone della Giustizia Rimini, 2-5 dicembre 2010.

⁷³ *Ibidem*. Oltre a rappresentare un'operazione di trasparenza dell'Amministrazione giudiziaria, il progetto Datawarehouse costituisce un supporto per stimare in tempi rapidi le performance dei tribunali italiani e l'operato dei dirigenti degli uffici giudiziari.

La progressiva riduzione dell'arretrato giudiziario ha inevitabili ricadute anche sul piano economico, in quanto oltre a rendere più rapido l'operato della giustizia e quindi più efficiente il Paese, consente enormi risparmi per lo Stato italiano sotto il profilo degli indennizzi ai sensi della legge Pinto (legge n. 2001/89)⁷⁴, il cui debito complessivo ammonta attualmente ad oltre 400 milioni di euro⁷⁵. Legge Pinto, sulla quale è stato peraltro raggiunto un accordo tra Ministero della giustizia e Banca d'Italia, in virtù del quale, quest'ultima, e non più il Ministero di via Arenula, è tenuta a liquidare direttamente l'indennizzo al cittadino leso dall'eccessiva durata del processo entro centoventi giorni. Si vuol così evitare che i cittadini, oltre al danno di ottenere una sentenza in tempi poco ragionevoli, subiscano anche la beffa di dover attendere altri anni per conseguire l'indennizzo dovuto a seguito del torto subito. Ciò si pone, inoltre, in linea con quanto imposto all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁶.

Ai fini della riduzione dei tempi processuali e al calo dell'arretrato giudiziario, determinante è stata, altresì, la graduale applicazione del processo civile telematico, entrato a regime a metà del 2014. Allo stato - ma la situazione varia da tribunale a tribunale - gli avvocati possono consultare *online* i fascicoli processuali, comunicare in via telematica con gli uffici giudiziari, pagare in via telematica il contributo unificato, nonché provvedere

⁷⁴ Legge 24 marzo 2001, n. 89 - Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile (Legge Pinto – ragionevole durata del processo).

⁷⁵ Cfr. nota 68.

⁷⁶ BANCA D'ITALIA, *Accordo tra la Banca d'Italia e il Ministero della giustizia*, 18 maggio 2015.

al deposito di atti e documenti processuali confezionandoli secondo regole tecniche aggiornate con decreti ministeriali⁷⁷.

Nel complesso, può dirsi che in questo caso, come in quello del progetto *Datawarehouse*, l'ingresso delle nuove tecnologie, oltre che a determinare un risparmio per le casse statali⁷⁸, ha contribuito alla creazione di nuovi modelli organizzativi ed alla elaborazione di nuove consuetudini e *best practice*.

A partire dal 2010, in Italia si è assistito, inoltre, alla regolamentazione di diversi metodi ADR, dalla mediazione civile alla recente introduzione della negoziazione assistita e dell'arbitrato forense. Tale argomento sarà oggetto di approfondita disamina nei seguenti paragrafi e capitoli.

8. I vantaggi dei metodi ADR per l'attività di impresa in Italia.

Introduzione

Una volta riportati i dati sulla giustizia civile, che evidenziano una situazione (ancora) critica ma in miglioramento, nelle pagine seguenti si mira ad analizzare i vantaggi che i metodi ADR potrebbero apportare alle imprese italiane sia nell'attuale contesto di crisi economica sia in prospettiva futura. Attenzione verrà data anche agli svantaggi cui le aziende potrebbero andare incontro applicando i metodi ADR in talune ipotesi.

⁷⁷ CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Informazioni di base sul processo civile telematico*, cfr. <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/area-avvocati/processo-civile-telematico/articolo8598.html>.

⁷⁸ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, cfr. nota 68. Si stima, ad esempio, che il processo civile telematico abbia determinato dal 2013 un risparmio di 130 milioni di euro.

8.1. (Segue) I metodi ADR quali metodi transnazionali

Una caratteristica fondamentale dei metodi ADR è quella di configurarsi come strumenti di risoluzione delle liti di natura “transnazionale”⁷⁹. Essi, infatti, sono di per sé idonei ad oltrepassare i confini nazionali di uno specifico Paese, adattandosi facilmente ad un contesto giuridico-economico e di confronto internazionale⁸⁰.

Sotto questo aspetto, con l’utilizzo dei metodi ADR le imprese italiane potrebbero adattarsi meglio ai nuovi bisogni ed esigenze dettati dai processi di globalizzazione⁸¹. La crescente interdipendenza tra le varie economie nazionali ha determinato, infatti, una riduzione dello spazio e del tempo⁸² e, di conseguenza, un notevole aumento degli scambi commerciali transnazionali. Grazie ad internet e alle nuove tecnologie, oggi le imprese di tutto il mondo hanno la possibilità di intavolare trattative e stipulare contratti con individui ed imprese di altri Paesi con estrema facilità, con costi ridotti e soprattutto nell’arco di pochi minuti⁸³.

Per avere un’idea di tale crescente fenomeno, si considerino i dati 2015 sull’export italiano tramite *e-commerce*⁸⁴, ossia l’insieme delle attività di

⁷⁹ M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2000, p. 74.

⁸⁰ M. FODDAL, *op. cit.*, pp. 407-408.

⁸¹ Per globalizzazione si intende «il processo economico per il quale mercati, produzioni, consumi e anche modi di vivere e di pensare divengono connessi su scala mondiale, grazie ad un continuo flusso di scambi che li rende interdipendenti e tende a unificarli. È frutto di un processo che dura da tempo e negli ultimi trent’anni ha avuto una forte accelerazione in concomitanza con la terza rivoluzione industriale», in *Wikipedia.it*.

⁸² B.M. PIRANI, I. VARGA, *Acting Bodies and Social Networks: a bridge between technology and working memory*, Lanham, 2010, p. 147.

⁸³ G. FUSCHINO, *Paper presentato per intervento ad Egpa conference in Tolosa*, agosto 2015, *passim*.

⁸⁴ OSSERVATORIO ECOMMERCE B2C, *Social? Mobile? Multicanalità? Sì, ma sono servizio e convenienza la linfa dell’ecommerce in Italia*, Milano, 19 ottobre 2015.

vendita effettuate tramite internet da siti italiani a clienti stranieri: l'incremento è stato del 22%, con un fatturato superiore ai 3 miliardi di euro⁸⁵.

L'aumento del numero delle transazioni internazionali, sia *online* sia *offline*, determina inevitabilmente una crescita del numero delle controversie con individui ed imprese di altri Paesi. Ciò implica una rivisitazione dei tradizionali modi di risolvere e gestire le controversie, specie di carattere internazionale. Sarebbe impensabile voler gestire la potenziale mole di liti che ne deriverebbe mediante l'esclusivo ricorso alla *litigation*. Soprattutto, si verrebbero a creare seri problemi per il Paese in termini di competitività e di capacità di attrarre investimenti e capitali dall'estero. In questo solco potrebbero inserirsi i metodi ADR, in virtù del loro carattere transazionale, ma anche di altre loro peculiari caratteristiche, qui di seguito esaminate.

8.2. (Segue) Incremento di collaborazione tra imprese. *Litigation risk analysis*

Facilitare la risoluzione delle controversie tra privati demandandola alla loro stessa autonomia implica una visione del tribunale come *extrema ratio*, *i.e.* quale ultimo rimedio cui le parti ricorrono qualora non sia stata trovata una soluzione alternativa della lite.

Sotto questo profilo, si è parlato, con riguardo all'istituto della mediazione⁸⁶, di attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale in un

⁸⁵ Va da sé che tali dati sono destinati sicuramente ad aumentare nel prossimo futuro vista la qualità dei prodotti italiani apprezzata in tutto il mondo e la strategia di digitalizzazione in corso di attuazione nel Paese, dalla banda ultra larga, fino all'identificazione digitale ed ai pagamenti elettronici, C. FOTINA, *Banda ultralarga, ecco il piano del governo da 6 miliardi di euro*, in *Sole24ore*, 4 marzo 2015.

⁸⁶ Tale concetto è, tuttavia, estendibile anche agli metodi ADR.

settore cruciale come quello della giustizia civile. Il riconoscimento di tale principio (art. 118 Cost.) per effetto della riforma del Titolo V del 2001⁸⁷, apre, infatti, la via al c.d. terzo settore, cioè ad un settore privato-sociale che si pone a metà strada tra il settore pubblico e quello privato. In tal modo, si ottiene non una contrapposizione (negativa), bensì un coordinamento ed una cooperazione (positiva) tra Stato e mercato, che finisce col valorizzare e arrecare benefici alla società civile⁸⁸.

I metodi ADR, specialmente se impiegati in uno specifico settore di mercato, rappresentano l'occasione per lo stesso settore di assumersi la responsabilità della gestione delle proprie controversie, con conseguente attribuzione dei relativi sistemi di risoluzione delle liti ad istituti ed organizzazione esterni ai tribunali, cui le parti possono comunque ricorrere qualora lo ritengano opportuno. Ciò non costituisce una minaccia all'integrità del sistema giurisdizionale, ma soltanto la possibilità per imprese ed operatori di mercato di scegliere tra una pluralità di strumenti di definizione delle controversie messi a loro disposizione⁸⁹.

In particolare, le imprese (e non solo) potrebbero essere indotte ad optare per i metodi ADR per addivenire a soluzioni delle liti di natura consensuale, ben diverse dalla soluzione offerta dalla sentenza giudiziale. Nell'ambito di una *partnership* commerciale o comunque nel corso di lunghi rapporti di collaborazione tra imprese, spesso emergono infatti ostacoli che non sempre degenerano in conflitti.

⁸⁷ Art. 118 Cost., ultimo comma: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». Tale principio è stato introdotto con la riforma del Titolo V della nostra Carta costituzionale, legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

⁸⁸ G. FLICK, *Un'alternativa alla giustizia*, in *Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione*, marzo 2012, p. 5.

⁸⁹ WORLD BANK, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, 2011, p. 48.

La potenziale volontà delle parti di negoziare o comunque di trovare una soluzione consensuale al conflitto, “potrebbe” essere ostacolata dall’eventuale azione giudiziale iniziata da una delle due. Oltre che imbattersi in un procedimento giurisdizionale, spesso lungo e dall’esito incerto, si rischia in tal modo di ledere la relazione commerciale con l’altra impresa e/o cliente, con un danno economico notevolmente maggiore rispetto al guadagno che si otterrebbe vincendo la causa in giudizio. Quando un’azienda ricorre all’azione giudiziale, infatti, nella maggior parte dei casi interromperà ogni tipo di relazione con l’altra impresa e/o cliente con cui è entrata in causa⁹⁰.

In simili fattispecie, sarebbe opportuno per l’azienda analizzare *ex ante*, ossia prima di intraprendere l’azione giudiziale, i vantaggi e gli svantaggi legati ad una simile azione. In altri termini, si dovrebbe dar luogo alla c.d. *litigation risk analysis*, all’esito della quale la parte si rende conto delle probabilità di successo di un eventuale giudizio, valutandone i costi, i rischi, i benefici, gli effetti diretti ed indiretti⁹¹: soltanto in seguito a tale analisi, verrà, quindi, presa la decisione ritenuta più opportuna nel caso di specie⁹².

Nella sua forma più semplice, la *litigation risk analysis* assume la forma di un diagramma con due ramificazioni principali che rappresentano, a loro volta, la scelta basilare tra *litigation* o arbitrato (e cioè una decisione vincolante basata su diritti, *win-lose*) e soluzione consensuale della lite, basata

⁹⁰ A. BANDINI, *Gli strumenti di ADR: una risorsa per le imprese*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, pp. 172-174.

⁹¹ M.C. AARON, *Finding settlement with numbers, maps and trees*, in *The Handbook of Dispute Resolution*, (a cura di) M.L. Moffitt-R.C. Bordone, New Jersey, 2012, cap. 13; J. REUID, *Managing Business Risk: A Practical Guide to Protecting Your Business*, London, 2014, p. 24 ss.; M. B. VICTOR, *Litigation Risk Analysis and ADR*, in *ADR Practice Book*, New Jersey, 1990. Si consideri, al riguardo, che i termini *decision tree analysis*, *decision analysis*, *risk analysis*, *litigation risk analysis* vengono utilizzati nella prassi in maniera intercambiabile.

⁹² G. FUSCHINO, *Paper presentato per intervento ad Egpa conference in Tolosa*, cit.

sugli interessi sottostanti delle parti, in cui peraltro non si è vincolati all'oggetto della domanda, ma si ha possibilità di unire ed affrontare più di una questione, anche quelle non strettamente legate all'oggetto del ricorso⁹³.

Da ciascuna delle due ramificazioni si sviluppa una serie di sotto-ramificazioni, che rappresentano tutte le possibili conseguenze legate all'una o dall'altra scelta. Attribuendo, quindi, una percentuale di probabilità e un valore monetario a ciascuna di tali conseguenze, è possibile calcolare e quantificare il valore probabilistico delle due scelte⁹⁴.

L'impostazione della *decision tree-analysis* è ampiamente diffusa in altri settori di mercato prima di dover assumere importanti decisioni per il futuro delle imprese⁹⁵. Sarebbe, pertanto, opportuno prendere in considerazione tale metodologia anche nell'affrontare una controversia giuridica. Il vero vantaggio legato ad essa, infatti, è quello di «decostruire una causa complessa in *step* separati e in risultati possibili, i quali possono condurre ad elaborare un appropriato processo decisionale⁹⁶». Per questo motivo, è opportuno effettuare la *litigation risk analysis* in una fase antecedente l'inizio della causa, considerato, tra l'altro, che i risultati di tale disamina dovranno essere aggiornati nel corso del giudizio, sulla scorta degli eventi sopraggiunti⁹⁷.

Ebbene, che si ricorra o meno ad elaborare una simile analisi di rischio, prima di intraprendere un'azione giudiziale, l'impresa dovrà valutare se

⁹³ B. DALEY, *Making informed decision. Decision-tree analysis: An effective method to manage litigation in a business setting*, in *Nortonrosefulbright.com*, 2008, pp. 1-2.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*. Ciò vale, ad esempio, per il settore bancario prima di valutare quale prodotto bancario - finanziario offrire sul mercato, ovvero nel settore manifatturiero prima di dare luogo al lancio di nuovi prodotti sul mercato.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

intende salvaguardare o meno i rapporti col proprio partner commerciale. In caso positivo, è opportuno che essa ricorra anzitutto all'impiego di metodi di risoluzione alternativa delle liti *interest-based*, su tutti la negoziazione e la mediazione.

Oltre che a salvaguardare i rapporti commerciali, tali strumenti sono in grado di aumentare la collaborazione tra le imprese⁹⁸, potendo quest'ultime focalizzare la propria attenzione e risolvere, in via consensuale, non solo la principale questione che ha generato la controversia con la controparte, ma anche tutte le altre potenziali o effettive cause di conflitto o di frizione⁹⁹. Il conflitto, pertanto, nato come una minaccia alla tenuta del rapporto commerciale, potrà eventualmente tramutarsi in un'opportunità per rendere lo stesso ancora più solido.

8.3. (Segue) Capacità di *problem-solving*. Fiducia delle imprese. Maggior grado di competitività

Collaborando reciprocamente, ed incrementando il dialogo e la comunicazione ai fini della risoluzione dei conflitti, le imprese coinvolte nella lite possono, inoltre, sviluppare *problem solving skills*, *i.e.* le capacità di risoluzione dei problemi, che consentono loro di addivenire ad una rapida ed ottimale soluzione delle problematiche e/o situazioni di attrito che si possono sviluppare nel corso di un rapporto commerciale.

⁹⁸ G. FUSCHINO, *Paper presentato per intervento a conferenza Side in Lugano*, dicembre 2013.

⁹⁹ T.ITO-H.HATTORI-M.ZHANG-T.MATSUO, *Rational, Robust, and Secure Negotiations in Multi-Agent Systems*, Berlino, 2008, pp. 41-42.

Ciò è conseguibile mediante l'applicazione di una specifica metodologia che, in genere, consiste in vari *step* ossia, nell'analizzare oggettivamente il conflitto (*i.e.* senza porre la questione sul piano soggettivo-personale), concentrandosi sugli interessi delle parti e non sulle posizioni, proponendo soluzioni vantaggiose per ambo i litiganti, ed insistendo su criteri oggettivi¹⁰⁰.

Tale metodologia è strettamente legata alle tecniche di negoziazione e mediazione. Un discorso a parte va fatto per l'arbitrato. Sebbene esso sia un metodo di risoluzione alternativa delle liti *right-based*, nel senso che il lodo emanato al termine del procedimento arbitrale decreta chi ha ragione e chi ha torto, e quindi se vi è stato nel caso di specie - e conformemente a quanto richiesto nella domanda di arbitrato - violazione o meno di diritti, anche qui le parti possono, tuttavia, adottare un approccio collaborativo da cui trarre beneficio.

Al fine di rendere la procedura più snella e rapida, esse possono, infatti, stabilire di comune accordo aspetti salienti della stessa. E ciò vale sia nel caso dell'arbitrato *ad hoc*, dove, come visto, massimo è il controllo che le parti hanno del procedimento, sia in quello di taluni arbitrati amministrati¹⁰¹. L'approccio collaborativo può anche aumentare le probabilità di accordo nel corso del procedimento arbitrale (*c.d. award by consent*)¹⁰².

¹⁰⁰ R.FISHER-B.PATTON-W.URY, *op. cit.*, pp. 11-14.

¹⁰¹ E' il caso, ad esempio, dei *c.d. Terms of reference* previsti ex art. 23 del Regolamento Arbitrale ICC, in virtù del quale le parti possono concordare gli aspetti fondamentali della procedura arbitrale, su avallo del tribunale arbitrale.

¹⁰² R. CHERNICK- D.M.KOLKEY- B.REEVES NEAL, *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, New York, III Ed., 2012, pp. 230-231. In caso di accordo raggiunto nel corso del procedimento arbitrale, le parti possono congiuntamente chiedere al collegio arbitrale di terminare l'arbitrato o di emettere un *award by consent*, un lodo che riproduce il contenuto dell'accordo concluso. Sebbene nella prassi molti arbitri non si oppongono a tale richiesta, i regolamenti di molti istituti arbitrati, al pari di molte leggi

Lo sviluppo di un sistema di metodi ADR in uno specifico settore di mercato potrebbe, inoltre, indurre i relativi operatori a sviluppare una cooperazione “settoriale” più ampia. Essi, infatti, oltre ad avere la possibilità di sviluppare *best practice* da adottare ai fini di una efficiente risoluzione delle controversie, potrebbero affrontare e risolvere altre questioni, ad es. adottare comuni criteri di verifica delle attività espletate¹⁰³.

In altri termini, una volta adottato, grazie ai metodi ADR, un approccio collaborativo e orientato al *problem solving*, le aziende potrebbero trasferire tale metodologia dal piano *ex post* della risoluzione alternativa delle liti a quello *ex ante* della regolamentazione elaborata in modo consensuale, che, in quanto tale, ha maggiori probabilità di essere attuata spontaneamente. Così facendo, molte situazioni di conflitto verrebbero evitate e/o interrotte sul nascere.

La collaborazione generata tramite l’impiego degli strumenti ADR e l’assimilazione delle relative tecniche e metodologie, potrebbe contribuire a generare altri due vantaggi per le imprese.

Il primo di questi vantaggi è dato da un aumento del livello di fiducia, sia della fiducia dimostrata dalle imprese nei confronti di altri operatori economici sia di quella dimostrata nei loro confronti dal mercato e dai consumatori. Una conferma di quanto detto è rinvenibile nel quarto considerando della Direttiva ADR 2013/11/UE, secondo cui «è opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall’accesso a mezzi facili, efficaci, rapidi e a basso costo per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi, in modo da rafforzare la loro

nazionali, rimettono la scelta alla discrezionalità degli arbitri. Questi possono opporsi alla richiesta delle parti laddove, ad esempio, temono che l’accordo raggiunto sia di natura fraudolenta.

¹⁰³ WORLD BANK, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, cit., p. 48.

fiducia nel mercato [...]». Fiducia che costituisce un elemento portante dell'economia di mercato, senza la quale milioni di transazioni non verrebbero concluse, con sottrazione di miliardi di euro all'economia e allo stato sociale¹⁰⁴.

L'altro vantaggio è costituito da un aumento di competitività delle imprese italiane sotto il profilo di un aumento delle loro dimensioni. Se è vero che, come dimostrato, tale beneficio è legato alla celerità dei processi e al grado di efficienza della giustizia di un Paese¹⁰⁵, può tuttavia aggiungersi che l'approccio collaborativo legato ai metodi e alle tecniche ADR potrebbe anch'esso, in via di principio, favorire la creazione di aziende di dimensioni più grandi, e quindi maggiormente competitive sul piano internazionale¹⁰⁶.

¹⁰⁴ F. BERTI, *Per una sociologia della comunità*, Milano, 2005, p. 121; G. FUSCHINO, *Paper presentato per intervento a conferenza Side*, cit..

¹⁰⁵ S. GIACOMELLI-C. MENON, *Firm size and judicial inefficiency: evidence from the neighbour's Court*, Banca d'Italia, gennaio 2013. In tale *working paper* della Banca d'Italia è stata riscontrata, con riguardo alla realtà italiana, la tesi secondo cui l'eccessiva lunghezza dei procedimenti civili, oltre che sulla crescita del fatturato delle aziende, incide sulle loro dimensioni. In via di principio, infatti, per poter accrescere le proprie dimensioni, una piccola impresa necessita di conseguire risorse finanziarie esterne, potendo le stesse essere costituite, ad esempio, dalla partecipazione di nuovi soci o dal prestito di una banca. Tuttavia, si è disposti a finanziare e a manlevare un'azienda solo in presenza di un sistema giudiziario efficiente su cui soggetti terzi possono fare affidamento. Viceversa, in presenza di una giustizia lenta e farraginoso, banche e nuovi soci, anziché intavolare trattative con nuovi soggetti che si affacciano sul mercato, preferiranno supportare l'attività di chi è già presente sul mercato e ha acquisito una credibilità commerciale, cfr. altresì A. ALESINA- F. GIAVAZZI, *Giustizia lenta, imprese piccole*, in *Corriere.it*.

¹⁰⁶ Per capire le dimensioni del fenomeno, occorre prestare attenzione al fatto che le dimensioni delle aziende italiane, messe a confronto con quelle degli altri Paesi europei, risultano più piccole del 40%, BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali – Assemblea ordinaria dei partecipanti - Anno 2010*, 31 maggio 2011, p. 14.

8.4. (Segue) Vantaggi in termini di tempi, costi e flessibilità delle procedure

La scelta delle imprese a favore dei metodi ADR potrebbe essere indotta anche da altre ragioni.

Innanzitutto, gli strumenti ADR si contraddistinguono per essere maggiormente rapidi e flessibili rispetto al processo ordinario. Optando per essi, infatti, le imprese riescono ad ottenere la definizione o la composizione della lite in base a procedure più snelle che si adattano celermente e con più facilità al caso di specie e alle esigenze del mercato: in questi casi, è la procedura che si adatta alla controversia e non viceversa, motivo per il quale si è giunti a definire i metodi ADR come metodi maggiormente appropriati alle controversie (*supra*, § 1)¹⁰⁷.

L'*outcome* finale di una procedura ADR è, in generale, ottenibile con una notevole riduzione dei tempi rispetto a quelli previsti in caso di azione giudiziale. Tale assunto appare scontato in caso di accordo concluso a seguito di una negoziazione o di una procedura conciliativa.

Si discute, invece, sulla rapidità dell'arbitrato. Con riguardo alla situazione in Italia, le ultime statistiche rilevano che un lodo arbitrale è conseguibile in un tempo decisamente inferiore rispetto a quello legato all'emanazione di una sentenza giudiziale. Ci si riferisce, al riguardo, ai dati 2014 contenuti nell'ottavo "Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia", recentemente pubblicato dall'Istituto scientifico per l'arbitrato e la mediazione¹⁰⁸. La durata media di un procedimento di arbitrato

¹⁰⁷ A. MASTROMATTEO, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸ ISDACI, *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia - Estratto*, VIII Ed., 1° ottobre 2015, p. 7.

amministrato¹⁰⁹ espletata nel 2014 è risultata pari a 197 giorni, in un tempo decisamente inferiore rispetto a quelli di un processo ordinario.

Il processo civile attuale, a causa degli eccessivi formalismi e dell'eccessiva durata, si rende quindi sempre meno vantaggioso per le controversie in cui sono coinvolte le imprese: il principale problema è dato infatti dalla sfasatura tra il tempo del mercato e quello del processo¹¹⁰.

I metodi ADR si contraddistinguono per essere, altresì, meno costosi del contenzioso ordinario. Quanto ai costi diretti, essi sono certamente inferiori in caso di negoziazione o di mediazione. Si discute nel caso dell'arbitrato, visto che tali costi variano a seconda che si tratti di arbitrato *ad hoc* o arbitrato istituzionale (*supra*, § 4.3), e, in quest'ultimo caso, a seconda del tipo di istituzione arbitrale cui si ricorre.

Nella scelta tra metodi ADR e *litigation*, l'impresa deve tuttavia considerare anche i costi indiretti. In particolare, essa deve valutare il risparmio conseguibile: (i) per il fatto che le parti possono, in genere, concordare i vari incontri o sessioni o udienze in base alle proprie esigenze, senza dover attenersi al calendario imposto da un tribunale ordinario; e (ii) per il fatto di prendere parte a procedure più brevi, in cui l'impresa investirà meno tempo e meno risorse aziendali, a loro volta reimpiegabili in altre attività. Nel caso di contenzioso ordinario, l'azienda è tenuta invece ad impegnare, per un periodo più lungo, alcuni suoi dipendenti per l'attività di supporto ai legali (ad es. fornire documenti ed informazioni utili alla causa) e per partecipare alle eventuali udienze come testimoni¹¹¹.

¹⁰⁹ I dati sugli arbitrati *ad hoc* sono inesistenti o di difficile reperimento (infra, § 22).

¹¹⁰ S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, pp. 45-46.

¹¹¹ A. BANDINI, *Gli strumenti di ADR*, cit., pp. 170-171.

Va rilevato, inoltre, che (iii) un lungo contenzioso, spesso dall'esito incerto¹¹², produrrà inevitabili riflessi negativi sui bilanci di impresa: infatti, anche se l'esito del giudizio dovesse risultare positivo, con attribuzione della pretesa creditoria, nelle more della definizione del giudizio l'azienda non potrà disporre della somma rivendicata per un lungo lasso di tempo (che, in teoria, potrebbe comprendere anche il grado di appello e di cassazione)¹¹³. E ciò fermo restando che l'incertezza di per sé ostacola o addirittura impedisce all'azienda di programmare investimenti o di assumere impegni finanziari¹¹⁴.

Simili risparmi e/o benefici sono fondamentali oggi per chi svolge attività di impresa in Italia, vista la persistente crisi economica e di liquidità che attanaglia il Paese ed i ritmi imposti da un mercato globale sempre più competitivo, ove occorre ridurre al massimo i costi per poter chiudere i bilanci in positivo¹¹⁵.

8.5. (Segue) Ulteriori benefici dei metodi ADR

Ulteriore vantaggio dei metodi ADR per l'attività di impresa è costituito dalla riservatezza delle relative procedure. I soggetti coinvolti nelle procedure ADR, *i.e.* sia le parti che i soggetti terzi (mediatore, arbitro, etc.) sono tenuti, in via di principio, a mantenere il riserbo in merito a qualsiasi notizia o

¹¹² *Ibidem*, p. 173. Spesso casi simili vengono decisi in maniera diversa. Anche i magistrati sono consapevoli dell'incertezza dell'esito di un giudizio. In proposito, l'autore cita, a titolo di esempio, Cass., Sez. III, 2 luglio 2010, n. 15718.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 171-173.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ G. FUSCHINO, *Paper presentato per intervento ad Egpa conference in Speyer*, settembre 2014.

informazione delle quali abbiano avuto conoscenza nello svolgimento del proprio operato.

La riservatezza rappresenta un beneficio di non poco conto per un'impresa, in quanto si può così impedire che venga diffuso o reso pubblico il proprio *know-how* e/o altre informazioni riservate, oltre a tutelare la propria reputazione commerciale. Nel caso di arbitrato, inoltre, le imprese possono in tal modo evitare che una decisione per sé sfavorevole, ottenendo visibilità pubblica, divenga un precedente cui possono richiamarsi altri soggetti in situazioni analoghe. Sul punto, va tuttavia rilevata la tendenza negli ultimi tempi ad introdurre norme che rendono la procedura arbitrale maggiormente trasparente e di dominio pubblico¹¹⁶.

Le imprese spesso ricorrono all'arbitrato, in quanto hanno la possibilità di scegliere come arbitri professionisti aventi una specifica competenza nella materia oggetto della lite, specie nei casi di controversie contraddistinte da un alto grado di tecnicità o che coinvolgano problematiche complesse¹¹⁷.

A differenza di ciò che avviene nel processo ordinario incardinato sul principio del giudice naturale precostituito *ex lege*, la composizione di un tribunale arbitrale è, infatti, determinata dal consenso delle parti (eccezion fatta per la nomina effettuata da una c.d. *appointing authority* in caso di disaccordo). Ne deriva la possibilità per le stesse di nominare un tribunale specializzato nella materia oggetto della controversia.

Ciò vale, ovviamente, per gli arbitri nominati da ciascuna parte, ma anche nel caso del presidente del collegio arbitrale o dell'arbitro unico

¹¹⁶ Cfr., *ex multis*, ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency, <http://www.iccwbo.org/News/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>.

¹¹⁷ IACCM, *Contract and commercial management - The operational guide*, Zaltbommel, 2011, p. 597.

qualora le parti riescano a concordare una persona, indipendente ed imparziale, che abbia maturato esperienza e conoscenze in uno specifico settore. Il numero limitato di arbitri specializzati in determinate materie ha, tuttavia, sollevato preoccupazioni con riguardo alla loro indipendenza e al rischio di conflitti di interessi. Molti istituti arbitrali e leggi nazionali, per ovviare a questo problema, impongono agli arbitri stringenti requisiti di indipendenza da dover dichiarare per iscritto una volta accettato l'incarico di giudicare la controversia¹¹⁸.

Nel caso in cui l'impresa italiana stipuli un contratto internazionale - circostanza, questa, sempre più frequente in un mercato globalizzato - il ricorso all'istituto arbitrale potrebbe essere, altresì, favorito: (i) dal fatto che nei rapporti internazionali l'arbitrato gode dei vantaggi previsti dalla Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri (ratificata da 156 Paesi¹¹⁹), la quale facilita l'esecutività delle pronunce arbitrali estere negli Stati aderenti alla Convenzione, rendendo la circolazione dei lodi assai più agevole rispetto a quella delle pronunce giudiziali¹²⁰; (ii) dalla volontà delle parti di scegliere un foro neutrale rispetto alle parti in lite, qualora i disputanti abbiano diversa nazionalità o diversa tradizione giuridica (ad es. *civil law* o *common law*), o intendano evitare un foro che applichi regole processuali o sostanziali ignote alle parti o non che non si addicano alla fattispecie concreta¹²¹; e (iii) dalla possibilità di ottenere

¹¹⁸ P. HABEGGER-D. HOCHSTRASSER- G. NATER BASS- U. WEBER STECHER, *Arbitral Institutions under scrutiny: ASA special series No. 40*, New York, 2013, pp. 38-42.

¹¹⁹ Convenzione delle Nazioni Unite sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, New York 10 giugno 1958. Cfr. i Paesi che hanno ratificato la Convenzione, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

¹²⁰ M. IACOVIELLO, *L'arbitrato in generale*, in AA. VV. *Arbitrato*, (a cura di) Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, p. 9.

¹²¹ *Ibidem*.

una decisione definitiva impugnabile soltanto in casi limitati, riducendo così l'incertezza sulla materia del contendere (requisito, questo, valido anche nel caso di molti arbitrati nazionali).

9. Svantaggi dei metodi ADR

Una volta esaminati i benefici che le imprese potrebbero ottenere dall'impiego dei metodi ADR, occorre, altresì, analizzare i possibili svantaggi legati a tali strumenti, e quindi le ragioni per cui un'impresa potrebbe valutare controproducente il loro utilizzo ai fini della risoluzione di una controversia.

Il ricorso ai metodi ADR (*interest based*) che non comportano l'adozione di una decisione vincolante, potrebbe, a seconda del caso, risultare di intralcio alla ferma volontà dell'istante di farsi riconoscere le proprie ragioni da un soggetto terzo, traducendosi quindi in una perdita di tempo e di denaro, specie quando la parte non ha alcuna intenzione di addivenire ad una soluzione amichevole della lite e/o di salvaguardare il rapporto con la controparte¹²².

Il carattere informale delle procedure ADR potrebbe, inoltre, non essere visto con favore da soggetti che intendano beneficiare delle garanzie procedurali del processo ordinario¹²³.

¹²² In merito al presente paragrafo, cfr., TELFORD, *Construction law*, cit., p. 897 ss.; M. IACOVIELLO, *L'arbitrato in generale*, cit., pp. 9-10; N.F.ATLAS- S.K.UBER- E.W.TRACHTE-HUBER, *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*, Chicago, 2000, p. 152 ss.; A. BANDINI, *Gli strumenti di ADR*, cit., pp. 173-174; B. SPANGLER, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, giugno 2003, <http://www.beyondintractability.org/essay/adr>; M. ALBRIGHT, *The advantages and disadvantages of ADR*, 2012, cfr. <http://classic-archived-site-192940.web12.hubspot.com/blog/bid/223519/THE-ADVANTAGES-AND-DISADVANTAGES-OF-ADR>.

¹²³ *Ibidem*.

Quanto al risparmio in termini di tempi e di costi, se ciò è del tutto evidente in caso di negoziazione o mediazione, altrettanto non può dirsi per l'arbitrato ove, di volta in volta, occorrerà, come visto, fare una valutazione dei benefici che si ottengono rispetto ai costi da sostenere, specie quelli fissi che di regola sono superiori rispetto a quelli del processo ordinario¹²⁴.

Se è vero che le procedure ADR sono coperte da riservatezza, è altresì vero che il rispetto di tale obbligo è rimesso alla buona fede delle altre parti coinvolte nella procedura ADR, le quali potrebbero accettare di correre il rischio di subire le conseguenze civili e penali di una simile violazione¹²⁵.

Le procedure ADR che prevedono il coinvolgimento di un terzo non sempre prevedono standard normativi e qualitativi tali da garantire una piena soddisfazione delle parti in lite, dovendosi sotto questo profilo lavorare in termini di formazione sia degli organismi ADR sia dei relativi operatori. Ciò viene ribadito nella Direttiva 2013/11/UE¹²⁶.

Con specifico riferimento alla negoziazione e alla mediazione, il confronto con la controparte potrebbe essere visto come un segno di debolezza o comunque essere controproducente, nel senso di “scoprire le proprie carte” all'avversario, specie quando ci si presenta impreparati ad un tavolo di negoziazione o mediazione¹²⁷.

L'accordo concluso al termine di una mediazione o di una negoziazione non ha valore di precedente per i casi futuri. Un'azienda opterà, quindi, per l'azione in tribunale qualora abbia intenzione di conseguire un determinato

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ *Ibidem.* Cfr. Direttiva 2013/11/UE, consideranda 5-6.

¹²⁷ *Ibidem.*

precedente giurisprudenziale su cui poter far affidamento in future controversie, ove essa o altri suoi *partners* possano essere coinvolti¹²⁸.

Lo stesso è da dirsi per il lodi arbitrali, che, in linea di principio, non vengono pubblicati. Al riguardo, si rileva tuttavia come negli ultimi tempi si stia assistendo lentamente ad un'inversione di tendenza, nel senso di rendere l'istituto arbitrale maggiormente affidabile e trasparente. Alcuni istituti arbitrali, ad esempio, curano la pubblicazione in forma anonima dei lodi a fini di studio, salva l'indicazione contraria anche di una sola delle parti manifestata nel corso del procedimento¹²⁹.

Sempre in materia di arbitrato, la necessità di ottenere una misura cautelare urgente potrebbe spingere le parti ad optare per il processo ordinario, anche se tale limite è presente soltanto in alcuni ordinamenti, tra cui quello italiano. Si discute, al riguardo, sulla necessità di modificare il sistema¹³⁰.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Cfr. art. 8, Regolamento Camera Arbitrale di Milano.

¹³⁰ C. CARRARA, *L'arbitrato per attrarre investimenti in Italia*, in *Advisorworld.it*, 22 luglio 2015 (infra, § 22).

CAPITOLO III

ADR NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI – LA MEDIAZIONE

SOMMARIO: – 10. L'*iter* della mediazione civile in Italia. Il d.lgs. n. 28/2010 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012. – 10.1. (*Segue*) La riproposizione della mediazione obbligatoria e le modifiche introdotte dalla legge n. 98/2013 di conversione del “Decreto del Fare”. – 11. Il procedimento di mediazione. Introduzione. – 12. L'incontro preliminare e la partecipazione al procedimento di mediazione. – 13. Il tentativo obbligatorio di mediazione in caso di opposizione al decreto ingiuntivo. – 14. L'accordo di mediazione e la sua trascrizione ai fini dell'usucapione. – 15. La mediazione delegata e la proposta *ex art. 185-bis c.p.c.* – 16. Altre forme di conciliazione previste dal codice civile di rito. – 17. I dati statistici sulla mediazione civile e il nuovo ruolo assunto dal giudice.

10. L'*iter* della mediazione civile in Italia. Il d.lgs. n. 28/2010 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2012

Negli ultimi venti anni, l'istituto della mediazione è stato oggetto di interesse da parte della Comunità europea, poi Unione europea, nell'ambito di una più ampia politica volta a favorire la diffusione in Europa dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie. Senza andare troppo a ritroso nel tempo, significativa in materia è l'adozione della direttiva comunitaria

2008/52/CE¹³¹, la quale è stata la prima normativa in tema di mediazione vincolante per gli Stati Membri¹³².

L'art. 1 della Direttiva stabilisce che l'obiettivo del legislatore europeo è di «facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario». Combinando tale articolo con i consideranda 5 e 6 della stessa Direttiva¹³³, si evince come il legislatore europeo configuri la mediazione come uno strumento in grado di «garantire un migliore accesso

¹³¹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (Direttiva 2008/52/CE). Sull'argomento, senza pretesa di completezza, si veda E. MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, p. 41 ss; C. BESSO, *L'attuazione della Direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 863 ss.; L.P. COMOGLIO, *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 288 ss.; M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della Direttiva 2008/53/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357-379; D. VOLPINO, *La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in *Manuale dir. proc. civ. europeo*, (a cura di) M. Taruffo, Torino, 2011, pp. 283-399; V. VIGORITI, *La Direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.

¹³² M. MARINARO, *La mediazione tra personalismo e solidarismo costituzionale*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 27 giugno 2014.

¹³³ Considerando 5, Direttiva 2008/52/CE: «L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie [...]». Considerando 6: «La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti [...]».

alla giustizia», principio questo già affermato dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 (considerando 2)¹³⁴.

In altri termini, viene chiarito come l'istituto della mediazione rinvenga il proprio fondamento nel c.d. movimento *Access to Justice*, il cui scopo è quello di considerare il ricorso alla giustizia statale come estremo rimedio per la composizione della lite, cioè soltanto quando ogni altro mezzo “meno conflittuale” sia stato esperito¹³⁵.

La Direttiva in commento è stata implementata dal legislatore italiano con il d.lgs. n. 28/2010¹³⁶, in attuazione dell'art. 60, legge n. 69/2009.

Va da subito evidenziato che con tale provvedimento il legislatore italiano non intende realizzare soltanto il suddetto obiettivo (unico) perseguito dal legislatore europeo: tra gli obiettivi perseguiti dal d.lgs. n. 28/2010, infatti, vi è soprattutto anche quello di attuare una reale spinta deflattiva del contenzioso¹³⁷. Finalità, questa, che, come sostenuto in dottrina, costituisce tuttavia un errore di prospettiva, in quanto è il buon funzionamento della giurisdizione che incentiva la mediazione, e non viceversa¹³⁸. Il d.lgs. n. 28/2010 - come modificato dalla legge n. 98/2013¹³⁹ che ha convertito, con modifiche, il decreto legge n. 69/2013 (c.d. “Decreto del Fare”) - definisce *ex*

¹³⁴ Considerando 2 della Direttiva UE sulla mediazione civile: «Il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative».

¹³⁵ E. LUPO, *L'obbligatorietà della mediazione è necessaria per il cambiamento culturale*, in *MondoAdr.it*, 7 giugno 2012.

¹³⁶ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante attuazione dell'art. 60, legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

¹³⁷ Cfr. Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28/2010, in part. gli artt. 3 e 5.

¹³⁸ F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., p. 37.

¹³⁹ Legge 9 agosto 2013, n. 98. Conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia.

art. 1 la mediazione come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa».

E' evidente, pertanto, che il legislatore italiano consideri la mediazione civile anzitutto come mediazione facilitativa conferendo, invece, alla mediazione valutativa (*supra*, § 4.2), un ruolo di secondo piano rispetto a quanto previsto nella precedente formulazione del 2010¹⁴⁰.

Il d.lgs. n. 28/2010 disciplina tre forme di mediazione. Seguendo l'ordine degli articoli, troviamo anzitutto disciplinata, *ex art. 2*, la mediazione facoltativa, ossia quella cui le parti possono liberamente ricorrere, purché la materia verta su diritti disponibili¹⁴¹.

Viene poi regolata la mediazione obbligatoria (*ante causam*), secondo cui nel caso di specifiche controversie previste *ex art. 5*, comma 1-*bis*, d.lgs. cit., il tentativo di mediazione deve essere necessariamente esperito, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. Terzo ed ultimo modello di mediazione previsto dal legislatore è la mediazione giudiziale o demandata, che ricorre quando è il giudice che dispone che le parti ricorrano al procedimento di mediazione. Il provvedimento del giudice può essere emesso in qualsiasi momento del processo, purché prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni e, quando tale udienza non sia prevista, prima della

¹⁴⁰ Art. 1, d.lgs. n. 28/2010, la mediazione, nella sua originaria formulazione, era definita come «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa». Cfr. F. FERRARIS, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Processuale* n. 6/2013, p. 1465.

¹⁴¹ Art. 2, d.lgs. n. 28/2010, «Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto».

discussione della causa¹⁴². In seguito a tale provvedimento, il tentativo di mediazione diviene, anche qui, condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Vi è, infine, un ulteriore modello di mediazione, la c.d. mediazione concordata di cui all'art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010¹⁴³, che la dottrina delinea come figura ibrida, che racchiude sia la mediazione facoltativa che quella obbligatoria¹⁴⁴. Le parti, in tal caso, possono pattuire o meno di ricorrere alla mediazione prima di rivolgersi alla giurisdizione o di instaurare l'arbitrato. Tuttavia, qualora si siano accordate in tal senso, l'esperimento della mediazione diviene condizione di procedibilità della domanda giudiziale¹⁴⁵.

Dei vari tipi di mediazione regolati, quello che ha suscitato divisioni e contrasti in dottrina e in giurisprudenza è la mediazione obbligatoria ante *causam*, o meglio l'esperimento del tentativo di mediazione previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale *ex* art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, contro cui è stata sollevata la questione di costituzionalità per diversi motivi, il più importante dei quali riguardava il contrasto tra l' art. 5,

¹⁴² Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴³ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010: «[...] se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi [...]».

¹⁴⁴ R. TISCINI, *Corso di mediazione civile e commerciale*, Milano, 2012, pp. 85-86. Per tale forma di mediazione valgono le stesse considerazioni dottrinali effettuate in tema di conciliazione societaria.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

comma 1, cit. e gli artt. 76 e 77 della Costituzione in tema di legislazione delegata¹⁴⁶.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 272/2012¹⁴⁷, ritenendo assorbente questo motivo principale, ha valutato di non dover effettuare un esame nel merito delle altre censure di incostituzionalità. L'illegittimità costituzionale contestata trovava, quindi, il proprio fondamento in un mero vizio formale, ossia nell'eccesso di delega¹⁴⁸.

10.1. (Segue) La riproposizione della mediazione obbligatoria e le modifiche introdotte dalla legge n. 98/2013 di conversione del “Decreto del Fare”

In seguito alla citata sentenza della Corte Costituzionale, l'impianto normativo del d.lgs. n. 28/2010 restava inalterato, tuttavia la sua applicazione era limitata ai procedimenti di mediazione volontaria, a quelli contenuti in

¹⁴⁶ TAR Lazio ordinanza 12 aprile 2011, n. 268, in *Cortecostituzionale.it*. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha sollevato, con riferimento agli artt. 24 e 77 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, primo, secondo e terzo periodo, e dell'art. 16, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴⁷ Corte Cost. sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272, pubblicata in G.U. il 12 dicembre 2012, n. 49, in *Cortecostituzionale.it*. Sul tema, cfr. F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71; R. TISCINI, *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 67 ss.

¹⁴⁸ La Direttiva 2008/52/CE lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatoria oppure soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario (art. 5, comma 2), cfr. M. BARIZZA, *La Direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2012, p. 263; P. PIRODDI, *Due anni per disegnare la conciliazione stragiudiziale*, in *Quotidiano del diritto ilsole24ore.com*, 2009.

clausole contrattuali ed a quelli su delega del giudice. Di qui, in seguito ad un acceso dibattito che ha coinvolto molti operatori del diritto, l'intervento legislativo del 2013 di modifica del d.lgs. n. 28/2010 ha reintrodotto in specifiche materie il tentativo obbligatorio di mediazione *ante causam*. L'obbligo è in vigore per quattro anni, ed è prevista un'analisi dei dati alla scadenza del biennio.

Oltre alla reintroduzione della mediazione obbligatoria e ad una rivisitazione della definizione del termine "mediazione" (*supra*, § 10), tra le principali novità introdotte dalla legge n. 98/2013 di conversione del c.d. "Decreto del Fare" si annoverano: (i) la pressoché totale corrispondenza delle materie oggetto di mediazione obbligatoria rispetto a quelle precedentemente previste dal legislatore, salvo due eccezioni, *i.e.* l'estromissione della responsabilità da sinistri stradali, e l'aggiunta della responsabilità sanitaria a quella medica¹⁴⁹; (ii) l'obbligo per le parti di presentare l'istanza solo presso organismi di mediazione presenti nel luogo del giudice territorialmente competente per l'eventuale causa¹⁵⁰; (iii) per le materie oggetto del tentativo obbligatorio di mediazione, l'obbligo delle parti di farsi assistere da un avvocato nel corso della procedura di mediazione¹⁵¹; (iv) il riconoscimento di

¹⁴⁹ *Ex art.* 5, d.lgs. n. 28/2010, le attuali controversie coperte da mediazione obbligatoria sono quelle in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

¹⁵⁰ Art. 4, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁵¹ L'art. 4, d.lgs. n. 28/2010, stabilisce che l'obbligo di informativa sulla mediazione che ha l'avvocato nei confronti del cliente nasce al momento del conferimento dell'incarico e va reso chiaramente e per iscritto. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e va allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. L'informativa deve essere chiara, esplicita, contenuta in un atto separato e non meramente di stile, Trib. Varese ordinanza 6 maggio 2011, in *Guida al dir.* 2011, n. 43, p. 16. Sul tema, cfr. G. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, 2010, 12, p. 52; F. SANTAGATA, in *Giust. civ.*, 2011, p. 549. L'informativa deve, inoltre, riguardare le agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del d.lgs. n. 28/2010,

diritto del titolo di mediatore agli avvocati iscritti all'albo, fermo restando, tuttavia, l'obbligo per gli avvocati che si iscrivono ad organismi di mediazione di essere adeguatamente formati e aggiornati in materia di mediazione; (v) la previsione di un primo incontro preliminare tra le parti ed il mediatore volto ad informare le parti della funzione e delle modalità di svolgimento del procedimento di mediazione e per verificare se vi sono gli estremi per addivenire alla conclusione di un accordo¹⁵²; (vi) nel caso di mediazione sia obbligatoria che facoltativa, l'acquisto dell'efficacia di titolo esecutivo dell'accordo di conciliazione sottoscritto dalle parti e dai rispetti avvocati, purché all'atto della sottoscrizione gli avvocati ne certifichino la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico¹⁵³; (vii) in caso di mediazione delegata, la possibilità per il giudice di non limitarsi a formulare un invito, bensì di "disporre" che le parti si rivolgano ad un organismo di mediazione per l'espletamento del tentativo di mediazione. L'osservanza di tale provvedimento diviene condizione di procedibilità dell'azione anche in sede di appello¹⁵⁴.

Ciò detto, nelle pagine seguenti, dopo aver effettuato una breve ricognizione del procedimento di mediazione così come attualmente disciplinato, si provvederà ad una disamina giurisprudenziale e dottrinale

nonché i casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è previsto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra avvocato ed assistito è annullabile. Il nuovo codice deontologico forense, G.U. 16 ottobre 2014, ha inoltre introdotto l'art. 27, comma 3, secondo cui: «L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge».

¹⁵² Artt. 8 e 5, comma 2-bis, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁵³ Art. 12, d. lgs. n. 28/2010.

¹⁵⁴ Art. 5, comma 2, d. lgs. n. 28/2010.

delle principali questioni in materia. Si forniranno, inoltre, gli ultimi dati statistici sulla mediazione.

11. Il procedimento di mediazione. Introduzione

Occorre effettuare una preliminare considerazione sul termine “mediazione” che nella prassi viene spesso utilizzato come sinonimo di “conciliazione” (*supra*, § 4.2). Il legislatore italiano ripropone la distinzione terminologica¹⁵⁵, in base alla quale la “mediazione” integra l’intero procedimento svolto da un terzo¹⁵⁶ mediante il quale le parti provano a giungere ad una soluzione amichevole della lite, mentre la “conciliazione” indica il risultato finale del procedimento medesimo (l’accordo).

Il legislatore, come detto, disciplina tre tipi di mediazione, stabilendo nel caso di mediazione obbligatoria *ante causam* le materie che devono necessariamente essere oggetto del tentativo di mediazione. Parimenti, esso prevede dei casi di esclusione¹⁵⁷. Questi ultimi si estendono anche agli altri due casi di mediazione obbligatoria previsti dal legislatore, ossia alla mediazione disposta dal giudice in corso di causa *ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010* ed alla c.d. mediazione concordata dalle parti *ex art. 5, comma 5, d.lgs. cit.*¹⁵⁸ (*supra*, § 10).

¹⁵⁵ Art. 1, d.lgs. n. 28/2010, lett. a) e c).

¹⁵⁶ Cfr. C.MANDRIOLI-A. CARRATTA, *I procedimenti speciali – l’arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, in *Diritto processuale civile*, III, 2015, Torino, p. 512.

¹⁵⁷ Art. 5, comma 4, d. lgs. n. 28/2010.

¹⁵⁸ Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 28/2010. Sia la mediazione obbligatoria che quella delegata sono escluse nei seguenti casi: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all’art. 667 c.p.c; c) nei procedimenti di consulenza tecnica

Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi. Tale termine, ridotto (da quattro a tre mesi) con la legge n. 98/2013, decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa¹⁵⁹.

La domanda di mediazione va presentata tramite deposito di un'istanza presso l'organismo di mediazione del giudice territorialmente competente per la controversia¹⁶⁰. In seguito a tale deposito, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. Non ci sono specifiche forme per notificare la controparte di tale evento, atteso che la domanda e la data del primo incontro possono essere comunicate con ogni mezzo, purché sia idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante¹⁶¹.

Nel corso del primo incontro, il mediatore, una volta assolto l'obbligo informativo nei confronti delle parti circa la funzione e le modalità della mediazione, è tenuto ad invitare le parti e i rispettivi avvocati (la presenza di quest'ultimi è obbligatoria solo nei casi di mediazione prevista quale condizione di procedibilità della domanda) ad esprimersi sulla possibilità di

preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. (novità della Legge n. 98/2013); d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c; e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; f) nei procedimenti in camera di consiglio; g) nell'azione civile esercitata nel processo.

¹⁵⁹ Art. 6, d. lgs. n. 28/2010.

¹⁶⁰ Art. 4, d. lgs. n. 28/2010. Si evidenzia, al riguardo, che ex art. 1, lett. d) d.lgs. cit., per "organismo di mediazione" si intende l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del medesimo decreto. L'art. 16, d.lgs. cit., stabilisce, inoltre, che sono abilitati a costituire organismi deputati a gestire il procedimento di mediazione in materie aventi ad oggetto diritti disponibili gli enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza. Il Ministero della giustizia, a tal fine, tiene un apposito registro in cui sono iscritti gli organismi di mediazione provvisti di tali requisiti.

¹⁶¹ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento.

In caso negativo, invece, la condizione di procedibilità, qualora prevista, si considera assoluta. Tale meccanismo lascia piena libertà alle parti di poter aderire o meno all'invito del mediatore. Pertanto, la possibilità di iniziare o meno il procedimento di mediazione dipenderà anche dalla competenza del mediatore e dalla sua capacità di convincere le parti sulla validità di una simile scelta.

La procedura di mediazione è informale, e si svolge presso la sede dell'organismo di mediazione o in altro luogo indicato dal regolamento di procedura di tale organismo¹⁶². Anche se non vi sono regole prestabilite, in via di principio, il mediatore in seguito alla iniziale sessione congiunta ove sono presenti le parti e (se del caso) i propri avvocati, procede con le sessioni private o incontri riservati (c.d. *caucus*), in cui le parti hanno la possibilità di fargli comprendere gli interessi o le esigenze sottostanti alla controversia.

Ciò è possibile grazie al dovere di riservatezza c.d. interna cui è tenuto il mediatore, nel senso che egli non potrà riferire all'altra parte le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso di tali sessioni, salvo il consenso di chi ha partecipato all'incontro separato¹⁶³. Al dovere di riservatezza interna, si aggiunge, inoltre, quello di riservatezza esterna, nel senso che tutto ciò che si verifica nel corso della procedimento di mediazione non è utilizzabile nell'eventuale fase contenziosa successiva¹⁶⁴.

Così facendo, il mediatore può comprendere se ci sono dei punti di incontro tra gli interessi confliggenti delle parti e di qui far emergere soluzioni

¹⁶² Art. 8, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁶³ F.P. LUISS, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., p. 31.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Cfr. artt. 9-10 d.lgs. n. 28/2010. Sul punto, cfr. AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Milano, p. 48.

che siano nell'interesse, e quindi accettabili, dalle parti coinvolte nel procedimento¹⁶⁵.

Qualora le parti raggiungano un accordo, il mediatore forma processo verbale, cui viene allegato il testo dell'accordo stesso¹⁶⁶. E' questo il caso di una mediazione facilitativa andata a buon fine, ove il mediatore ha facilitato l'accordo che le parti stesse hanno trovato da sé grazie al suo contributo, che fondamentale è consistito nella riattivazione del dialogo e della comunicazione tra le parti. Il mediatore, infatti, non giudica ma è soltanto un facilitatore¹⁶⁷.

Nei casi in cui l'accordo non è raggiunto, invece, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione¹⁶⁸. Possibilità che diviene obbligo, nel caso di richiesta congiunta effettuabile dalle parti in qualsiasi momento del procedimento di mediazione. Prima di procedere con tale formulazione, il mediatore è tenuto, tuttavia, ad informare le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13, d.lgs. n. 28/2010, che sanziona la parte che abbia rifiutato una proposta formulata dal mediatore e che il giudice abbia sostanzialmente recepito nella propria decisione¹⁶⁹. In tal modo, si crea un deterrente nei

¹⁶⁵ P. GIANNITI-R. PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli ADR*, 2012, Torino, p. 348 ss.

¹⁶⁶ Art. 11, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁶⁷ Il mediatore è anche definito "catalizzatore", in quanto favorisce, senza entrarne a far parte, la conclusione di un accordo avente le medesime caratteristiche di un negozio che le parti potrebbero raggiungere da sole, F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., pp. 25-26.

¹⁶⁸ Ciò non è, tuttavia, possibile nel caso in cui il regolamento di procedura non conferisca al mediatore tale potere. *Ex. 14*, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, la proposta deve sempre essere conforme alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Ciò incide, oltre che sulla validità del contratto ad essa conforme, anche ai fini della responsabilità del mediatore. Cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 47 e 260.

¹⁶⁹ Art. 11, d.lgs. n. 28/2010.

confronti della parte che, insistendo nella propria pretesa, abbia instaurato un giudizio rivelatosi in seguito evitabile sotto il profilo del risultato¹⁷⁰.

In tema di proposta, la giurisprudenza di merito ha stabilito che il giudice, nel disporre la mediazione in corso di causa, ha la possibilità di prescrivere che, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, il mediatore provveda comunque alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti¹⁷¹. Ne deriva che le parti saranno tenute a scegliere un organismo di mediazione, il cui regolamento di procedura non preveda un limite al potere del mediatore di formulare una proposta conciliativa¹⁷².

Qualora tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo, purché gli avvocati attestino e certifichino la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico¹⁷³. In tutti gli altri casi, l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico¹⁷⁴.

¹⁷⁰ M.A. LUPOLI, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Judicium.it*, 2012, p. 28.

¹⁷¹ Trib. Vasto ordinanza 23 giugno 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Il giudice può pretendere la proposta conciliativa*, 2 luglio 2015.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "Decreto del fare"*, in *Judicium.it*, 2012, p. 8. In tale caso, si riconosce efficacia esecutiva *ex lege* all'accordo di conciliazione, il quale ha le stesse potenzialità del verbale omologato dal presidente del tribunale.

¹⁷⁴ Art. 12, d.lgs. n. 28/2010.

Sotto quest'ultimo profilo, un recente arresto giurisprudenziale ha sancito che il ricorso per l'omologazione teso ad ottenere l'esecutività dell'accordo di mediazione va rigettato dal presidente del tribunale qualora questi non possa effettuare il controllo di conformità. Ciò si verifica quando «la radicale mancanza di ogni indicazione circa la causa delle pretese creditorie rende impossibile verificare la conformità dell'accordo all'ordine pubblico o a norme imperative¹⁷⁵». Il rigetto del ricorso per la omologazione viene, quindi, giustificato dal carattere astratto dell'accordo.

La giurisprudenza di merito ha, altresì, chiarito che «il decreto di omologa del verbale di conciliazione [...] deve intendersi alla stregua di titolo esecutivo [...] non risulta pertanto a tal fine indispensabile l'apposizione della formula esecutiva». Dal momento che il legislatore ha espressamente indicato i casi in cui è indispensabile eseguire l'ulteriore adempimento formale dell'apposizione della formula esecutiva (artt. 475 e 476 c.p.c.), va da sé che nel silenzio della legge il solo decreto di omologa è sufficiente per avviare la procedura esecutiva¹⁷⁶.

12. L'incontro preliminare e la partecipazione al procedimento di mediazione

¹⁷⁵ Trib. Firenze decreto 2 luglio 2015, in *Dirittoegiustizia.it*. Peraltro, aggiunge il tribunale, «pur tenendo conto delle caratteristiche di riservatezza tipiche della mediazione [...], è evidente che ai fini dell'omologazione ex art. 12, d.lgs. n. 28/2010, è necessario mettere il giudice in grado di effettuare le valutazioni di sua competenza con la sintetica indicazione del titolo sottostante alle pretese creditorie, mentre, nel caso di specie, l'indicazione dell'oggetto della controversia come liquidazione del debito è puramente astratta e non consente le predette valutazioni».

¹⁷⁶ Trib. Avezzano ordinanza 29 ottobre 2014, in *MondoAdr.it*.

Tra le questioni maggiormente dibattute in dottrina e in giurisprudenza, vi è di certo quella sulla partecipazione al procedimento di mediazione. Essendo la mediazione *interest-based* è, infatti, necessario creare le condizioni per consentire un'effettiva partecipazione delle parti nel relativo procedimento. Confrontandosi e dialogando tramite il filtro offerto dal mediatore, i litiganti hanno, infatti, la possibilità di chiarire malintesi, dissipare dubbi o pregiudizi, allentare situazioni di attrito etc., che spesso costituiscono le principali ragioni alla base del conflitto. Grazie al filtro di un soggetto terzo ed imparziale, le parti possono, quindi, essere messe nelle condizioni di affrontare la controversia non sul piano soggettivo-personale, ma su quello oggettivo, potendo concentrare la propria attenzione esclusivamente sulla lite o sulla problematica da risolvere.

Ciò detto, vi è da dire che subito dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, molteplici sono stati i casi in cui la parte non si è presentata in mediazione o si è presentata soltanto tramite il proprio avvocato. In tal modo, i potenziali benefici dell'istituto sono stati resi vani, e la mediazione è finita con l'essere considerata come un ostacolo all'accesso in giudizio.

Negli ultimi tempi, si assiste tuttavia ad un graduale cambiamento, grazie ai recenti arresti della giurisprudenza di merito sempre più orientata nel prescrivere alle parti - quando la mediazione è prevista come condizione di procedibilità dell'azione - non solo di presenziare nel procedimento di mediazione, ma anche di parteciparvi in maniera effettiva.

Prima di procedere alla disamina di tale questione, occorre ritornare sull'incontro preliminare di mediazione, introdotto, come visto, dalla riforma del 2013 (*supra*, § 10.1).

Da un'analisi dell'art. 8, d.lgs. n. 28/2010, rileva la struttura bifasica di tale incontro¹⁷⁷. Esso, infatti, si articola in una prima fase informativa, in cui il mediatore è chiamato a chiarire la funzione della mediazione e le modalità di svolgimento del relativo procedimento, cui fa seguito una seconda fase decisionale¹⁷⁸, in cui le parti si trovano di fronte ad una scelta, *i.e.* se dare luogo alla formalizzazione di un mancato accordo ovvero aderire all'invito del mediatore di procedere con lo svolgimento della mediazione.

Rileva, sul punto, il recente chiarimento della giurisprudenza di merito, secondo cui le parti che aderiscono all'invito del mediatore, non proseguono il procedimento di mediazione, ma “danno inizio” allo stesso¹⁷⁹. Il procedimento di mediazione *stricto sensu* viene, quindi, attivato soltanto quando le parti e i rispettivi avvocati aderiscono all'invito del mediatore. Viceversa, in caso di mancata adesione e di conseguente formalizzazione del

¹⁷⁷ A. MAIETTA, *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova, 2014, pp. 21-23.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Trib. Firenze ordinanza 26 novembre 2014, in *MondoAdr.it*, secondo cui: «[...] l'art.8, quando prevede che “Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”, fa riferimento alla “possibilità” di iniziare il procedimento (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolare l'esperimento di mediazione) e non alla “volontà” delle parti di proseguire in merito [...]». Aderiscono a tale orientamento, *ex multis*, Trib. Firenze ordinanza 17 marzo in *Questionegiustizia.it*. e Trib. Firenze ordinanza 19 marzo 2014, in *Il caso.it*.

mancato accordo, nessun compenso è dovuto¹⁸⁰ e la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ove prevista, si considera avverata¹⁸¹.

Tornando alla questione iniziale, vi è da dire che il d.lgs. n. 28/2010 stabilisce che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Il giudice, condanna, inoltre, la parte costituita che non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per giudizio (art. 8, comma 4-*bis*)¹⁸².

Ci si è chiesti, al riguardo, se ai fini dell'avveramento della condizione di procedibilità sia necessaria la partecipazione personale delle parti, oltre a quella dei propri avvocati¹⁸³.

¹⁸⁰ Art. 17, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 28/2010: «Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione». Sotto questo profilo, rileva, tuttavia, quanto sancito da Cons. Stato, ordinanza 22 aprile 2015, n. 1694, che nel sospendere parzialmente l'esecutività della sentenza TAR Lazio n. 1351/2015, ha affermato che sono dovute, per il primo incontro di mediazione, le spese di avvio e le spese vive documentate.

¹⁸¹ Art. 5, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 28/2010: «Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo».

¹⁸² Una recente pronuncia ha chiarito che spetta, in ogni caso, al mediatore la verifica dell'effettiva presenza della controparte in mediazione, essendo tale comportamento valutabile dal giudice nell'eventuale giudizio successivo, Trib. Roma ordinanza 9 aprile 2015, in *MondoAdr.it*.

¹⁸³ Sul tema, cfr. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, (a cura di) M. Bove, Padova, 2011, p. 241, secondo cui ai fini del tentativo obbligatorio di mediazione è necessaria la predisposizione di adeguati meccanismi intesi a favorire l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione.

Soccorrono, al riguardo, le prime pronunce giurisprudenziali. In via preliminare, si è sostenuto¹⁸⁴ che sebbene molte delle pronunce di merito emanate sul tema riguardino casi di mediazione delegata, i principi da esse affermati sarebbero, invero, estendibili anche alla mediazione obbligatoria *ante causam*. Una conferma di tale tesi viene dalla stessa giurisprudenza di merito¹⁸⁵.

Numerose sono state, di recente, le pronunce di merito postesi a favore della partecipazione personale delle parti in mediazione.

Un significativo arresto giurisprudenziale¹⁸⁶ ha, in proposito, sancito che non si può parificare l'incontro (fisico) in un procedimento di mediazione ad un incontro solo cartaceo, quale è quello che si determina in presenza di missive, telegrammi, fax *et similia*, inviati, dalle parti renitenti, al mediatore: solo nel primo caso, infatti, viene a realizzarsi la condizione di procedibilità prevista *ex lege*.

Si è, inoltre, sostenuto: (i) che l'avvocato, nel caso di mediazione obbligatoria, ha una mera funzione di assistenza della parte comparsa e non di sua sostituzione e rappresentanza¹⁸⁷; (ii) che «la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha

¹⁸⁴ M. MARINARI, *La mediazione dopo il "decreto del fare" e il giudice: verso meccanismi di risoluzione integrata delle controversie?*, in *Questionegiustizia.it*, 14 aprile 2014, p. 8 ss.

¹⁸⁵ Trib. Firenze ordinanza 26 novembre 2014, cit. La controversia riguardava qui un caso di mediazione obbligatoria *ante causam* in materia di usucapione.

¹⁸⁶ Trib. Roma sentenza 29 settembre 2014, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Conciliazione, le parti devono presentarsi per assolvere il vincolo di procedibilità*, 2 ottobre 2014. Nel caso di specie, l'attore, considerata la mancata adesione del convenuto, non aveva fisicamente partecipato al procedimento di mediazione, comunicando la sua assenza a mezzo fax.

¹⁸⁷ Trib. Pavia ordinanza 14 settembre 2015, in *101Mediatori.it*. Sul punto, cfr., *ex multis*, Trib. Vasto ordinanza 23 giugno 2015, cit.; Trib. Vasto sentenza 9 marzo 2015, in *MondoAdr.it*.

natura personalissima e non è delegabile»¹⁸⁸; (iii) che «l'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad un altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione»¹⁸⁹; (iv) o ancora, che il fatto che l'art. 8, d.lgs. n. 28/2010, prescriva la partecipazione delle parti con l'assistenza dell'avvocato comporta di per sé «la comparizione personale della parte quale indefettibile e autonomo centro di imputazione e valutazione di interessi, limitando a casi eccezionali l'ipotesi che essa sia sostituita da un rappresentante sostanziale, pure munito dei necessari poteri»¹⁹⁰, e che, quindi, «mentre certamente soddisfa il dettato legislativo l'ipotesi di delega organica del legale rappresentante di società, al contrario il mero transeunte impedimento a presenziare della persona fisica dovrebbe invece comportare piuttosto un rinvio del primo incontro»¹⁹¹. Il Consiglio Nazionale Forense considera essenziale la partecipazione personale delle parti in mediazione, limitando a casi eccezionali la possibilità che esse siano sostituite da un rappresentante sostanziale munito dei necessari poteri¹⁹².

¹⁸⁸ Trib. Firenze ordinanza del 26 novembre 2014, cit. Prosegue il tribunale, «il giudice, naturalmente, valuterà caso per caso se la mancata presenza personale sia giustificata».

¹⁸⁹ Trib. Firenze 19 marzo 2014, in *Il caso.it*. Secondo il tribunale, infatti, «La natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore». Cfr. ordinanza Trib. Milano 21 marzo 2014, in *Questionegiustizia.it*.

¹⁹⁰ Trib. Firenze 17 marzo 2014, in *Questionegiustizia.it*.

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Circolare CNF 25-C-2013 del 6 dicembre 2013, punto 3 «L'art. 8 comma 1 fa riferimento a due soggetti diversi: parti e avvocati. Data la natura, l'obiettivo del primo incontro e l'importanza della partecipazione personale delle parti, risulta essenziale che il regolamento dell'Organismo preveda (come previsto dal D.m. n. 180/10, art. 7, comma 1, a) la partecipazione personale delle parti al primo incontro di mediazione, limitando a casi eccezionali la possibilità di essere sostituite da un rappresentante sostanziale munito dei

In senso sfavorevole, si pone una parte della giurisprudenza di merito. Tra le varie pronunce, se ne segnala una di recente emanazione, secondo cui la condizione di procedibilità si intende assolta persino quando il mediatore redige un verbale di mancato accordo di mediazione in caso di mancata partecipazione delle parti nel procedimento.

Secondo questa tesi, visto che l'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 non vieta l'ipotesi della "mancata" partecipazione di entrambi i litiganti al procedimento di mediazione, anche il c.d. verbale negativo per mancata comparizione delle parti integrerebbe la condizione di procedibilità. Infatti, si afferma, «è l'esito negativo dell'incontro a costituire condizione di procedibilità e [...] tale esito negativo non può che essere costituito, oltre che da un mancato accordo su una proposta tra parti comparse, anche dal c.d. verbale negativo per mancata comparizione di una o di entrambe le parti, ivi inclusa la parte c.d. litigante»¹⁹³.

necessari poteri». Cfr. E. BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Dir. proc. civ.* 2015, pp. 645-646.

¹⁹³ Trib. Chieti ottobre 2015, sentenza non definitiva, in *Dirittoegiustizia.it*, con commento di F. VALERINI, *Mediazione assolta anche se non si presenta nessuna delle due parti?*, 20 ottobre 2015. Secondo il tribunale, il d.lgs. n. 28/2010 prevede espressamente le conseguenze che derivano dall'inottemperanza del litigante all'"obbligo di cooperazione" con i mediatori. Inoltre, «esperire il tentativo di mediazione significa semplicemente e solo presentare la domanda di mediazione, e di ciò ve ne è conferma nell'art. 5, d.lg. n. 28 del 2010 in cui si prevede che "il giudice assegna un termine per la presentazione della domanda di mediazione" (quando questa non è stata esperita), non per la comparizione davanti al mediatore [...] La sufficienza del verbale negativo, quale condizione di procedibilità, è anche l'interpretazione della normativa più conforme al diritto comunitario. Quanto alla Direttiva 2008/52/CE, il considerando n. 13 prevede che la mediazione sia "un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento».

Tale pronuncia è stata tuttavia criticata, in quanto, così facendo, si renderebbe inutile e vano il primo incontro di mediazione, favorendo l'atteggiamento ostruzionistico delle parti nei confronti dell'istituto¹⁹⁴.

Sulla partecipazione personale delle parti, si è altresì rilevato che ove le parti siano tenute, in ogni caso, a partecipare personalmente in mediazione, si correrebbe il rischio di bloccare la causa a tempo indeterminato con la propria mancata comparizione, con inevitabili conseguenze sotto il profilo costituzionale¹⁹⁵.

Ancora, si è sostenuto che lo stesso comma 4-*bis* dell'art. 8, d.lgs. n. 28/2010, consentirebbe alla parte di non presentarsi in mediazione, essendo essa consapevole del fatto che, così agendo, andrà incontro alle conseguenze ex art. 116, comma 2, c.p.c., oltre che alla sanzione del versamento di una somma di importo pari al contributo unificato dovuto per legge.¹⁹⁶ Del resto, si prosegue, come la parte ha diritto a non partecipare al processo restando contumace, altrettanto essa potrebbe fare in caso di mediazione non partecipando al relativo procedimento¹⁹⁷. Anzi, la volontà negativa potrà desumersi dal disinteresse della parte a presenziare all'incontro preliminare di mediazione¹⁹⁸.

Altra tesi, infine, si rifà al principio secondo cui mentre con la mancata partecipazione della parte "invitante" non può considerarsi assolta la condizione di procedibilità, con la mancata partecipazione della parte

¹⁹⁴ Cfr. F. VALERINI, *Ibidem*.

¹⁹⁵ M. MARINARI, *La mediazione dopo il "decreto del fare"*, pp. 6-7.

¹⁹⁶ E. BENIGNI, *op. cit.*, pp. 647-648.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

“invitata”, invece, verrebbe assolta la condizione, ma con le negative conseguenze previste *ex lege* a carico della parte invitata¹⁹⁹.

13. Il tentativo obbligatorio di mediazione in caso di opposizione al decreto ingiuntivo

L’art. 5, comma 4, d.lgs. n. 28/2010, stabilisce che l’esperimento del procedimento di mediazione non è obbligatorio e, pertanto, non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, tra l’altro, nei “procedimenti per ingiunzione”, inclusa l’opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione²⁰⁰.

Non si esclude, quindi, il tentativo obbligatorio di mediazione, in quanto esso dovrà essere esperito nell’eventuale fase di opposizione, *i.e.* dopo la prima udienza del giudice che decide sull’assegnazione dell’esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo opposto, o se già concessa, sulla sua eventuale sospensione²⁰¹.

A causa dell’incertezza del dettato normativo, sono sorte due questioni interpretative. La prima questione concerne il soggetto su cui incombe l’onere di avviare la mediazione obbligatoria in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, e cioè se esso debba essere il debitore opponente oppure il creditore opposto. La seconda questione, invece, attiene agli effetti della declaratoria di improcedibilità della domanda per mancato esperimento delle

¹⁹⁹ F. VALERINI, *Mediazione assolta anche se non si presenta nessuna delle due parti*, cit.

²⁰⁰ Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 28/2010, lett. a).

²⁰¹ Artt. 648 e 649 c.p.c.

mediazione obbligatoria, e cioè se il decreto ingiuntivo sia, in questo caso, revocabile o meno²⁰².

Su tali questioni la giurisprudenza si è divisa in due orientamenti. Il primo di questi ritiene che l'onere della proposizione della domanda di mediazione gravi sul creditore opposto, cioè su colui che ha ottenuto il decreto ingiuntivo a suo favore, il quale nell'ambito del giudizio di opposizione assume il ruolo di attore sostanziale. L'onere *de quo* non spetterebbe, invece, al debitore: anche se formalmente è il debitore che agisce proponendo opposizione, sotto il profilo sostanziale egli resta pur sempre il convenuto. Ragionando *a contrario*, «nonostante l'attore in senso formale sia il debitore opposto, attore in senso sostanziale è il creditore e quindi a lui spetta l'onere di instaurare la procedura di mediazione».²⁰³

L'onere del tentativo di mediazione spetterebbe, invece, al debitore in senso sostanziale «solo in caso di domande in riconvenzione o verso terzi, ma non certo per il solo fatto di avere proposto l'opposizione. L'atto di opposizione, infatti, non costituisce una iniziativa processuale autonoma, ma la reazione difensiva all'impulso procedimentale altrui»²⁰⁴.

Sulla scorta di questa tesi, se il creditore-attore sostanziale non propone il tentativo obbligatorio di mediazione finisce col subire la sanzione della declaratoria di improcedibilità della domanda e la revoca del decreto ingiuntivo. Revoca del decreto che, a sua volta, non si porrebbe in contrasto

²⁰² A. PERSI, *Il decreto ingiuntivo va revocato se il creditore opposto non promuove la mediazione*, in *Altalex.it*, 12 agosto 2015.

²⁰³ Trib. Ferrara sentenza 7 gennaio 2015, in *101Mediatori.it*.

²⁰⁴ Trib. Varese ordinanza 18 maggio 2012, in *MondoAdr.it*, cui si rifà la citata sentenza del tribunale di Ferrara. Peraltro, prosegue la corte lombarda, «una interpretazione differente, evidentemente crea uno squilibrio irragionevole ai danni del debitore che non solo subisce l'ingiunzione di pagamento a contraddittorio differito, ma nella procedura successiva alla fase sommaria viene pure gravato di un altro onere che, nel procedimento ordinario, non spetterebbe a lui. E ciò sulla base di una scelta discrezionale del creditore».

con la natura decisoria di tale provvedimento, dal momento che il decreto ingiuntivo diviene definitivo solo nel caso di mancata opposizione o di opposizione vittoriosa da parte del creditore opposto²⁰⁵.

Il secondo orientamento giurisprudenziale, cui si rifanno diverse corti di merito, sostiene, invece, che «è l'opponente, e non l'opposto, ad avere interesse a che proceda il giudizio di opposizione diretto alla rimozione di un atto giurisdizionale (il decreto ingiuntivo) suscettibile altrimenti di divenire definitivamente esecutivo»²⁰⁶. Sarà, dunque, l'opponente, ma convenuto in senso sostanziale, a dover esperire il tentativo di mediazione obbligatorio per legge.

Tale orientamento critica, inoltre, l'opposto indirizzo con riguardo alla revocabilità del decreto ingiuntivo in caso di mancato esperimento della mediazione da parte del creditore opposto. Con la revoca del decreto ingiuntivo, infatti, verrebbero a determinarsi due contraddizioni di fondo. In primo luogo, si graverebbe il creditore opposto dell'onere di attivare il giudizio di opposizione allo scopo di garantirsi la salvaguardia del decreto ingiuntivo impugnato dalla controparte. Ciò contrasterebbe con la stessa *ratio* del giudizio di opposizione, che rimette l'attivazione del procedimento alla libera scelta del debitore ingiunto²⁰⁷.

In secondo luogo, sul piano degli effetti concreti, la revoca del decreto ingiuntivo condurrebbe ad un risultato contrario rispetto a quello deflattivo che la mediazione mira a realizzare, visto che si imporrebbe al creditore opposto di ripartire da zero per soddisfare il proprio credito²⁰⁸.

²⁰⁵ Trib. Ferrara sentenza 7 gennaio 2015, cit. Cfr. A. PERSI, *op. cit.*

²⁰⁶ Trib. Bologna sentenza 20 maggio 2015, in *101Mediatori.it*.

²⁰⁷ Trib. Nola ordinanza 24 febbraio 2015, in *MondoAdr.it*.

²⁰⁸ Cfr. A. PERSI, *op. cit.*

Su tale contrasto, si è di recente pronunciata la Corte di Cassazione, sezione semplice, aderendo al secondo di tali indirizzi giurisprudenziali. L'onere di attivare il procedimento di mediazione spetterebbe, quindi, al debitore opponente, in quanto è proprio questi ad avere interesse ad instaurare il giudizio di merito. La soluzione inversa sarebbe, invece, del tutto irrazionale perché premierebbe la passività dell'opponente, aumentando gli oneri della parte creditrice²⁰⁹.

Nonostante l'intervento della Suprema Corte, il contrasto giurisprudenziale non pare essersi attenuato. Qualche settimana dopo l'intervento degli ermellini, infatti, non si è lascia attendere la risposta della giurisprudenza di merito che abbraccia l'orientamento opposto a quello sostenuto dalla Cassazione²¹⁰.

Secondo la recente pronuncia di merito, infatti, il creditore che presenta il ricorso per decreto ingiuntivo non sceglie una linea deflattiva coerente con la ragionevole durata del processo, ma persegue l'interesse a munirsi quanto prima di un titolo esecutivo. Il debitore, dal canto suo, esercita il diritto inviolabile alla difesa in giudizio previsto dall'art. 24 della Costituzione, nei tempi e secondo le forme proprie del procedimento di ingiunzione. Viene ribadito, quindi, che, in osservanza del principio della domanda, l'onere di avviare la mediazione spetta al creditore opposto ma attore in senso sostanziale, che è l'unico titolare dell'interesse ad agire, pena, in caso di inerzia, la declaratoria di improcedibilità della domanda, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo²¹¹.

²⁰⁹ Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Il caso.it*, con massima redatta da G. BUFFONE.

²¹⁰ Trib. Firenze ordinanza 17 gennaio 2016, in *101Mediatori.it*.

²¹¹ *Ibidem*.

14. L'accordo di mediazione e la sua trascrizione ai fini dell'usucapione

Ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 28/2010, al termine del procedimento di mediazione le parti possono raggiungere o meno l'accordo.

Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione con le conseguenze di cui si è detto²¹².

Nell'ipotesi inversa, il mediatore forma processo verbale, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore. Al verbale è allegato l'accordo raggiunto, tuttavia mentre il primo è atto proprio del mediatore, il secondo è atto delle parti, sottoscritto dalle stesse.

L'accordo raggiunto e verbalizzato dal mediatore ha natura negoziale e pertanto ha forza di legge tra le parti. Il mediatore, terzo ed imparziale, non entra nell'accordo, ma si limita soltanto a far emergere gli interessi delle parti, riattivandone la comunicazione e il dialogo. L'accordo stipulato dalle parti non è, pertanto, diverso da quello che esse avrebbe potuto raggiungere in piena autonomia, senza l'ausilio del terzo. E il suo contenuto, come tale, potrà essere liberamente determinato dalle parti nel rispetto dei limiti di cui all'art. 1322 c.c.²¹³

Quanto detto è stato, da ultimo, confermato dalla giurisprudenza di merito, la quale ha statuito che l'accordo «può assumere le forme più varie per risolvere la lite, costituendo espressione del potere negoziale delle parti ex art. 1321 c.c., perché attraverso di esso viene regolamentata la situazione

²¹² R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *Judicium.it*, 2011, p. 2. La distinzione tra accordo amichevole ed accordo concluso a seguito della proposta del mediatore coincide con quella tra mediazione facilitativa e valutativa.

²¹³ *Ibidem*, p. 3.

giuridica sostanziale²¹⁴». Trattandosi, quindi, di un vero e proprio accordo concluso tra le parti, nella maggior parte dei casi²¹⁵ esso consisterà in una vera e propria transazione per così dire assistita²¹⁶, ossia garantita dalla presenza dei legali delle parti e da un terzo soggetto terzo ed imparziale. Di conseguenza, il regime giuridico e gli effetti dell'accordo concluso dalle parti in mediazione va individuato nella disciplina generale del contratto.

In tema di accordo di mediazione, di assoluto interesse è la novità introdotta dal Decreto del Fare, come convertito, il quale ha inserito il numero 12-*bis* nell'ambito dell'art. 2643 c.c. In seguito a tale aggiunta, «si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione [...] gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

La *ratio* di tale disposizione è quella di risolvere l'annosa questione interpretativa dell'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010²¹⁷, relativa alla trascrivibilità degli accordi di mediazione in cui il precedente proprietario convenuto in mediazione riconosca l'avvenuto acquisto, a favore dell'attore, della proprietà o di altro diritto reale su immobili. La situazione di incertezza generata dalla questione interpretativa finiva infatti col produrre delle

²¹⁴ Trib. Roma sentenza 22 ottobre 2014, in *AdrMaremma.it*. Nella stessa direzione, Trib. Como - sez. Cantù ordinanza 2 febbraio 2012, in *Il caso.it*, il quale definisce l'accordo di mediazione come espressione del potere negoziale delle parti *ex art.* 1321 c.c., in quanto attraverso di esso viene regolamentata la situazione giuridica sostanziale, in *Il caso.it*.

²¹⁵ Sul punto, cfr. R. TISCINI, *L'esito positivo della mediazione civile*, cit., p. 3, secondo cui, il contenuto dell'accordo di mediazione può, ad esempio, consistere in una transazione, in un negozio di accertamento, in una rinuncia alle proprie pretese, e così via.

²¹⁶ Trib. Roma sentenza 22 ottobre 2014, cit.

²¹⁷ *Ex art.* 11, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 «[...] Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

inevitabili ricadute sugli operatori²¹⁸, dal momento che l'attore che avesse concluso un simile accordo di mediazione correva il rischio che lo stesso non venisse trascritto nei registri immobiliari.

Un primo orientamento giurisprudenziale affermava che l'accordo di mediazione che accerta l'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione non costituisca titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari, in quanto integra un mero negozio di accertamento avente efficacia dichiarativa (e retroattiva), e come tale non suscettibile di rientrare in alcuna delle ipotesi tassativamente contemplate dall'art. 2643 c.c.²¹⁹

Per effetto di tale accordo, infatti, le parti non dispongono di una situazione giuridica preesistente, ma si limitano solo ad accertarla con effetti retroattivi. Il negare la trascrivibilità dell'accordo di mediazione - secondo tale tesi - rispondeva altresì ad una esigenza di certezza dei rapporti giuridici garantiti da una corretta pubblicità immobiliare, in considerazione del fatto che le parti avrebbero potuto utilizzare tale istituto non per la composizione

²¹⁸ A. MAIETTA, *op. cit.*, pp. 26-27.

²¹⁹ Trib. Roma decreto 22 luglio 2011, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com* «[...] In particolare, un accordo concluso in tal senso in sede conciliativa non realizza un effetto modificativo, estintivo o costitutivo, ma assume al contrario il valore di un mero negozio di accertamento, con efficacia dichiarativa e retroattiva [...]». Sul tema, cfr. M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Judicium.it*, 2011, pp. 11-12. Contro la pronuncia del tribunale di Roma non si sono lasciate attendere le critiche. In particolare, si è evidenziato come tale indirizzo giurisprudenziale contrastasse con l'intento deflattivo del d.lgs. n. 28/2010, dal momento che negando la trascrivibilità dell'accordo, si costringeva il soggetto interessato a ricorrere al giudice per ottenere un titolo suscettibile di essere trascritto nei registri immobiliari. Inoltre, quando le parti compongono una controversia mediante il riconoscimento che una parte fa della pretesa dell'altra, come nel caso di specie, non si è in presenza di un negozio di accertamento, ma pur sempre di fronte ad un contratto, strumento con cui le parti, *ex art. 1321 c.c.*, possono regolare le proprie situazioni giuridiche soggettive, M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Le Società*, 11/2013, p. 1239.

di una lite, ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni²²⁰.

Un altro orientamento giungeva alla medesima conclusione, ragionando, tuttavia, sulla diversità del ruolo svolto dal mediatore rispetto a quello del giudice, nel senso che il primo si limita a favorire l'incontro delle volontà delle parti senza prendere posizione in merito alla lite, mentre il secondo è tenuto a pronunciarsi su chi delle due ha ragione e merita l'accoglimento della relativa domanda. Ai fini del riconoscimento dell'usucapione, sarebbe, quindi, pur sempre necessaria l'emanazione una sentenza giudiziale da trascrivere poi nei registri immobiliari²²¹.

In base alle medesime premesse, si è inoltre negata l'ammissibilità del tentativo obbligatorio di mediazione in materia di usucapione. Infatti, visto che l'accordo conciliativo non può sostituirsi al provvedimento giurisdizionale, la mediazione verrebbe privata della sua utilità²²².

In senso parzialmente difforme, si è affermato, invece, che l'inidoneità dell'accordo di mediazione ad essere trascritto non fa venir meno l'obbligatorietà del tentativo di mediazione in materia. Il contenuto dell'accordo conciliazione non corrisponde, infatti, al contenuto della sentenza dichiarativa di accertamento richiesta in giudizio, in considerazione del fatto che una controversia che entra in mediazione come domanda di usucapione può uscirne mediata sotto diversa forma. Del resto, in

²²⁰ Ciò si verificherebbe, ad esempio, quando il convenuto non è l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia. Nella stessa direzione, Trib. Roma decreto 8 febbraio 2012, in *Il caso.it*; Trib. Catania decreto 24 febbraio 2012, in *Il caso.it*. Sul tema, cfr. D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Judicium.it*, 2012, p. 1.

²²¹ Trib. Massa ordinanza 2 febbraio 2012. Ciononostante, secondo la corte toscana l'utilità del tentativo di mediazione non veniva meno, in quanto l'eventuale accordo conciliativo avrebbe consentito una più celere soluzione del successivo giudizio.

²²² Trib. Varese ordinanza 20 dicembre 2011, in *Il caso.it*.

mediazione non trova applicazione il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato²²³.

In senso diametralmente opposto, e quindi a favore non solo del tentativo obbligatorio di mediazione in materia, ma anche della trascrivibilità nei registri pubblici del relativo verbale si è orientata un'altra corte di merito. Secondo tale indirizzo, l'accordo di mediazione ha ad oggetto il diritto reale e non il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione. La parte cui viene trasferito il bene, lo acquisterebbe a titolo derivativo e non a titolo originario come si verifica, invece, nel caso di accertata usucapione mediante sentenza²²⁴. L'accordo di mediazione avente ad oggetto l'accertamento dell'intervenuto acquisto di un diritto reale per usucapione sarebbe, quindi, trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 13, c.c., perché in esso non vi sarebbe altro che una transazione²²⁵.

²²³ Trib. Palermo – Sezione di Bagheria ordinanza 30 dicembre 2011, in *Il caso.it*. In mediazione, ad esempio, le parti possono concordare il trasferimento della proprietà del bene con acquisto a titolo derivativo. D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento*, p. 6, il quale su questo specifico tema richiama M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, p. 25; C. CICERO, *Transazione*, voce del Digesto civ, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 1059.

²²⁴ Trib. Como - Sezione di Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012. L'accordo di mediazione, in altri termini, sarebbe trascrivibile per il suo contenuto dispositivo-transattivo che dà giustificazione e causa all'accordo conciliativo. Si segnala, sul tema, anche la posizione intermedia del Trib. Lamezia Terme decreto 17 febbraio 2012, il quale affermava che l'accordo di mediazione era omologabile, e quindi trascrivibile, solo se il suo contenuto non fosse contrario all'ordine pubblico o a norme imperative e, previo accertamento della regolarità formale. Sul tema, cfr. L. BATTISTELLA-F.TROMMACCO, *Mediazione ed usucapione: il punto sulla trascrizione dell'accordo conciliativo*, in *Altalex.it*, 2014.

²²⁵ Il contratto di transazione, al pari della sentenza, ha un'efficacia vincolante tra le parti *ex art.* 1372 c.c., è inteso per legge a risolvere una lite *ex art.* 1965 c.c, e costituisce un atto vincolante capace di individuare le concrete regole di condotta, che con riguardo ad un certo bene della vita, si sostituiscono alle norme generali ed astratte. Tale ultimo profilo aspetto è individuabile esaminando il rapporto tra le regole concrete poste in essere dalla transazione e il *ius superveniens* retroattivo. Il mutamento della fonte normativa potenzialmente idonea a regolare i rapporti fra le parti, infatti, non incide su quest'ultimi,

Su tale dibattito giurisprudenziale e dottrinale si innesta la riforma del 2013, che ha previsto l'inserimento del citato art. 12-*bis* nel testo originale del d.lgs. n. 28/2010. Come rilevato in dottrina, tale inserimento sarebbe stato evitabile se si fosse sostenuta la tesi giurisprudenziale della trascrivibilità dell'accordo conciliativo che attribuisce un diritto reale per usucapione in virtù dell'art. 2643, n. 13, c.c. Ciononostante, vista la persistente situazione di incertezza sul tema, l'intervento del legislatore è parso opportuno²²⁶.

Presupposto preliminare alla trascrizione del verbale di accordo di mediazione è la necessaria presenza degli avvocati, oltre alla sottoscrizione del verbale di accordo da parte di questi ultimi e delle parti (art. 12, d.lgs. n. 28/2010).

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha chiarito un dubbio emerso nella prassi. In concreto, può verificarsi che il conservatore dei registri immobiliari si rifiuti di trascrivere l'accordo di mediazione nel caso in cui non sia stato redatto per intero da un notaio; e ciò anche se le sottoscrizioni delle parti apposte sull'accordo siano state autenticate dal pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Nel caso sottoposto all'attenzione del tribunale, il conservatore aveva trascritto l'accordo di mediazione con riserva, in quanto sosteneva che fossero trascrivibili soltanto gli accordi aventi come contenuto una "volontà traslativa" e non già meramente dichiarativa dell'avvenuta usucapione²²⁷.

essendo essi non più assoggettati alla norma generale ed astratta, bensì alla regola concreta contenuta nel contratto. Nessuna diversità sussiste, pertanto, tra la sentenza e la transazione, F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., pp. 9-11.

²²⁶ M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"* cit., p. 1240.

²²⁷ Trib. Lecce ordinanza 24 aprile 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *L'accordo conciliativo che accerta l'usucapione deve essere reso pubblico con la trascrizione*, 13 agosto 2015.

La corte di merito ha, tuttavia, negato una simile interpretazione restrittiva, la quale non è evincibile né dal (chiaro) dato letterale dell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. né tantomeno dalla *ratio* della norma, il cui fine è quella di risolvere le problematiche incontrate in passato dagli operatori. Ciò peraltro trova conferma negli stessi atti preparatori della riforma del 2013²²⁸.

Significativa è, altresì, una recente sentenza di merito che distingue tra gli effetti della pubblicità della sentenza di usucapione e quelli della pubblicità dell'accordo conciliativo che accerti l'intervenuto acquisto di un diritto reale per usucapione²²⁹. Le sentenze di accertamento dell'usucapione determinano, infatti, un acquisto a titolo originario del diritto, pertanto ad esse non può applicarsi il principio della continuità delle trascrizioni ex art. 2650 c.c., e la loro trascrizione ex art. 2651 c.c. ha valore di mera pubblicità notizia. L'accordo conciliativo, invece, rientra tra gli atti ed i contratti di cui all'art. 2643 c.c., per i quali gli effetti della pubblicità sono regolati non dall'art. 2651 c.c., bensì dagli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c., che si fondano sul principio della continuità delle trascrizioni.

Ne consegue (i) che gli accordi di conciliazione, anche se trascritti, non sono assimilabili alle sentenze di accertamento dell'usucapione, essendo essi inopponibili ai terzi che vantino titoli anteriormente trascritti o iscritti che possano essere pregiudicati dagli accordi medesimi, e (ii) che il verbale di conciliazione in materia di usucapione non può avere effetti liberatori sul bene usucapito, non potendosi opporre ai terzi estranei all'accordo l'acquisto a titolo originario del bene e la retroattività degli effetti dell'usucapione²³⁰.

²²⁸ M. MARINARO, *Ibidem*.

²²⁹ Trib. Lecce ordinanza 27 aprile 2015, in *101Mediatori.it*.

²³⁰ *Ibidem*. In altri termini, prosegue la corte, mentre la sentenza di usucapione ha la forza di radicare un diritto nuovo in capo all'usucapiente al quale i terzi non possono opporre i loro diritti ex artt. 2644 c.c. e 2650 c.c., l'accordo conciliativo, anche se trascritto, attribuisce all'usucapiente un diritto che può far valere nei confronti dei terzi, nei limiti dei diritti

Sempre con riguardo alla trascrizione dell'accordo di mediazione (questa volta, però, non ai fini dell'usucapione), occorre segnalare una recente pronuncia di merito in tema di divisione di immobili, in cui si è stabilito che, in via di principio, gli accordi di mediazione aventi ad oggetto atti o negozi trascrivibili sono suscettibili di trascrizione una volta assolto l'obbligo di autenticazione della sottoscrizione da parte del notaio. Secondo il tribunale, infatti, l'accordo di mediazione non integra una categoria negoziale tipica, ma «solo l'involucro esterno, l'occasione in cui viene concluso il contratto il quale conserva perciò la tipologia che gli è propria e non si trasforma, solo perché stipulato in sede di mediazione, in qualcos'altro», con l'unica particolarità che, ai fini della sua trascrizione, è richiesta l'autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, per verificare la conformità del contenuto dell'atto alle prescrizioni di legge²³¹.

Il giudice ha, altresì, evidenziato come l'art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, nell'indicare la possibilità di trascrivere gli accordi di mediazione, fa riferimento solo ad alcuni atti tipici elencati all'art. 2643 c.c., tra i quali non rientrano gli atti di divisione di immobili (di cui, invece, si occupa l'art. 2646 c.c.). L'elencazione di cui all'art. 2643 c.c. non è tuttavia tassativa, perché, altrimenti, si verrebbero a creare situazioni di ingiustificato trattamento. Ciò contrasterebbe, inoltre, con la stessa finalità della legge sulla

spettanti all'usucapito e nel rispetto delle regole sulla continuità delle trascrizioni, sicché tale accordo non può in alcun modo danneggiare terzi soggetti estranei al medesimo che vantino legittimi titoli anteriormente trascritti o iscritti (es. il creditore pignorante o il creditore ipotecario).

²³¹ Trib. Roma decreto 17 novembre 2015, n. 7948, in *101 Mediatori.it*. Cfr. commento di G. DI MARCO, *Mediazione, la trascrivibilità degli accordi amichevoli incidenti su diritti reali*, in *Quotidianogiuridico.it*.

mediazione civile, che mira a favorire la conciliazione *ante causam* in chiave deflattiva²³².

15. La mediazione delegata e la proposta *ex art. 185-bis* c.p.c.

Ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, può disporre l'esperimento della mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sul punto, si nota come il legislatore del 2013 abbia introdotto un'altra forma di mediazione obbligatoria: alla mediazione obbligatoria *ante causam ex art. 5, comma 1-bis*, d.lgs. n. 28/2010, si aggiunge, infatti, la mediazione *ex* comma 2 dello stesso articolo, *i.e.* la c.d. mediazione delegata o per ordine del giudice.

La novità del 2013 sta nel fatto che mentre prima il giudice "poteva invitare" le parti a procedere con il procedimento di mediazione, ora egli "può disporre" l'esperimento del procedimento²³³. Trattasi, pertanto, di una obbligatorietà che rinviene il proprio fondamento non nella materia della controversia (come nel caso della mediazione *ante causam*), bensì in una valutazione da parte del giudice. Valutazione che il giudice deve effettuare sulla base di criteri elastici²³⁴, ossia considerata «la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti».

Ciò detto, in via di principio è possibile ipotizzare due diversi scenari²³⁵. Il primo, in cui il giudice si rende conto che non vi è allineamento tra i diritti fatti valere dalle parti nelle loro pretese e gli interessi sottostanti alla lite, nel

²³² *Ibidem.*

²³³ A. MAIETTA, *op. cit.*, p. 16.

²³⁴ F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., pp. 59-60.

²³⁵ *Ibidem.*

senso che anche in seguito alla sua decisione il conflitto non verrebbe, in tutto o in parte, risolto. In questo caso, l'autorità giudiziaria può valutare l'opportunità che le parti ricorrano ad una mediazione facilitativa²³⁶.

Il secondo, in cui il giudice accerta che il conflitto tra le parti si riduce ad un unico motivo di conflitto, su cui peraltro potrebbe essere stata già fatta chiarezza nella fase istruttoria. In tal caso, egli può valutare l'opportunità di disporre una mediazione valutativa, in cui il mediatore è tenuto a presentare alle parti una proposta di accordo, con le conseguenze di cui all'art. 13, d.lgs. n. 28/2010²³⁷.

Su tale ultimo punto, la giurisprudenza di merito è intervenuta in varie occasioni.

Significativa è una recente ordinanza di merito, in cui il giudice, nel disporre la mediazione in corso di causa, ha invitato il mediatore a formulare una proposta conciliativa pur in assenza di congiunta richiesta delle parti, prevedendo la sanzione della declaratoria di improcedibilità della domanda per il mancato esperimento della mediazione²³⁸. Nell'ordinanza del giudice è stato evidenziato che (i) l'esperimento della mediazione non comporta in concreto alcun ritardo nella decisione della causa, anche in caso di esito infruttuoso, e (ii) la soluzione concordata della lite evita alle parti l'ulteriore aggravamento delle spese processuali, anche nell'eventuale fase di impugnazione²³⁹.

²³⁶ *Ibidem*. In via esplicativa, l'autore riporta l'esempio del socio che propone un giudizio in cui impugna la delibera assembleare di una società. Al termine del giudizio, egli otterrà l'annullamento della delibera. Ciononostante, il suo vero interesse è un altro, ossia lasciare la società, ottenendo la liquidazione della sua partecipazione. E' chiaro che in un simile caso il conflitto non verrà definitivamente risolto.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ Trib. Firenze ordinanza 30 giugno 2014, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*.

²³⁹ Sul punto M. MARINARO, *Il giudice può sollecitare la proposta del mediatore*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 22 settembre 2014.

In un'altra pronuncia si è statuito che, qualora ricorrano i presupposti, le parti devono ritornare in mediazione su ordine del giudice a prescindere dal fatto che esse abbiano già espletato il tentativo obbligatorio di mediazione *ante causam*²⁴⁰.

Come detto in precedenza (*supra*, § 12), molte pronunce di merito in tema di mediazione delegata hanno affermato la necessità che in mediazione vi sia la partecipazione personale delle parti. Si è visto, inoltre, che, secondo un orientamento, le pronunce *de quibus* emesse in tema di mediazione delegata siano applicabili anche in caso di mediazione *ante causam*.

Ma vi è di più. In tema di mediazione delegata, infatti, sono state emesse alcune significative pronunce di merito che evidenziano la necessità di una “effettiva” partecipazione delle parti in mediazione. Nello specifico, si è affermato che (i) per «mediazione disposta dal giudice si intende che il tentativo di mediazione sia “effettivamente” avviato». Le parti, di conseguenza, anziché limitarsi ad un mero incontro informativo non aderendo poi alla proposta del mediatore di procedere, devono adempiere effettivamente all'ordine del giudice «partecipando alla vera e propria procedura di mediazione, salva l'esistenza di questioni pregiudiziali che ne impediscano la procedibilità»²⁴¹. E, ancora, che (ii) «per (partecipazione) effettiva si richiede che le parti non si fermino alla sessione informativa e che oltre agli avvocati difensori siano presenti le parti personalmente»²⁴².

²⁴⁰ M. MARINARO, *I giudici spingono la conciliazione*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 22 settembre 2014, in cui si fa riferimento all'ordinanza Trib. Roma 5 dicembre 2013.

²⁴¹ *Ex multis*, Trib. Reggio Calabria ordinanza 5 ottobre 2015, in *101Mediatori.it*.

²⁴² Trib. Roma ordinanza 19 febbraio 2015, in *101Mediatori.it*. In un'altra ordinanza, già citata, emessa da Trib. Firenze 19 marzo 2014, si è precisato sul punto che «ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del

Significativa, ancora, è una recente ordinanza, in cui il giudice ha stabilito che (iii) l'effettivo espletamento del procedimento di mediazione non è rimesso alla mera discrezionalità delle parti, e per evitare che ciò accada è necessario attribuire al mediatore il compito di accertare l'eventuale sussistenza di "concreti impedimenti" all'effettivo esperimento della mediazione, e non soltanto la volontà delle parti in ordine alla opportunità di dare inizio alla stessa. In caso contrario, la mediazione, più che obbligatoria, sarebbe facoltativa, ossia rimessa al mero arbitrio delle parti²⁴³. Il ruolo del mediatore verrebbe così ulteriormente rafforzato (nella parte iniziale del procedimento) per distogliere le parti dall'assumere comportamenti di natura opportunistica²⁴⁴.

mediatore e quello dei difensori». Rientrano in questo orientamento altre due pronunce, già citate, adottate dal tribunale del capoluogo toscano nel 2014, ossia ordinanza Trib. Firenze 17 marzo 2014 ed ordinanza Trib. Firenze 26 novembre 2014. Secondo questo indirizzo, in sostanza, per ritenersi superata la condizione di procedibilità devono verificarsi due condizioni: la prima è che le parti debbono essere presenti personalmente (insieme ai propri avvocati); la seconda è che la mediazione deve essere esperita effettivamente. La particolarità, come visto, sta nel fatto che mentre l'ordinanza del 26 novembre 2014 concerne un caso di mediazione obbligatoria *ante causam*, le prime due ordinanze riguardano, invece, casi di mediazione per ordine del giudice.

²⁴³ Trib. Firenze 15 ottobre 2015, n. 3497, in *Dirittoegustizia.it.*, con commento F. VALERINI, *Le parti non vogliono proseguire oltre il primo incontro: improcedibile la domanda*, 28 dicembre 2015. Secondo l'autore, tale pronuncia si porrebbe in contrasto con l'articolo 5, comma 2-bis, secondo cui «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo». La *ratio* dell'incontro preliminare introdotto da tale articolo sarebbe, infatti, quella di evitare che le parti si trovino costrette a pagare le indennità di mediazione anche quando la controparte non abbia alcuna seria intenzione di provare a concludere un accordo. Nella stessa direzione, M. MARINARI, *op. cit.*, secondo cui il primo incontro di mediazione è stato così strutturato dal legislatore allo scopo di ridurre i costi e il contenuto di obbligatorietà, tenendosi così il più lontano possibile da un ulteriore rischio di illegittimità costituzionale.

²⁴⁴ M. MARINARO, *Mediazione obbligatoria inevitabile*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 30 novembre 2015. Secondo l'autore, aumentano le pronunce giurisprudenziali intese a rafforzare il ruolo del mediatore nella fase introduttiva del

Ancora, occorre segnalare una prassi sempre più diffusa che consente ai giudici di disporre, in corso di causa, una combinazione tra l'istituto della mediazione delegata *ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010* e l'*art. 185-bis c.p.c.* che disciplina la c.d. proposta conciliativa del giudice.

L'*art. 185-bis c.p.c.* rappresenta un'ulteriore novità della riforma del 2013, di notevole importanza sia sotto il profilo processuale sia per le inevitabili ricadute in tema di mediazione, essendo anch'esso previsto in chiave deflattiva del contenzioso²⁴⁵. *Ex art. 185-bis c.p.c.* «il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice»²⁴⁶.

Con questa norma il legislatore ha reso “generale” un potere discrezionale del giudice previsto dal rito del lavoro *ex art. 420 c.p.c. (infra, § 26.1)*. Secondo la giurisprudenza, il potere del giudice *ex art. 185-bis c.p.c.* si applica²⁴⁷ nelle controversie di qualsiasi natura, anche se pendenti²⁴⁸, così

procedimento di mediazione, tuttavia «non senza qualche preoccupazione sull'individuazione dei confini delle funzioni del mediatore».

²⁴⁵ A. MAIETTA, *op. cit.*, p. 18.

²⁴⁶ Cfr. C. CONSOLO, *Codice procedura civile commentato, art. 185-bis*, Milano, 2013, p. 2299, il quale rileva come nella versione originaria della disposizione era stato previsto l'obbligo per l'autorità giudiziaria di formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. La versione attuale dell'*art. 185-bis* non prevede più l'obbligatorietà, ma la possibilità per il giudice di formulare alle parti la proposta transattiva e conciliativa. Il tentativo è esperibile, inoltre, per tutti i procedimenti civili, sia davanti al giudice di pace che davanti al tribunale.

²⁴⁷ G. BUFFONE, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, in *Il caso.it*, 2014, p. 8.

²⁴⁸ Trib. Milano ordinanza 4 luglio 2013, in *Il caso.it*. Secondo la corte milanese, l'applicabilità dell'*art. 185-bis c.p.c.* alle liti pendenti è conforme al principio *tempus regit*

come nelle controversie che non siano oggetto del processo pendente, ma pur sempre connesse con lo stesso²⁴⁹.

La proposta del giudice *ex art. 185-bis* c.p.c. ha contenuto atipico, in quanto il giudice può indurre le parti sia a transigere che a conciliare. Il giudice può, ad esempio, formulare una proposta conciliativa ed invitare le parti ad abbandonare le proprie pretese, quando sulla base degli elementi in giudizio appaia verosimile l'espletarsi di una istruttoria sproporzionata rispetto ai reali interessi dei litiganti, anche in termini di costi²⁵⁰.

Si è, tuttavia, sottolineato come la proposta transattiva sia cosa diversa da quella conciliativa. Infatti, mentre la conciliazione è una modalità di composizione della lite che prevede necessariamente l'incontro delle volontà delle parti, ma il cui contenuto, come visto, può essere molto vario, anche transattivo (*supra*, § 14), la transazione è, invece, un tipico contratto con cui le parti pongono fine ad una lite già iniziata o prevenendo una lite che può sorgere tra loro a mezzo di reciproche concessioni (art. 1965 c.c.).

Tornando alla questione iniziale, l'applicazione combinata tra mediazione delegata e proposta *ex art. 185-bis* c.p.c. è stata realizzata dai giudici secondo due diverse modalità²⁵¹: (a) La prima modalità prevede che

actum. Infatti, l'art. 77, comma 1, lett a), d.l. n. 69/2013 (poi convertito), che ha introdotto la proposta di conciliazione del giudice, non contempla disposizioni transitorie e il suo regime di efficacia temporale discende dalla norma finale, l'art. 86, per cui il decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione.

²⁴⁹ Trib. Milano decreto 14 novembre 2013, in *Il caso.it*, «L'art. 185-bis c.p.c. [...] può tenere conto anche delle questioni di lite tra le parti, non oggetto dello specifico processo pendente, ma pur sempre connesse con lo stesso di modo che l'assetto conciliativo vada a comporre il conflitto nel suo complesso non limitandosi a definire la singola controversia», in *Il caso.it*. Ciò in quanto con tale disposizione l'autorità giudiziaria tende a comporre il conflitto e non la singola lite.

²⁵⁰ G. BUFFONE, *La mediazione demandata*, cit. che richiama Trib. Milano ordinanza 27 novembre 2013, cui si riferisce l'esempio riportato.

²⁵¹ G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando - Relazione tenuta alla S.S.M.*, in *MondoAdr.it*, pp. 16-17.

il giudice, valutata la ricorrenza dei presupposti di legge, formuli la proposta transattiva o conciliativa e contestualmente prescriva il procedimento di mediazione, rinviando il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti (c.d. proposta con mediazione)²⁵²; (b) La seconda modalità di proposta prevede, invece, che il giudice formuli la proposta transattiva o conciliativa, e rinvii il processo ad un'altra udienza per sentire le parti, riservandosi, in tale udienza, di prescrivere il procedimento di mediazione (c.d. proposta con riserva di mediazione)²⁵³.

16. Altre forme di conciliazione previste dal codice civile di rito

Pare opportuno, infine, fare un breve cenno alle altre forme di conciliazione previste dal codice di procedura civile. Tra esse si annoverano: (i) il tentativo di conciliazione che il giudice civile dispone nella prima udienza *ex art. 183 c.p.c.*, oppure nel corso del procedimento *ex art. 185*

²⁵² Trib. Milano ordinanza 11 novembre 2013, in *Il caso.it.*, in cui si disponeva «Il g.i. tenta la conciliazione della lite, suggerendo alle parti la definizione della stessa con versamento da parte del convenuto dell'importo omnicomprensivo di euro 15.000,00 [...]. Il convenuto dichiara di essere disponibile a chiudere la lite con tale versamento da parte sua, l'attore dichiara che tale soluzione non è per lui accettabile. Il Giudice dispone l'esperimento del procedimento di mediazione, assegnando alle parti il termine di quindici giorni per dare inizio alla mediazione e fissando per la prosecuzione del giudizio l'udienza del [...]».

²⁵³ G. BUFFONE, *La mediazione demandata*, cit. Un esempio di proposta con riserva di mediazione è stata formulata da Trib. Milano ordinanza 27 novembre 2013, in *MondoAdr.it.*, già vista quanto al contenuto conciliativo. Nel dispositivo dell'ordinanza, il giudice «propone alle parti di conciliare o transigere la causa nei termini indicati in premessa; fissa per ogni eventuale provvedimento istruttorio, o per la conciliazione giudiziale, o ancora per consentire alle parti di innescare il meccanismo di cui all'art. 309 c.p.c., o infine per invitarle –in caso di permanente disaccordo– alla mediazione ai sensi della norma citata in parte motiva, l'udienza del [...]».

c.p.c., su richiesta congiunta delle parti²⁵⁴; (ii) il tentativo di conciliazione da parte del giudice di pace *ex artt.* 320 e 322 c.p.c.²⁵⁵; (iii) il tentativo di conciliazione in sede di appello *ex art.* 350 c.p.c., ultimo comma²⁵⁶; (iv) la conciliazione nel procedimento di ingiunzione *ex art.* 652 c.p.c.²⁵⁷.

²⁵⁴ L'art. 185 c.p.c. dispone che «Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. [...]. Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione. Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo». L'art. 183 c.p.c., con riguardo all'udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione, stabilisce che «Il giudice istruttore fissa altresì una nuova udienza se deve procedere a norma dell'art. 185». Il giudice può, quindi, disporre già in prima udienza la comparizione delle parti ai fini della conciliazione. Il tentativo di conciliazione è comunque attivato grazie alla volontà di entrambe le parti di richiedere un bonario componimento della lite.

²⁵⁵ L'art. 320 c.p.c. stabilisce che «Nella prima udienza il giudice di pace interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione. Se la conciliazione riesce se ne redige processo verbale a norma dell'articolo 185, ultimo comma. Se la conciliazione non riesce, il giudice di pace invita le parti a precisare definitivamente i fatti che ciascuna pone a fondamento delle domande, difese ed eccezioni, a produrre i documenti e a richiedere i mezzi di prova da assumere [...]. *Ex art.* 322 c.p.c., inoltre, «L'istanza per la conciliazione in sede non contenziosa è proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio [...]. Il processo verbale di conciliazione in sede non contenziosa costituisce titolo esecutivo a norma dell'articolo 185, ultimo comma, se la controversia rientra nella competenza del giudice di pace. Negli altri casi il processo verbale ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio».

²⁵⁶ L'art. 350 c.p.c., che disciplina la prima udienza di trattazione in appello, all'ultimo comma dispone che «Nella stessa udienza il giudice dichiara la contumacia dell'appellato, provvede alla riunione degli appelli proposti contro la stessa sentenza e procede al tentativo di conciliazione ordinando, quando occorre, la comparizione personale delle parti».

²⁵⁷ Art. 652 c.p.c.: «Se nel giudizio di opposizione, le parti si conciliano, il giudice, con ordinanza non impugnabile, dichiara o conferma l'esecutorietà del decreto, oppure riduce la somma o la quantità a quella stabilita dalle parti. In quest'ultimo caso, rimane ferma la validità degli atti esecutivi compiuti e dell'ipoteca iscritta, fino a concorrenza della somma o quantità ridotta. Della riduzione deve effettuarsi apposita annotazione nei registri immobiliari».

Il tentativo di conciliazione può essere espletato anche dal consulente tecnico di ufficio.

Ex art. 198 c.p.c., infatti, il giudice istruttore, quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli altresì il compito di tentare la conciliazione delle parti.

Ex art. 696-bis, è prevista, altresì, la possibilità per il Ctu di dare luogo ad un tentativo di conciliazione durante l'accertamento tecnico preventivo, *rectius* «ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali da fatto illecito». In tal caso, infatti, «il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti».

In entrambe le ipotesi, l'eventuale accordo concluso va verbalizzato e sottoscritto dal Ctu, di qui il giudice con decreto attribuisce allo stesso efficacia di titolo esecutivo²⁵⁸.

17. I dati statistici sulla mediazione civile e il nuovo ruolo assunto dal giudice

La legge n. 98/2013 di conversione del c.d. "Decreto del Fare" ha reso "temporanea" l'operatività della mediazione obbligatoria *ante causam ex art.*

²⁵⁸ Art. 199 c.p.c.: «Se le parti si conciliano, si redige processo verbale della conciliazione, che è sottoscritto dalle parti e dal consulente tecnico e inserito nel fascicolo d'ufficio. Il giudice istruttore attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale». *Ex art. 200 c.p.c.*, infine, «Se la conciliazione delle parti non riesce, il consulente espone i risultati delle indagini compiute e il suo parere in una relazione, che deposita in cancelleria nel termine fissato dal giudice istruttore. Le dichiarazioni delle parti, riportate dal consulente nella relazione, possono essere valutate dal giudice a norma dell'articolo 116, secondo comma».

5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010. Tale istituto è infatti obbligatorio per 4 anni, periodo al termine del quale sarà possibile verificare l'efficacia dello stesso, fermo restando il monitoraggio da parte del Ministero della giustizia.

Si riportano, di seguito, gli ultimi dati statistici sulla mediazione, focalizzando l'attenzione soltanto sul numero di mediazione iscritte e sui dati relativi alla partecipazione al procedimento di mediazione, alla durata media della procedura e al numero di accordi conciliativi conclusi.

In base ai dati del Ministero della giustizia relativi al periodo 1° gennaio - 30 settembre 2015²⁵⁹, si riscontra un *trend* positivo con riguardo al numero di mediazioni iscritte, visto che nel III trimestre del 2015 si è registrato un +6% rispetto ai 5 trimestri precedenti. Rispetto al 2014, inoltre, la durata dei procedimenti di mediazione è aumentata da 83 a 99 giorni.

Quanto poi ai dati sulla partecipazione e sugli accordi conclusi, si registra la comparizione della parte aderente nel 45% dei casi. Nel 22% di tali casi le parti concludono un accordo, dato, questo, che sale al 43,2% se si escludono le mediazioni in cui gli aderenti hanno partecipato solo all'incontro preliminare²⁶⁰.

²⁵⁹ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche relative al periodo 1° gennaio – 30 settembre 2015*, pp. 2, 7 e 20.

²⁶⁰ Ad ottobre 2015 sono stati pubblicati i dati elaborati da ISDACI, *Rapporto*, cit. In tema di mediazione, i risultati del *report* - che si riferiscono all'anno 2014 - evidenziano come in caso di mediazione amministrata «la durata media di una procedura è pari a 63 giorni (-33% rispetto ai 94 giorni del 2011-2012), qualora l'aderente sia comparso e non sia stato raggiunto un accordo, mentre nel caso in cui l'accordo sia stato raggiunto, la durata media risulta di 83 giorni [...]». E, ancora. «Nel 2014 il numero di domande di mediazione registrate è risultato pari a ...il doppio rispetto alle domande registrate nel 2013, anno in cui non vigeva l'obbligatorietà del tentativo di mediazione [...]. In relazione alla modalità di avvio della domanda, la mediazione obbligatoria [...] rappresenta l'83,8% del numero complessivo di mediazioni (nel 2013 costituiva il 57,5%), mentre la mediazione volontaria il 10% (il 41,9% nel 2013), la mediazione disposta dal giudice, il 5,6% (rispetto al 2% del 2013) e la mediazione attivata in forza di clausola contrattuale, lo 0,6% (contro l'1,5% del 2013). Per quanto riguarda la collocazione geografica, il 45% delle domande si concentra al Nord, il

In base a tali dati, si può notare, pertanto, che a fronte di una graduale crescita delle domande di mediazione, la principale criticità (cui, come visto, sta cercando di porre rimedio la giurisprudenza) attiene alla partecipazione delle parti al procedimento di mediazione²⁶¹.

Al di là dei dati statistici, in dottrina, come nella prassi, si è evidenziato il ruolo propulsivo svolto negli ultimi tempi dai giudici per favorire l'effettiva applicazione dell'istituto della mediazione, ed, in generale, la deflazione del contenzioso civile.

Come evidenziato (*supra*, § 15), l'autorità giudiziaria fa sempre più ricorso agli strumenti introdotti dal legislatore nel 2013²⁶². Con tale riforma, infatti, da un lato, si è attribuito ai giudici il potere di ordinare anziché invitare le parti ad esperire la mediazione, dall'altro, si è corroborato il loro potere di formulare proposte conciliative o transattive.

Emblematico è, al riguardo, un recente arresto della giurisprudenza di merito, ove il tribunale ha fatto contestualmente uso di tutti i metodi ADR ad impulso giudiziale per consentire alle parti di addivenire ad una rapida soluzione della lite²⁶³, considerata peraltro la natura della causa, il valore

20% al Centro, il 25% al Sud e il 10% nelle isole». La materia in cui si è avuto il maggior numero di mediazioni è quella dei contratti bancari con il 25,1% del totale complessivo. Seguono, quindi, i diritti reali attestatisi al 13,1% delle domande, la locazione all'11,6%, il condominio al 10,7%, il risarcimento del danno da responsabilità medica al 6,7%, i contratti assicurativi al 6%, le divisioni dei beni al 4,7%, le successioni ereditarie al 4%, i contratti finanziari al 2,9% e il comodato all'1,3%. Quanto alle domande di mediazione di "altra natura", che per lo più riguardano la mediazione volontaria e la mediazione in base ad una clausola contrattuale, il dato è pari all'11,9% dell'ammontare complessivo. Il valore medio delle mediazioni è pari a 110.000 euro circa.

²⁶¹ T. POMPEI, *La mediazione civile e commerciale: un progetto a termine?*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, p. 157.

²⁶² M. MARINARO, *I giudici spingono la conciliazione*, cit.

²⁶³ Trib. Pavia ordinanza 9 marzo 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Dopo la mediazione si passa all'arbitrato*, 3 aprile 2015.

della lite e le questioni di diritto non particolarmente complesse prese in considerazione nel caso di specie.

Nello specifico, il tribunale dopo aver (i) tentato la conciliazione delle parti mediante l'interrogatorio libero delle parti, (ii) ha formulato la proposta conciliativa *ex art. 185-bis c.p.c.*, (iii) disponendo che, in caso di non accettazione della stessa, le parti ricorressero al procedimento di mediazione, ove era necessaria la partecipazione personale delle parti, oltre a quella dei rispettivi avvocati (iv) ed ordinando, altresì, alle parti - nel caso di ulteriore mancato accordo - la trattazione orale sulla sussistenza delle condizioni e sull'opportunità di presentare un'istanza congiunta di trasferimento del giudizio alla sede arbitrale forense²⁶⁴.

In via generale, sembra che si stia gradualmente affermando l'importanza strategica nel nostro Paese del *referral* giudiziario²⁶⁵, ai fini di una più efficace applicazione della mediazione quale metodo di risoluzione delle liti.

E ciò per due motivi fondamentali. Primo, le parti e gli stessi operatori del diritto - specie nell'attuale fase di sperimentazione della mediazione - grazie all'ordine del giudice potrebbero conferire maggior legittimazione giuridica ad un istituto ancora poco conosciuto, o comunque di cui molti non hanno ancora avuto la possibilità di apprezzare i benefici²⁶⁶.

Secondo, verrebbe superato o quanto meno stemperato il dibattito sul tentativo obbligatorio di mediazione *ante causam*, inserendo l'istituto della mediazione all'interno dello stesso processo civile, come una sua

²⁶⁴ *Ibidem*. La previsione dell'invito a trasferire la causa pendente in sede arbitrale costituisce la novità della pronuncia in esame.

²⁶⁵ M. MARINARI, *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁶⁶ *Ibidem*.

articolazione fisiologica²⁶⁷, uno strumento di cui il giudice può disporre qualora ritenga che ne ricorrano i presupposti “direttamente” a beneficio delle parti, e “indirettamente” a vantaggio del sistema giustizia. Così facendo, i giudici possono proficuamente esercitare «uno dei pochi poteri di *case management*»²⁶⁸ previsti dal nostro sistema processuale, nella prospettiva di creare, in un’ottica futura, un «meccanismo di risoluzione integrata delle controversie»²⁶⁹.

Si è sostenuto in dottrina che si va delineando «un modello “virtuoso” di giudice che interviene nel processo, dialoga con le parti, tiene ferme le redini della procedura; un giudice che conosce bene gli atti, al punto da capire quando una mediazione può essere utile; quando una proposta può essere dirimente»²⁷⁰; o, ancora, che si sta assistendo ad una “evoluzione” della mediazione²⁷¹, con l’autorità giudiziaria sempre più incline a considerare tale istituto strettamente connesso al processo.

Di certo, si rileva, la *ratio* di fondo dell’intensa attività creativa della giurisprudenza va rinvenuta nell’esigenza di far funzionare meglio l’istituto della mediazione; pertanto, per determinare una riduzione di tale attività suppletiva, sarebbe opportuno un ulteriore intervento del legislatore²⁷².

Sotto tale profilo, si è notato come l’efficacia della mediazione obbligatoria *ante causam* (post-riforma del 2013) sia stata negativamente influenzata, in particolare, oltre che da una sperimentazione incompleta e

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ G. BUFFONE, *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, in *Il caso.it*, 2014, p. 10.

²⁷¹ F. VALERINI, *I giudici cambiano volto alla mediazione*, in *Dirittoegustizia.it*, 12 giugno 2015.

²⁷² *Ibidem*.

frammentata per le criticità di cui si è detto, anche dalla contestuale introduzione di altri metodi ADR, quali, ad esempio, la negoziazione assistita (*infra*, § cap. 4). Infatti, se è vero che l'introduzione di metodi ADR favorisce la diffusione di una nuova cultura di risoluzione dei conflitti, è altresì vero che la presenza, allo stesso tempo, di nuovi e diversi strumenti ADR, relativi a materie diverse e talora sovrapponibili, su cui sono competenti anche più soggetti, non può che ingenerare confusione ed incertezza nei cittadini e nelle imprese, oltre che per i professionisti del settore²⁷³.

Alla luce dei problemi che la mediazione obbligatoria *ante causam* ha dovuto affrontare nella fase iniziale di sperimentazione (e che tutt'ora continua a fronteggiare), si è auspicata, specie nel mondo imprenditoriale, la necessità di prolungare il periodo di tale sperimentazione e di andare avanti affinché lo strumento possa essere efficacemente utilizzato²⁷⁴. Parimenti, si è sostenuto (*i*) che solo l'obbligatorietà può consentire nel nostro Paese l'auspicata evoluzione culturale in grado di determinare lo sviluppo degli strumenti di giustizia alternativa²⁷⁵, e (*ii*) che il principio di obbligatorietà è l'unico in grado di garantire alla mediazione adeguata diffusione, soprattutto nella fase iniziale, e quindi di deflazionare il contenzioso giudiziario²⁷⁶.

Un'altra tesi, per così dire mediana, ha evidenziato²⁷⁷ che, in fin dei conti, a nulla rileva se alla scadenza del termine dei quattro anni di

²⁷³ T. POMPEI, *op. cit.*, pp. 155-157.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 157.

²⁷⁵ DARDANELLO, *Mediazione, Unioncamere: da domani torna l'obbligatorietà*. "Ma serve l'aiuto di avvocati e giudici", 19 settembre 2013, in *Unioncamere.it*.

²⁷⁶ CONFINDUSTRIA, *Obbligatorietà e professionalità della mediazione per accelerare l'economia*, in *MondoAdr.it*, 6 maggio 2013.

²⁷⁷ Così P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in *Judicium.it*, 2014, pp. 1-3.

sperimentazione della mediazione obbligatoria *ante causam* il regime di obbligatorietà venga poi, in concreto, abbandonato. Ciò in quanto la prassi dell'invio delle parti in mediazione da parte dei giudici si sta gradualmente imponendo nel panorama italiano del processo civile, con la mediazione civile che reclama un riconoscimento quale parte integrante del sistema giudiziario. Tale assunto risulta ancor più rilevante se si presta attenzione all'introduzione dell'art. 185-*bis* c.p.c.²⁷⁸. A distanza di meno di un decennio dal recepimento della Direttiva 2008/52/CE, l'attenzione degli operatori dovrebbe, quindi, focalizzarsi non tanto sul regime di obbligatorietà del tentativo di mediazione *ante causam*, imposto dal legislatore per accelerare la conoscenza dell'istituto, bensì sul potere del giudice di disporre la mediazione in corso di causa²⁷⁹.

²⁷⁸ *Ibidem.*

²⁷⁹ *Ibidem.*

CAPITOLO IV

ADR NELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI - LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E L'ARBITRATO

SOMMARIO: – 18. La riforma del 2014. Le misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato – 19. La negoziazione assistita. Introduzione. – 19.1 (*Segue*) Il procedimento di negoziazione assistita. Cenni preliminari – 19.2 (*Segue*) La negoziazione volontaria. – 19.3 (*Segue*) La negoziazione obbligatoria. – 20. L'arbitrato. Introduzione. – 20.1 (*Segue*) L'arbitrato disciplinato dal codice civile di rito. Profili generali. – 20.2 (*Segue*) Natura dell'arbitrato e *translatio iudicii* – 21. Il trasferimento in sede arbitrale dei processi pendenti davanti al giudice. – 22. L'arbitrato in una prospettiva futura.

18. La riforma del 2014. Le misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato

Con la legge n. 162/2014 è stato convertito in legge, con modificazioni, il decreto legge n. 132/2014 recante misure urgenti di

degiurisdizionalizzazione²⁸⁰ ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile²⁸¹.

Con tale intervento sono state introdotte nell'ordinamento disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, d'altro lato, la promozione di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo²⁸².

Nella prospettiva di ridurre i tempi del processo civile, oltre alla possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (*infra*, § 21), sono state previste diverse misure processuali, tra le quali si annoverano (i) la tipizzazione delle dichiarazioni rese al difensore (ii) l'assegnazione al giudice del potere di adeguare il rito alla complessità della controversia, disponendo il passaggio, in presenza di cause "semplici", dal rito ordinario a quello sommario di cognizione (iii) la modifica dell'art. 92 c.p.c. in tema di compensazione delle spese e (iv) dell'art. 1284 c.c. sull'elevazione, nei processi di cognizione, del saggio degli interessi legali a quelli relativi ai ritardi nelle transazioni commerciali²⁸³. A

²⁸⁰ D. DALFINO, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato: La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédure participative*, Torino, 2015, p. 44 ss. Il termine "degiurisdizionalizzazione" indica il fine del legislatore di portare una parte del contenzioso fuori dei tribunali mediante metodi diversi ed ulteriori rispetto all'istituto della mediazione civile di cui al d.lgs. n. 28/2010.

²⁸¹ Legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 - Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile - pubblicata in G.U. lo stesso giorno ed entrata in vigore l'11 novembre 2014.

²⁸² MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione tecnica - Misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, 3 luglio 2014.

²⁸³ R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it.*, 2015, n. 1, p. 62.

tali misure si aggiungono, inoltre, diversi interventi di semplificazione del processo esecutivo e delle procedure concorsuali.

Quanto alla promozione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, è stato introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto della negoziazione assistita (*infra*, § 19).

La riforma in questione non è stata scevra da critiche, tant'è che subito dopo la sua entrata in vigore, in dottrina sono stati espressi dubbi sulla effettiva capacità delle misure ivi contemplate di realizzare gli obiettivi prefissati²⁸⁴.

19. La negoziazione assistita. Introduzione

In via generale, le (nuove) misure di degiurisdizionalizzazione, prevedono, rispetto a quanto avvenuto, almeno inizialmente, per l'istituto della mediazione civile, il coinvolgimento diretto degli avvocati nella

²⁸⁴ In senso critico, *ex pluribus*, A. PROTO PISANI, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162): Premesse generali (e una proposta)*, Torino, 2015, p. 3, secondo cui l'intervento del legislatore, ove si prescinda dagli specifici interventi sull'esecuzione forzata, non è in grado in modo assoluto di ridurre l'arretrato civile con riguardo ai giudizi di cognizione piena di primo e di secondo grado; S. CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1258, secondo cui in seguito ad una prima lettura del testo normativo, un'amara delusione colpisce il giurista minimamente esperto; A. BRIGUGLIO, *L'ottimistico decreto legge sulla degiurisdizionalizzazione ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 633, secondo cui le misure in commento possono con ogni probabilità risultare inutili ma non dannose; C. CONSOLO, *É legge (con poche modifiche) il d.l. sulla "degiurisdizionalizzazione" arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 1061 ss; D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia civile sventola bandiera bianca?*, in *Judicium.it*, 2014; G. NEGRI, *Il Csm bocchia la riforma della giustizia civile*, in *il quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 9 ottobre 2014.

definizione stragiudiziale delle liti²⁸⁵. Si è parlato, al riguardo, di “giurisdizione forense”²⁸⁶

Come detto, con specifico riguardo ai metodi ADR, il legislatore del 2014 ha introdotto un nuovo istituto che si va ad aggiungere a quelli già esistenti nel nostro ordinamento con finalità analoghe, e cioè la “procedura di negoziazione assistita da un avvocato”.

Con tale denominazione si intende una procedura in cui fondamentale è l’assistenza degli avvocati, nel senso che per il tramite degli avvocati le parti in lite²⁸⁷ convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per un certo periodo di tempo, allo scopo ultimo di raggiungere un accordo che, da un lato, eviti il giudizio e, dall’altro, consenta la rapida formazione di un titolo esecutivo²⁸⁸. Trattasi, in sostanza, di una “procedura cogestita” dagli avvocati finalizzata alla risoluzione stragiudiziale di una controversia, al termine della

²⁸⁵ G. TRISORIO LIUZZI, *Deigiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato: La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it*, 2015, n. 1, p. 22 ss.

²⁸⁶ R. DANOVI, *La giurisdizione forense, chance per l’avvocatura*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 28 ottobre 2015, secondo cui a seguito della riforma del 2014 si aprono notevoli prospettive per l’avvocatura, potendosi, al riguardo, distinguere tre possibilità per la stessa di contribuire attivamente nella definizione delle controversie: (i) il primo è costituito dalla mediazione/conciliazione svolta presso gli organismi all’uopo costituiti; (ii) il secondo è costituito dal ricorso all’arbitrato, con la possibilità per le parti di deferire una controversia pendente in tribunale o in sede di appello ad arbitri designati dagli stessi organi forensi; (iii) il terzo, infine, è rappresentato dalla negoziazione assistita, con cui le parti, assistite dai propri avvocati, si obbligano a cooperare in buona fede per raggiungere un accordo che costituisca titolo esecutivo. Questi tre metodi di risoluzione alternativa delle liti possono qualificare il ruolo dell’avvocatura in senso sostanziale e formale, consentendo agli avvocati di porre in essere un insieme di azioni che possono riassumersi nel termine “giurisdizione forense”.

²⁸⁷ M. GIORGETTI, *Negoziazione assistita*, in *Proc. civ.*, Milano, 2015, p. 6.

²⁸⁸ Cfr. art. 2, d.l. n. 132/2014, e Relazione tecnica del Min. Giustizia cit. (per comodità, si fa riferimento al testo del decreto legge n. 132/2014 coordinato con la legge di conversione 162/2014).

quale può concludersi un accordo che, in presenza di determinate condizioni, costituisce titolo esecutivo.

La procedura di negoziazione assistita non rappresenta un'assoluta novità sul piano internazionale. Le origini di tale istituto sono rinvenibili nell'esperienza del diritto collaborativo diffusi negli Stati Uniti e in altri paesi anglosassoni, e da ultimo in Europa in materia di lavoro, di diritto familiare e diritto commerciale²⁸⁹.

Verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso, un gruppo di studiosi statunitensi escogitò un metodo di risoluzione delle controversie volto a favorire la collaborazione tra le parti.

In particolare, dopo aver esaminato le criticità derivanti da una strategia difensiva improntata esclusivamente all'antagonismo tra le parti, si iniziò a sperimentare un approccio di natura collaborativa che vedeva come protagonisti non solo le parti, ma gli stessi avvocati. Questi ultimi, oltre ad assistere i propri clienti nella realizzazione di tale finalità, assumevano il reciproco impegno di non ricorrere in giudizio qualora la procedura di negoziazione non fosse andata a buon fine²⁹⁰. Nonostante le buone premesse, nell'esperienza statunitense l'istituto della negoziazione assistita non ha tuttavia ricevuto una specifica regolazione giuridica²⁹¹.

Come espressamente dichiarato nella relazione tecnica²⁹², il legislatore (italiano) del 2014 si rifà, invece, all'esperienza dell'ordinamento francese, in particolare all'istituto della *Convention de procédure participative ex art. 37, Loi n° 1609/2010*²⁹³.

²⁸⁹ D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita*, p. 44 ss.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² MIN. GIUSTIZIA, *Relazione tecnica cit.*

²⁹³ *Article 37, Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 – Titre XVII, De la convention de procédure participative.*

La *procédure participative*, utilizzabile da chiunque purché la controversia abbia ad oggetto diritti disponibili, eccezion fatta per le liti di lavoro, prevede, tra l'altro, l'assistenza obbligatoria degli avvocati e l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* per la convenzione di negoziazione²⁹⁴. Una volta che la procedura di negoziazione è in corso, non è possibile ricorrere al giudice francese, tuttavia l'inadempimento di una parte consente alla controparte di esperire l'azione giudiziale.

In caso di mancato accordo, le parti possono ricorrere direttamente all'autorità giudiziaria, senza dover esperire alcun altro metodo ADR. Gli effetti della convenzione di negoziazione possono venir meno, inoltre, per la risoluzione anticipata della stessa, ovvero per infruttuoso decorso del termine in essa previsto²⁹⁵.

In caso di accordo, invece, la parte più diligente, ovvero entrambe parti, potranno sottoporre lo stesso al giudice ai fini dell'omologazione²⁹⁶.

Proprio quest'ultimo aspetto, oltre a quello della riservatezza, costituiscono le principali ragioni alla base dell'insuccesso della negoziazione assistita in terra transalpina²⁹⁷. Da un lato, ai fini dell'esecutività dell'accordo, è necessario l'ulteriore adempimento dell'omologazione²⁹⁸; dall'altro, la riservatezza, non essendo tutelata per legge, necessita di essere regolata dalle parti *ex contractu*.

A ciò si aggiungono altri due fattori, e cioè (i) che l'art. 1567 c.p.c. francese attribuisce diretta efficacia esecutiva all'istituto (per così dire concorrente) della transazione²⁹⁹ e (ii) che in caso di mancato accordo al

²⁹⁴ D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita*, p. 44 ss.

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 6.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ *Ibidem*.

termine della *procédure participative*, la convenzione di negoziazione e i documenti ad essa allegati sono utilizzabili in un'eventuale giudizio successivo³⁰⁰.

Come detto, al modello della *procédure participative* francese si rifà il legislatore italiano, il quale ha introdotto una nuova procedura ADR, celere ed economica, in cui centrali sono il ruolo svolto dagli avvocati ai fini della conclusione dell'accordo e la piena autonomia delle parti.

Tale ultimo elemento costituisce il principale criterio distintivo della negoziazione assistita rispetto agli altri due (principali) metodi ADR previsti dall'ordinamento, *i.e.* mediazione e l'arbitrato. In altri termini, mentre la negoziazione assistita è svolta dalle parti in piena autonomia e con massimo controllo della relativa procedura, sia la mediazione che l'arbitrato richiedono la necessaria presenza di un terzo soggetto indipendente ed imparziale (mediatore o arbitro), e necessitano di svolgersi presso strutture od organismi autorizzati dal Ministero della giustizia (eccezion fatta, ovviamente, per l'arbitrato *ad hoc*).

19.1 (Segue) Il procedimento di negoziazione assistita. Cenni preliminari

L'atto su cui si basa la procedura di negoziazione assistita è la c.d. "convenzione di negoziazione", definita come l'accordo con cui le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per addivenire ad una

³⁰⁰ *Ibidem*.

soluzione amichevole della lite tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo³⁰¹.

Più specificamente, all'atto del conferimento dell'incarico da parte del cliente, l'avvocato deve informare quest'ultimo della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita³⁰². Così come per la mediazione civile, anche in questo caso il dovere di informazione dell'avvocato ha natura deontologica: questi, prima di eseguire il mandato, è tenuto "deontologicamente" ad informare il proprio assistito della possibilità di ricorrere a due diversi metodi di soluzione stragiudiziale della controversia, *i.e.* la negoziazione assistita e la mediazione civile³⁰³.

La convenzione di negoziazione integra un vero e proprio contratto tra le parti a contenuto obbligatorio³⁰⁴, cui si applicano le ordinarie norme contrattuali, comprese, tra l'altro, quelle in tema di: (i) responsabilità precontrattuale, ad es. per ingiustificata rottura delle trattative prima di sottoscrivere l'accordo; (ii) responsabilità *ex contractu*, ad es. per comportamenti speculativi o meramente dilatori tenuti dalle parti nel corso degli incontri; (iii) inadempimento contrattuale, ad es. per inosservanza degli obblighi contenuti nella convenzione sottoscritta; (iv) buona fede di cui agli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c., cui si aggiunge l'obbligo per le parti di cooperare

³⁰¹ Art. 2, comma 1, d.l. n. 132/2014. Si evidenzia, al riguardo, l'assenza di requisiti minimi di anzianità, M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 8.

³⁰² Art. 2, comma 7, d.l. n. 132/2014.

³⁰³ G. TRISORIO LIUZZI, *op.cit.*, p. 25

³⁰⁴ V. VANGELISTA-A. FERRARI AGGRADI, in *Manuale operativo della negoziazione assistita dalla norma alla procedura*, (a cura di) D. Savio, S. Arcangelo di Romagna, 2015, p. 70; G. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2014, p. 63, che definisce la convenzione di negoziazione assistita quale contratto a negoziare, e non a trovare un accordo; R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Judicium.it*, 2014, p. 2, secondo cui la convenzione *de qua* ha le caratteristiche di un contratto, in quanto, una volta sottoscritto, obbliga le parti e gli avvocati a negoziare al fine di trovare una soluzione alla lite.

“in buona fede e con lealtà” *ex art. 2, comma 1, d.l. n. 132/2014*, che attiene nello specifico alla conduzione delle trattative successive alla stipula della convenzione di negoziazione³⁰⁵.

Quanto alle modalità di stipula, il decreto legge cit. dispone che una parte deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita.

L'invito, munito della sottoscrizione del cliente autenticata dal proprio avvocato, deve indicare l'oggetto della controversia, e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642, primo comma, c.p.c.³⁰⁶.

Pertanto, a differenza delle sanzioni di cui al d.lgs. n. 28/2010 previste in caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione³⁰⁷, nell'ipotesi di negoziazione assistita gli effetti della mancata adesione o del rifiuto all'invito di controparte determinano, invece, conseguenze minori, che incidono sul regime delle spese, sulla responsabilità della parte e sull'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo³⁰⁸.

Sul punto, giova segnalare una recente pronuncia di merito, la quale ha stabilito che ai fini della responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*, non è sufficiente che la parte resti in silenzio a fronte dell'invito di controparte a sottoscrivere la convenzione di negoziazione assistita. E' necessario, infatti, che la mancata adesione all'invito «sia anche indicativa di mala fede o di colpa grave nel resistere in giudizio». ³⁰⁹

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ Art. 4 d.l. n. 132/2014.

³⁰⁷ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

³⁰⁸ G. TRISORIO LIUZZI, *op. cit.*, p. 25.

³⁰⁹ Trib. Verona ordinanza 17 novembre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Negoziazione, condanna con colpa grave*

Fermo restando le eventuali conseguenze negative cui può andare incontro, la parte invitata, una volta ricevuto l'invito, si troverà, in concreto, di fronte a tre opzioni. Essa, infatti, (a) può aderire all'invito, e così procedere con la controparte a stipulare la convenzione di negoziazione assistita; (b) può rifiutare espressamente l'invito comunicatogli; ovvero (c) può decidere di non rispondere, e, decorsi trenta giorni dalla ricezione dell'invito, iniziare, se del caso, l'azione giudiziale³¹⁰.

Il procedimento fondantesi sull'invito di parte costituisce, tuttavia, solo una delle modalità di conclusione della convenzione di negoziazione³¹¹. Come si evince dallo stesso art. 8, d.l. n. 132/2014, in tema di interruzione della prescrizione e di impedimento della decadenza³¹², gli avvocati possono infatti sottoscrivere consensualmente la convenzione, senza dover formulare il predetto invito³¹³.

o malafede, 26 novembre 2015. Nel caso di specie, l'avvocato della parte invitata a stipulare la convenzione di negoziazione assistita aveva risposto all'invito in ritardo, *i.e.* oltre il termine dei 30 giorni, senza allegare la procura alle liti. Il suo non era un mero ritardo, bensì un vero e proprio silenzio, cui possono applicarsi le conseguenze di cui all'art. 4 d.l. n. 132/2014.

³¹⁰ G. TRISORIO LIUZZI, *op.cit.*, p. 26.

³¹¹ S. CHIARLONI, *op. cit.*, pp. 1261-1262, definisce tale procedimento una «procedura inutilmente complicata», che oltretutto solleva problemi interpretativi di non poco conto. Secondo l'autore, il legislatore avrebbe potuto percorrere una strada diversa e meno complicata, consistente nell'estensione dell'efficacia delle transazioni certificate dagli avvocati, o più in generale degli accordi risolutivi di controversie, anche se privi di concessioni reciproche, così da ricomprendere tutte le forme di esecuzione forzata.

³¹² L'art. 8, d.l. n. 132/2014, stabilisce, infatti, che dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita “ovvero della sottoscrizione della convenzione” si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza.

³¹³ G. TRISORIO LIUZZI, *op.cit.*, p. 25. Non è esclusa, inoltre, la possibilità per le parti di inserire nel testo del contratto una clausola che preveda l'obbligo per le stesse di ricorrere alla negoziazione assistita come metodo di risoluzione delle future controversie.

Nel decreto legge n. 132/2014 non viene regolamentata, invece, l'attività di negoziazione vera e propria, essendo la stessa un'attività difficilmente inquadrabile dentro specifici schemi legislativi, salvo che per il rispetto di principi di base (ad es. il principio di buona fede). In sintesi, si è detto che l'avvocato svolga in tale procedura un ruolo di «guida del procedimento e di attento supervisore», mediante il quale, da un lato, conduce il cliente verso una soluzione rapida ed amichevole della lite, e dall'altro, garantisce l'autonomia decisionale del proprio assistito³¹⁴.

19.2 (Segue) La negoziazione volontaria

Oltre che come vero e proprio contratto, la convenzione di negoziazione si configura, altresì, quale necessario atto interno della procedura di negoziazione assistita³¹⁵, avente un contenuto obbligatorio *ex lege*.

L'art. 2, comma 2, d.l. n. 132/2014, stabilisce, infatti, che la convenzione di negoziazione deve essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta, nonché precisare (a) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, termine che in nessun caso può essere inferiore a un mese e superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni di comune accordo tra le parti, e (b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro.

Occorre sin d'ora segnalare che tale disposizione fissa solo il contenuto minimo della convenzione di negoziazione. Le parti sono libere, infatti, di inserire ulteriori clausole contrattuali, prevedendo, ad esempio, la possibilità

³¹⁴ M. GIORGETTI, *op.cit.*, pp. 8-9.

³¹⁵ V. VANGELISTA-A. FERRARI AGGRADI, *op. cit.*, p. 70.

di avvalersi di consulenti ed esperti o definendo tempi e modalità per lo scambio di documenti³¹⁶.

Con riguardo al primo elemento obbligatorio, si rileva che mentre la previsione del termine massimo (tre mesi prorogabile di uno) mira ad evitare lungaggini procedurali nell'ottica di una rapida definizione della controversia, la previsione del termine minimo (un mese) si pone, invece, a garanzia delle parti, consentendo agli avvocati di avere un tempo congruo per studiare la controversia³¹⁷.

Per ciò che concerne l'oggetto della controversia, vi è da dire che il decreto legge n. 132/2014, come convertito, prevede tre diverse forme di negoziazione assistita da un avvocato, *i.e.* la negoziazione volontaria di cui all'art. 2, la negoziazione obbligatoria di cui all'art. 3, e la negoziazione «per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

Ai fini del presente studio, ci si occuperà, ovviamente, soltanto delle prime due forme di negoziazione assistita.

La procedura di negoziazione volontaria implica la comune intenzione delle parti di giungere ad una soluzione stragiudiziale della controversia insorta. Le parti, in questo caso, decidono spontaneamente di stipulare la convenzione di negoziazione assistita, la quale è sempre ammessa, purché la controversia non verta su diritti indisponibili e non riguardi la materia giuslavoristica. Una previsione, questa, prevista anche nel caso di arbitrato forense³¹⁸ (*infra*, § 21).

³¹⁶ G. TRISORIO LIUZZI, *op.cit.*, p. 26.

³¹⁷ M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 8.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 7.

La convenzione di negoziazione, come visto, viene stipulata secondo una delle due modalità sopra descritte, ossia quella dell'adesione all'invito di controparte o dell'accordo consensuale. E' richiesta, inoltre, la necessaria assistenza di uno o più avvocati ai fini della sua conclusione, i quali certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale³¹⁹.

E, si precisa, solo dal quel momento le parti possono iniziare, in concreto, la negoziazione finalizzata alla risoluzione amichevole lite³²⁰, durante la quale le parti non sono tenute ad osservare particolari formalismi, salvo quelli da esse stabiliti nella medesima convenzione.

Al fine di garantirne l'effettiva operatività, la procedura di negoziazione assistita è garantita dal dovere di riservatezza, pena l'applicazione delle norme del codice di procedura penale. Per gli avvocati, è prevista inoltre l'applicazione di sanzioni disciplinari.

Il rispetto del dovere di riservatezza è fondamentale affinché le parti possano far emergere gli interessi sottostanti alla controversia che altrimenti non verrebbero rivelati. Interessi su cui poi le parti e gli avvocati-negoziatori di parte potranno ragionare per poter addivenire ad un accordo.

L'art. 9, d.l. n. 132/2014, stabilisce al riguardo che gli avvocati e le parti sono tenuti a comportarsi con lealtà e a tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso della procedura non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto; analogamente, i difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.

³¹⁹ Art. 2, commi 5 e 6, d.l. n. 132/2014.

³²⁰ M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 7.

Sempre in tema di riservatezza, pare opportuno evidenziare la differenza tra la riservatezza garantita *ex lege* nella negoziazione (assistita) quale metodo ADR e la riservatezza delle negoziazioni o trattative finalizzate alla conclusione di un qualsiasi contratto o accordo con cui le parti regolano (*ex ante*) i rispettivi rapporti patrimoniali. In quest'ultimo caso, infatti, è opportuno che le parti specifichino in un apposito accordo il reciproco impegno alla riservatezza delle trattative.

Gli avvocati-negoziatori di parte non possono essere nominati come arbitri ai sensi dell'art. 810 c.p.c. nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse. In tal modo, si vuole evitare che l'eventuale lodo arbitrale sia viziato: una norma opportuna, ma forse non necessaria, vista la previsione dell'art. 815, comma 1, n. 6, c.p.c.³²¹.

Se la negoziazione assistita non va a buon fine, viene redatta una dichiarazione di mancato accordo che è certificata dagli avvocati designati³²².

In caso di esito positivo, invece, l'accordo raggiunto deve essere redatto per iscritto, nonché firmato sia dalle parti che dagli avvocati che le assistono.

Al pari di quanto previsto per l'accordo di mediazione *ex art.* 12, d.lgs. n. 28/2010, anche in questo caso gli avvocati devono garantire la conformità dell'accordo rispetto alle norme imperative e all'ordine pubblico³²³. Essi devono, altresì, certificare l'autografia delle firme apposte dalle parti sotto la

³²¹ M. GIORGETTI, *op. cit.*, p. 23. L'art. 815, comma 1, n. 6 c.p.c. infatti, stabilisce che «un arbitro può essere ricusato [...] se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone. Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina».

³²² Art. 4, commi 3, d.l. n. 132/2014.

³²³ Gli avvocati, ad esempio, non possono concludere un patto commissorio o accordi che prevedano la lesione di diritti inviolabili della persona.

propria responsabilità. In presenza di tali requisiti, l'accordo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

L'impugnazione dell'accordo da parte degli avvocati che hanno preso parte alla sua redazione costituisce illecito deontologico³²⁴. Se poi l'accordo riguarda uno degli atti trascrivibili per legge, ai fini della trascrizione è necessario che la sottoscrizione del processo verbale di accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Nell'ambito dell'attività di assistenza alla negoziazione svolta a favore dei propri clienti, gli avvocati devono, quindi, assolvere *ex lege* i seguenti compiti: (i) informare il cliente, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla procedura di negoziazione assistita; (ii) in caso di conclusione della convenzione mediante adesione su invito, redigere l'invito rispettando gli specifici requisiti di legge; (iii) certificare, sotto la propria responsabilità professionale, l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione di negoziazione assistita, all'accordo frutto della negoziazione o alla dichiarazione di mancato accordo; (iv) comportarsi in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia; (v) certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico; (vi) osservare l'obbligo di riservatezza di cui all'art. 9, d.l. n. 132/2014, a pena di sanzioni di natura penale e disciplinare; (vi) trasmettere copia dell'accordo concluso al Consiglio dell'ordine circondariale del luogo ove l'accordo è stato raggiunto, oppure al Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati, per consentire il monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita³²⁵. Se poi impugnano l'accordo alla cui redazione hanno preso parte,

³²⁴ Art. 5, commi 3 e 4, d.l. n. 132/2014.

³²⁵ Art. 11, d.l. n. 132/2014. Con cadenza annuale il Consiglio nazionale forense provvede al monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita e ne trasmette i dati al Ministero della giustizia.

sono soggetti all'applicazione di sanzioni disciplinari. Come rilevato in dottrina, l'impugnazione dell'accordo è comunque ammessa da parte di altri avvocati³²⁶.

A tali obblighi, si aggiungono i doveri che l'avvocato deve rispettare in base al codice deontologico forense³²⁷. Tra questi rileva, in particolare, il dovere di adempiere diligentemente il proprio mandato e quello di non consigliare azioni inutilmente gravose all'atto del conferimento dell'incarico³²⁸ (*supra*, § 8.2). Sul punto, è intervenuta di recente la Cassazione, la quale ha sancito che la violazione del dovere di diligenza media *ex art.* 1176, comma 2, c.c., ove consista nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è né esclusa né è ridotta per il fatto che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso³²⁹.

La Suprema Corte ha, altresì, precisato che la responsabilità professionale dell'avvocato consiste (*i*) nell'adempire, sia all'atto del conferimento del mandato sia nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) il dovere di sollecitare, dissuadere ed informare il cliente sulle questioni ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, oltre che (*ii*) nello sconsigliare l'assistito dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole³³⁰.

³²⁶ G. TRISORIO LIUZZI, *op.cit.*, p. 27.

³²⁷ V. VANGELISTA-A. FERRARI AGGRADI, *op. cit.*, p. 60. Tra gli altri doveri deontologici che l'avvocato deve rispettare nell'espletamento della procedura di negoziazione assistita si ricordano il dovere di adempiere fedelmente il proprio mandato, il dovere di svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, il dovere di non accettare incarichi che egli non sia in grado di svolgere con adeguata competenza professionale.

³²⁸ Art. 23, comma 4, codice deontologico forense.

³²⁹ Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289, in *Dir. e Giust.*, 2015, 21 maggio.

³³⁰ Cass., sez. II, 2 aprile 2015, n. 6782, in *Dir. e Giust.*, 2015, 3 aprile. Cfr. anche Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ. mass.*, 2004, pp. 7-8.

19.3 (*Segue*) La negoziazione obbligatoria

Oltre alla procedura di negoziazione volontaria, il legislatore ha previsto delle ipotesi in cui la negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 3, d.l. n. 132/2014).

La parte deve, a pena di improcedibilità della domanda e tramite il proprio avvocato, invitare la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita (*i*) quando intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in tema di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, ovvero (*ii*) quando intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro.

A queste due ipotesi di negoziazione obbligatoria, se ne aggiunge una terza introdotta dalla legge n. 90/2014 (Legge di stabilità 2015) con riguardo (*iii*) ai contratti di trasporto e sub-trasporto³³¹.

L'inadempimento dell'obbligo viene sanzionato con la declaratoria di improcedibilità dell'azione giudiziale esperita. Improcedibilità che deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza³³².

Di qui, se il giudice riscontra che la negoziazione assistita non è stata esperita, assegna un termine di quindici giorni per la comunicazione

³³¹ L'art. 1, comma 249, legge 23 dicembre 2014, n. 90, infatti, così recita: «Costituisce condizione dell'esercizio in giudizio di un'azione relativa a una controversia in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita da uno o più avvocati di cui al capo II del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, cui si rinvia per la disciplina del procedimento stesso. Se le parti, con accordo o nel contratto, prevedono la mediazione presso le associazioni di categoria a cui aderiscono le imprese, la negoziazione assistita esperita si considera comunque valida [...]».

³³² Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014.

dell'invito, e rinvia ad una successiva udienza che si terrà una volta scaduto il termine previsto dalle parti nella convenzione di negoziazione e, in ogni caso, (come visto) non prima di un mese.

Nel caso, invece, in cui l'autorità giudiziaria rilevi che la negoziazione assistita sia stata iniziata ma non conclusa, in quanto non è ancora scaduto il termine indicato nella convenzione, fisserà la successiva udienza dopo la scadenza di tale termine³³³.

Un recente arresto della giurisprudenza di merito ha stabilito che laddove il giudice riscontri il mancato avvio della negoziazione assistita obbligatoria, può disporre l'esperimento anche in caso di contumacia del convenuto. Ciò in quanto anche il contumace potrebbe valutare la convenienza di un accordo stragiudiziale a fronte della prospettiva di rimanere esposto all'alea e alle conseguenze del giudizio³³⁴.

La condizione di procedibilità si considera, tuttavia, avverata se l'invito non è seguito da adesione, o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione, o ancora se è decorso il periodo di tempo previsto dalle parti nella convenzione di negoziazione³³⁵. La *ratio* di tale disposizione rientra nella logica della semplificazione della macchina giudiziaria³³⁶.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Trib. Verona ordinanza 2 ottobre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Negoziazione estesa all'avvocato che difende se stesso*, 2 novembre 2015.

³³⁵ M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, Scuola Superiore della Magistratura, 18 maggio 2015, p. 5. Affinché possa realizzarsi la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, è sufficiente, quindi, che gli avvocati producano in causa la dichiarazione delle parti di mancato accordo, certificata dai difensori medesimi, ovvero che l'avvocato che effettua l'invito dimostri l'avveramento della condizione producendo un invito con un contenuto idoneo (*i.e.* oggetto della controversia e gli avvertimenti previsti *ex lege*) e che tale invito sia stato correttamente comunicato al destinatario.

³³⁶ M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 15.

Quanto ai rapporti tra la procedura di negoziazione assistita obbligatoria e quella di mediazione obbligatoria *ante causam*, vi è da dire che la prima non sostituisce la seconda nelle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010. Il procedimento di mediazione obbligatoria, pertanto, resta in vigore per le materie in cui è previsto come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e ciò anche nel caso di domanda di pagamento fino a cinquantamila euro.

In caso di negoziazione assistita obbligatoria, la legge non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale³³⁷. Ciò si spiega per il fatto che gli atti urgenti e cautelari, per loro natura, possono essere emessi solo dal giudice, e non sono suscettivi di essere sostituiti con accordi privatistici³³⁸.

Da ultimo, vi sono materie in cui è escluso *ex lege* che la negoziazione assistita possa operare come condizione di procedibilità della domanda giudiziale³³⁹.

³³⁷ Art. 3, comma 4, d.l. n. 132/2014. Analoga disposizione è prevista in caso di mediazione obbligatoria (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 28/2010).

³³⁸ M. GIORGETTI, *op.cit.*, p. 15.

³³⁹ Art. 3, comma 3, d.l. n. 132/2014. Non è obbligatorio esperire il tentativo di negoziazione assistita nei procedimenti per ingiunzione e nel giudizio di opposizione; nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, *ex art. 696-bis c.p.c.*; nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; nei procedimenti in camera di consiglio; nell'azione civile esercitata nel processo penale. A ciò si aggiungono le cause aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi fra consumatore e professionista, e quelle in cui la parte può stare in giudizio personalmente (art. 3, commi 1 e 7).

20. L'arbitrato. Introduzione

L'altro istituto con cui la legge n. 162/2014, di conversione del decreto legge n. 132/2014, mira ad ottenere una riduzione del contenzioso civile è rappresentato dall'arbitrato, o meglio dalla possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (c.d. arbitrato forense)³⁴⁰.

L'arbitrato, già conosciuto nel nostro ordinamento, ma sino ad oggi poco utilizzato da imprese e cittadini, viene visto dal legislatore come uno degli strumenti in grado di contribuire allo smaltimento dell'enorme arretrato civile accumulatosi nel corso degli anni. L'arbitrato dovrebbe essere tuttavia considerato anche per i benefici ad esso legati, i quali possono (indirettamente) incidere in senso positivo sull'economia del Paese, specie con riguardo all'attività di impresa (*infra*, § 22). Ciò detto, nelle pagine che seguono, dopo aver analizzato i profili generali dell'istituto arbitrale così come disciplinato dal codice di procedura civile, l'attenzione verterà su alcune recenti pronunce giurisprudenziali in materia e sul c.d. arbitrato forense.

20.1 (*Segue*) L'arbitrato disciplinato dal codice civile di rito. Profili generali

L'arbitrato è un metodo di risoluzione delle controversie in cui le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, ed in alternativa alla

³⁴⁰ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione tecnica cit.*

giurisdizione ordinaria, possono conferire ad uno o più soggetti (arbitri) il potere di giudicare una controversia avente ad oggetto diritti disponibili³⁴¹ mediante una decisione vincolante (lodo), emessa al termine di un procedimento svoltosi nel rispetto della parità delle parti e delle garanzie del contraddittorio.

Esso costituisce, quindi, una fattispecie eteronoma di risoluzione non giurisdizionale delle controversie, in cui la decisione è adottata sulla base di una valutazione di fondatezza delle pretese di diritto fatte valere dalle parti, e non sulla base dei reciproci interessi sottostanti cui l'arbitro non può accedere³⁴².

Il nostro codice di rito prevede due principali forme di arbitrato, l'arbitrato rituale e quello irrituale o libero.

Nell'arbitrato rituale, il lodo pronunciato all'esito del procedimento, ha la stessa efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-*bis* c.p.c.). Nel caso di arbitrato irrituale, invece, le parti possono stabilire per iscritto che la controversia sia definita dagli arbitri mediante una determinazione contrattuale (art. 808-*ter* c.p.c.).

Sia nell'uno che nell'altro caso, l'arbitrato determina il deferimento della controversia ad arbitri come rinuncia delle parti alla giurisdizione statale.

³⁴¹ G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 75. La distinzione tra diritti disponibili e diritti indisponibili verte sul fatto che i primi sono protetti dall'ordinamento giuridico con norme dispositive ai fini della tutela del potere dispositivo e di autodeterminazione delle parti, mentre i secondi sono protetti da norme imperative ai fini della tutela del superiore interesse pubblico.

³⁴² B. DONAIS, *Redefining conflict management systems options*, in *Mediate.com*, 2007. Mentre l'arbitrato è *right-based*, la mediazione e la negoziazione sono, invece, *interest-based*.

La differenza di fondo tra i due istituti, tuttavia, non verte sul fatto che nell'arbitrato rituale le parti attribuiscono all'arbitro una funzione sostitutiva di quella del giudice. Essa va, invece, ravvisata nel fatto che, mentre nell'arbitrato rituale, le parti intendono, attraverso l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, pervenire ad un lodo suscettibile di essere esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., nell'arbitrato irrituale esse intendono demandare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla volontà delle parti stesse³⁴³.

Inoltre, mentre il lodo rituale potrà essere impugnato nei modi previsti dall'art. 827 c.p.c., la determinazione contrattuale all'esito dell'arbitrato irrituale potrà essere contestata in un ordinario processo di cognizione di primo grado.

Quanto agli altri tipi di arbitrato, già si è visto in precedenza (*supra*, § capp. 1 e 2) la distinzione tra arbitrato *ad hoc* ed arbitrato amministrato, che può riassumersi nel fatto che mentre nel primo caso sono le parti a stabilire di volta in volta le norme procedurali e, in mancanza di accordo, gli arbitri a provvedere per loro conto, nel secondo caso le parti si limitano ad accettare, salvo diverso accordo, le regole procedurali dell'organismo specializzato cui si sono rivolti.

A tale ultima forma di arbitrato, il codice civile di rito dedica l'art. 832 c.p.c., secondo cui le parti nella convenzione di arbitrato possono far rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito.

³⁴³ *Ex multis*, Cass., sez. I, 1° aprile 2011, n. 7574, in *Giust. civ.* 2012, I, p. 1569; Cass., sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21585, in *Foro pad.* 2010, I, p. 227; Cass., sez. I, 6 febbraio 2009, n. 2988, in *Foro pad.* 2009, I, p. 1; Cass., sez. I, 3 2001, n. 5527, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2909.

Il codice civile di rito distingue, altresì, tra arbitrato secondo diritto ed arbitrato di equità. Gli arbitri, in via generale, decidono secondo norme di diritto positivo, tuttavia, ove autorizzati dalle parti, possono giudicare secondo equità (art. 822 c.p.c.). In tale ultimo caso, gli arbitri sono svincolati, nella formazione del proprio giudizio, dalla rigorosa osservanza delle norme di diritto, potendo, invece, far ricorso a criteri, principi e valutazioni di prudenza ed opportunità, che risultino più adatti ed equi, secondo la loro coscienza, alla risoluzione del caso di specie³⁴⁴.

In seguito all'abrogazione della figura autonoma dell'arbitrato internazionale di diritto interno³⁴⁵, il codice di procedura civile disciplina, infine, il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri (artt. 839-840 c.p.c.)³⁴⁶.

Le parti possono demandare agli arbitri il potere di decidere una controversia mediante tre diversi tipi di negozi.

Il primo negozio è dato dal compromesso, il quale può avere ad oggetto una qualsiasi controversia relativa a diritti disponibili, salvo diverso divieto di legge. A pena di nullità, esso deve essere redatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia (art. 807 c.p.c.).

Il secondo negozio è dato dalla clausola compromissoria *ex art. 808 c.p.c.*. Trattasi di una clausola che le parti possono inserire nel contratto che

³⁴⁴ *Ex multis*, Cass., sez. I, 4 luglio 2013, n. 16755, in *Giust. civ. mass.* 2013; Cass., sez. I, 20 luglio 2006, n. 1183, in *Giust. civ. mass.* 2006; Cass., sez. I, 7 agosto 1993, n. 8563, in *Giust. civ. mass.* 1993. Sulla scorta di tali principi, in caso di arbitrato di equità resta preclusa *ex art. 829, comma 2, c.p.c.*, l'impugnazione per nullità del lodo per violazione delle norme di diritto sostanziale o in generale per *errores in iudicando*.

³⁴⁵ Gli artt. 833-838 c.p.c. sono stati abrogati dall'art. 28, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Si trattava, invero, di una disciplina che il legislatore italiano aveva dedicato ad una sottospecie dello stesso arbitrato rituale, caratterizzato dalla presenza di alcuni elementi di internazionalità, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *I procedimenti speciali* cit., p. 489.

³⁴⁶ *Ibidem*. Gli artt. 839-840 c.p.c., invero, considerano il lodo straniero solo ai fini dell'efficacia in Italia, al pari di ciò che avviene per le sentenze. Ogni altro aspetto della disciplina dei lodi stranieri è, invece, lasciato alle convenzioni internazionali.

stipulano o in un atto separato, con cui stabiliscono che le controversie nascenti dal contratto medesimo verranno decise da arbitri, purché esse non abbiano ad oggetto diritti indisponibili (art. 806 c.p.c.). Tale clausola integra gli estremi di un contratto, ad effetti processuali, a se stante, anche se è inserita, come da prassi, nel contratto cui ineriscono le controversie oggetto della clausola. Tra i due contratti sussiste un rapporto di accessorietà, nel senso che la validità della clausola compromissoria va valutata in modo autonomo rispetto al contratto cui essa si riferisce (art. 808, comma 2, c.p.c.)³⁴⁷. Mentre la clausola compromissoria prevede il deferimento ad arbitri di liti che potrebbero nascere in futuro, il compromesso mira a dirimere controversie già insorte tra le parti. Inoltre, la clausola compromissoria può riguardare diverse controversie da cui si instaura una pluralità di arbitrati, ovvero rimanere inoperosa, perché in seguito alla stipula del contratto non sorgono controversie; il compromesso, invece, produce effetti solo con riguardo alla controversia per cui viene stipulato, e, in via di principio, esaurisce la propria efficacia in seguito all'emissione del lodo³⁴⁸.

Il terzo negozio è, infine, dato dalla convenzione di arbitrato che le parti possono stipulare per controversie future relative ad uno o più rapporti non contrattuali determinati (art. 808-*bis* c.p.c.).

Nella fase iniziale del procedimento di arbitrato, di fondamentale importanza è la nomina degli arbitri. *Ex* art. 809 c.p.c., gli arbitri possono essere più di uno, purché di numero dispari, e la convenzione di arbitrato (sia clausola che compromesso) deve contenere la loro nomina ovvero stabilire il

³⁴⁷ Cfr. Cass., sez. III, 14 aprile 2000, n. 4842, in *Giust. civ. mass.* 2000, p. 807. Di conseguenza, la clausola compromissoria contenuta in una proposta contrattuale è operante anche se l'accettazione contiene modifiche riguardanti la sola parte sostanziale del contratto, perché la relativa causa di nullità del contratto – la mancanza di accordo delle parti - non incide sulla validità della clausola compromissoria

³⁴⁸ F.P. LUISO, *La Risoluzione non giurisdizionale*, VII Ed. cit., pp. 92-93.

loro numero e i relativi criteri di nomina. Si possono, quindi, realizzare due diversi scenari³⁴⁹.

Il primo, in base al quale la parte che prende l'iniziativa di promuovere l'arbitrato nomina l'arbitro, notifica l'atto di nomina alla controparte, e la invita a designare il secondo arbitro entro venti giorni. Trascorso inutilmente il termine per la nomina, la parte (adempiente) può chiedere con ricorso che la nomina venga effettuata dal presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato.

La scelta del terzo arbitro, *i.e.* del presidente del collegio arbitrale, viene concordata dalle parti o dagli arbitri designati dalle parti. Anche in tal caso, in caso di mancato accordo, può richiedersi l'intervento del presidente del tribunale competente³⁵⁰.

Il secondo scenario implica la possibilità che la nomina degli arbitri sia demandata dalle parti ad un terzo (*c.d. appointing authority*), il che si verifica spesso nei casi di procedimenti con arbitro unico³⁵¹.

Va da sé che il soggetto terzo designante, al pari degli arbitri, deve essere indipendente ed imparziale³⁵². Mentre l'indipendenza indica l'assenza, tra le parti e l'arbitro, di relazioni che possano condizionare l'autonomia di giudizio di quest'ultimo, l'imparzialità postula, invece, l'assenza nell'arbitro di pregiudizi o di preconcetti in merito alla posizione presa dalle parti. L'indipendenza è, quindi, una connotazione legata a fatti oggettivi. L'imparzialità è, invece, una connotazione soggettiva: in quanto tale, sarà più difficile accertarne l'assenza³⁵³.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 121 ss.

³⁵⁰ *Ibidem*. Cfr. art. 810 c.p.c.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Indipendenza ed imparzialità sono i principali motivi di riconsuazione di un arbitro *ex art. 815 c.p.c.* Un arbitro, infatti, può essere riconsuato: «1) se non ha le qualifiche

Diverso, infine, è l'obbligo di trasparenza degli arbitri, ossia il dovere del giudicante, prima di accettare l'incarico, ma altresì nel corso del procedimento in caso di eventi sopravvenuti, di dichiarare fatti o altri elementi che possano inficiare la propria autonomia di giudizio. Tale obbligo, contenuto nei regolamenti di molti istituti arbitrali, è contemplato dal codice deontologico forense, ma non a livello normativo³⁵⁴ (*infra*, § 22).

Le parti, come visto, possono stabilire le regole del procedimento arbitrale effettuando un rinvio al regolamento di un istituto arbitrale. In alternativa, prima di iniziare il procedimento, possono stabilire nella convenzione di arbitrato, o in un atto separato, le norme procedurali da osservare, e la lingua dell'arbitrato. Nel far ciò, tuttavia, dovranno garantire in ogni caso il rispetto del principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa.

Fondamentale è la scelta della sede dell'arbitrato, regolata dall'art. 816 c.p.c., secondo cui «Le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri. Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata

espressamente convenute dalle parti; 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa; 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori; 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori; 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti; 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha depresso come testimone [...]». Inoltre, una parte può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare solo per motivi conosciuti dopo la nomina.

³⁵⁴ D.S. LORUSSO, *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro in Europa e in Italia*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 29 maggio 2013.

stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma [...]»³⁵⁵. Dalla scelta della sede arbitrale deriva, infatti, l'individuazione del tribunale competente a ricevere le istanze di parte riguardanti, ad esempio, la sostituzione o la riconsunzione degli arbitri, il deposito del lodo ai fini dell'*exequatur*, la correzione o le impugnazioni del lodo.

Ex art. 818 c.p.c., gli arbitri non possono concedere sequestri né assumere altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge. Con riguardo agli atti di istruzione probatoria, *ex art. 816-ter c.p.c.* gli arbitri possono nominare consulenti tecnici³⁵⁶, chiedere informazioni alla Pubblica Amministrazione, nonché assumere testimonianze. In caso di mancata comparizione del testimone, possono richiedere al presidente del tribunale competente di ordinare al testimone di presentarsi innanzi al collegio arbitrale. L'intervento del terzo è, in via di principio, soggetto al principio consensualistico, che subordina l'ammissibilità dello stesso al consenso delle parti costituite, a quello degli arbitri e del terzo medesimo³⁵⁷.

Il lodo deve essere pronunciato dagli arbitri nel termine di 240 giorni dall'accettazione della nomina, salvo che le parti non abbiano stabilito un termine diverso. Tale termine è, in ogni caso, prorogabile mediante

³⁵⁵ La sede dell'arbitrato, inoltre, non coincide sempre con il luogo ove si tengono le udienze procedurali, ben potendo quest'ultime essere svolte in un luogo diverso. Infatti, *ex art. 816, comma 3, c.p.c.*: «Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero».

³⁵⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, in *Ced. Cass. pen.*, 2013, secondo cui il consulente tecnico di ufficio nominato nell'ambito di un procedimento arbitrale non assume la qualità di pubblico ufficiale né di incaricato di pubblico servizio. Egli, infatti, esplica una funzione ausiliaria in relazione (i) ad un istituto, l'arbitrato, avente natura privatistica ed (ii) a favore di soggetti, gli arbitri, che non sono pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio.

³⁵⁷ Cfr., *amplius*, art. 816-quinquies c.p.c.

dichiarazioni scritte di tutte le parti indirizzate agli arbitri, ovvero da parte del presidente del tribunale su istanza motivata delle parti o degli arbitri (art. 820 c.p.c.). Il decorso di tale termine non può, tuttavia, essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della delibera del lodo stesso, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza (art. 821 c.p.c.).

Il lodo acquista dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza giudiziale (art. 824-*bis*). La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio nazionale deve proporre istanza depositando lo stesso, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, quindi, accertatane la regolarità formale, lo dichiara esecutivo con decreto (*exequatur*) (art. 825 c.p.c.).

Il lodo arbitrale, assumendo il valore di sentenza, è, quindi, idoneo a produrre gli effetti del giudicato laddove i mezzi di impugnazione non siano stati tempestivamente esperiti o siano stati infruttuosamente consumati³⁵⁸. Esso, al pari delle sentenze passate in giudicato, ha effetto esclusivamente tra le parti in causa, i loro eredi o aventi causa³⁵⁹.

Il lodo, indipendentemente dal suo deposito, può essere impugnato per nullità (artt. 828-830 c.p.c.), per revocazione e per opposizione di terzo (art. 831 c.p.c.).

³⁵⁸ Cass., sez. II, 6 agosto 2003, n. 11842, in *Giust. civ. mass.*, 2003.

³⁵⁹ Cass., sez. III, 29 maggio 1980, n. 3552, in *Giust. civ. mass.*, 1980, p. 5.

20.2 (Segue) Natura dell'arbitrato e *translatio iudicii*

La questione della natura giuridica dell'istituto dell'arbitrato è stata oggetto di dibattito sin dai primi anni del secolo scorso.

Ci si è chiesti, in particolare, se nell'arbitrato rituale gli arbitri esercitino o meno la medesima funzione giurisdizionale che il legislatore riserva ai giudici statali, e se essi siano o meno titolari di quella frazione giurisdizionale che è la competenza, in ordine alla quale, essi dovrebbero trovarsi, in tesi, in conflitto con i giudici ordinari³⁶⁰.

Inizialmente, la giurisprudenza di legittimità si è espressa a favore della natura giurisdizionale dell'attività degli arbitri rituali, il cui lodo, una volta reso esecutivo dal pretore, si riteneva avesse la stessa efficacia esecutiva della sentenza giudiziale. Di conseguenza, lo stabilire se una controversia fosse di cognizione di un giudice ordinario o di un arbitro integrava gli estremi di una questione di competenza³⁶¹.

Qualche anno dopo, la Cassazione ha mutato orientamento, affermando come l'arbitrato non costituisse esercizio di funzione giurisdizionale, sostitutiva della giurisdizione statale, ma avesse, al contrario, natura privata. Secondo questo indirizzo, le modifiche apportate all'istituto dalla legge n. 5/1994 che prevedevano, tra l'altro, l'eliminazione del *nomen* di "sentenza arbitrale", erano sufficienti a dissipare ogni dubbio sulla natura del *dictum* arbitrale quale «atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento

³⁶⁰ Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 1097, in *Giust. civ. mass.*, 2002.

³⁶¹ In questo senso, *ex multis*, Cass., civ., Sez. Un., 11 gennaio 1980, n. 242, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 1; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1860; Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1987, n. 1303, in *Giust. civ. mass.*, 1987, fasc. 2; Cass., Sez. Un., 2 giugno 1988, n. 3767, in *Giust. civ. mass.*, 1988, fasc. 6.

conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti», e, per l'effetto, «si deve escludere che si possa parlare di arbitri come di organi giurisdizionali dello Stato»³⁶².

Non avendo gli arbitri il potere giurisdizionale attribuito dalla legge esclusivamente ai giudici statali, lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile ad un arbitro, costituiva una questione non già di competenza, ma di merito, «in quanto direttamente inerente alla validità, o alla interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria»³⁶³.

Tale orientamento è stato, tuttavia, rivisto dalla Corte di Cassazione, sezioni unite, nella recente sentenza 2013, n. 24153³⁶⁴, ove si è statuito che l'attività degli arbitri rituali ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza. La stessa normativa, in parte introdotta con la legge n. 25/1994 ed in parte con il d.lgs. n. 40/2006, «pare contenere (infatti) sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati». In base alla riforma del 1994, ad esempio, la proposizione dei mezzi di impugnazione *ex art. 827, comma 2, c.p.c.*, non è più condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività del lodo: il lodo, infatti, è

³⁶² Cass, Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro pad.* 2001, I, p. 251; nello stesso senso, *ex multis*, Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. Corte Conti*, 2000, fasc. 6; Cass, Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Dir. e prat. soc.* 2002, 9, p. 86.

³⁶³ Cass, Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 17, p. 86.

³⁶⁴ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.* 1, 2014, pp. 84-99, con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*.

autonomamente impugnabile indipendentemente dal suo deposito³⁶⁵. Secondo la Cassazione, inoltre, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita, di regola, davanti ai giudici ordinari; tuttavia, è consentito alle parti, nell'esercizio della propria autonomia, di derogare a tale regola agendo a tutela dei propri diritti (disponibili) davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalle legge, ed in presenza di determinate garanzie.

La decisione, a sezioni unite, della Cassazione del 2013 venne pronunciata qualche mese dopo la sentenza della Corte Costituzionale 2013, n. 223³⁶⁶, in cui si sostiene, con riguardo all'attività degli arbitri rituali, la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario. Secondo la Consulta, sul piano della disciplina positiva dell'arbitrato, è indubbio che, con la riforma del 2006, «il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. Anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del *dictum* del giudice statale».

³⁶⁵ *Ibidem*. Nella sentenza, si fa di qui riferimento ad altri elementi che spiegano la natura giurisdizionale del lodo: «Il deposito del lodo, peraltro, si ricollega, oltre che alla sua esecutività (ed attitudine all'iscrizione ipotecaria, in virtù dell'art. 2819 c.c.) anche alla sua trascrivibilità, e conseguente efficacia anche verso terzi (art. 824-bis - efficacia della sentenza - ed art. 825 c.p.c. - deposito ed esecutività del lodo). Correlativamente si sono concesse, contro il lodo, anche la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo sia ordinaria che revocatoria; si è concentrata nella Corte d'Appello la competenza funzionale a conoscere dell'impugnazione per nullità, estesa, oltre che all'inosservanza del principio del contraddittorio, all'ipotesi di contrarietà del lodo a sentenza passata in giudicato o ad altro precedente lodo, non più impugnabile. Sulla scorta del modello francese, si è condizionata la *potestas iudicandi* del giudice dell'impugnazione per nullità, nella fase rescissoria, e a decidere così nel merito la controversia, alla assenza di concorde volontà contraria delle parti».

³⁶⁶ Corte Cost., sentenza 9 luglio 2013, n. 223, in *Cortecostituzionale.it*.

La decisione della Consulta è, altresì, significativa, per aver sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, comma 2, c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.

La norma censurata, infatti, non consentendo l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c., impediva che la causa potesse proseguire davanti all'arbitro o al giudice competente. Con tale pronuncia si ammette, invece, la possibilità che il processo introdotto dinanzi all'arbitro o al giudice incompetente possa "proseguire" dinanzi al giudice o all'arbitro ritenuto competente, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda originariamente proposta³⁶⁷.

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, nell'ambito di un ordinamento che ammette la possibilità per le parti di tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione esplica gli effetti propri delle sentenze giudiziali, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di

³⁶⁷ *Ibidem*. A commento della sentenza, si veda C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss.; S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, p. 374; M. BOVE-A. BRIGUGLIO- S. MENCHINI-B.SASSANI, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 81 ss.; M. BOVE, *sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2013, p. 1107 ss.; M. ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volontariamente pilatesca?*, in *Foro it*, 2013, p. 2697 ss.; R. FRASCA, *Corte Cost. n. 223 del 2013 e art. 819-ter c.p.c.. Una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro it*, 2013, p. 2701 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! la Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it*, 2013, p. 2695 ss.; L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss. Sul tema, cfr. E. MANZO, *Translatio iudicii anche nei rapporti tra giudice ed arbitro?*, in *Corr. merito*, 394 ss., 4, p. 2013; L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, *Riv. dir. proc.* 2013, 4-5, p. 1151 ss.

ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite.

Se, quindi, il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità, delinea l'ordinamento processuale in modo tale da configurare l'arbitrato come una modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche «misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse». Una di queste misure è quella che mira a conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda presentata davanti al giudice o all'arbitro incompetente.

21. Il trasferimento in sede arbitrale dei processi pendenti davanti al giudice

Una volta descritto l'arbitrato così come regolato dal codice di procedura civile sulla base, altresì, di alcuni recenti pronunce giurisprudenziali, pare opportuno focalizzare l'attenzione sulla riforma legislativa del 2014, nella parte in cui prevede l'arbitrato in chiave deflattiva del contenzioso civile.

Ai sensi dell'art. 1, d.l. n. 132/2014, convertito, con modificazioni, in legge n. 162/2014, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma del codice di procedura civile. A tal fine, è, tuttavia, necessario osservare taluni requisiti che devono sussistere cumulativamente.

Il trasferimento in sede arbitrale è, infatti, ammesso purché la richiesta congiunta delle parti abbia ad oggetto: (i) controversie civili; (ii) cause

pendenti dinanzi al tribunale o in grado di appello alla data di entrata in vigore del d.l. cit. (*i.e.* il 13 settembre 2014); (*iii*) controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili; (*iv*) cause non ancora assunte in decisione³⁶⁸.

Restano, invece, escluse le controversie concernenti diritti indisponibili, quelle pendenti davanti al giudice di pace e alla corte di appello in unico grado³⁶⁹, quelle in materia di lavoro, previdenza o assistenza sociale, salvo che per le cause di lavoro aventi ad oggetto «diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale».

Per ricorrere all'arbitrato è necessaria, come detto, la presentazione di un'istanza congiunta delle parti. E' prevista, tuttavia, una eccezione per le cause fino a cinquantamila euro in materia di responsabilità extracontrattuale o per quelle aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro ove sia parte del giudizio una Pubblica Amministrazione. In quest'ultimo caso, il consenso alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la Pubblica Amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta³⁷⁰.

Quanto al procedimento, il giudice, rilevata la sussistenza delle suddette condizioni (e ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute) dispone, ai fini della nomina degli arbitri, la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine forense territorialmente competente.

³⁶⁸ G. BALENA, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato: Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro.it*, 2015, 1, pp. 17-18.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ Art. 1, comma 1, seconda parte, d.l. n. 132/2014 (per comodità, si fa riferimento al testo del decreto legge n. 132/2014 coordinato con la legge di conversione n. 162/2014).

Nello specifico, si procede alla nomina di un collegio arbitrale³⁷¹ laddove la controversia abbia un valore superiore a centomila euro e, ove le parti lo decidano concordemente, di un arbitro (unico) per le controversie di valore inferiore a tale importo. Gli arbitri, inoltre, sono individuati di comune accordo dalle parti (o, in mancanza, dal presidente del Consiglio dell'ordine) tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, abbiano dichiarato la propria disponibilità al Consiglio stesso³⁷².

Ciò posto, il procedimento davanti al giudice prosegue dinanzi agli arbitri, restando fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale³⁷³. Il legislatore, pertanto, fa espresso riferimento al fatto che il procedimento giudiziale “prosegue” davanti agli arbitri secondo le regole proprie del procedimento arbitrale, con ciò rifacendosi ai recenti arresti della giurisprudenza sul tema (*supra*, § 20.2)³⁷⁴.

Il procedimento in esame costituisce, quindi, un volontario trasferimento in arbitrato di processi pendenti, attraverso cui si mira allo smaltimento dell'arretrato civile.

Come rilevato in dottrina, è inappropriato parlare in tal caso di *translatio*. Si ha *translatio*, infatti, quando un giudice, con decisione

³⁷¹ Cfr. art. 809 c.p.c.

³⁷² Art. 1, comma 2, d.l. n. 132/2014. Ai sensi del comma 2-*bis*, d.l. cit., sussiste, inoltre, incompatibilità tra la funzione di consigliere dell'ordine forense ed incarico arbitrale. Incompatibilità che vale anche per i consiglieri uscenti per una intera consiliatura successiva alla conclusione del loro mandato.

³⁷³ Art. 1, comma 3, d.l. n. 132/2014.

³⁷⁴ G. BALENA, *op. cit.*, p. 19, secondo cui il legislatore si preoccupa di fare questa precisazione, benché non fosse necessario, in virtù dell'art. 824-*bis* e della recente dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-*ter* c.p.c.

definitiva, si spoglia della controversia a favore di altro giudice; il d.l. n. 132/2014 prevede, invece, che la decisione venga rimessa dalle parti, con istanza congiunta, ad un collegio di avvocati designati dalle parti o dal presidente del consiglio dell'ordine territorialmente competente³⁷⁵.

Varie, inoltre, sono state le denominazioni date a questo nuovo istituto, ognuna delle quali pone in risalto una caratteristica che lo connota. Sotto il profilo strutturale, si è parlato di “arbitrato di prosecuzione”, allo scopo di evidenziare la salvezza degli effetti della domanda in seguito al trasferimento in sede arbitrale del processo pendente dinanzi al giudice statale. Sotto il profilo soggettivo, si è parlato di “arbitrato forense”, per rimarcare il ruolo centrale affidato agli avvocati nell'espletamento di tale procedura. Sotto il profilo funzionale, infine, si è parlato di “arbitrato deflattivo”, per sottolineare l'obiettivo di riduzione dell'arretrato civile perseguito dal legislatore³⁷⁶.

L'istituto in esame opera anche in sede di appello, così come disciplinato dall'art. 1, comma 4, d.l. n. 132/2014. In tal caso, se il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina dell'arbitro (o del collegio arbitrale), il giudizio di appello deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni, a pena di estinzione e con applicazione dell'art. 338 c.p.c., che implica di norma il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado³⁷⁷. In caso di riassunzione, il lodo non

³⁷⁵ B. CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *Questionegiustizia.it*, 12 settembre 2014.

³⁷⁶ E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1264.

³⁷⁷ Art. 338 c.p.c. «L'estinzione del procedimento di appello o di revocazione nei casi previsti nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 fa passare in giudicato la sentenza impugnata, salvo che ne siano stati modificati gli effetti con provvedimenti pronunciati nel procedimento estinto».

può più essere pronunciato. Gli arbitri, tuttavia, previo accordo tra le parti, possono richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni.

Quest'ultimo è il primo dei due casi patologici previsti dall'art. 1, comma 4, cit.³⁷⁸ La disposizione contempla, infatti, un'altra ipotesi: quando, infatti, *ex art. 830 c.p.c.* è stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni dall'accettazione della nomina dell'arbitro (o del collegio arbitrale), ovvero, in ogni caso, entro la scadenza del termine previsto per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

L'art. 1, commi 5 e 5-*bis*, d.l. n. 132/2014 prevede la possibilità per il Ministro della giustizia di stabilire, con decreto, una riduzione dei parametri relativi ai compensi degli arbitri, nonché i criteri per l'assegnazione degli arbitrati³⁷⁹. Lo schema di decreto ministeriale ha di recente avuto il parere favorevole del Consiglio di Stato e si presta ad essere pubblicato in G.U.³⁸⁰.

Esso, in particolare, prevede una riduzione del 30% dei parametri relativi ai compensi in favore degli arbitri. Così facendo, il Ministero giustizia «mira a garantire un significativo (e dunque incentivante) effetto di calmiera sui costi che le parti devono sopportare per la remunerazione degli arbitri,

³⁷⁸ P. GUGGIOLI-M. GIORGETTI, *Giustizia civile nella Riforma Orlando: Guida pratica per l'avvocato tra degiurisdizionalizzazione e arretrato civile*, COA Milano, 2014, pp. 2-3.

³⁷⁹ Lo stesso articolo dispone che nei medesimi casi non si applica l'art. 814, primo comma, secondo periodo, c.p.c., secondo il quale «Le parti sono tenute solidalmente al pagamento, salvo il diritto di rivalsa tra loro».

³⁸⁰ Cons. Stato, parere n. 142/2016, Adunanza 14 gennaio 2016, in *Dirittoegiustizia.it*. In tale occasione, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole sullo schema di regolamento ministeriale recante «Disposizioni per la riduzione dei parametri relativi ai compensi degli arbitri, nonché disposizioni sui criteri per l'assegnazione degli arbitrati, a norma dell'articolo 1, commi 5 e 5-*bis*, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162», presentato in data 8 gennaio 2016.

nonché una effettiva rotazione nell'assegnazione degli incarichi arbitrali»³⁸¹. Rotazione che opererà automaticamente, mediante appositi sistemi informatizzati.

E' prevista, inoltre, la formazione a cura del Presidente del consiglio dell'ordine forense competente, di un elenco di arbitri, in cui gli avvocati indicheranno la loro disponibilità, le materie di competenza, la sussistenza dei requisiti di onorabilità e di anzianità richiesti³⁸².

22. L'arbitrato in una prospettiva futura

Come visto in precedenza (*supra*, § cap. 2), diversi sono i benefici che potrebbero indurre le imprese (e non solo) a preferire l'arbitrato rispetto al processo ordinario. Alla luce dei processi di globalizzazione in atto, è, inoltre, probabile che nel prossimo futuro si assista, a livello mondiale, ad un utilizzo sempre più frequente dell'istituto arbitrale quale metodo di risoluzione delle controversie di natura transfrontaliera.

Per ciò che riguarda lo stato dell'arbitrato in Italia, significativi sono i dati forniti dall'ultimo "Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia", recentemente pubblicato dall'Istituto scientifico per l'arbitrato e la

³⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

³⁸² *Ibidem*. Nell'elenco sono iscritti, con suddivisione in aree che coprono lo spettro delle materie civili (diritto delle persone e della famiglia; diritto della responsabilità civile; diritti reali, condominio e locazioni; diritto dei contratti; diritto commerciale e diritto industriale; diritto dell'esecuzione forzata e delle procedure concorsuali; diritto bancario e finanziario; diritto del lavoro, della previdenza e dell'assistenza sociale) gli avvocati che hanno reso la relativa dichiarazione di disponibilità *ex art. 1, comma 2, d.l. n. 132/2014*. Sul punto, cfr. art. 1, comma 5-*bis*, d.l. n. 132/2014.

mediazione³⁸³, con la precisazione che tali dati, validi per l'anno 2014, si riferiscono esclusivamente agli arbitrati amministrati³⁸⁴.

Per mera comodità, si riporta il dato (*supra*, § 8.4) sulla durata media di una procedura arbitrale che nel 2014 è risultata pari a 197 giorni³⁸⁵, un tempo decisamente inferiore rispetto a quello in cui si conclude un ordinario processo.

Altro dato significativo è quello relativo al numero delle domande di arbitrato. Nel 2014 sono state registrate 713 nuove domande di arbitrato amministrato (a fronte delle 777 del 2013), di cui l'86,5% ricevute dalle camere arbitrali delle camere di commercio. Il valore medio delle procedure arbitrali è pari a circa 177.000 euro, e circa in un caso su due si arriva al lodo arbitrale (51%). Nel 29% dei casi si arriva ad una transazione, mentre il 10% dei casi è costituito da rinunce³⁸⁶.

Al di là dei dati, si è riscontrata una somiglianza sempre più evidente tra arbitrato e processo. Ciò è spiegabile per una serie di fattori, e cioè che: (i) il ricorso all'arbitrato irrituale o libero diviene sempre più raro³⁸⁷; (ii) lo stesso è da dirsi per l'arbitrato di equità, con conseguente emissione di lodi quasi esclusivamente di diritto, adottati nel rispetto di un preciso *iter* procedimentale (al pari di ciò che si verifica nel processo)³⁸⁸; (iii) in arbitrato,

³⁸³ ISDACI, *Rapporto*, cit.

³⁸⁴ R. SALI, *Sviluppo dell'arbitrato amministrato: il lavoro che attende le istituzioni arbitrali*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, p. 159. L'autore evidenzia che la storia dell'arbitrato, sia nazionale che internazionale, è stata per anni contraddistinta dall'assenza di numeri e di dati statistici, a fronte, invece, di una cospicua dottrina e di una crescente giurisprudenza in materia. Ciò è dovuto soprattutto al carattere riservato della procedura di arbitrato, alla renitenza di molte istituzioni arbitrali nel fornire i dati sui casi da loro amministrati, e all'assenza di dati sull'arbitrato *ad hoc*.

³⁸⁵ ISDACI, *Rapporto*, cit., p. 7.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ R. SALI, *op. cit.*, pp. 160-161.

³⁸⁸ *Ibidem*.

anche in quello amministrato, si assiste ad un crescente grado di processualizzazione interna³⁸⁹.

In proposito, interessante è il dato statistico sull'impugnazione del lodo arbitrale a livello nazionale. Si fa riferimento, in particolare, ad una recente ricerca³⁹⁰ sulle impugnative dei lodi, la quale «individua i suoi pilastri nel dato statistico rilevato a livello nazionale (ma) in combinazione con il dato empirico appreso direttamente da quattro Corti d'Appello: Brescia, Genova, Milano e Torino»³⁹¹. Nella ricerca sono stati di qui individuati «i procedimenti di impugnazione iscritti presso le quattro Corti d'Appello nell'arco temporale 2007 - 1° settembre 2014 e decisi con sentenza di accoglimento, rigetto o inammissibilità ai sensi della disciplina introdotta con il d.lgs. n. 40/06»³⁹².

Ebbene, applicando tali criteri, sono state riscontrate 99 impugnavazioni di lodi arbitrali, il cui grado di accoglimento è risultato pari al 4%. In sostanza, solo 4 impugnavative sono state accolte, 2 dalla Corte d'Appello di Genova e 2 da quella di Torino³⁹³.

Si è rilevato, inoltre, come in una prospettiva futura, sarebbe opportuno migliorare alcuni profili dell'attuale procedimento arbitrale regolato dal codice civile di rito, traendo spunto dalla legge modello sull'arbitrato Uncitral³⁹⁴. Il recepimento di tale legge modello potrebbe, infatti, comportare tre principali vantaggi³⁹⁵: (a) l'attribuzione agli arbitri del potere di emanare

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ L. BARISON, *Un'indagine statistica sull'impugnazione del lodo arbitrale nazionale*, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 403-405.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 404.

³⁹² *Ibidem*, pp. 404-405.

³⁹³ *Ibidem*, p. 405.

³⁹⁴ C. CARRARA, *op. cit.*

³⁹⁵ *Ibidem*.

misure cautelari, al fine di garantire un'effettiva tutela delle parti. Si allineerebbe così la normativa italiana a quella di molti altri paesi, rimuovendo un ostacolo alla scelta dell'Italia come sede di arbitrato³⁹⁶; (b) la diminuzione delle ipotesi di impugnazioni del lodo, con conseguente riduzione di incertezza e dei tempi della controversia³⁹⁷; (c) l'introduzione di un ulteriore obbligo di *disclosure*, imponendo agli arbitri di dichiarare per iscritto la propria indipendenza all'atto dell'accettazione dell'incarico. Ciò consentirebbe di ridurre la diffidenza che si ha nel nostro Paese nei confronti degli arbitri, nonché di allinearsi alla prassi internazionale³⁹⁸.

Tra le altre proposte di riforma avanzate in dottrina, si è evidenziata l'opportunità di concentrare presso le corti di appello di Milano o di Roma i procedimenti per l'impugnazione dei lodi con carattere internazionale e il riconoscimento dei lodi esteri³⁹⁹. La creazione di uno o più centri di arbitrato internazionale sul territorio nazionale potrebbe, inoltre, facilitare ed incentivare il numero di investimenti stranieri in Italia.

Si è riscontrata, infine, sia a livello nazionale che a livello internazionale, una crescente domanda di trasparenza, e la ricerca di un riequilibrio tra tutela della riservatezza del procedimento arbitrale, da un lato, ed esigenze di trasparenza e pubblicità, dall'altro. Trasparenza che, in particolare, si richiede con riguardo ai criteri di nomina degli arbitri e alle decisioni assunte dalle istituzioni arbitrali sull'indipendenza degli arbitri⁴⁰⁰.

³⁹⁶ *Ibidem.*

³⁹⁷ *Ibidem.*

³⁹⁸ *Ibidem.*

³⁹⁹ *Ibidem.*

⁴⁰⁰ R. SALI, *op. cit.*, pp. 164-167.

CAPITOLO V

IMPRESA ED ALTRI METODI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

SOMMARIO: – 23. Premessa. – 24. ADR in materia societaria. L'arbitrato *ex d.lgs. n. 5/2003*. – 24.1. (*Segue*) Altri metodi ADR in materia societaria. – 25. ADR in materia di consumo. Introduzione. – 25.1 (*Segue*) ADR in materia bancaria e finanziaria. Profili generali. – 25.2. (*Segue*) Il reclamo – 25.3 (*Segue*) Metodi ADR in materia bancaria e finanziaria. – 26. ADR in materia di lavoro. Introduzione. – 26.1. (*Segue*) Metodi ADR in materia di lavoro diversi dall'arbitrato. – 26.2. (*Segue*) L'arbitrato in materia di lavoro. – 27. ADR in materia tributaria. 28. Crisi da sovraindebitamento e ADR. – 29. ADR e Pubblica Amministrazione.

23. Premessa

Una volta esaminati i metodi di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale, nelle pagine che seguono si procederà ad esaminare in rassegna, senza alcuna pretesa di completezza, gli strumenti ADR utilizzabili dalle imprese in specifici settori di attività in cui si trovano ad operare.

In particolare, verranno esaminati i procedimenti ADR in materia societaria, quelli in materia di consumo con particolare riguardo alle controversie in materia bancaria e finanziaria, i procedimenti ADR in materia di lavoro, in materia tributaria, nell'ambito delle crisi da sovraindebitamento e nei rapporti con la Pubblica Amministrazione.

24. ADR in materia societaria. L'arbitrato ex d.lgs. n. 5/2003

L'art. 54, comma 5, legge n. 69/2009 con cui si è abrogata la riforma del processo societario introdotta dal d.lgs. n. 5/2003, ha tuttavia lasciato in piedi la parte dedicata all'arbitrato societario di cui agli artt. 34-37, d.lgs. cit.⁴⁰¹.

L'arbitrato societario integra una ipotesi speciale di arbitrato rispetto alla disciplina generale ex artt. 806 ss c.p.c. Ciò si evince dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/2003, ove si evidenzia l'intento del legislatore di creare una "compiuta *species* arbitrale", senza pretesa tuttavia di sostituire il modello codicistico.

In effetti, l'arbitrato societario presenta varie caratteristiche che lo distinguono rispetto all'arbitrato di diritto comune. Ci si limita, al riguardo, ad evidenziare le differenze più rilevanti.

L'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/2003 stabilisce che gli atti costitutivi delle società (ad eccezione di quelle facenti ricorso al mercato del capitale di rischio) possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

⁴⁰¹ A. GRAZIOSI, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, n. 1, Milano, p. 77. Più precisamente, le norme sulla conciliazione societaria sono state abrogate l'anno successivo con l'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

Ne deriva, pertanto, che la disciplina dell'arbitrato societario si applica alle controversie tra soci o tra soci e società, a condizione che⁴⁰² (i) l'arbitrato sia contemplato da una clausola compromissoria inserita nell'atto costitutivo o nello statuto di una società, sia di capitali che di persone⁴⁰³, eccezion fatta per le società che fanno ricorso al mercato di rischio *ex art. 2325-bis*, ossia le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante⁴⁰⁴, e (ii) le controversie abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Ulteriore condizione è fissata dall'art. 34, comma 5, d.lgs. cit., il quale dispone (iii) la non compromettibilità delle controversie in cui è previsto *ex lege* l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Si discute, inoltre, se la clausola compromissoria inserita all'interno di patti parasociali rinvii alla disciplina dell'arbitrato societario di cui al d.lgs. n. 5/2003 o se, invece, determini l'applicabilità dell'arbitrato di diritto comune⁴⁰⁵.

Il criterio della disponibilità dei diritti ricalca un principio fondamentale dell'arbitrato di diritto comune. In ambito societario, la giurisprudenza ha specificato che «l'indisponibilità dei diritti deve ravvisarsi quando le norme coinvolte tutelano interessi ultra individuali, e cioè, quando hanno ad oggetto

⁴⁰² A. SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, S. Arcangelo di Romagna, 2015, p. 323. L'autore rinvia al riguardo a M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, fasc. 11, p. 473.

⁴⁰³ L'estensione della disciplina dell'arbitrato societario anche alle società di persone è stata sancita dalla giurisprudenza in varie pronunce. Cfr. Trib. Trento ordinanza 8 aprile 2004, in *Giur. it.* 2005, p. 116; Cass., sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3665, in *Giustizia civ. mass.* 2014.

⁴⁰⁴ A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 323.

⁴⁰⁵ *Ibidem*. L'autore richiama in nota il dibattito dottrinale sul tema, citando autori favorevoli all'estensione della disciplina di cui al d.lgs. n. 5/2003 anche ai patti parasociali, *inter alia*, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 935, e autori che, invece, propendono per la tesi contraria, *inter alia*, G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, fasc. 11, p. 1525.

interessi della società, della collettività dei soci o dei terzi⁴⁰⁶». Sono, quindi, deferibili agli arbitri le sole controversie relative ad interessi individuali dei soci. Si discute, in ogni caso, sulla compromettibilità di talune fattispecie⁴⁰⁷.

La clausola compromissoria è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di membro della società è oggetto di controversia. L'atto costitutivo o lo statuto della società possono tuttavia prevedere che la clausola compromissoria abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci o viceversa azioni intraprese nei loro confronti: tali soggetti, a seguito dell'accettazione dell'incarico, sono vincolati dalla clausola (art. 34 cit., commi 3 e 4). Anche se non espressamente previsto, si ritiene che l'ambito applicativo di tale norma sia, altresì, estendibile ai consigli di gestione, ai consigli di sorveglianza, ai revisori e alle società di revisione⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ Trib. Napoli 26 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1099.

⁴⁰⁷ *Ex multis*, Trib. Verona 7 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, 2, p. 409, secondo cui a seguito della riforma del 2003, tutte le impugnative di delibere sono arbitrabili, ad eccezione di quelle affette dalle nullità più radicali, per le quali il legislatore ha previsto un potere di impugnazione senza limiti di tempo; Cass., sez. I, 19 febbraio 2014, n. 3887, in *Giustizia civ. mass.*, 2014, secondo cui l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di una persona giuridica privata è compromettibile in arbitri, in quanto essa, pur se posta a tutela di un interesse "collettivo", è relativa a diritti patrimoniali disponibili all'interno di un rapporto di natura contrattuale, senza coinvolgere interessi di terzi estranei, se non in modo eventuale ed indiretto; Trib. Modena sentenza 25 ottobre 2011, in *Riv. arb.*, 2012, 4, p. 871, secondo cui sono compromettibili in arbitri le liti in materia di impugnazione delle delibere assembleari di approvazione del bilancio, anche laddove si desuma la violazione delle norme a tutela della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso; Trib. Modena decreto 12 maggio 2004, in *Il caso.it*, che con riguardo ad una lite relativa alla nomina del liquidatore, ha sancito che le fattispecie di scioglimento della società *ex art.* 2484 c.c. integrano ipotesi di scioglimento *ex lege* e, come tali, non costituendo diritti disponibili, non sono arbitrabili.

⁴⁰⁸ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le clausole arbitrali e l'attività notarile*, Commissione studi di impresa 2005, n. 5856/I, p. 5.

Altro elemento distintivo dell'arbitrato societario è dato dalle modalità di nomina degli arbitri. L'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003 stabilisce, al riguardo, che la clausola compromissoria deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società. Se poi il soggetto designato non provvede, la nomina verrà richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.

La *ratio* di tale disposizione, che costituisce una deroga rispetto alla disciplina di diritto comune, va ravvisata nell'esigenza di consentire l'operatività dell'istituto nelle frequenti ipotesi di arbitrato multiparte in materia societaria, oltre che nella necessità di garantire l'effettiva imparzialità degli arbitri. Ed in effetti, un arbitro o un collegio arbitrale designati da un terzo soggetto imparziale cui i soci hanno conferito il potere di nomina, si pone in una posizione di equidistanza rispetto ai soci ove sorga una controversia tra gli stessi⁴⁰⁹.

Viceversa, se ciascun socio potesse nominare un proprio arbitro, si profilerebbe un arbitrato multiparte in cui, per assicurare l'imparzialità del collegio arbitrale, si dovrebbe o aggregare i litiganti in un numero limitato di centri di interesse per consentire la nomina dell'arbitro di parte, oppure dare luogo ad un (improbabile) collegio composto da un numero dispari di arbitri pari a quello dei litiganti⁴¹⁰. In entrambi le ipotesi, il ricorso all'arbitrato sarebbe fortemente limitato nei numerosi casi di litisconsorzio necessario o facoltativo che ricorrono in materia⁴¹¹. La scelta del legislatore, pertanto, si conforma alle specifiche caratteristiche delle liti in materia societaria⁴¹².

⁴⁰⁹ A. GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 84.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*.

⁴¹² *Ibidem*.

Sul punto, la giurisprudenza (prevalente) ha sancito, anche di recente, la nullità della clausola compromissoria, contenuta in uno statuto societario, che non attribuisca il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società.

Non si può, quindi, accettare la tesi del “doppio binario”, secondo cui la clausola in esame si convertirebbe da clausola per arbitrato endo-societario in clausola per arbitrato di diritto comune: l’art. 34, d.lgs. n. 5/2003, infatti, commina la nullità della clausola compromissoria al fine di garantire il principio di ordine pubblico dell’imparzialità della decisione arbitrale⁴¹³. L’unica clausola compromissoria che può essere validamente inserita in uno statuto è, pertanto, quella di cui all’art. 34, d.lgs. n. 5/2003⁴¹⁴.

Ulteriore elemento che differenzia l’arbitrato societario rispetto a quello ordinario è dato dal potere riconosciuto agli arbitri *ex art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/2003* di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell’efficacia delle delibere assembleari. Con tale disposizione, infatti, per la prima volta nell’ordinamento è stato attribuito agli arbitri il potere di emanare provvedimenti cautelari⁴¹⁵. Provvedimenti cautelari che nei giudizi di impugnativa delle delibere assembleari sono di estrema importanza, in quanto i tempi dell’arbitrato, anche se più brevi di quelli della giustizia statale, spesso non riescono a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale⁴¹⁶.

⁴¹³ Cass., sez. I, 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Quotidianogiuridico.it*; Cass. Cass., sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 17287, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 10, p. 1198. Nello stesso senso, *inter alia*, Cass., sez. III, 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Riv. notariato*, 2011, 4, 2, p. 897 ; Trib. Catania 26 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 9, p. 1789; Trib. Trento 8 aprile 2004, cit.

⁴¹⁴ Sul tema del doppio binario, cfr. P. MONTALENTI, *L’arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 4, Milano, p. 1283-1288; A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, pp. 327-336.

⁴¹⁵ A. GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 86.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

L'arbitrato societario si connota, altresì, per il regime di pubblicità delle controversie societarie *ex art. 35, comma 1, d.lgs. cit.*, il quale si pone a difesa di coloro che potrebbero essere coinvolti dall'esito del procedimento arbitrale⁴¹⁷. In base a tale regime, infatti, «la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci».

Ex art. 35 comma 2, d.lgs. cit., si rileva, infine, l'ammissibilità senza restrizioni (ma in ogni caso sino alla prima udienza di trattazione) sia dell'intervento volontario del terzo (principale o litisconsortile *ex art. 105 c.p.c.*) che della chiamata in causa di altri soci, quest'ultima ammettendosi, a sua volta, sia su istanza di parte *ex art. 106 c.p.c.*, che per ordine dell'arbitro *ex art. 107 c.p.c.*

In tal modo, il legislatore mira a favorire il *simultaneus processus* arbitrale⁴¹⁸, evitando, da un lato, l'aumento dei costi legato al numero di procedimenti arbitrali che verrebbero ad instaurarsi in caso di non ammissione dell'intervento volontario o coatto del terzo e, dall'altro, la possibilità di avere lodi contrastanti emessi all'esito di più procedimenti arbitrali⁴¹⁹.

⁴¹⁷ A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, pp. 338-339.

⁴¹⁸ A. GRAZIOSI, *op. cit.*, pp. 84-86, il quale si pone a favore di una interpretazione restrittiva dell'art. 35 comma 2, d.lgs. n. 5/2003 che limiti il potere di intervento ai soli terzi assoggettati agli effetti della clausola compromissoria, *i.e.* società e soci, ma anche amministratori, liquidatori e sindaci se la clausola esplica efficacia nei loro confronti.

⁴¹⁹ *Ibidem.*

24.1. (Segue) Altri metodi ADR in materia societaria

Il d.lgs. n. 5/2003 aveva concesso ampio spazio alla *conciliazione stragiudiziale*, prevedendo la specifica disciplina *ex artt.* 38-40, con cui venivano regolati il procedimento di conciliazione e le relative agevolazioni fiscali, nonché gli organismi di conciliazione. Tale normativa, rimasta per lo più inapplicata⁴²⁰, è stata tuttavia abrogata con l'introduzione della normativa sulla mediazione civile e commerciale (in particolare dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), la quale è subentrata alla precedente disciplina. Ricorre, tuttavia, una differenza di fondo, e cioè che mentre l'ambito della conciliazione societaria era limitato a determinate materie previste *ex art.* 1, d.lgs. n. 5/2003, il d.lgs. n. 28/2010 si applica indistintamente a tutte le controversie civili e commerciali che vertono su diritti disponibili⁴²¹. In aggiunta, per quelle materie di cui all'art. 1, d.lgs. n. 5/2003, che rientrano nell'alveo dell'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, il tentativo di mediazione non è più facoltativo, bensì costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La conciliazione stragiudiziale in materia societaria non va confusa con l'istituto, non abrogato, del c.d. *arbitrato economico*, ossia della risoluzione di contrasti sulla gestione di società a responsabilità limitata e società di persone.

L'art. 37, d.lgs. n. 5/2003, ancora in vigore, dispone che gli atti costitutivi delle s.r.l. e delle società di persone possono contenere clausole con cui vengono deferiti ad uno o più terzi «i contrasti tra coloro che hanno il

⁴²⁰ A. GRAZIOSI, *op. cit.*, p. 77.

⁴²¹ M. BOVE, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, p. 384.

potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società».

Gli atti costitutivi possono prevedere che la decisione sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e con le modalità dagli stessi stabilite, potendo, altresì, prevedere che il soggetto o il collegio chiamato a dirimere i contrasti abbia il potere di dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferitegli. La decisione resa in tal modo è quindi impugnabile a norma dell'art. 1349, secondo comma, c.c.⁴²², e cioè sempre se sia dimostrata la mala fede del soggetto chiamato a comporre il contrasto.

Secondo la dottrina prevalente, anche se la disposizione in esame è collocata all'interno del Titolo V del d.lgs. n. 5/2003 sull'arbitrato, dal rinvio all'art. 1349 c.c. si desume che l'arbitrato economico integri un'ipotesi di arbitraggio⁴²³, anziché di arbitrato.

Trattasi, in ogni caso, di un metodo con cui le imprese possono risolvere i contrasti sulla gestione della società sorti tra coloro che hanno il potere di amministrazione, *i.e.* il c.d. "stallo gestionale" o *deadlock*, una situazione di rischio per l'attività di impresa che, se procrastinata nel tempo, può essere fonte di effetti irreversibili, quali lo scioglimento della società per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale quale effetto

⁴²² Art. 1349 c.c.: «Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice». Co. 2 «La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo [...]».

⁴²³ A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 346. L'autore richiama in nota altri autori che propendono per la tesi dell'arbitraggio.

dell'impossibilità di funzionamento degli organi sociali⁴²⁴. Dall'ampio ambito applicativo previsto dalla definizione legislativa si evince, inoltre, che la decisione resa dal terzo viene adottata prevalentemente sulla base di valutazioni di natura economico-imprenditoriale più che di natura giuridica⁴²⁵.

Tra gli altri metodi ADR in materia societaria, si segnala, inoltre, l'*arbitrato nelle società cooperative*. In tal caso, la questione principale verte sul particolare rapporto che lega i soci alla società, in termini sia di partecipazione nella società che di prestazione mutualistica.

L'art. 5, secondo comma, legge n. 142/2001, come successivamente sostituito⁴²⁶, stabilisce che le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario. Attesa la competenza del giudice ordinario, è da considerarsi, quindi, arbitrabile ogni controversia tra socio e società cooperativa con specifico riferimento all'ambito mutualistico, con applicabilità della disciplina, appena esaminata, dell'arbitrato *ex d.lgs. n. 5/2003*⁴²⁷.

Anche in tema di società cooperative è stata affrontata la questione della legittimità della scelta di un organo della società (ad es. collegio sindacale, collegio dei probiviri) quale collegio arbitrale.

Il collegio sindacale, sebbene nominato dalla maggioranza assembleare, si mantiene in una posizione autonoma rispetto alla maggioranza assembleare che lo ha eletto, in quanto soggetto soltanto alla legge. In astratto, potrebbe dunque ammettersi la nomina dei sindaci quali

⁴²⁴ L. BOGGIO, *Mediazione con le organizzazioni*, Milano, 2011, p. 27.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ Art. 5, secondo comma, legge 3 aprile 2001, n. 142, intitolata "Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore", come modificato dall'art. 9, legge 14 febbraio 2003, n. 30 (Riforma Biagi).

⁴²⁷ A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 348.

arbitri nelle suddette controversie⁴²⁸. In concreto, la giurisprudenza maggioritaria considera, invece, nulla la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società cooperativa, che deferisca le controversie tra la società e i soci ad un collegio arbitrale formato dai sindaci della società.

In tal caso, infatti, verrebbe meno il requisito di imparzialità degli arbitri. Oltre alla funzione di controllo, i sindaci hanno altresì un potere di iniziativa analogo a quello degli amministratori, congiuntamente o in sostituzione o in unione con essi. Il collegio sindacale, pertanto, assume una importante partecipazione nella vita societaria e nell'elaborazione del relativo indirizzo «il che rende oggettivamente incompatibile, da parte dei componenti di tale organo, l'esercizio di una funzione “terza”, quale quella di giudicare le predette controversie»⁴²⁹.

Quanto al collegio dei probiviri, una prima tesi dottrinale ritiene che esso nelle società cooperative svolgerebbe la funzione di dirimere le controversie tra soci, e tra soci e società, alla stregua di un vero e proprio collegio arbitrale, con pronunce aventi valore di lodo arbitrale⁴³⁰; un'altra teoria sostiene, invece, che il collegio dei probiviri rappresenti un mero organo della società cui è attribuito il potere di risolvere le controversie sorte all'interno della società medesima mediante pronunce di natura endosocietaria⁴³¹.

Aderendo alla prima tesi (quella arbitrale), sarebbe tuttavia problematico ammettere la terzietà del collegio dei probiviri, essendo esso

⁴²⁸ N. SOLDATI, *Arbitrato e adr nei conflitti societari - prima parte -*, in *Fiscoetasse.com*, 16 agosto 2005.

⁴²⁹ Cass., sez. I, 30 marzo 2007, n. 7972, in *Riv. arb.* 2009, 2, p. 291; Cass., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 21816, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 10; Cass., sez. I, 21 giugno 1996, n. 5778, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 907. Sul tema, cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 348.

⁴³⁰ N. SOLDATI, *op. cit.*

⁴³¹ *Ibidem.*

espressione della maggioranza assembleare. La giurisprudenza ammette, tuttavia, la possibilità per una clausola compromissoria di devolvere la soluzione delle liti tra società e soci ad un collegio di probiviri in qualità di arbitri, purché venga osservato il requisito di ordine pubblico della imparzialità della decisione. A tal fine, è necessario che la nomina dei probiviri provenga anche dal socio in lite, a pena di nullità della clausola compromissoria⁴³².

25. ADR in materia di consumo. Introduzione

La risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo è stata di recente rivisitata dal legislatore europeo, che ha così ribadito l'interesse dell'Europa verso i metodi ADR quali strumenti in grado di rilanciare il mercato comune.

Cinque anni dopo l'adozione della Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione, sono stati adottati due nuovi atti normativi, ossia la Direttiva 2013/11/UE⁴³³ sulla risoluzione alternativa delle controversie dei

⁴³² Cass., sez. I, 18 marzo 2008, n. 7262, in *Riv. arbitrato*, 2008, 4, p. 529. La corte aggiunge che «per poter considerare valida la delibera dell'assemblea che nomina i probiviri, non è sufficiente dimostrare che il socio in lite vi abbia concorso con il proprio voto favorevole né che la delibera sia stata assunta con il voto unanime dei presenti nell'assemblea, ma, semmai, che lo statuto prevedesse sin dall'origine ed in termini generali che i probiviri fossero designati soltanto con il concorso di tutti i soci (non solo dei presenti e votanti in assemblea), solo così potendosi realizzare la garanzia di imparzialità di costoro che sono chiamati a risolvere una lite tra la medesima società ed il socio». In senso sostanzialmente conforme, Cass., sez. I, 11 dicembre 2006, n. 26318, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 12; Cass., sez. II, 7 marzo 2001, n. 3316, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 428. Sul tema, cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 349.

⁴³³ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE.

consumatori e il Regolamento UE n. 524/2013⁴³⁴ relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori⁴³⁵.

Trattasi di due strumenti normativi volti a garantire un più elevato grado di protezione dei consumatori ed a rimuovere gli “ostacoli” che sino ad oggi hanno impedito ai metodi ADR di diffondersi nel mercato unico⁴³⁶.

La Direttiva 2013/11/UE si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi tra professionisti stabiliti nell’UE e consumatori ivi residenti⁴³⁷.

In caso di reclamo, il consumatore può rivolgersi ad un organismo ADR il quale «propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole»⁴³⁸. Dunque, a differenza di quanto previsto dalla Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione, la Direttiva in esame prevede l’applicabilità non solo della mediazione, ma di tutti gli strumenti ADR, compreso quello arbitrale, purché nell’ambito di una procedura gestita da un organismo ADR e non istituita *ad hoc*⁴³⁹.

⁴³⁴ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull’ODR per i consumatori).

⁴³⁵ L. BIARELLA, *Le nuove liti tra consumatori si gestiscono fuori dai tribunali e senza avvocati*, in *Altalex.com*, 3 settembre 2015; T. IANNIELLO, *Tutela dei consumatori - I nuovi sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie*, in *Quotidianogiuridico.it*, 19 marzo 2013.

⁴³⁶ Cfr., *amplius*, L. ANSALDI, *Mercato europeo, e-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, in *I contratti 6/2013*, pp. 641-642.

⁴³⁷ Art. 1, Direttiva 2013/11/UE. Cfr. Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione che, invece, si applica a tutte le controversie civili e commerciali.

⁴³⁸ *Ibidem*, art. 1.

⁴³⁹ L. ANSALDI, *Mercato europeo, e-commerce*, cit., p. 643.

Le procedure ADR devono essere contraddistinte da trasparenza, imparzialità, indipendenza, efficacia, rapidità ed equità⁴⁴⁰. Hanno carattere facoltativo, tuttavia non viene pregiudicata la possibilità per gli Stati Membri di stabilire la loro obbligatorietà.

Il Regolamento n. 524/2013 prevede l'istituzione di una piattaforma ODR europea⁴⁴¹ che agevoli la risoluzione extragiudiziale delle liti nazionali e transfrontaliere in relazione a contratti di vendita o di servizi *online* tra consumatori ed imprese.

La Direttiva 2013/11/UE è stata approvata dal Governo italiano col d.lgs. n. 130/2015, con cui è stato aggiunto al codice del consumo⁴⁴² il Titolo II-*bis* (artt. 141-141 *decies*) denominato “Risoluzione extragiudiziale delle controversie”.

La normativa di attuazione stabilisce una procedura comune per le controversie tra consumatori ed imprese, riprendendo in linea di massima il contenuto della normativa europea. In aggiunta, tra le varie opzioni ammesse dalla Direttiva, il legislatore italiano ha stabilito che: (i) le procedure ADR sono, in via generale, “volontarie” ed aventi natura facilitativa o valutativa. Infatti, le disposizioni del Titolo II-*bis* si applicano alle procedure ADR “volontarie” volte alla risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, in cui «l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole»⁴⁴³; (ii) le disposizioni del Titolo II-*bis* si applicano, altresì, alle eventuali procedure in

⁴⁴⁰ *Ibidem*. Cfr. artt. 1 e 6-9, Direttiva 2013/11/UE.

⁴⁴¹ Art. 1, Regolamento n. 524/2013, che fa riferimento alla c.d. piattaforma ODR (*Online Dispute Resolution*).

⁴⁴² Decreto legislativo, 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo).

⁴⁴³ Art. 141, comma 4, codice del consumo come modificato.

cui l'organismo ADR adotta una decisione. Ciò può verificarsi nelle procedure svolte nei settori di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico (Aeegsi), della Banca d'Italia, della Consob e dell'Agcom, le quali sono considerate procedure ADR ai sensi del codice del consumo, se rispettano i principi, le procedure e i requisiti previsti dal Titolo II-*bis*⁴⁴⁴; (iii) è fatta salva "l'obbligatorietà"⁴⁴⁵ delle procedure ADR in ordine alla mediazione nelle controversie civili e commerciali *ex art.* 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, alla conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche *ex art.* 1, comma 11, legge n. 249/1997⁴⁴⁶, ed alla conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, le cui modalità di svolgimento sono regolamentate da tale Autorità con propri provvedimenti *ex art.* 2, comma 24, lettera b), legge n. 481/1995⁴⁴⁷.

A tal fine, è considerato organismo ADR un qualsiasi organismo istituito su base permanente che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR, ed è iscritto in un apposito elenco istituito presso le designate Autorità competenti per settore (Ministero della giustizia, unitamente al Ministero dello sviluppo economico, Consob, Aeegsi, Agcom e Banca d'Italia)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, art. 141, commi 4 e 7.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, art. 141, comma 6. Le disposizioni del Titolo II-*bis* si applicano, altresì, alle procedure di conciliazione paritetica secondo le condizioni fissate dall'141-*ter*.

⁴⁴⁶ Legge 31 luglio 1997, n. 249 - Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo.

⁴⁴⁷ Legge 14 novembre 1995, n. 481 - Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

⁴⁴⁸ Art. 141-*octies*, codice del consumo come modificato. Nello specifico, il Ministero della Giustizia ed il Ministero dello sviluppo economico sono competenti con riguardo al registro degli organismi di mediazione in materia di consumo *ex art.* 16, commi 2 e 4, d.lgs. n. 28/2010; la Consob, con riguardo alle controversie di cui all'art. 2, d.lgs. n. 179/2007;

Fatta questa premessa generale, tra le varie procedure ADR in materia di consumo, l'attenzione verrà concentrata su quelle in materia bancaria e finanziaria.

25.1. (Segue) ADR in materia bancaria e finanziaria. Profili generali

Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie nel settore bancario mirano ad agevolare la tutela dei risparmiatori e degli utenti, contraenti deboli nel rapporto contrattuale con la banca o intermediario. Essi, garantendo una composizione rapida, efficace, non dispendiosa e spesso concordata delle relative controversie, aumentano la fiducia dei clienti nei confronti delle imprese del settore, corroborando nel contempo il mercato del credito.

L'alternativa offerta dal processo ordinario, contraddistinto da tempi più lunghi e riti più farraginosi, renderebbe, invece, il mercato del credito meno fluido e più incerto, con un aumento dei tassi di interesse e maggiori richieste di garanzie da parte degli istituti di credito⁴⁴⁹.

La diffusione dei metodi ADR in materia bancaria e finanziaria si pone peraltro in sintonia con la politica portata avanti dalla Commissione Europea nel settore, che nel 2001 ha istituito la Fin-Net, ossia la rete europea volta a facilitare lo sviluppo dei sistemi ADR nel mercato interno in ambito bancario,

l'Aeegsi e l'Agcom per i rispettivi settori di competenza; la Banca d'Italia per le controversie di cui all'art. 128-bis, d.lgs. n. 385/1993.

⁴⁴⁹ E. MAZZOLI, *Contenzioso bancario e soluzioni stragiudiziali*, in S.Arcangelo di Romagna, 2015, pp. 13-14.

finanziario ed assicurativo. Aderiscono a tale rete gli organismi ADR nazionali del settore⁴⁵⁰.

25.2 (Segue) Il reclamo

Presupposto per risolvere in via stragiudiziale una controversia nel settore bancario è la presentazione da parte del cliente di un reclamo⁴⁵¹. La disciplina del reclamo è prevista dalle regole di trasparenza inserite nel regolamento interno di ogni banca ed istituto di credito. Il cliente viene così informato della possibilità di presentare reclami e di utilizzare strumenti ADR ai fini della risoluzione di liti che possano sorgere in futuro con l'intermediario. L'informativa contiene, inoltre, indicazioni sulle modalità tecniche con cui attivare tali strumenti.

Per reclamo si intende ogni atto con cui un cliente chiaramente identificabile contesta, in forma scritta (ad es. lettera, fax, e-mail) all'intermediario, un suo comportamento o un'omissione⁴⁵². Per la formulazione dei reclami il cliente può anche utilizzare moduli standardizzati messi loro a disposizione dagli intermediari, i quali dovranno rispondere tempestivamente, comunque entro il termine previsto dal regolamento interno della banca.

⁴⁵⁰ F. BRUNO-A. ROZZI, *Crisi d'impresa e ristrutturazioni: percorsi tra Banca e Mercato*, Milano, 2010, p. 75. Aderiscono alla Fin-Net (*Financial Services Complaints Network*) circa quaranta organismi nazionali. Per l'Italia ne fanno parte l'Arbitro Bancario Finanziario, l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo e l'Ombudsman Bancario – Giurì bancario. Cfr. E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁵¹ E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵² BANCA D'ITALIA, Provvedimento 18 giugno 2009, Sez. VI, par. 3.

L'intermediario deve riservare la massima cura nella gestione del reclamo, al fine di risolvere in via preliminare le situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente e di prevenire l'insorgere di future controversie. Ciò comporta la necessità di interloquire col cliente al fine di valutare la possibilità di addivenire ad un bonario componimento della lite⁴⁵³.

Nel caso in cui il reclamo sia ritenuto fondato dalla banca, l'intermediario deve indicare nella risposta le iniziative o le offerte proposte, nonché i tempi di attivazione.

Qualora l'intermediario contesti il reclamo del cliente, ma ciononostante sia disponibile o interessato ad una soluzione concordata al fine di salvaguardare il rapporto con lo stesso, è preferibile che il cliente attivi una delle soluzioni stragiudiziali *interest-based*, *i.e.* nello specifico: la negoziazione diretta, il procedimento di conciliazione paritetica (ove previsto), quindi il procedimento di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 innanzi agli organismi ADR autorizzati dal Ministero della giustizia o innanzi al Conciliatore Bancario Finanziario o, ancora, la procedura di conciliazione gestita dalla Camera di conciliazione Consob, attivando ciascun procedimento nel rispetto delle materie di competenza⁴⁵⁴.

Viceversa, se la banca fornisce una risposta secca e negativa al reclamo, senza dare spazio a margini di trattativa, pare più opportuno che il cliente utilizzi un metodo ADR decisorio⁴⁵⁵, ossia il ricorso all'Arbitro Bancario Finanziario, il ricorso all'Ombudsman - Giurì Bancario o all'arbitrato ordinario, anche qui nel rispetto delle materie di competenza.

⁴⁵³ *Ibidem*, sez. VI, par. 1.

⁴⁵⁴ E. MAZZOLI, *op. cit.*, pp. 35-36. L'arbitrato ordinario viene amministrato anche dalla Camera arbitrale istituita dal Conciliatore Bancario Finanziario ovvero dalla Camera arbitrale Consob, ciascuna per le materie di competenza. La Camera arbitrale Consob prevede anche l'arbitrato amministrato semplificato (*infra*, § 25.3).

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 36.

Ad ogni modo, se il cliente intende ricorrere al processo ordinario, l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, dispone per le controversie in materia di contratti bancari e finanziari il tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Secondo tale articolo, la condizione di procedibilità è soddisfatta, in via alternativa, anche mediante il «procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179» (Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob), ovvero da quello «istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385» (Arbitro Bancario Finanziario) con riguardo alle materie di competenza.⁴⁵⁶

Ciò detto, si procederà ad un'analisi dei singoli metodi ADR previsti in materia bancaria e finanziaria.

⁴⁵⁶ Nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 28/2010 si rinvencono le ragioni dell'equiparazione dei metodi ADR in materia di contratti bancari e finanziari: «[...] si sono individuate alcune tipologie contrattuali (contratti assicurativi, bancari e finanziari) che, oltre a sottendere rapporti duraturi tra le parti [...] conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte non irrilevante del contenzioso. A ciò si aggiunga che il settore dei contratti di servizi già vanta diffuse esperienze di composizione bonaria, che potranno essere messe utilmente a profitto anche nel nuovo procedimento di mediazione introdotto. Proprio per quest'ultima ragione, si è pensato di valorizzare sia il procedimento di conciliazione previsto dal d. lgs. 8 settembre 2007, n. 179, sia il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, facendoli assurgere – nelle materie di riferimento – a condizione di procedibilità alternativa rispetto a quella davanti agli organismi, sul presupposto che gli organi ivi disciplinati offrano già oggi adeguate garanzie di imparzialità e di efficienza».

25.3 (Segue) Metodi ADR in materia bancaria e finanziaria

Come accennato, il cliente può anzitutto instaurare (i) *la negoziazione diretta con la banca*, relazionandosi possibilmente con il suo ufficio legale. Tale tentativo, se per un verso costituisce il metodo più rapido ed economico ai fini della risoluzione della lite, per altro verso risulta poco proficuo nella prassi, inducendo altresì il cliente a ricorrere direttamente in tribunale, senza utilizzo degli altri strumenti ADR (fermo restando il tentativo obbligatorio di mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010*)⁴⁵⁷.

Taluni istituti di credito offrono ai clienti la possibilità di azionare (ii) *la negoziazione o conciliazione paritetica*⁴⁵⁸, regolata in base a specifici protocolli di intesa stipulati dall'azienda bancaria con le associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative. La domanda di conciliazione è sottoposta all'esame di una commissione di conciliazione composta pariteticamente da due conciliatori, uno in rappresentanza della banca e l'altro, su indicazione delle associazioni dei consumatori, in rappresentanza del cliente.

Se sussistono le condizioni di accordo, la commissione di conciliazione redige una proposta transattiva da sottoporre al cliente della banca, il quale è tuttavia libero di accettare o meno la soluzione proposta. In caso di accettazione, la controversia è definitivamente risolta con rinuncia del cliente ad ogni ulteriore pretesa o azione; nel caso contrario, viene redatto un verbale di mancato accordo o di rigetto della domanda, e il cliente della banca può utilizzare un altro metodo ADR o esperire l'azione giudiziale. Tale procedura è gratuita per il cliente, salvo che per i costi eventualmente dovuti per

⁴⁵⁷ E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁵⁸ *Ibidem*. La conciliazione paritetica è utilizzata anche in altre procedure ADR in materia di consumo, ad es. in materia di telecomunicazioni.

l'affiliazione ad una delle associazioni firmatarie del protocollo di intesa o per l'assistenza ricevuta dalle medesime associazioni⁴⁵⁹.

Per completare i procedimenti ADR *interest based*, il cliente può anche esperire, in osservanza delle materie di competenza, (iii) *la mediazione amministrata*, disciplinata ex d.lgs. n. 28/2010 innanzi al Conciliatore Bancario Finanziario o agli organismi di mediazione iscritti nell'elenco del Ministero della giustizia, ovvero innanzi alla Camera di conciliazione presso la Consob⁴⁶⁰.

Il Conciliatore Bancario Finanziario è un'associazione senza fini di lucro istituita dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana) nel 2005, con personalità giuridica di diritto privato⁴⁶¹, avente l'obiettivo di fornire ai clienti delle banche e degli intermediari finanziari un servizio di risoluzione alternativa delle controversie rapido, efficace, ed economico. Al pari degli altri organismi iscritti nel registro del Ministero della giustizia, esso svolge il ruolo di organismo di mediazione, ma con competenza limitata per materia (in materia bancaria, ma anche in quella finanziaria e societaria) e maggior specializzazione nel settore. Esso mette, altresì, a disposizione altri due strumenti ADR, *i.e.* l'Ombudsman - Giurì Bancario e l'arbitrato amministrato, sulla base di un proprio regolamento, da una Camera arbitrale istituita al proprio interno.

L'Ombudsman - Giurì bancario, istituito nel 1993 su iniziativa dell'ABI, è definito come «organismo collegiale di giudizio alternativo alla magistratura ordinaria, cui possono rivolgersi i clienti per risolvere

⁴⁵⁹ E. MAZZOLI, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁶¹ Cfr. <http://www.conciliatorebancario.it/index.php/chi-siamo>. Aderiscono al Conciliatore Bancario Finanziario 1150 Associati, tra cui le banche, alcune società finanziarie e Poste Italiane.

gratuitamente le controversie con le banche e gli intermediari finanziari in materia di servizi di investimento»⁴⁶².

Più specificamente, esso può decidere oltre che con riguardo alle controversie in materia di servizi ed attività “con finalità di investimento” (ad es. il servizio di negoziazione titoli o di investimento in strumenti finanziari), anche per quelle relative al collocamento di prodotti finanziari, nonché alle operazioni ed i servizi che siano componenti di prodotti finanziari⁴⁶³. L’Ombudsman ha unica sede a Roma ed è composto da cinque membri scelti, sia per la propria indipendenza sia per la riconosciuta esperienza e professionalità nelle materie giuridiche, economiche e creditizie⁴⁶⁴.

Presupposto per l’intervento dell’Ombudsman-Giurì Bancario è (anche in questo caso) il preventivo esperimento di un reclamo. Al riguardo, si è sostenuto che l’Ombudsman costituisca una sorta di “giudice di appello”⁴⁶⁵.

Quanto alla competenza per valore, possono essere ad esso sottoposte richieste risarcitorie per somme non superiori a centomila euro. L’Ombudsman ha tuttavia competenza per i ricorsi aventi ad oggetto l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono.

⁴⁶² Cfr. <http://www.conciliatorebancario.it/index.php/ombudsman/che-cosa-e-l-ombudsman-giuri-bancario>.

⁴⁶³ E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶⁴ A. ANTONUCCI, *Diritto delle Banche*, Milano, p. 341. Il Presidente del collegio è nominato dal Presidente del Consiglio di Stato, mentre gli altri quattro componenti sono così designati: uno dal Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti; uno da almeno tre delle seguenti associazioni rappresentative delle altre categorie di clienti: Confindustria, Confcommercio, Confagricoltura, Confartigianato; uno dall’ABI, scelto tra gli iscritti all’Ordine degli avvocati; uno dall’ABI, scelto tra gli iscritti all’Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili.

⁴⁶⁵ E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 39.

La richiesta scritta del cliente deve essere effettuata entro un anno dalla presentazione del reclamo e non può riguardare controversie verificatesi nei due anni precedenti il giorno di presentazione del reclamo. Il ricorso è improcedibile se la lite è stata già sottoposta ad un procedura di conciliazione, ad un procedimento arbitrale o innanzi al giudice. L'istruttoria viene espletata su base documentale.

La decisione dell'Ombudsman non vincola il cliente, il quale così conserva il diritto di rivolgersi al giudice. Parimenti, egli può attivare l'arbitrato di diritto comune o anche esperire il tentativo di mediazione presso un organismo abilitato. La decisione è, invece, vincolante per l'intermediario finanziario: se la banca, riconosciuta responsabile, non osserva la decisione dell'Ombudsman, questi può imporle un termine entro cui provvedere, decorso il quale può ordinare la diffusione dell'inadempienza a mezzo stampa ed a spese della banca stessa⁴⁶⁶.

Nell'ipotesi in cui il contrasto tra cliente e intermediario non ha ad oggetto prodotti, servizi o attività con finalità di investimento, bensì la prestazione di "operazioni e di servizi bancari e finanziari", il cliente dovrà rivolgersi all'Arbitro Bancario Finanziario se intende ottenere una soluzione ADR di tipo decisorio. E' questa, infatti, la ripartizione di competenze tra Ombudsman ed Arbitro Bancario Finanziario valida dal 15 ottobre 2009, data in cui l'ABF è divenuto operativo⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁶⁷ Ombudsman-Giurì Bancario, art. 1 Regolamento. Tale norma stabilisce che l'Ombudsman è competente «per dirimere le controversie con la clientela aventi ad oggetto i servizi e le attività di investimento e le altre tipologie di operazioni non assoggettati – ai sensi dell'art. 23, comma 4, Testo unico della finanza – al titolo VI del Testo unico bancario e quindi escluse dal sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie disciplinato ai sensi dell'art. 128-bis del medesimo Testo unico bancario, che ha iniziato la propria operatività il 15 ottobre 2009 con la denominazione di Arbitro Bancario Finanziario (ABF)».

*L'Arbitro Bancario Finanziario*⁴⁶⁸ è stato istituito dall'art. 29 legge n. 262/2005 (c.d. legge sulla tutela del risparmio). Tale norma ha introdotto nel Testo Unico Bancario⁴⁶⁹ l'art. 128-*bis*, secondo cui le banche e gli intermediari finanziari «aderiscono a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela», rimettendo quindi al CICR (Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio) la determinazione dei criteri di svolgimento delle relative procedure. Il CICR ha provveduto conformemente con delibera n. 275 del 29 luglio 2008⁴⁷⁰, mentre la Banca d'Italia ha emanato le relative disposizioni di attuazione con il comunicato del 18 giugno 2009⁴⁷¹. Sempre la Banca d'Italia con provvedimento n. 57401 del 12 dicembre 2011 ha emanato le nuove disposizioni sull'ABF, elaborate anche sulla scorta delle novità introdotte dal d.lgs. n. 28/2010. Tali disposizioni sono in vigore dal 1° gennaio 2012⁴⁷².

Incardinato presso la Banca d'Italia, l'Arbitro Bancario Finanziario, opera, come detto, dal 15 ottobre 2009, occupandosi delle controversie

⁴⁶⁸ Sull'Arbitro Bancario Finanziario si veda, *ex multis*, E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2011, p. 134; C. CONSOLO-M.STELLA, *Il funzionamento dell'Abf nel sistema delle ADR*, in *Banca impresa società*, 2011, p. 21; F. AULETTA, *Arbitro Bancario Finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Società*, 2011, p. 83; M. PERASSI, *Il ruolo dell'Abf nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, Bologna, p. 143 ss; A. PIERUCCI, *Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 4, Milano, parte I, p. 811; M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contratto e impresa*, 2014, n. 1, Padova, p. 201; S. RUPERTO, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, n. 3, parte I, p. 325.

⁴⁶⁹ D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, successivamente modificato - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

⁴⁷⁰ CICR, Delibera 29 luglio 2008, n. 275.

⁴⁷¹ Cfr. T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Istituti di diritto civile*, (a cura di) G. Alpa, Milano, 2014, VIII.1, p. 1364.

⁴⁷² Cfr. *amplius* <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/index.html>.

relative ad “operazioni e servizi bancari e finanziari”. Sono escluse, invece, le controversie riguardanti i servizi e le attività di investimento e le altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U. ai sensi dell’articolo 23, comma 4, del d.lgs. n. 58/1998⁴⁷³.

Quanto alla competenza per valore, se la richiesta del ricorrente ha ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro a qualunque titolo, la controversia rientra nella cognizione dell’ABF a condizione che l’importo richiesto non sia superiore a centomila euro. All’ABF possono, tuttavia, essere sottoposte le controversie aventi ad oggetto l’accertamento di diritti, obblighi e facoltà, indipendentemente dal valore del rapporto al quale si riferiscono.

L’ABF non può conoscere, a pena di improcedibilità, le controversie già sottoposte all’autorità giudiziaria, quelle per cui sia pendente un procedimento di esecuzione forzata o di ingiunzione, quelle rimesse a decisione arbitrale ovvero quelle per cui sia pendente un tentativo di conciliazione *ex lege*. Non è impedita, invece, la presentazione all’ABF di un ricorso relativo a controversie già rimesse alla decisione dell’Ombudsman-Giurì Bancario⁴⁷⁴.

Sono escluse dalla cognizione dell’ABF le richieste risarcitorie che non siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o della violazione

⁴⁷³ D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58: Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Testo Unico della Finanza – TUF). L’art. 23, comma 4, TUF dispone che «Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell’articolo 25-*bis* ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario».

⁴⁷⁴ BANCA D’ITALIA, *Chiarimenti in tema di Arbitro Bancario Finanziario*, cfr. <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/publicazioni/altriDocumenti/chiarimentiABF.pdf>.

dell'intermediario; sono parimenti escluse le questioni relative a beni materiali o a servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto tra il cliente e l'intermediario ovvero di contratti ad esso collegati (ad es. quelle relative a vizi del bene concesso in leasing)⁴⁷⁵.

L'ABF opera attraverso i suoi tre collegi che si riuniscono presso le sedi della Banca d'Italia di Milano, di Roma e di Napoli, competenti, rispettivamente, per l'area settentrionale, centrale e meridionale del Paese. Competenza territoriale che, a sua volta, viene stabilita in base al luogo del domicilio indicato nel ricorso dal cliente⁴⁷⁶. I collegi sono composti da cinque membri ciascuno⁴⁷⁷.

Nel sistema ABF la presentazione del reclamo costituisce «una condizione di procedibilità dell'azione, la cui mancanza comporta la dichiarazione, anche d'ufficio, di irricevibilità del ricorso»⁴⁷⁸. Il ricorso, presentabile solo dal cliente, deve avere ad oggetto la stessa contestazione del preventivo reclamo da proporre all'intermediario. L'ABF si pronuncia, inoltre, sull'eventuale domanda di risarcitoria - anche se proposta nel ricorso per la prima volta - purché tale domanda riguardi la medesima contestazione oggetto del reclamo presentato all'intermediario. Il ricorso è gratuito per i

⁴⁷⁵ Cfr. *amplius* http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/disposizioni/disp_mod_ABF_131112.pdf.

⁴⁷⁶ Cfr. *amplius* <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/chiSiamo/collegi>.

⁴⁷⁷ Disposizioni applicative Arbitro Bancario Finanziario, sez. III, art. 2 «Il collegio arbitrale è composto da: a) il presidente e due membri scelti dalla Banca d'Italia; b) un membro designato dalle associazioni degli intermediari; c) un membro designato dalle associazioni rappresentative dei clienti. I criteri di imparzialità e di rappresentatività dell'organo decidente fissati dalla legge richiedono, secondo le indicazioni formulate dal CICR, che la composizione dei collegi sia tale da assicurare effettiva rappresentanza ai soggetti portatori dei diversi interessi coinvolti [...]».

⁴⁷⁸ Arbitro Bancario Finanziario, decisione 5 dicembre 2014, n. 8262. In senso conforme, ABF, decisione 22 aprile 2014, n. 2494; Collegio di coordinamento dell'ABF, decisione n. 4304/2013. Tali decisioni sono rinvenibili in *Arbitrobancariofinanziario.it*

clienti, salvo il versamento di un importo minimo per contributo alle spese della procedura. Esso, inoltre, integra - come visto - condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, alternativo al tentativo obbligatorio di mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010*.

La decisione sul ricorso è assunta sulla base della documentazione e delle argomentazioni prodotte dalle parti. Non è ammessa la comparizione personale delle parti, né l'esperimento della prova testimoniale o della CTU. Viene garantito il contraddittorio⁴⁷⁹.

A differenza di ciò che avviene per l'Ombudsman in cui, come previsto, la decisione è vincolante per l'intermediario, per l'ABF non vi è alcuna normativa che preveda la natura vincolante della decisione. La decisione resa dal collegio arbitrale, infatti, non può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, né determinare la condanna della banca.⁴⁸⁰ La stessa Corte Costituzionale⁴⁸¹ definisce la decisione dell'ABF quale "risponso", ossia una risposta resa in forma solenne sul caso di specie (e non una determinazione di un soggetto terzo sulla materia del contendere)⁴⁸². Parte della dottrina, al riguardo, parla di *parere pro veritate*, ovvero sia un'opinione qualificata sul caso di specie espressa da esperti della materia in base a principi di diritto⁴⁸³.

In caso di accoglimento del ricorso, l'intermediario deve tuttavia comunicare alla segreteria tecnica dell'ABF le azioni poste in essere per dare attuazione alla decisione del collegio arbitrale.

Qualora risulti l'inadempimento dell'intermediario e nei casi dubbi, il collegio arbitrale ne viene informato conformemente dalla segreteria tecnica.

⁴⁷⁹ Cfr. A. MAIETTA, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pp. 161-162.

⁴⁸¹ Corte Cost. ordinanza 4 luglio 2011, n. 218, in *Cortecostituzionale.it*. Cfr. A. MAIETTA, *Ibidem*.

⁴⁸² A. MAIETTA, *Ibidem*.

⁴⁸³ *Ibidem*. L'autore si riferisce ad una definizione di S. RUPERTO, *op. cit.*, p. 335 ss.

Se viene riscontrato l'inadempimento, ne viene data notizia sul sito internet dell'ABF e, a cura e spese dell'intermediario, in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Viene resa pubblica, secondo le medesime modalità, anche la mancata cooperazione al funzionamento della procedura da parte dell'intermediario, ad es. nel caso di omissione o ritardo nell'invio della documentazione richiesta che abbiano reso impossibile una pronuncia sul merito. In sede di pubblicazione viene infine menzionata la sottoposizione della controversia all'autorità giudiziaria.

La Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob è stata anch'essa istituita dalla legge n. 262/2005 sulla tutela del risparmio, in cui era contenuta la delega al Governo per predisporre ulteriori tutele per i risparmiatori, fra le quali l'istituzione di procedure di conciliazione e di arbitrato in ambito Consob in ordine a specifiche controversie.

La delega è stata attuata con il d.lgs. n. 179/2007, il quale ha istituito presso la Consob la Camera di Conciliazione e Arbitrato, disciplinata dal successivo regolamento Consob n. 16763/2008, e poi con il nuovo regolamento Consob n. 18275/2012, che ne ha disciplinato l'organizzazione e le procedure.

La Camera Consob è operativa dal 21 marzo 2011. Essa amministra i procedimenti di conciliazione e di arbitrato promossi per la risoluzione di controversie tra investitori o risparmiatori non professionali, da una parte, e banche o intermediari, dall'altra, con riguardo alla violazione ad opera di questi ultimi degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con gli investitori⁴⁸⁴.

Tali controversie devono riguardare un servizio di investimento o di gestione collettiva del risparmio. I servizi di investimento sono attività

⁴⁸⁴ Regolamento Camera di conciliazione e arbitrato Consob, art. 4.

prestate da banche o intermediari finanziari, con cui i risparmiatori impiegano i propri risparmi in attività finanziarie⁴⁸⁵. Essi sono individuati dall' art. 1, comma 5, TUF secondo cui sono servizi ed attività di investimento, quando hanno ad oggetto strumenti finanziari, tra gli altri: la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, la ricezione e trasmissione di ordini, la consulenza in materia di investimenti e la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

Il servizio di gestione collettiva del risparmio, invece, consiste nella promozione, istituzione e organizzazione di fondi comuni di investimento e nell'amministrazione dei rapporti con i partecipanti; o ancora, nella gestione del patrimonio di un organismo di investimento collettivo del risparmio mediante l'investimento di strumenti finanziari, crediti, o altri beni mobili o immobili.

La Camera Consob è composta da un presidente e da due membri nominati dalla Consob e selezionati tra dipendenti in servizio presso la stessa appartenenti alla carriera direttiva superiore⁴⁸⁶. La Consob non può tuttavia interferire sull'attività della Camera di conciliazione o arbitrato, né sulle decisioni da essa assunte⁴⁸⁷.

Per ciò che concerne la procedura di conciliazione Consob, la domanda di attivazione può essere presentata esclusivamente dall'investitore, a condizione che *i*) non sia stata avviata un'altra procedura di conciliazione in ordine alla medesima controversia, e *ii*) l'intermediario abbia risposto al reclamo dell'investitore, ovvero sia decorso il termine di novanta giorni (o

⁴⁸⁵ A. BUSCEMI-G. DI MEO-S. EVANGELISTI, *Recepimento delle direttive MIFID. Regole di condotta degli intermediari e tutela degli investitori. Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Milano, p. 17.

⁴⁸⁶ Regolamento Camera Consob, art. 3.

⁴⁸⁷ A. MAIETTA, *op. cit.*, p. 168.

l'eventuale termine più breve) senza che l'investitore abbia ottenuto risposta al proprio reclamo.

La procedura di conciliazione è molto simile al procedimento di mediazione in materia civile e commerciale *ex d.lgs. n. 28/2010*⁴⁸⁸. Essa si svolge, di regola, nel luogo in cui si trova il domicilio del conciliatore⁴⁸⁹. Se nella regione o provincia autonoma dove l'investitore ha il domicilio o la sede non è presente un conciliatore iscritto nell'elenco tenuto dalla Camera Consob e, comunque, in ogni caso in cui non sia possibile assicurare un adeguato e sollecito svolgimento della procedura, la Camera può investire della controversia, con decisione motivata, gli organismi di mediazione iscritti nel registro tenuto dal Ministero della giustizia *ex d.lgs. n. 28/2010*⁴⁹⁰.

In caso di accordo tra le parti, il conciliatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. In caso contrario, il conciliatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il conciliatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento, informando le parti delle conseguenze *ex art. 13, d.lgs. n. 28/2010*⁴⁹¹.

La Camera Consob può, inoltre, amministrare «lo svolgimento di arbitrati sulla base di una convenzione di arbitrato che richiami espressamente le norme del decreto legislativo e le disposizioni di attuazione della Consob o faccia comunque rinvio all'arbitrato amministrato dalla Camera, ovvero quando di tale arbitrato le parti facciano concorde richiesta scritta»⁴⁹². Ne

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁸⁹ Regolamento Camera Consob, art. 16, comma 1.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, art. 13, comma 5.

⁴⁹¹ *Ibidem*, art. 18, comma 1.

⁴⁹² *Ibidem*, art. 21, comma 1.

deriva che l'arbitrato Consob si differenzia dalla conciliazione, in quanto è attivabile solo in base ad congiunta manifestazione di volontà delle parti⁴⁹³.

La Camera può amministrare un arbitrato ordinario ovvero un arbitrato semplificato. Il primo è regolato dagli artt. 21-31 del regolamento arbitrale Consob e dagli artt. 806 e ss del codice di procedura civile. Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto e, salvo diverso accordo delle parti, l'arbitrato ha sede presso la Camera Consob⁴⁹⁴. Rispetto all'arbitrato ordinario, esso si connota per alcune caratteristiche⁴⁹⁵ attinenti, tra l'altro, alla nomina degli arbitri⁴⁹⁶, al procedimento di ricusazione degli stessi che è gestito direttamente dalla Camera⁴⁹⁷, al termine della decisione (120 giorni, anziché 240 giorni dall'accettazione della nomina)⁴⁹⁸, ai diritti degli arbitri e alle spese del procedimento⁴⁹⁹.

L'arbitrato semplificato Consob, è disciplinato dagli artt. 32-38 del regolamento arbitrale, salva l'applicabilità delle norme per l'arbitrato ordinario in caso di incompatibilità.

Esso è definito "semplificato" per alcune sue peculiarità. Esso può essere attivato solo dall'investitore per ottenere il ristoro del solo danno patrimoniale subito. Il procedimento si svolge dinanzi a un arbitro unico nominato dalle parti o, in caso di disaccordo, dalla Camera Consob.

E' prevista un'unica udienza. Infatti, al termine della stessa, salvo che ricorrano particolari condizioni che consiglino la fissazione di una nuova udienza da effettuarsi entro i venti giorni successivi, l'arbitro invita le parti a

⁴⁹³ E. MAZZOLI, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁹⁴ Regolamento Camera Consob, artt. 22-23.

⁴⁹⁵ A. MAIETTA, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁹⁶ Regolamento Camera Consob, art. 24.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, art. 27.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, art. 29.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, art. 31.

precisare le conclusioni. Nei venti giorni successivi alla data di precisazione delle conclusioni, l'arbitro pronuncia il lodo sulla base dei documenti prodotti e tenendo conto degli elementi emersi nel corso dell'udienza.

In caso di accoglimento della domanda di arbitrato, l'arbitro condanna l'intermediario al pagamento in favore dell'investitore di una somma di denaro a titolo di indennizzo, idonea a ristorare il solo danno patrimoniale da questi sofferto quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento dell'intermediario, nei limiti della quantità per cui ritiene raggiunta la prova⁵⁰⁰.

Sempre in materia finanziaria, rileva, infine, *l'arbitrato per le controversie tra la Borsa Italiana S.p.A. ed i soggetti ammessi al mercato regolamentato*, sia in qualità di emittenti che in qualità di intermediari⁵⁰¹.

Nella parte 7 del Regolamento di Borsa Italiana⁵⁰², si distingue al riguardo tra “controversie sottoposte all'autorità giudiziaria” - *i.e.* quelle aventi ad oggetto i corrispettivi previsti dal Regolamento, nonché quelle derivanti dal diniego dell'ammissione alla quotazione e dalla revoca della quotazione - che sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva dei giudici italiani e sono di competenza esclusiva del Foro di Milano (art. 7.2), ed “altre controversie” - *i.e.* le controversie, diverse dalle prime, occasionate o derivanti dal Regolamento, dalle Istruzioni di Borsa Italiana o dalle altre disposizioni inerenti al funzionamento dei mercati - che, invece, sono risolte in via definitiva tramite arbitrato di diritto comune, avente sede in Milano, e

⁵⁰⁰ *Ibidem*, artt. 32-38.

⁵⁰¹ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, VII ed., 2014, pp. 297-298.

⁵⁰² Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A., 26 ottobre 2015, deliberato dal consiglio di amministrazione di Borsa Italiana del 22 luglio 2015 ed approvato dalla Consob con delibera n. 19319 del 26 agosto 2015.

condotto da un collegio arbitrale formato da tre arbitri. La controversia è decisa secondo le norme di diritto italiano (artt. 7.3 e 7.5).

Per poter attivare l'arbitrato, è necessario il preventivo esperimento della procedura innanzi al Collegio dei Probiviri, avente sede presso Borsa Italiana, composto da tre membri nominati dal consiglio di amministrazione di Borsa Italiana tra persone indipendenti e di comprovata esperienza in materia di mercati finanziari (art. 7.4, commi 1 e 2)⁵⁰³.

Le decisioni del Collegio dei Probiviri sono rese secondo diritto, con rispetto del principio del contraddittorio. Esse non hanno efficacia vincolante nei confronti delle parti e, ove una delle parti instauri un procedimento arbitrale, non hanno efficacia vincolante nei confronti degli arbitri, i quali hanno ogni più ampia facoltà e potere di riesame totale e integrale della controversia, senza preclusione alcuna (art. 7.4, commi 4 e 6). Le decisioni del Collegio dei Probiviri hanno perciò valore interlocutorio, essendo sostituite dal lodo arbitrale reso al termine dell'eventuale procedura arbitrale⁵⁰⁴. Sul punto, si è sostenuto che il Collegio dei Probiviri svolga una funzione di mediazione tra le parti⁵⁰⁵.

⁵⁰³ F. ANNUNZIATA, *op.cit.* Tale preventivo esperimento non è, invece, necessario per le controversie sottoposte all'autorità giudiziaria di cui all'art. 7.2.

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

26. ADR in materia di lavoro. Introduzione

In materia di lavoro, il legislatore ha messo a disposizione di lavoratori ed imprese un articolato sistema di risoluzione alternativa delle controversie basato sulla conciliazione e sull'arbitrato. I procedimenti ADR in materia sono per lo più facoltativi, salvo che per alcune ipotesi in cui la legge prevede la loro obbligatorietà.

26.1. (Segue) Metodi ADR in materia di lavoro diversi dall'arbitrato

Con riguardo alla *conciliazione in sede amministrativa ex artt. 410-411 c.p.c.*, negli ultimi anni si è assistito, per diverse ragioni, ad un avvicendamento tra facoltatività ed obbligatorietà dell'istituto. In particolare, mentre la riforma del 1973⁵⁰⁶ aveva introdotto il carattere facoltativo della conciliazione per salvaguardare l'autonomia delle parti, quella del 1998⁵⁰⁷ giustificava l'introduzione della obbligatorietà per conseguire finalità deflattive del contenzioso⁵⁰⁸. Tuttavia, visto l'insuccesso dell'obbligatorietà,

⁵⁰⁶ Legge 11 agosto 1973, n. 533 - Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie.

⁵⁰⁷ Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80 - Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa.

⁵⁰⁸ Sull'argomento, cfr., *ex multis*, A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato*, in *Studium iuris*, 2005, p.766; B. MIRANDA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005; R. ALBERTO, *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1094; D. NOVIELLO, *Sulla obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie di*

il legislatore è ritornato sui suoi passi nel 2010, e ha ripristinato la facoltatività del tentativo di conciliazione⁵⁰⁹. I dati del Ministero, infatti, lasciavano intendere che l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, anziché apportare benefici, finiva con l'introdurre un ulteriore ostacolo al rito del lavoro rallentandone l'andamento. Basti pensare che nel 2009 solo il 23% delle cause di lavoro instaurate in conciliazione era stato effettivamente trattato⁵¹⁰. Il principale motivo dell'insuccesso della obbligatorietà del tentativo di conciliazione era costituito dalla mancanza di sanzioni o penalità sia nel caso in cui il convenuto non si fosse presentato innanzi alla commissione territoriale del lavoro, sia nel caso di infruttuoso decorso del termine di legge il quale avrebbe, comunque, realizzato la condizione di procedibilità del ricorso giudiziale⁵¹¹.

La legge n. 183/2010⁵¹² (c.d. collegato lavoro) ha riscritto l'art. 410 c.p.c., disponendo che chi intende proporre in giudizio una controversia di lavoro individuale "può" promuovere un previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata come per legge. Con il collegato lavoro, inoltre, si determina l'unicità del sistema di conciliazione tra settore pubblico e settore privato⁵¹³.

Il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale è tuttavia (ancora) previsto in specifiche ipotesi, ossia

lavoro: brevi note sulla compatibilità con il procedimento monitorio, in *Giur. merito*, 2011, 1, p. 74.

⁵⁰⁹ E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, p. 39.

⁵¹⁰ P. STERN, *Jobs act: licenziamenti e contratto a tutele crescenti*, 2015, S. Arcangelo di Romagna, p. 115. L'autore riporta in proposito i dati forniti dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali.

⁵¹¹ S.A. D'ALELIO, *La mediazione assistita nelle controversie di lavoro: tra fallimenti e nuove tutele*, in *Il diritto dei lavori*, 2013, p. 36.

⁵¹² Legge 4 novembre 2010, n.183 – Collegato lavoro.

⁵¹³ A. MARANO, *Il licenziamento dopo il Jobs Act*, 2015, Napoli, p. 268.

(i) nelle cause relative ai rapporti di lavoro certificati, in base al combinato disposto degli artt. 31 legge n. 183/2010 e 80, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, e (ii) per i procedimenti a rito speciale in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo *ex* legge n. 92/2012 (c.d. legge Fornero)⁵¹⁴ per i soli lavoratori assunti prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 in tema di contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti⁵¹⁵.

Nella seconda di queste ipotesi, *i.e.* il *licenziamento per giustificato motivo oggettivo* in imprese con più di quindici dipendenti introdotto dalla Riforma Fornero, il datore di lavoro deve effettuare una comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro (DTL) del luogo ove il lavoratore presta la sua opera, in cui occorre indicare l'espressa intenzione di procedere al licenziamento, i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato⁵¹⁶. La comunicazione è altresì trasmessa per conoscenza al lavoratore.

Nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta, la DTL trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore per lo svolgimento di un incontro dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione, in cui vengono esaminate anche soluzioni alternative al recesso⁵¹⁷.

Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, il lavoratore ha diritto all'assicurazione

⁵¹⁴ Legge 28 giugno 2012, n. 92. - Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita (Riforma Fornero).

⁵¹⁵ La legge 9 agosto 2013, n. 99 prevede l'esclusione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nei casi di: a) licenziamento per superamento del periodo di comportamento; b) licenziamento per cambio di appalto laddove al licenziamento del lavoratore segua l'assunzione dello stesso presso l'impresa subentrante; c) licenziamento per fine cantiere o per fine fase edilizia.

⁵¹⁶ Legge n. 92/2012, art. 1, comma 40.

⁵¹⁷ Cfr. legge n. 92/2012, art. 1, comma 40, per i relativi termini.

sociale per l'impiego (ASpI) e può essere previsto l'affidamento dello stesso ad un'agenzia per il lavoro ai fini della ricollocazione professionale.

In caso di esito negativo, o in ogni caso decorso il suddetto termine perentorio di sette giorni, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore. Quest'ultimo produce effetto dal giorno della comunicazione con cui si è avviato il procedimento, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva.

Come rilevato in dottrina, la procedura qui descritta, anche se finalizzata alla composizione bonaria della lite, attiene invero alla validità del licenziamento⁵¹⁸. Tale procedura ha ottenuto nell'arco di un anno e mezzo dalla sua entrata in vigore (18 luglio 2012) più di 12.000 richieste, con una percentuale di accordi conclusi pari ad un terzo (4.000)⁵¹⁹.

Tornando alla *conciliazione amministrativa*, le norme che disciplinano l'istituto sono gli artt. 410 e 411 c.p.c. Già si è detto della facoltatività del tentativo di conciliazione, che il lavoratore può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, presso una commissione di conciliazione.

Le commissioni di conciliazione sono istituite presso la Direzione provinciale del lavoro. Esse sono presiedute dal direttore dell'ufficio o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, nonché composte da otto membri in rappresentanza dei datori di lavoro (quattro effettivi e quattro supplenti) e altri otto membri in rappresentanza dei lavoratori (quattro

⁵¹⁸ A. MARANO, *op. cit.*, p. 269.

⁵¹⁹ P. STERN, *op. cit.*, pp. 121-122. Più precisamente, nel periodo 18 luglio 2012 – 31 gennaio 2013, le richieste di conciliazione preventive al licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono state nel complesso 12.563. Quanto all'esito delle relative procedure, 1.124 procedimenti non risultavano ancora definiti, 1.831 si sono conclusi con verbale di mancata comparizione delle parti, 3.638 sono stati definiti per mancato accordo tra le parti, infine 3.958 procedimenti si sono conclusi con un accordo.

effettivi e quattro supplenti), designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. In caso di necessità, vengono formate apposite sottocommissioni⁵²⁰.

La richiesta di conciliazione viene spedita dall'istante alla commissione di conciliazione ed alla controparte. Se quest'ultima intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la commissione una memoria difensiva entro venti giorni dalla ricezione della richiesta. In caso contrario, decorso il termine di venti giorni, ciascuna delle parti è libera di esperire l'azione giudiziale⁵²¹.

In caso di accordo, viene redatto il relativo verbale, sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. Ai fini dell'esecutività dell'accordo è necessario un doppio deposito del verbale⁵²². L'accordo va infatti depositato *in primis* presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o tramite un'associazione sindacale; successivamente, il direttore dell'ente o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale competente. Il giudice, su istanza di parte, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto⁵²³. Da ciò si desume la necessità di una duplice istanza di parte ai fini dell'*exequatur*, la prima collegata al deposito presso la Direzione provinciale del lavoro, la seconda connessa all'emissione del decreto di esecutività da parte del tribunale⁵²⁴.

⁵²⁰ Art. 410 c.p.c., comma 3.

⁵²¹ Art. 410 c.p.c., comma 7.

⁵²² E. VULLO, *op. cit.*, p. 58.

⁵²³ Art. 411 c.p.c., comma 3.

⁵²⁴ E. VULLO, *op. cit.*, p. 58.

In caso di mancato accordo, la commissione deve, invece, formulare una proposta per la bonaria definizione della lite, che poi le parti possono accettare o meno. Se la proposta non viene accettata, le valutazioni espresse dalle parti sono riportate nel verbale e, in caso di motivazione non adeguata, il giudice ne tiene conto in sede di giudizio⁵²⁵.

Occorre, infine, fare una precisazione sul pubblico impiego per cui è prevista la stessa normativa sui rapporti di lavoro privato. Sia il legislatore che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali hanno chiarito che il funzionario o dirigente pubblico che presiedono la commissione di conciliazione o sottoscrivono la proposta conciliativa, sono esenti da responsabilità amministrativa, contabile o disciplinare, salvo che per i casi di dolo o colpa grave⁵²⁶.

Oltre a quella in sede amministrativa, in materia di lavoro sono previste altre forme di conciliazione⁵²⁷: *a)* il tentativo di *conciliazione in sede sindacale* ex art. 412 *ter*, da svolgersi presso le sedi e con le modalità stabilite dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. In tal caso, secondo l'opinione preferibile, si applica la procedura di *exequatur* prevista in tema di conciliazione amministrativa⁵²⁸; *b)* il tentativo di conciliazione, di carattere obbligatorio, da svolgersi presso le commissioni di certificazione ex art. 76, d.lgs. n. 276/2003⁵²⁹; *c)* il potere del giudice ex art. 420 c.p.c., comma 1 (udienza di discussione della causa) di interrogare liberamente le parti e di tentare la conciliazione della lite mediante la formulazione di una proposta conciliativa o transattiva, il cui rifiuto senza

⁵²⁵ Art. 411 c.p.c., comma 2.

⁵²⁶ P. STERN, *op. cit.*, p. 129.

⁵²⁷ A. MARANO, *op. cit.*, pp. 278 - 279.

⁵²⁸ E. VULLO, *op. cit.*, p. 57.

⁵²⁹ Decreto legislativo 10 Settembre 2003, n. 276 - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30.

giustificato motivo integra comportamento valutabile ai fini del giudizio *ex art. 116 c.p.c.*; *d*) il tentativo di conciliazione innanzi al collegio di conciliazione e arbitrato irrituale *ex art. 412-quater*.

A tale ipotesi si aggiungono: *e*) la procedura, sopra descritta, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, da ultimo *f*) la c.d. conciliazione standard o agevolata *ex d.lgs. n. 23/2015*⁵³⁰.

La *conciliazione standard o agevolata* si applica nei casi di licenziamento intimato nei confronti dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

A differenza di quanto effettuato dalla legge Fornero (legge n. 92/2012), il legislatore distingue la nuova normativa sul licenziamento rispetto a quella precedente sulla base di un criterio sostanziale (anziché cronologico), ovverosia non in base alla data del licenziamento, ma sulla scorta dell'assunzione del lavoratore con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti⁵³¹.

Tale contratto, a sua volta, non integra un nuovo tipo legale di contratto di lavoro, bensì un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato, per il quale, e solo per i lavoratori assunti con tale formula, è previsto un nuovo regime sanzionatorio in caso di licenziamento⁵³².

Il metodo ADR qui esaminato è facoltativo, nonché rimesso ad una iniziativa del datore di lavoro. Dispone, infatti, l'art. 6, d.lgs. n. 23/2015 che il datore di lavoro può - entro il termine di sessanta giorni dall'intimazione

⁵³⁰ Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 - Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Cfr. A. MARANO, *op. cit.*, p. 269.

⁵³¹ P. STERN, *op. cit.*, p. 132. La dottrina si è mostrata critica sulla scelta di questo criterio distintivo.

⁵³² G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi: Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo-A. Perulli, Torino, 2015, pp. 51-52.

del licenziamento - formulare un'offerta ai lavoratori assunti con contratto indeterminato a tutele crescenti pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque compresa tra due e diciotto mensilità, per le imprese con più di quindici dipendenti. L'offerta è, invece, pari a mezza mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque compresa tra una e sei mensilità, per le imprese fino a quindici dipendenti (art. 9, d.lgs. cit.)⁵³³.

Ai fini del procedimento, l'art. 6 d.lgs. cit. rinvia alle norme procedurali che individuano le sedi presso cui deve avvenire la conciliazione, *i.e.* innanzi all'autorità giudiziaria, alla commissione istituita presso le DTL, al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale, alle apposite commissioni di certificazione del rapporto di lavoro o a quelle previste dai contratti collettivi⁵³⁴.

L'offerta è formulata mediante la consegna al lavoratore di un assegno circolare, e non è assoggettata né ad imposizione fiscale né a contribuzione previdenziale. Se il datore di lavoro offre un importo superiore alle diciotto mensilità, l'offerta è valida ma non gode delle predette esenzioni con riguardo al "maggior importo" accordato.

L'accettazione dell'assegno da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione dello stesso. E' ammessa, tuttavia, l'eventuale azione giudiziale per rivendicare differenze retributive⁵³⁵.

In caso di non accettazione dell'assegno, il lavoratore può impugnare il licenziamento in via stragiudiziale entro sessanta giorni dalla comunicazione

⁵³³ A. MARANO, *op. cit.*, p. 270.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 272.

⁵³⁵ P. STERN, *op. cit.*, p. 133.

dello stesso, ovvero può adire le vie legali. Resta ferma, inoltre, la possibilità per le parti di ricorrere ad ogni altra modalità di definizione *ex lege* della controversia.

26.2 (Segue) L'arbitrato materia di lavoro

Ai fini della risoluzione di una controversia di lavoro, le parti possono anche ricorrere all'istituto dell'arbitrato. Fondamentale in materia è l'art. 31, legge n. 183/2010 sul collegato lavoro, il quale ha ridisegnato l'arbitrato in materia, prevedendo quattro diverse tipologie di arbitrato "irrituale", cui deve aggiungersi quella rituale prevista dal codice di procedura civile.

La scelta del legislatore, se da un lato ha notevolmente potenziato l'istituto *de quo*, dall'altro ha tuttavia suscitato perplessità per il numero (eccessivo) di forme di arbitrato⁵³⁶, la quale potrebbe generare confusione e, quindi, disincentivare il ricorso a tale strumento ADR.

Ex art. 412 c.p.c., le parti possono «in qualunque fase del tentativo di conciliazione, o al suo termine in caso di mancata riuscita, indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore, e possono accordarsi per la risoluzione della lite, affidando alla commissione di conciliazione il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia». Nell'attribuire il mandato agli arbitri, le parti devono, indicare il termine per l'emanazione del lodo, che non può comunque superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, spirato il quale l'incarico deve intendersi revocato; inoltre, possono deferire agli arbitri il compito di decidere secondo equità (art. 410 c.p.c.).

⁵³⁶ E. VULLO, *op. cit.*, pp. 67-68.

Il lodo emanato a conclusione della procedura arbitrale, sottoscritto dagli arbitri ed autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113, quarto comma, c.c., con ciò confermando la natura “irrituale” dell’istituto e, quindi, contrattuale del lodo⁵³⁷. Sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale irrituale, decide in unico grado il tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Quanto alle altre forme arbitrali, l’art. 812 *ter* c.p.c. prevede il c.d. arbitrato sindacale, anch’esso irrituale, per cui il codice rinvia alla regolamentazione contenuta nei contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

Altra forma di arbitrato è dettata dall’art. 412-*quater* c.p.c., che consente alle parti di proporre la lite innanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale, il quale è composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un presidente scelto dagli arbitri di parte.

Quarta, ed ultima, forma di arbitrato di lavoro irrituale è prevista dall’art. 31, comma 12, legge n. 183/2010 sul collegato lavoro, che consente alle parti di definire la controversia innanzi a camere arbitrali costituite dagli organi di certificazione.

L’art. 31 cit., commi 10 e 11, dispone, infine, la possibilità per i contratti collettivi ed individuali di lavoro di contenere clausole compromissorie intese a definire controversie di lavoro in sede arbitrale, secondo le procedure di cui agli artt. 412 c.p.c. e 412-*quater* c.p.c.

La clausola compromissoria può essere inserita nel contratto individuale di lavoro solo se (i) certificata, a pena di nullità, innanzi alle commissioni di certificazione e (ii) prevista dai contratti interconfederali o

⁵³⁷ A. SIROTTI GAUDENZI, *op. cit.*, p. 355.

collettivi di lavoro. Essa, inoltre, non può riguardare controversie attinenti alla risoluzione dei contratti di lavoro.

27. ADR in materia tributaria

Negli ultimi anni, il legislatore è più volte intervenuto per ampliare gli strumenti deflattivi del contenzioso tributario, allo scopo sia di semplificare il rapporto tra Amministrazione finanziaria e contribuenti sia di ridurre il contenzioso. Nelle pagine che seguono, l'analisi si focalizzerà sugli istituti della mediazione tributaria e della conciliazione giudiziale. Essi rappresentano solo due dei numerosi strumenti deflattivi previsti dall'ordinamento, tra i quali si segnala l'accertamento con adesione⁵³⁸.

La *mediazione tributaria* è stata introdotta dall'art. 39, comma 9, d.l. n. 98/2011, che ha inserito l'art. 17-*bis* nel d.lgs. n. 546/1992⁵³⁹, a sua volta modificato dall'art. 9, comma 1, lett. l), d.lgs. n. 156/2015⁵⁴⁰.

⁵³⁸ L'accertamento con adesione è un procedimento attivabile su iniziativa del contribuente o dell'Agenzia delle Entrate, con cui si consente al contribuente di definire le imposte dovute, evitando così la controversia tributaria. Trattasi, in sostanza, di un accordo tra le suddette parti, che può essere concluso sia prima che dopo l'emissione di un avviso di accertamento, purché il contribuente non esperisca il ricorso innanzi al giudice tributario. Sul tema cfr., *ex multis*, M. BRUZZONE-C. GLENDI, *L'accertamento con adesione*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, n. 12, Milano, p. 1000; G. ACCIARO-L.C. MAZZONE, *Definizione delle liti tributarie tramite accertamento con adesione o conciliazione giudiziale*, in *Contab. fin. e contr.*, 2014, *Ilsole24ore*, p. 50.

⁵³⁹ Decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 - Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 legge 30 dicembre 1991, n. 413.

⁵⁴⁰ Decreto Legislativo 24 settembre 2015, n. 156 - Misure per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario, in attuazione degli articoli 6, comma 6, e 10, comma 1, lettere a) e b), legge 11 marzo 2014, n. 23.

Trattasi di un metodo ADR eventualmente esperibile all'interno della procedura di reclamo, al fine di addivenire ad una soluzione stragiudiziale della controversia insorta con l'Amministrazione finanziaria.

L'art. 17-*bis* cit. dispone che «per le controversie di valore non superiore a ventimila euro, il ricorso produce “anche” gli effetti di un reclamo e “può” contenere una proposta di mediazione con rideterminazione dell'ammontare della pretesa».

Sul punto, vi è da dire che prima della riforma introdotta dal recente d.lgs. n. 156/2015⁵⁴¹, per gli accertamenti emessi dall'ente impositore di valore sino a ventimila euro, era necessario presentare il reclamo, che costituiva pertanto una condizione di ammissibilità del ricorso giurisdizionale. La novella del 2015 stabilendo, invece, che “il reclamo produce anche gli effetti del ricorso”, riconosce la natura processuale del reclamo. Il reclamo, in altri termini, altro non è che un ricorso, in cui devono essere presenti, a pena di inammissibilità, tutti i requisiti previsti per la formazione di tale atto⁵⁴².

Ex art. 19, d.lgs. n. 546/1992, sono atti mediabili, *inter alia*, l'avviso di accertamento, l'avviso di liquidazione, il ruolo e il provvedimento che irroga le sanzioni. Per converso, non sono oggetto di mediazione, in via di principio, le cartelle di pagamento, il fermo di beni mobili registrati e l'iscrizione di ipoteca sugli immobili⁵⁴³.

⁵⁴¹ Le disposizioni del d.lgs. n. 156/2015 si applicano ai procedimenti di mediazione pendenti alla data del 1° gennaio 2016.

⁵⁴² N. CIPRIANI, *Reclamo e mediazione: dal 1° gennaio cambiano le regole*, in *Fisco7.it*, dicembre 2015.

⁵⁴³ Cfr., *amplius*, G. ANTICO, *Strumenti deflattivi del contenzioso tributario*, S. Arcangelo di Romagna, 2013, p. 131. In relazione agli atti riscossivi, cfr. pp. 132-133.

La mediazione, in ogni caso, è ammessa per le controversie fino a ventimila euro di valore. Se la controversia ha ad oggetto le sanzioni, il valore della lite è dato dalla somma di queste ultime⁵⁴⁴.

Quanto alla parte resistente nell'eventuale giudizio, significativa è la novità introdotta nel 2015. Mentre in passato, infatti, la mediazione era riservata alle sole cause dell'Agenzia delle Entrate, il legislatore ha ora esteso l'istituto a tutte le controversie tributarie, anche se parte in giudizio sia un ente impositore diverso dall'Agenzia delle Entrate, ad es. un ente locale, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, ovvero l'agente o il concessionario privato della riscossione⁵⁴⁵. Per le controversie così individuate, il contribuente, come detto, può inserire nel ricorso una proposta di mediazione con "rideterminazione" del *quantum* della pretesa.

Una volta presentato il ricorso alla Direzione provinciale o regionale da cui dipende l'ufficio che ha emanato l'atto, si apre il procedimento amministrativo avente la durata di novanta giorni, in cui l'ente impositore esamina il reclamo e l'eventuale proposta di mediazione.

Durante la pendenza del procedimento, e cioè a decorrere dalla notifica del ricorso e nei successivi novanta giorni⁵⁴⁶, l'azione giudiziaria non è procedibile, nel senso che potrà essere proseguita, mediante la costituzione in giudizio del ricorrente, soltanto alla scadenza del termine previsto per lo svolgimento dell'istruttoria⁵⁴⁷. Inoltre, sono sospesi per legge la riscossione e il pagamento delle somme dovute in base all'atto oggetto di contestazione⁵⁴⁸, fermo restando il pagamento degli interessi dovuti per legge in caso di

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 134. Cfr., *amplius*, circolare n. 9/2012.

⁵⁴⁵ E. MANONI, *Riforma del processo tributario*, in *Quotidianogiuridico.it*, 20 gennaio 2016.

⁵⁴⁶ *Ibidem*.

⁵⁴⁷ Art. 17-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 546/1992.

⁵⁴⁸ E. MANONI, *op. cit.*

mancato accoglimento del reclamo o di mancato perfezionamento della mediazione⁵⁴⁹.

Ricevuta l'istanza del ricorrente, l'ufficio dell'ente preposto procede, in via di principio, come segue: *a)* dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, valuta la fondatezza dei motivi per cui viene chiesto l'annullamento dell'atto impugnato o una rideterminazione della pretesa; *b)* di qui, in assenza di presupposti per l'annullamento dell'atto, prende in considerazione l'eventuale proposta di mediazione dell'istante e, laddove quest'ultima non sia stata presentata, formula, se ne ravvisa i presupposti, una "propria" proposta di mediazione. In tal caso, l'ufficio invita il contribuente al contraddittorio, salvo che non ritenga opportuno formulare immediatamente la propria proposta; *c)* difettando i presupposti per la mediazione, l'ufficio può comunque formulare una proposta di mediazione avente ad oggetto l'intero importo del tributo, per consentire all'istante di beneficiare della riduzione del 35% delle sanzioni. In caso di accordo con l'Amministrazione finanziaria, infatti, le sanzioni amministrative irrogate si applicano nella misura del 35% delle somme irrogabili in rapporto all'ammontare del tributo risultante dalla mediazione. Riduzione che, prima della riforma del 2015, era prevista nel termine del 40%; *d)* in tutte le altre ipotesi, l'ufficio provvede al diniego dell'istanza⁵⁵⁰.

Nelle controversie aventi ad oggetto un atto impositivo o di riscossione, la mediazione si perfeziona con il versamento, entro il termine di venti giorni dalla data di sottoscrizione dell'accordo, delle somme dovute ovvero della prima rata. Nelle controversie aventi ad oggetto la restituzione di somme, la mediazione si perfeziona, invece, con la sottoscrizione di un accordo in cui

⁵⁴⁹ Art. 17-*bis*, comma 8, d.lgs. n. 546/1992.

⁵⁵⁰ G. ANTICO, *op. cit.*, pp. 142-147.

sono indicate le somme dovute con i termini e le modalità di pagamento. L'accordo costituisce, inoltre, titolo per il pagamento delle somme dovute al contribuente⁵⁵¹.

Ciò detto, occorre segnalare i risultati positivi conseguiti dalla mediazione tributaria ai fini della riduzione del contenzioso tributario. Dagli ultimi dati rileva infatti che, grazie all'introduzione di questo istituto, nel periodo 2011-2014 si è avuta una riduzione costante dei ricorsi in primo grado del 30%⁵⁵². Percentuali nettamente inferiori sono quelle riscontrate, invece, nel caso di conciliazione giudiziale, la quale in primo grado si attesta (soltanto) a circa l'1% delle definizioni complessive⁵⁵³.

La *conciliazione giudiziale* è regolata dagli artt. 48 e 48-bis del d.lgs. n. 546/1992. A differenza della mediazione tributaria, la conciliazione giudiziale totale o parziale della lite può aversi in corso di causa, mediante il deposito in giudizio di una istanza congiunta, *i.e.* una proposta di conciliazione che l'altra parte abbia previamente accettato⁵⁵⁴. E' questa la c.d. conciliazione "fuori udienza". Presentata l'istanza congiunta, se la data di trattazione è già fissata e sussistono le condizioni di ammissibilità, la commissione pronuncia sentenza di cessazione della materia del contendere. Se l'accordo conciliativo è parziale, la commissione dichiara con ordinanza la cessazione parziale della materia del contendere e procede all'ulteriore trattazione della causa. La conciliazione si perfeziona, quindi, con la sottoscrizione dell'accordo in cui sono indicate le somme dovute con i termini e le modalità di pagamento⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Art. 17-bis, comma 6, d.lgs. n. 546/1992.

⁵⁵² MEF – Direzione della giustizia tributaria, *Relazione monitoraggio del contenzioso tributario 2014*, p. 6.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁵⁴ E. MANONI, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Art. 48, d.lgs. n. 546/1992.

La conciliazione, inoltre, può avvenire “in udienza”. Ciascuna parte, infatti, può inserire nella domanda di discussione della causa, un’istanza per la conciliazione totale o parziale della controversia⁵⁵⁶. All’udienza la commissione, se sussistono le condizioni di ammissibilità, invita le parti alla conciliazione rinviando eventualmente la causa ad una successiva udienza per il perfezionamento dell’accordo conciliativo. La conciliazione di qui si perfeziona con la redazione del processo verbale in cui sono indicate le somme dovute con i termini e le modalità di pagamento⁵⁵⁷.

Con la riforma del 2015 la conciliazione giudiziale trova applicazione anche per le controversie che si trovano in fase di appello⁵⁵⁸. Inoltre, diversamente dal passato, si prevede la possibilità di conciliare anche le cause tributarie fino a ventimila euro, oppure relative ad operazioni catastali, instaurate a seguito di rigetto dell’istanza di reclamo ovvero di mancata conclusione dell’accordo di mediazione⁵⁵⁹.

28. Crisi da sovraindebitamento e ADR

La persistente crisi economica, associata alla scarsa liquidità, ha determinato negli ultimi anni un incremento dell’indebitamento medio, ossia di quelle situazioni in cui il debito contratto è superiore al reddito disponibile, con conseguente impossibilità per le imprese (ed individui) di ripianare le perdite subite.

⁵⁵⁶ F. VERINI, *La mediazione tributaria*, S. Arcangelo di Romagna, 2014, p. 105.

⁵⁵⁷ Art. 48-bis, d.lgs. n. 546/1992.

⁵⁵⁸ E. MANONI, *op. cit.*

⁵⁵⁹ *Ibidem.*

In questo scenario si innesta la legge n. 3/2012⁵⁶⁰, successivamente emendata con d.l. n. 179/2012 e poi con modifiche minori, che ha introdotto nel nostro ordinamento le c.d. procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, volte ad interrompere o comunque a ridurre l'aggravarsi della situazione debitoria per (piccoli) imprenditori e consumatori. In aggiunta, tali procedure mirano, da un lato, a ridurre il contenzioso civile derivante dall'attività di recupero forzoso dei crediti, dall'altro, ad incentivare la spesa delle piccole e medie imprese per beni di consumo ed investimenti, allineando così la normativa italiana a quella di molti altri paesi dell'Unione europea⁵⁶¹.

Ex art. 6, legge n. 3/2012, per “sovraindebitamento” si intende «la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente». Esso costituisce il presupposto “oggettivo” che legittima l'accesso ai procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

Quanto, invece, ai requisiti soggettivi, l'art. 6 cit. dispone che i procedimenti *de quibus* si applicano a coloro che non sono soggetti né assoggettabili a procedure concorsuali diverse (da tali procedimenti). Si fa riferimento, in concreto, ai c.d. soggetti “non fallibili”, categoria⁵⁶² in cui si fanno rientrare gli imprenditori non aventi i limiti dimensionali di cui all'art.

⁵⁶⁰ Legge 27 gennaio 2012, n. 3 - Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

⁵⁶¹ I.L. NOCERA, *Crisi di impresa – La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Quotidianogiuridico.it*, 29 aprile 2013, p. 1

⁵⁶² L. ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento e Registro ministeriale*, in *Contratti* 6/2015, pp. 625-626.

1, r.d. n. 267/1942 (c.d. legge fallimentare)⁵⁶³, gli imprenditori agricoli, gli imprenditori che hanno cessato la propria attività da più di un anno, le *start-up* innovative⁵⁶⁴, i professionisti e le società tra professionisti, e i consumatori che l'art. 6 cit. definisce, secondo la tradizionale accezione, come le persone fisiche che hanno assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

E' necessario, altresì, che il debitore sia in qualche modo "meritevole"⁵⁶⁵, cioè non abbia fatto ricorso alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento nei cinque anni precedenti, non abbia subito procedimenti di revoca, risoluzione o annullamento degli accordi omologati ex artt. 14 e 14 *bis* legge cit., ed abbia fornito tutta la documentazione che consente di ricostruire compiutamente la sua situazione economica e patrimoniale⁵⁶⁶.

In presenza di tali requisiti, il legislatore mette a disposizione del debitore che si trova in uno stato di sovraindebitamento tre procedure di composizione della crisi, grazie alle quali egli, anziché attendere la procedura esecutiva dei creditori, può attivarsi e proporre soluzioni alternative per il ripianamento dei propri debiti⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Regio decreto, 16 marzo 1942, n. 267, art. 1, il quale stabilisce determinati limiti di attivo, passivo e ricavi ai fini dell'assoggettabilità di un'impresa a fallimento e concordato preventivo. Cfr. L. ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi*, cit.

⁵⁶⁴ Cfr. Legge n. 221/2012. Per "start-up innovativa", si intende la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, che ha quale oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o di servizi innovativi ad alto tasso di tecnologia. Essa può essere di diritto italiano oppure una società europea ma residente fiscalmente in Italia.

⁵⁶⁵ L. ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi*, cit., p. 626.

⁵⁶⁶ Art. 7, comma 2, legge n. 3/2012.

⁵⁶⁷ L. ANSALDI, *Organismi di composizione della crisi*, cit., p. 625.

Le procedure in questione sono: (i) l'accordo del debitore non fallibile, (ii) il piano del consumatore e (iii) la liquidazione del patrimonio del debitore. Di queste, mentre la seconda è esclusivamente riservata ai consumatori, la prima e la terza sono utilizzabili sia da questi ultimi che dagli imprenditori non fallibili⁵⁶⁸.

Inoltre, come di recente confermato dalla giurisprudenza di merito⁵⁶⁹, la prima e la seconda procedura sono alternative a quella di liquidazione del patrimonio del debitore. Ciò è desumibile da vari passaggi della legge n. 3/2012, tra cui, si annoverano, ad esempio, (a) l'art. 14 *ter*, comma 1, legge cit., secondo cui il debitore può chiedere la liquidazione di tutti i suoi beni «in alternativa alla proposta per la composizione della crisi [...]», ovvero b) l'art. 7, comma 2, lett. b), richiamato dall'art. 14 *ter*, comma 1, legge cit., secondo cui la proposta di accordo o (la proposta di piano) è inammissibile quando il debitore ha fatto ricorso nei cinque anni precedenti «ai procedimenti di cui al presente capo», il che significa dire che se è stata avviata la procedura di liquidazione del patrimonio, per cinque anni dalla chiusura di detta procedura il debitore non può chiedere l'omologazione dell'accordo (o del piano)⁵⁷⁰.

Sotto il profilo procedurale, il debitore in stato di sovraindebitamento può proporre ai creditori, con l'ausilio degli organismi di composizione delle crisi ex art. 15 legge cit., un accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti sulla base di un piano che, assicurato il regolare

⁵⁶⁸ Il debitore che riveste anche la qualità di consumatore, può ricorrere alla prima o alla seconda procedura, *i.e.* può scegliere tra la proposta di accordo con i creditori e la proposta di piano di risanamento dei propri debiti, I.L. NOCERA, *Crisi di impresa*, p. 2.

⁵⁶⁹ Trib. Massa decreto 20 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015, n. 11, p. 1222 ss., con nota di F. MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod. ed integr.*, p. 1226.

⁵⁷⁰ *Ibidem*.

pagamento dei titolari di crediti impignorabili *ex art. 545 c.p.c.*, preveda scadenze e modalità di pagamento dei creditori, riporti le eventuali garanzie rilasciate per l'adempimento dei debiti ed indichi le modalità per l'eventuale liquidazione dei beni⁵⁷¹.

Non è necessario prevedere l'integrale soddisfazione dei creditori muniti di pegno, ipoteca o privilegio, essendo sufficiente prevedere per essi un pagamento non inferiore a quello realizzabile con la liquidazione dei beni oggetto di garanzia alle condizioni di mercato. Valore di mercato che deve essere attestato dall'organismo di composizione.

Il piano può anche prevedere l'affidamento del patrimonio del debitore ad un gestore della crisi nominato dal tribunale, per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori, da individuarsi in un professionista in possesso dei requisiti *ex lege*⁵⁷².

La proposta di accordo o di piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri. Inoltre, se i beni e i redditi del debitore non sono sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo o del piano del consumatore, la proposta va sottoscritta da uno o più terzi che consentano il conferimento, anche in garanzia, di redditi o beni sufficienti per assicurarne l'attuabilità⁵⁷³.

La proposta di accordo è depositata presso il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore; per il consumatore vale solo quello di residenza. Vanno depositati, insieme alla proposta, l'elenco di tutti i creditori, con l'indicazione delle somme dovute, di tutti i beni del debitore e degli eventuali atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni, corredati delle

⁵⁷¹ Art. 7, comma 1, legge n. 3/2012.

⁵⁷² *Ibidem*.

⁵⁷³ Art. 8, commi 1 e 2, legge n. 3/2012.

dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni e dell'attestazione sulla fattibilità del piano, nonché l'elenco delle spese correnti necessarie al sostentamento suo e della sua famiglia⁵⁷⁴.

In caso di svolgimento dell'attività di impresa, vanno altresì depositate le scritture contabili degli ultimi tre esercizi, mentre in caso di proposta di piano del consumatore è altresì allegata una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi che deve contenere i requisiti di cui all'art. 9, comma 3-*bis*, legge cit.

Se la proposta soddisfa i requisiti di legge, il giudice fissa immediatamente con decreto l'udienza, disponendo la trasmissione del piano a tutti i creditori. E' prevista una procedura veloce, tant'è che l'udienza deve comunque tenersi entro sessanta giorni dal deposito del piano⁵⁷⁵.

Con riguardo alla prima procedura (accordo con i creditori), i creditori fanno pervenire all'organismo di composizione della crisi una dichiarazione sottoscritta del proprio consenso alla proposta. Ai fini dell'omologazione dell'accordo, è necessario che l'accordo sia raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, laddove i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca dei quali la proposta prevede l'integrale pagamento non sono computati ai fini del raggiungimento della maggioranza e non hanno diritto di esprimersi sulla proposta, salvo che non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione⁵⁷⁶.

Il giudice omologa l'accordo e ne dispone l'immediata pubblicazione quando, risolta ogni altra contestazione, ha verificato il raggiungimento della predetta percentuale, nonché l'idoneità del piano ad assicurare il pagamento

⁵⁷⁴ Art. 9, comma 2, legge n. 3/2012.

⁵⁷⁵ Art. 10, comma 1, legge n. 3/2012.

⁵⁷⁶ Art. 11, comma 2, legge n. 3/2012.

integrale dei crediti impignorabili e degli altri crediti da soddisfare *ex lege*⁵⁷⁷. L'accordo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al momento in cui è stata eseguita la pubblicità, così come disposta dal giudice.

Gli effetti obbligatori dell'accordo vengono meno in caso di risoluzione dello stesso, in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili e degli altri creditori estranei all'accordo, o ancora in caso di sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore⁵⁷⁸.

Quanto alla seconda procedura (c.d. piano del consumatore), vi è da dire che, a differenza dell'accordo che presuppone il consenso di una maggioranza di creditori, il piano del consumatore ex art. 12-*bis*, legge n. 3/2012, richiede esclusivamente l'omologazione dell'autorità giudiziaria⁵⁷⁹.

A tal fine, il giudice verifica la fattibilità e l'idoneità del piano del consumatore, quindi l'assenza sia di contestazioni da parte dei creditori sia del fatto che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, ovvero che abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. In caso di esito positivo, il giudice dispone la pubblicità dell'accordo⁵⁸⁰.

Se per la soddisfazione dei crediti sono utilizzati beni sottoposti a pignoramento ovvero se ciò è previsto dall'accordo o dal piano del consumatore, il giudice nomina un liquidatore che dispone in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ Art. 12, comma 2, legge n. 3/2012.

⁵⁷⁸ Art. 12, comma 2, legge n. 3/2012.

⁵⁷⁹ R. TISCINI, *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 651.

⁵⁸⁰ Art. 12-*bis*, comma 3, legge n. 3/2012.

⁵⁸¹ Art. 13, comma 1, legge n. 3/2012.

Come accennato, “in alternativa” alla proposta di accordo o di piano, il debitore in stato di sovraindebitamento che non sia soggetto fallibile e che non abbia fatto ricorso a procedure di gestione nei cinque anni precedenti, può chiedere al tribunale competente la liquidazione di tutti i suoi beni⁵⁸². Se la domanda viene accolta, il giudice nomina il liquidatore, cui farà seguito l’inventario dei beni, la formazione dell’elenco dei creditori e quindi le operazioni di liquidazione in senso stretto.

Il giudice dispone altresì la conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione del patrimonio, in talune ipotesi di cessazione degli effetti dell’omologa del piano del consumatore, ovvero di annullamento o risoluzione dell’accordo (art. 14-*quater*, legge n. 3/2012).

Significativo è, al riguardo, il beneficio della liberazione dei debiti residui (c.d. esdebitazione) previsto a favore del debitore persona fisica nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti, qualora, in via di principio, abbia cooperato positivamente al regolare ed efficace svolgimento della procedura, non abbia subito determinate condanne penali e non abbia posto in essere atti o comportamenti fraudolenti nei confronti dei creditori.

Nel complesso, può dirsi che il ruolo centrale nella gestione delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento viene espletato dagli organismi di composizione e dai gestori della crisi di sovraindebitamento (che agiscono su incarico degli organismi o del tribunale).

Trattasi di soggetti imparziali ed indipendenti, aventi in particolare la funzione di: assistere il debitore durante la formulazione della proposta di accordo con i creditori ovvero ai fini dell’elaborazione del piano di

⁵⁸² Art. 14-*ter*, legge n. 3/2012.

risanamento; di verificare la correttezza e la completezza dei dati dell'accordo o del piano e relativa documentazione; di curare le comunicazioni tra il debitore e i creditori; e di sovrintendere alla fase di esecuzione dell'accordo concluso ed omologato dal tribunale, vigilando sull'esatto adempimento dello stesso.

Ex art. 15, legge cit. 3/2012, possono costituire organismi per la composizione delle crisi da sovraindebitamento enti pubblici dotati di determinati requisiti di indipendenza e di professionalità. Gli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio e gli ordini professionali degli avvocati, dei commercialisti ed esperti contabili e dei notai sono, invece, iscritti di diritto, a semplice domanda, nel registro degli organismi tenuto presso il Ministero della giustizia. In tale registro, recentemente istituito dal d.m. n. 202/2014, vengono riportati gli organismi autorizzati a gestire e comporre le crisi da sovraindebitamento.

29. ADR e Pubblica Amministrazione

Il legislatore italiano ha gradualmente potenziato il sistema di risoluzione alternativa delle controversie anche nell'ambito dei rapporti con la Pubblica Amministrazione (P.A.). In tal modo, esso mira, da un lato, ad offrire a cittadini ed imprese metodi di definizione delle liti rapidi, economici ed efficaci, dall'altro, a ridurre i costi legati ai contenziosi cui prendono parte le amministrazioni pubbliche, ottenendo così risorse da poter reinvestire in altri settori.

Nell'analisi effettuata qui di seguito, si prendono in considerazione i recenti metodi ADR *interest-based* messi a disposizione delle imprese, e non

solo, in relazione a controversie intercorse con le Pubbliche Amministrazioni che agiscono *iure privatorum*. Verrà, inoltre, approfondito l'istituto dell'arbitrato in materia.

In tema di negoziazione assistita, l'art. 2, comma 1-*bis*, d. l. n. 132/2014, prevede l'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di «affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura», laddove per «amministrazioni pubbliche» si intendono quelle di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001⁵⁸³, ossia «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (Aran) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

Secondo le prime opinioni, la P.A. ha in tal caso l'obbligo di far predisporre la convenzione dall'Avvocatura dello stato, ove presente. Quest'ultima, a sua volta, non ha l'obbligo di essere presente in sede procedimentale, vista la possibilità per la P.A. di conferire mandato anche a professionisti scelti dal libero foro⁵⁸⁴.

⁵⁸³ Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 - Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

⁵⁸⁴ *Negoziazione assistita: convenzione facoltativa*, in *Dirittoegiustizia.it*, cfr. http://www.dirittoegiustizia.it/allegati_sp/23/0000068322/Negoziazione_assistita_convenzione_facoltativa.html#_ftnref2.

Con riguardo al trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti, l'art. 1, comma 1, d.l. n. 132/2014 cit. prevede che per le liti fino a cinquantamila euro in materia di responsabilità extracontrattuale o relative al pagamento di somme di denaro in cui sia parte del giudizio una P.A., la domanda di arbitrato può essere presentata solo dal privato, e si intende in ogni caso accettata dalla controparte, salvo che la P.A. esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla domanda medesima. Tale disposizione costituisce un'eccezione al principio generale secondo cui è necessaria, invece, un'istanza "congiunta" delle parti (private) per determinare il trasferimento della causa in sede arbitrale⁵⁸⁵.

In tema di mediazione civile e commerciale *ex d.lgs. n. 28/2010*, di assoluto rilievo è la circolare n. 9/2012 del Dipartimento di funzione pubblica della Presidenza del consiglio dei ministri⁵⁸⁶, la quale ha chiarito diverse questioni interpretative in materia. Si riportano qui di seguito i principali passaggi.

Primo, la normativa in tema di mediazione civile e commerciale non esclude dal suo ambito applicativo le Pubbliche Amministrazioni. Ciò è desumibile dalla stessa Direttiva 2008/52/CE sulla mediazione (cui il d.lgs. n. 28/2010 ha dato attuazione), la quale non trova applicazione in materia fiscale, doganale e amministrativa, né con riguardo alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri autoritativi (c.d. *acta iure imperii*)⁵⁸⁷. Ragionando *a contrario*, rientrano nel novero delle controversie *ex d.lgs. n. 28/2010* (soltanto) quelle liti che implicino la

⁵⁸⁵ G. BALENA, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸⁶ Circolare del 10 agosto 2012, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica, p. 2.

⁵⁸⁷ *Ibidem*.

responsabilità della P.A. per atti di natura non autoritativa (c.d. *acta iure privatorum*)⁵⁸⁸.

Secondo, le predette controversie sono risolvibili non solo mediante la netta demarcazione tra torti e ragioni di ciascuno, ma anche per mezzo di accordi amichevoli tra privati e P.A. che tendano a ridefinire, grazie alla mediazione, gli obiettivi, i contenuti e i tempi del rapporto di cooperazione. Mediazione che anche in tale settore può essere sia facilitativa che valutativa⁵⁸⁹.

Terzo, nel caso di controversie di particolare rilievo è opportuno che la P.A. richieda un parere motivato all'Avvocatura dello stato, esponendo le proprie valutazioni sulla controversia. Al di fuori di queste ipotesi, il parere va richiesto laddove la P.A., nella persona del dirigente o del funzionario responsabile, abbia effettuato una motivata valutazione della lite in senso favorevole alla conclusione dell'accordo. L'Avvocatura dello stato, dal canto suo, è tenuta ad intervenire in mediazione solo in ipotesi "assolutamente eccezionali", giustificate dal particolare rilievo della controversia, in ogni caso non sostituendo ma affiancando il rappresentante dell'amministrazione⁵⁹⁰.

Quarto, la rappresentanza della P.A, così come la sottoscrizione dell'accettazione della proposta di conciliazione, sono demandate al dirigente dell'Ufficio dirigenziale generale competente sulla materia oggetto della controversia, o ad altro dirigente a tal fine delegato, o ancora a dipendenti di qualifica non dirigenziale dotati di comprovata e particolare competenza ed esperienza nella materia del contenzioso e in quella a cui afferisce la

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, pp. 9-11.

controversia⁵⁹¹. Quanto, infine, all'organismo di mediazione, a garanzia del principio di economicità, le Pubbliche Amministrazioni devono scegliere quello che comporti minori oneri, anche mediante gara pubblica⁵⁹².

Ciò posto, occorre segnalare la prassi seguita da molte P.A. che evitano di presentarsi in mediazione o comunque di addivenire ad una bonaria composizione alla lite, preferendo persino sostenere i costi maggiori di un giudizio di condanna⁵⁹³. La ragione di tale condotta va ravvisata nel timore di dirigenti e funzionari pubblici di essere eventualmente soggetti ad un giudizio di responsabilità erariale da parte della Corte dei Conti, specie nei casi in cui l'accordo concluso determini l'esborso di somme di denaro o di minori entrate nelle casse erariali⁵⁹⁴.

Sul punto, si segnala una recente sentenza di merito, che ha precisato che l'ente pubblico territoriale che non partecipi senza giustificato motivo al procedimento di mediazione delegata assumendo volontariamente una condotta deresponsabilizzata, (i) rischia di incorrere in responsabilità processuale aggravata, con condanna al risarcimento dei danni, (ii) cui può seguire la trasmissione degli atti alla Procura generale della Corte dei conti per eventuale danno erariale, in quanto il comportamento (non responsabile) dell'ente locale può comportare un aggravamento degli esborsi per cui è risultato soccombente in sentenza⁵⁹⁵.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 11.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 12.

⁵⁹³ F. IZZO, *Brevi note di pubblica amministrazione, transazione, mediazione civile e commerciale*, in *MondoAdr.it*, 13 novembre 2013.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ Trib. Roma sentenza 17 dicembre 2015, n. 25218, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, con commento di M. MARINARO, *Comune assente in mediazione, scatta la responsabilità aggravata*, 21 dicembre 2015.

In tema di attività contrattuale della P.A.⁵⁹⁶, rileva l'istituto dell'*accordo bonario ex art. 240 d.lgs. n. 163/2006* (c.d. codice dei contratti pubblici)⁵⁹⁷. L'accordo bonario è lo strumento che, in presenza di determinati requisiti, deve essere attivato dalle stazioni appaltanti pubbliche per cercare di addivenire ad un componimento bonario delle controversie che possono emergere durante lo svolgimento di contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, opere, servizi e forniture⁵⁹⁸.

L'accordo bonario costituisce una condizione imprescindibile per poter attivare l'eventuale procedimento arbitrale⁵⁹⁹. L'inosservanza di tale adempimento determina, tuttavia, una improcedibilità solo temporanea della domanda di arbitrato, nel senso che l'arbitrato può instaurarsi una volta decorso il termine di novanta giorni entro cui la stazione appaltante deve formulare la proposta motivata di accordo bonario. Da tale combinazione di metodi ADR risulta chiara l'intenzione del legislatore di favorire una rapida soluzione delle controversie in un settore così importante per l'economia, anche mediante una maggior responsabilizzazione dei soggetti coinvolti nei relativi procedimenti⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Per una più approfondita disamina dei metodi ADR e delle altre tecniche compositive operanti in tema di appalti pubblici comunitari, cfr., *amplius*, S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *Tecniche compositive delle controversie degli appalti pubblici comunitari*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di) G. Alpa, Torino, 2013, pp. 1241-1293.

⁵⁹⁷ 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.

⁵⁹⁸ M. DE PAOLIS, *Accordo bonario nell'attività contrattuale della PA*, in *AziendaItalia*, 2015, p. 591; S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1272.

⁵⁹⁹ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, pp. 1273-1274.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

Il presupposto per l'instaurazione del procedimento di accordo bonario è dato dalla previa iscrizione di riserve⁶⁰¹ sui libri contabili, in modo tale che l'importo economico dell'opera pubblica da realizzare possa subire una variazione sostanziale e in ogni caso non inferiore al 10% dell'importo dedotto nel contratto di appalto.

Il procedimento dell'accordo bonario si sviluppa in modo articolato secondo tre fasi (propulsiva di avvio, istruttoria e decisoria) disciplinate dall'art. 240, d.lgs. n. 163/2006⁶⁰². Nella fase iniziale, il direttore dei lavori è tenuto a comunicare, nel più breve tempo possibile, al responsabile unico del procedimento le riserve-pretese avanzate dall'impresa appaltatrice⁶⁰³.

Nella fase istruttoria, fondamentale è il ruolo svolto dal responsabile del procedimento, cui spetta di valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle predette riserve-pretese, nonché di verificare che il loro *quantum* non sia inferiore al 10% dell'importo contrattuale complessivo⁶⁰⁴.

La fase decisoria, infine, può sfociare in due procedimenti alternativi: *i)* per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro, il responsabile del procedimento promuove la costituzione di un'apposita commissione, affinché formuli - acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo - proposta motivata di accordo bonario⁶⁰⁵; *(ii)* per gli appalti e le concessioni di importo inferiore a dieci milioni di euro, la costituzione della commissione da parte

⁶⁰¹ Nella contabilità dei lavori per appalti di opere pubbliche, sono dette "riserve" le eccezioni che l'appaltatore solleva all'atto della firma del registro di contabilità riguardo ai compensi previsti per le opere contabilizzate, in *Treccani.it*.

⁶⁰² M. DE PAOLIS, *op. cit.*, pp. 591-592.

⁶⁰³ Art. 240, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

⁶⁰⁴ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1276.

⁶⁰⁵ Art. 240, comma 5, d.lgs. n. 163/2006.

del responsabile del procedimento è invece facoltativa, e il responsabile del procedimento può essere un componente della commissione medesima.

La costituzione della commissione può essere altresì promossa dal responsabile del procedimento, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi, al ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione⁶⁰⁶.

Nel caso in cui l'impresa appaltatrice accetti la proposta di accordo bonario, viene redatto verbale a cura del responsabile del procedimento, sottoscritto dalle parti: l'accordo così concluso, ha natura di transazione⁶⁰⁷.

Nel caso inverso, come detto, l'impresa appaltatrice può attivare l'arbitrato di cui all'art. 241, d.lgs. n. 163/2006, previa conferma delle riserve-pretese avanzate⁶⁰⁸.

Da notare, infine, che il procedimento di accordo bonario rientra nella giurisdizione del giudice civile, in quanto si inserisce nella fase di esecuzione del contratto di appalto, la quale non prevede l'esercizio di poteri autoritativi della P.A.⁶⁰⁹. Laddove, invece, il procedimento *de quo* determini l'insorgere di un danno erariale per indebito riconoscimento delle riserve, la giurisdizione spetta alla Corte dei Conti⁶¹⁰.

L'*arbitrato* in tema di contratti pubblici⁶¹¹ è disciplinato dall'art. 241, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi,

⁶⁰⁶ Art. 240, comma 14, d.lgs. n. 163/2006.

⁶⁰⁷ Art. 240, commi 17-18, d.lgs. n. 163/2006.

⁶⁰⁸ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1277.

⁶⁰⁹ M. DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 594.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ Cfr., *amplius*, L. PERFETTI, *Arbitrato e controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. Alpa), Torino, 2013, pp. 1199-1238.

forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli».

Tale disposizione, da un lato, consente all'impresa aggiudicatrice di inserire nel bando o nell'avviso di gara la clausola compromissoria, dall'altro, ammette la possibilità per l'organo di governo della P.A. di negare l'autorizzazione all'arbitrato⁶¹².

L'art. 241, comma 1, cit. è stato riformato dall'art. 1, comma 19, legge n. 190/2012⁶¹³, la quale costituisce, a sua volta, uno dei tanti interventi del legislatore per riformare l'arbitrato in materia di contratti pubblici⁶¹⁴.

In passato, molto si è discusso sul fatto se l'art. 32 legge n. 109/1994⁶¹⁵ (c.d. legge Merloni) come successivamente modificato, avesse introdotto in materia un tipo di arbitrato "obbligatorio". Esso, infatti, sembrava *prima facie* stabilire che l'unico rimedio esperibile in caso di mancato raggiungimento

⁶¹² S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1283; M. DE PAOLIS, *op. cit.*, p. 594.

⁶¹³ Legge 6 novembre 2012, n. 190 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione.

⁶¹⁴ L. SALVATO, *Controversie relative ai contratti pubblici. Arbitrati e P.A., legittime le limitazioni della legge anticorruzione*, in *Quotidianogiuridico.it*, 10 giugno 2015.

⁶¹⁵ Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni) art. 32, comma 1, come sostituito dall'art. 9-bis, d.l. n. 101/95, convertito nella legge n. 216/95 - Legge quadro in materia di lavori pubblici coordinato con le modifiche apportate dalle successive disposizioni normative.

dell'accordo bonario previsto dal precedente art. 31-*bis* fosse quello arbitrale⁶¹⁶.

Sul punto, in dottrina si è evidenziato come l'arbitrato obbligatorio si ponga, in realtà, in contrasto col principio consensualistico tipico di tale istituto, secondo cui l'arbitrato è attivabile solo in base ad una libera scelta delle parti⁶¹⁷. Principio, questo, ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato⁶¹⁸. L'arbitrato, pertanto, non può che essere facoltativo e volontario⁶¹⁹.

L'arbitrato disciplinato *ex art.* 241, d.lgs. n. 163/2006, è un arbitrato rituale fondato sul consenso delle parti. Il collegio arbitrale è composto da tre membri: ciascuna delle parti nomina l'arbitro di propria competenza, mentre il Presidente del collegio viene scelto dalle parti o dagli arbitri di parte⁶²⁰. Gli arbitri sono, in ogni caso, scelti tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce.

Il lodo si considera pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale istituita presso l'Anac (Autorità nazionale anticorruzione) la quale ha assorbito le competenze dell'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, soppressa con il decreto legge n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014⁶²¹. Entro quindici

⁶¹⁶ Art. 32 legge Merloni: «ove non si proceda all'accordo bonario ai sensi dell'art. 31-*bis*, comma 1, e l'affidatario confermi le riserve, la definizione delle controversie è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile».

⁶¹⁷ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1279.

⁶¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro it.* 1996, I, p. 1905; Cons. Stato, IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, in *Foro padano* 2003, I, p. 511.

⁶¹⁹ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, pp. 1279-1282.

⁶²⁰ Art. 241, commi 3, 4, e 5, d.lgs. n. 163/2006.

⁶²¹ Legge 11 agosto 2014, n. 114 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari.

giorni dalla pronuncia del lodo va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti, una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia, da versare alla predetta Autorità⁶²².

Si è sostenuto che l'arbitrato in esame integri un "arbitrato bifronte", vista la sua trasformabilità da arbitrato *ad hoc* in arbitrato amministrato⁶²³. Ciò si evince dal disposto dell'art. 241, comma 15, d.lgs. n. 163/2006, secondo cui «in caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, ad iniziativa della parte più diligente, provvede la Camera arbitrale, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'articolo 242»⁶²⁴.

Da ultimo, occorre segnalare la recente legge-delega n. 11/2016 per la Riforma del codice degli appalti pubblici⁶²⁵, in via di approvazione da parte del Governo, che prevede l'introduzione del capo II denominato "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale" nell'ambito della Parte VI, Titolo I del codice.

Oltre ad una rivisitazione degli istituti della transazione, dell'accordo bonario e dell'arbitrato in materia, la riforma prevede l'introduzione di due nuovi strumenti ADR, *i.e.* il collegio consultivo tecnico e il parere di precontenzioso dell'Anac.

Quanto al *collegio consultivo tecnico*, al fine di "prevenire" controversie relative all'esecuzione del contratto di appalto, le parti possono

⁶²² Art. 241, comma 9, d.lgs. n. 163/2006.

⁶²³ S.M. CARBONE-A. TARAMASSO, *op. cit.*, p. 1285.

⁶²⁴ Art. 242 d.lgs. n. 163/2006 - Camera arbitrale e albo degli arbitri.

⁶²⁵ Legge 28 gennaio 2016, n. 11 - Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (Riforma codice degli appalti).

convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso⁶²⁶.

Tale collegio è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. Le parti scelgono tali membri di comune accordo, ovvero possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo sia scelto dai due componenti di nomina di parte. In ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti⁶²⁷.

Ove sorgano controversie, il collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti ed altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. Ad esito della propria attività, il collegio formula una proposta scritta, non vincolante, di soluzione della disputa, dando sintetico atto della motivazione.

In caso di accettazione della proposta, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del collegio consultivo e costituisce prova dell'accordo sul suo contenuto. L'accordo sottoscritto vale come transazione. In caso di mancata composizione della lite, i componenti del collegio consultivo non possono essere chiamati quali testimoni nell'eventuale giudizio civile avente ad oggetto la medesima lite⁶²⁸.

L'altra novità è costituita dal *parere di precontenzioso dell'Anac*. Secondo tale istituto, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più

⁶²⁶ Art. 207 del "nuovo" testo del codice degli appalti pubblici in caso di approvazione della legge-delega n. 11/2016.

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ *Ibidem*.

delle altre parti, l'Anac esprime un parere in relazione a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. Il parere non è vincolante. Tuttavia, se l'altra parte acconsente preventivamente, il parere, purché adeguatamente motivato, obbliga le parti ad attenersi a quanto in esso stabilito⁶²⁹.

⁶²⁹ Art. 211, comma 1, del “nuovo” testo del codice degli appalti pubblici in caso di approvazione della legge-delega n. 11/2016.

CONCLUSIONI

Negli ultimi anni, si è assistito ad un crescente utilizzo nel nostro Paese dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie. La crisi della giustizia italiana, associata alla persistente crisi economica e di liquidità, ha infatti indotto il legislatore ad individuare e regolamentare nuovi strumenti di definizione delle liti tesi a ridurre il tasso di conflittualità e a rimediare alla lentezza dei processi ordinari.

Recenti dati statistici confermano che l'Italia figura tra i primi paesi europei nella promozione dell'uso dei metodi ADR⁶³⁰, nelle tradizionali forme della mediazione e dell'arbitrato, cui si sono aggiunti nuovi istituti quali quello della negoziazione assistita. Il legislatore italiano è peraltro intervenuto in diverse aree giuridiche, sostenendo la risoluzione alternativa delle controversie non solo nell'ambito del diritto civile e commerciale, ma anche in molti altri settori di attività in cui operano individui ed imprese.

Proprio le imprese, specie nell'attuale fase di stagnazione economica, potrebbero beneficiare dei vantaggi derivanti dall'utilizzo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Nella maggior parte dei casi, rispetto al processo ordinario, i metodi ADR costituiscono infatti un vantaggio per le aziende, in quanto permettono di ottenere una più rapida definizione delle dispute, con costi minori, mediante procedure più flessibili ed un maggior coinvolgimento delle parti. Essendo metodi per natura transnazionali, gli strumenti ADR consentono altresì agli imprenditori di operare in modo più efficace nell'attuale mercato globalizzato e digitale, in cui sempre maggiore è il numero di scambi transfrontalieri di beni e servizi. E ciò fermo restando che la maggior

⁶³⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *EU Justice Scoreboard 2015*, p. 29.

collaborazione tra imprese che potrebbe svilupparsi grazie ai metodi e alle tecniche ADR, potrebbe consentire alle aziende di accrescere il proprio grado di competitività a livello internazionale.

In altri casi, tuttavia, le imprese potrebbero considerare i metodi di risoluzione alternativa delle controversie poco vantaggiosi, e di conseguenza preferire il ricorso in tribunale. Ciò si verifica, ad esempio, quando l'azienda non ha alcuna intenzione di addivenire ad un accordo e/o di salvaguardare il rapporto con la controparte; quando preferisce beneficiare delle garanzie procedurali del processo ordinario o, ancora, quando intende conseguire una sentenza che costituisca un precedente cui richiamarsi.

Molto si è discusso, inoltre, sulla necessità di prevedere l'obbligatorietà *ante causam* di alcuni metodi ADR. Al di là della posizione che si assume al riguardo, ciò che rileva è che, terminata una prima fase di sperimentazione, in un'ottica futura imprese ed individui non considerino soltanto il processo come metodo di risoluzione delle controversie, ma siano messi nelle condizioni di effettuare una scelta consapevole e ben informata tra i diversi metodi di definizione delle liti, valutando i costi ed i benefici dei singoli metodi ADR, ponendoli a confronto tra loro e con lo stesso processo.

Va da sé che per realizzare pienamente tale obiettivo, è fondamentale radicare nel tempo non solo nei cittadini, ma anche negli avvocati, nei magistrati e negli altri operatori del diritto una conoscenza approfondita dei metodi ADR, i quali possono costituire efficaci strumenti a completamento del sistema giurisdizionale, nella misura in cui anche il processo diventi maggiormente efficiente.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Milano, p. 48
- AARON M.C., *Finding settlement with numbers, maps and trees*, in *The Handbook of Dispute Resolution*, (a cura di) M.L. Moffitt-R.C. Bordone, New Jersey, 2012, cap. 13
- ACCIARO G.-MAZZONE L.C., *Definizione delle liti tributarie tramite accertamento con adesione o conciliazione giudiziale*, in *Contab. fin. e contr.*, 2014, *Ilsole24ore*, p. 50
- ACONE M., *Traslatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volontariamente pilatesca?*, in *Foro it.*, 2013, p. 2697 ss.
- ALBERTO R., *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1094
- ALBRIGHT M., *The advantages and disadvantages of ADR*, 2012
- ALESINA A.- GIAVAZZI F., *Giustizia lenta, imprese piccole*, in *Corriere.it*
- ALIBEKOVA A.-CARROW R., *International Arbitration and Mediation - From the Professional's Perspective*; Raleigh, 2007, p. 40

- ALPA G. - DANOVÌ R. (a cura di) *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, VII ed., 2014, pp. 297-298
- ANSALDI L., *Mercato europeo, e-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, in *I contratti* 6/2013, pp. 641-643
- ANSALDI L., *Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento e Registro ministeriale*, in *Contratti* 6/2015, pp. 625-626
- ANTICO G., *Strumenti deflattivi del contenzioso tributario*, S. Arcangelo di Romagna, 2013, *passim*
- ANTONUCCI A., *Diritto delle Banche*, Milano, p. 341
- ATLAS N.F.- UBER S.K.- TRACHTE-HUBER E.W., *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*, Chicago, 2000, p. 152 ss.
- AULETTA F., *Arbitro Bancario Finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Società*, 2011, p. 83
- BAILEY J., *Construction Law*, Abingdon, 2014, p. 1431
- BALENA G., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato: Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, in *Foro.it*, 2015, 1, pp. 17-18
- BANCA D'ITALIA, *Accordo tra la Banca d'Italia e il Ministero della giustizia*, 18 maggio 2015

BANCA D'ITALIA, *Considerazioni finali – Assemblea ordinaria dei partecipanti - Anno 2010*, 31 maggio 2011, p. 14

BANDINI A., *Gli strumenti di ADR: una risorsa per le imprese*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, pp. 170-174

BARISON L., *Un'indagine statistica sull'impugnazione del lodo arbitrale nazionale*, in *Riv. arb.*, 2015, pp. 403-405

BARIZZA M., *La Direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Studium iuris*, 2012, p. 263

BATTISTELLA L.- TROMMACCO F., *Mediazione ed usucapione: il punto sulla trascrizione dell'accordo conciliativo*, in *Altalex.it*, 2014

BELLEY J. G., *Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile*, in *McGill Law Journal*, 46, 2000-01, p. 317

BENIGNI E., *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Dir. proc. civ.* 2015, pp. 645-646

BERTI F., *Per una sociologia della comunità*, Milano, 2005, p. 121

BESSO C., *L'attuazione della Direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 863 ss.

BESSO C., *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, p. 8

- BIARELLA L., *Le nuove liti tra consumatori si gestiscono fuori dai tribunali e senza avvocati*, in *Altalex.com*, 3 settembre 2015
- BLOCK D.J.- EPSTEIN M.A., *The Corporate Counsellor's Deskbook*, V Ed., New York, Supplement 2015, pp. 7-14
- BOCCAGNA S., *Translatio iudicii tra giudice arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 2, p. 374
- BOGGIO L., *Mediazione con le organizzazioni*, Milano, 2011, p. 27
- BOLOGNESI R., *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Judicium.it*, 2014, p. 2
- BORGHESI D., *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia civile sventola bandiera bianca?*, in *Judicium.it*, 2014
- BOVE M., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, fasc. 11, p. 473
- BOVE M., *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Le Società*, 11/2013, p. 1239
- BOVE M., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, p. 384.
- BOVE M., *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.* 2013, p. 1107 ss.
- BOVE M.-BRIGUGLIO A.- MENCHINI S.-SASSANI B., *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 81 ss.

BRIGUGLIO A., *L'ottimistico decreto legge sulla degiurisdizionalizzazione ed il trasferimento in arbitrato delle cause civili*, in *Riv. arb.*, 2014, p. 633

BRUNO F. - ROZZI A., *Crisi d'impresa e ristrutturazioni: percorsi tra Banca e Mercato*, Milano, 2010, p. 75

BRUZZONE M.-GLENDI C., *L'accertamento con adesione*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, n. 12, Milano, p. 1000

BUFFONE G., *Il civilista. Mediazione e conciliazione*, Milano, 2010, p. 7

BUFFONE G., *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando - Relazione tenuta alla S.S.M.*, in *MondoAdr.it*, pp. 16-17

BUFFONE G., *La mediazione demandata o disposta dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano*, in *Ilcaso.it*, 2014, pp. 8-10

BUSCEMI A.-DI MEO G.-EVANGELISTI S., *Recepimento delle direttive MIFID. Regole di condotta degli intermediari e tutela degli investitori. Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Milano, p. 17

CAPOBIANCO E., *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, in *Vita notarile*, 2012, n. 1, Palermo, p. 155

CAPOBIANCO E., *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2011, p. 134

- CAPPONI B., *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *Questionegiustizia.it*, 12 settembre 2014
- CARADONNA M.- MEZZABOTTA C. - RIVA P., *La mediazione civile*, Milano, 2011, p. 4
- CARBONE S. M.-TARAMASSO A., *Tecniche compositive delle controversie degli appalti pubblici comunitari*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di) G. Alpa, Torino, 2013, pp. 1241-1293
- CARPER D.L. - MCKINSEY, J.A., *Understanding the Law*, Boston, 2011, p. 177
- CARRARA C., *L'arbitrato per attrarre investimenti in Italia*, in *Advisorworld.it*, 22 luglio 2015
- CASSANO G. - NISATI M., *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, 2003, Milano
- CHEARNICK R.- KOLKEY D.M.- REEVES NEAL B., *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*, New York, III Ed., 2012, pp. 230-231
- CHIARAVALLOTI S.- SPADARO G., *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano, 2012, p. 136
- CHIARLONI S., *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1258
- CICERO C., *Transazione*, voce del Digesto civ, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 1059

CIPRIANI N., *Reclamo e mediazione: dal 1° gennaio cambiano le regole*, in *Fisco7.it*, dicembre 2015

COLAVOLPE M.- PROSPERETTI A., *Banche, assicurazioni e gestori di risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009, p. 212

COMMISSIONE EUROPEA, *Competitività industriale degli Stati membri dell'UE: si evidenziano alcuni progressi, ma restano numerose le sfide da affrontare*, 25 settembre 2013

COMMISSIONE EUROPEA, *EU Justice Scoreboard 2015*, p. 29

COMOGLIO L.P., *Mediazione e accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 288 ss.

CONFINDUSTRIA, *Obbligatorietà e professionalità della mediazione per accelerare l'economia*, in *MondoAdr.it*, 6 maggio 2013

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Le clausole arbitrali e l'attività notarile*, Commissione studi di impresa 2005, n. 5856/I, p. 5

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Informazioni di base sul processo civile telematico*

CONSOLO C.- STELLA M., *Il funzionamento dell'Abf nel sistema delle ADR*, in *Banca impresa società*, 2011, p. 21

CONSOLO C., *Codice procedura civile commentato, art. 185-bis*, Milano, 2013, p. 2299

CONSOLO C., *É legge (con poche modifiche) il d.l. sulla “degiurisdizionalizzazione” arbitral-conciliativa, sulle passerelle processuali, sulla grinta esecutiva*, in *Giust. civ.*, 2014 p. 1061 ss.

CONSOLO C., *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss.

COSI G.-ROMUALDI G., *La mediazione dei conflitti*, Torino, 2010, p. 27

CUOMO ULLOA F., *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Milano, 2008, p. 110

D’ALESIO S.A., *La mediazione assistita nelle controversie di lavoro: tra fallimenti e nuove tutele*, in *Il diritto dei lavori*, 2013, p. 36

D’ALESSANDRO E., *Finalmente! la Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Foro it*, 2013, p. 2695 ss.

DALEY B., *Making informed decision. Decision-tree analysis: An effective method to manage litigation in a business setting*, in *Nortonrosefullbright.com*, 2008, pp. 1-2

DALFINO D., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato: La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procédure participative*, Torino, 2015, p. 44 ss.

DALFINO D., *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Judicium.it*, 2012, p. 1

DALMOTTO E., *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it*, 2015, p. 1264

DANOVIR., *La giurisdizione forense, chance per l'avvocatura*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 28 ottobre 2015

DARDANELLO F., *Mediazione, Unioncamere: da domani torna l'obbligatorietà. "Ma serve l'aiuto di avvocati e giudici"*, 19 settembre 2013, in *Unioncamere.it*

DE PALO G. - D'URSO L., *Risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2001

DE PAOLIS M., *Accordo bonario nell'attività contrattuale della PA*, in *Aziendaitalia*, 2015, p. 591

DI BARTOLOMEO E., *Mediazione facilitativa e valutativa*, in *L'opinione - Conciliazione delle Camere di Commercio*, 19 aprile 2011

DI MARCO G., *Mediazione, la trascrivibilità degli accordi amichevoli incidenti su diritti reali*, commento a Trib. Roma decreto 17 novembre 2015, n. 7948, in *Quotidianogiuridico.it*

DONAIS B., *Redefining conflict management systems options*, in *Mediate.com*, 2007

- DOSI G., *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2014, p. 63
- FERRARESE M.R., *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2000, p. 74
- FERRARIS F., *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. Dir. Processuale* n. 6/2013, p. 1465
- FINOCCHIARO G., in *Guida al dir.*, 2010, 12, p. 52
- FISHER R. - PATTON B. - URY W., *Getting to Yes*, II Ed., New York, 1991, *passim*
- FLICK G., *Un'alternativa alla giustizia*, in *Osservatorio sui conflitti e sulla conciliazione*, marzo 2012, p. 5
- FODDAI M., *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. Dir. Economia, Trasporti, Ambiente*, X, 2012, pp. 407-408
- FOTINA C., *Banda ultralarga, ecco il piano del governo da 6 miliardi di euro*, in *Sole24ore*, 4 marzo 2015
- FRANZONI M., *La transazione*, Padova, 2001, p. 25
- FRASCA R., *Corte Cost. n. 223 del 2013 e art. 819-ter c.p.c.. Una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, in *Foro it*, 2013, p. 2701 ss.
- FRISCO C., *I metodi A.D.R.: tipologia, natura, prospettive*, in *Diritto.it*, 24 marzo 2011

FUSARO A., *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, Milano, p. 771

FUSCHINO G., *Paper presentato per intervento a conferenza Side, Lugano dicembre 2013*

FUSCHINO G., *Paper presentati per intervento ad Egpa conference, Speyer settembre 2014; e per intervento ad Egpa conference, Tolosa agosto 2015*

GALLETTO T., *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Istituti di diritto civile*, (a cura di) G. Alpa, Milano, 2014, VIII.1, p. 1364

GENTILE G., *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi: Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo-A. Perulli, Torino, 2015, pp. 51-52

GHIRGA M.F., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della Direttiva 2008/53/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357-379

GIACOMELLI S.-MENON C., *Firm size and judicial inefficiency: evidence from the neighbour's Court*, Banca d'Italia, gennaio 2013

GIANNITI P. - PICCIONE R., *La mediazione professionale nel sistema degli ADR*, 2012, Torino, p. 348 ss.

GIORGETTI M., *Negoziata assistita*, in *Proc. civ.*, Milano, 2015, *passim*

GOLDSMITH J.C.- INGEN HOUSZ A. - POINTON G. H., *ADR in Business: Practice and issues across countries and cultures*, Vol. II, The Hague, 2011, pp. 344-345

GRAZIOSI A., *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese: a dieci anni dalla riforma del diritto societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, n. 1, Milano, p. 77 ss.

GUGGIOLI P.-GIORGETTI M., *Giustizia civile nella Riforma Orlando: Guida pratica per l'avvocato tra degiurisdizionalizzazione e arretrato civile*, COA Milano, 2014, pp. 2-3

HABEGGER P.-HOCHSTRASSER D.- NATER BASS G.- WEBER STECHER U., *Arbitral Institutions under scrutiny: ASA special series No. 40*, New York, 2013, pp. 38-42

HALLIDAY T. C., *Beyond Monopoly: Lawyers, State Crises, and Professional Empowerment*, Chicago, 1987, p. 10

IACCM, *Contract and commercial management - The operational guide*, Zaltbommel, 2011, p. 597

IACOVIELLO M., *L'arbitrato in generale*, in AA. VV. *Arbitrato*, (a cura di) Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, p. 9

IACOVIELLO M., *La convenzione arbitrale*, in AA. VV. *Arbitrato* (a cura di) Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, pp. 31-32

- IANNIELLO T., *Tutela dei consumatori - I nuovi sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie*, in *Quotidianogiuridico.it*, 19 marzo 2013
- ISDACI, *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia - Estratto*, VIII Ed., 1° ottobre 2015
- ITO T.-HATTORI H.-ZHANG M.-MATSUO T., *Rational, Robust, and Secure Negotiations in Multi-Agent Systems*, Berlino, 2008, pp. 41-42
- IZZO F., *Brevi note di pubblica amministrazione, transazione, mediazione civile e commerciale*, in *MondoAdr.it*, 13 novembre 2013
- JENKINS J.- STEBBINGS S., *International Construction Arbitration Law*, The Hague, 2006, pp. 81-82
- K.J. MACKIE-D. MILES-W. MARSH in *Commercial dispute resolution – an ADR practice guide*, London, 1995, p. 6
- KAUFMANN KOHLER G. - STUCKI B., *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, The Hague, 2004, pp. 6-7
- KREITNER R., *Principles of Management*, Boston, 2008, p. 447
- LORUSSO D. S., *L'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro in Europa e in Italia*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 29 maggio 2013
- LUCARELLI P., *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in *Judicium.it*, 2014, pp. 1-3
- LUCATTINI S., *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, pp. 45-46.

- LUIO F. P., *La Risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, in *Diritto Processuale civile*, Milano, VII Ed., 2013 e VII Ed., 2015, *passim*
- LUIO F.P., *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, in *Le Società*, 2013, p. 71
- LUPO E., *L'obbligatorietà della mediazione è necessaria per il cambiamento culturale*, *MondoAdr.it*, 7 giugno 2012
- LUPOI M.A., *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *Judicium.it*, 2012, p. 28
- MAIETTA A., *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova, 2014, *passim*
- MANDRIOLI C.-A. CARRATTA A., *I procedimenti speciali – l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, in *Diritto processuale civile*, III, 2015, Torino, *passim*
- MANONI E., *Riforma del processo tributario*, in *Quotidianogiuridico.it*, 20 gennaio 2016
- MANZO E., *Traslatio iudicii anche nei rapporti tra giudice ed arbitro?*, in *Corr. merito*, 394 ss., 4, p. 2013
- MARANO A., *Il licenziamento dopo il Jobs Act*, 2015, Napoli, p. 268
- MARINARI M., *La mediazione dopo il "decreto del fare" e il giudice: verso meccanismi di risoluzione integrata delle controversie?*, in *Questionegiustizia.it*, 14 aprile 2014, pp. 6-8

MARINARO M., *Comune assente in mediazione, scatta la responsabilità aggravata*, 21 dicembre 2015, commento a Trib. Roma sentenza 17 dicembre 2015, n. 25218, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *Conciliazione, le parti devono presentarsi per assolvere il vincolo di procedibilità*, 2 ottobre 2014, commento a Trib. Roma sentenza 29 settembre 2014, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *Dopo la mediazione si passa all'arbitrato*, 3 aprile 2015, commento a Trib. Pavia ordinanza 9 marzo 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *I giudici spingono la conciliazione*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 22 settembre 2014

MARINARO M., *Il giudice può pretendere la proposta conciliativa*, 2 luglio 2015, commento a Trib. Vasto ordinanza 23 giugno 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *Il giudice può sollecitare la proposta del mediatore*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 22 settembre 2014

MARINARO M., *L'accordo conciliativo che accerta l'usucapione deve essere reso pubblico con la trascrizione*, 13 agosto 2015, commento a Trib. Lecce ordinanza 24 aprile 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *La mediazione tra personalismo e solidarismo costituzionale*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 27 giugno 2014

MARINARO M., *Mediazione obbligatoria inevitabile*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 30 novembre 2015

MARINARO M., *Negoziazione estesa all'avvocato che difende se stesso*, 2 novembre 2015, commento a Trib. Verona ordinanza 2 ottobre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MARINARO M., *Negoziazione, condanna con colpa grave o malafede*, 26 novembre 2015, commento a Trib. Verona ordinanza 17 novembre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

MASTROMATTEO A., *A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) in generale*, in *Lexenia.it*, 2010, pp. 1-2

MAZZOLI E., *Contenzioso bancario e soluzioni stragiudiziali*, in S.Arcangelo di Romagna, 2015, *passim*

MEF – Direzione della giustizia tributaria, *Relazione monitoraggio del contenzioso tributario 2014*, p. 6

MEHTA S.G., *112 Ways to Succeed in Any Negotiation or Mediation: Secrets from a Professional Mediator*, Bloomington, 2009, pp. 45-46

MICHELOTTI F., *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod. ed integr.*, nota a Trib. Massa decreto 20 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015, n. 11, p. 1226

MINERVINI E., *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, p. 41 ss

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *La statistica per gli uffici giudiziari. Il Progetto DataWarehouse*

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Mediazione civile ex D.L. 28/2010, Statistiche relative al periodo 1° gennaio – 30 settembre 2015*, pp. 2, 7 e 20

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione sull'amministrazione giustizia nell'anno 2015 – Nota di sintesi*

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Relazione tecnica - Misure di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, 3 luglio 2014

MIRANDA B., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione e l'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro*, Padova, 2005

MONTALENTI P., *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, n. 4, Milano, p. 1283-1288

MOSER M. J., *Dispute resolution in China*, New York., 2012, p. 330

MOSER M. J., *Managing Business Disputes in Today's China: Duelling with Dragons*, The Hague, 2007, 103-104.

MUROV E. B., *The Practitioner's Guide to Defense of EPL Claims*, Chicago, 2005, p. 237

NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato*, in *Studium iuris*, 2005, p.766

NEGRI G., *Il Csm bocchia la riforma della giustizia civile*, in *il quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 9 ottobre 2014

NOCERA I. L., *Crisi di impresa – La procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Quotidianogiuridico.it*, 29 aprile 2013, p. 1

NOVIELLO D., *Sulla obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro: brevi note sulla compatibilità con il procedimento monitorio*, in *Giur. merito*, 2011, 1, p. 74

OSSERVATORIO ECOMMERCE B2C, *Social? Mobile? Multicanalità? Sì, ma sono servizio e convenienza la linfa dell'ecommerce in Italia*, Milano, 19 ottobre 2015

PARDOLESI R.- SASSANI B., *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo*, in *Foro it*, 2015, n. 1, p. 62

PERA A., *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, 2011, p. 77

PERASSI M., *Il ruolo dell'Abf nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, Bologna, p. 143 ss

PERFETTI L., *Arbitrato e controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica*, in *Diritto dell'arbitrato*, (a cura di G. Alpa), Torino, 2013, pp. 1199-1238

PERSI A., *Il decreto ingiuntivo va revocato se il creditore opposto non promuove la mediazione*, in *Altalex.it*, 12 agosto 2015

- PIERUCCI A., *Arbitro Bancario e Finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 4, Milano, parte I, p. 811
- PIRANI B.M.-VARGA I., *Acting Bodies and Social Networks: a bridge between technology and working memory*, Lanham, 2010, p. 147
- PIRODDI P., *Due anni per disegnare la conciliazione stragiudiziale*, in *Quotidiano del diritto ilsole24ore.com*, 2009
- PIRONTI M., *Economia e gestione delle imprese e dei sistemi competitivi*, Limena, 2012, 85
- POMPEI T., *La mediazione civile e commerciale: un progetto a termine?*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, pp. 155-157
- POUDRET J.F.- BESSON S., *Comparative law of International Arbitration*, London, 2007, pp. 68-69
- PROTO PISANI A., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162): Premesse generali (e una proposta)*, Torino, 2015, p. 3
- RABITTI M., *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contratto e impresa*, 2014, n. 1, Padova, p. 201

- REDFERN A., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 2004, p. 49.
- REUVID J., *Managing Business Risk: A Practical Guide to Protecting Your Business*, London, 2014, p. 24 ss.
- RINALDI C., *Negoziazione e mediazione: strumenti ADR a confronto*, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*, 5 giugno 2012
- RUFFINI G., *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, fasc. 11, p. 1525
- RUPERTO S., *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, n. 3, parte I, p. 325
- RUSSEL MURRAY O., *The Mediation Handbook*, Denver, 2011, p. 155
- RUVOLO M., *Negoziazione assistita in materia civile: casi e questioni*, Scuola Superiore della Magistratura, 18 maggio 2015, p. 5
- SALI R., *Sviluppo dell'arbitrato amministrato: il lavoro che attende le istituzioni arbitrali*, in *Ottavo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, 1° ottobre 2015, pp. 159 - 167
- SALVANESCHI L., *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della consulta*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 384 ss.
- SALVANESCHI L., in *Commentario del codice di procedura civile*, (a cura di) S. Chiarloni, libro IV, Bologna, 2014, pp. 78-79

- SALVANESCHI L., *Traslatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, *Riv. dir. proc.* 2013, 4-5, p. 1151 ss
- SALVATO L., *Controversie relative ai contratti pubblici. Arbitrati e P.A., legittime le limitazioni della legge anticorruzione*, in *Quotidianogiuridico.it*, 10 giugno 2015
- SANDER F., *Varieties of Dispute Processing, the Pound Conference: Perspectives on Justice in the future*, Eagan, Minnesota, 1979, pp. 65-86
- SANTAGATA F., in *Giust. civ.*, 2011, p. 549
- SANTI A., in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, (a cura di) M. Bove, Padova, 2011, p. 241
- SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 75
- SIROTTI GAUDENZI A., *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, S. Arcangelo di Romagna, 2015, *passim*
- SOLDATI N., *Arbitrato e adr nei conflitti societari - prima parte -*, in *Fiscoetasse.com*, 16 agosto 2005
- SOLDATI N., *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005
- SPANGLER B., *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, giugno 2003
- STERN P., *Jobs act: licenziamenti e contratto a tutele crescenti*, 2015, S. Arcangelo di Romagna, p. 115, *passim*
- TELFORD T., *Construction Law Handbook*, London, 2007, p. 823

TISCINI R., *Corso di mediazione civile e commerciale*, Milano, 2012, pp. 85-86

TISCINI R., *I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, n. 3, p. 651

TISCINI R., *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali*, in *Judicium.it*, 2011, p. 2

TISCINI R., *L'incostituzionalità della mediazione obbligatoria per eccesso di delega: una scelta discutibile*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 67 ss.

TISCINI R., *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 47 e 260

TRAVAINI G., *Multi-tiered dispute resolution clauses, a friendly Miranda warning*

TRISORIO LIUZZI G., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato: La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it*, 2015, n. 1, p. 22 ss

VALERINI F., *I giudici cambiano volto alla mediazione*, in *Dirittoegiustizia.it*, 12 giugno 2015

VALERINI F., *Le parti non vogliono proseguire oltre il primo incontro: improcedibile la domanda*, 28 dicembre 2015, commento a Trib. Firenze 15 ottobre 2015, n. 3497, in *Dirittoegiustizia.it*

VALERINI F., *Mediazione assoluta anche se non si presenta nessuna delle due parti?*, 20 ottobre 2015, commento a Trib. Chieti ottobre 2015, sentenza non definitiva, in *Dirittoegiustizia.it*

VANGELISTA V.-A. FERRARI AGGRADI A., in *Manuale operativo della negoziazione assistita dalla norma alla procedura*, (a cura di) D. Savio, S. Arcangelo di Romagna, 2015, *passim*

VERDE G., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, nota a Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 1, 2014, pp. 84-99

VERINI F., *La mediazione tributaria*, S. Arcangelo di Romagna, 2014, p. 105

VICTOR M. B., *Litigation Risk Analysis and ADR*, in *ADR Practice Book*, New Jersey, 1990

VIGORITI V., *La Direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.

VOLPINO D., *La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, in *Manuale dir. proc. civ. europeo*, (a cura di) M. Taruffo, Torino, 2011, pp. 283-399

VULLO E., *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, *passim*

WARE S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, II Ed., St. Paul MN, 2001, p. 7

WITHERS B.-WISINSKI J., *Resolving Conflicts on the Job*, New York, 2007, p. 2

WOOD J. T., *Relational communication in negotiation interaction*, Devizes, 2008, p. 13

WORLD BANK, *Alternative Dispute Resolution Guidelines*, 2011, p. 48

WORLD BANK, *Doing Business in Italy 2013 – Subnational*

WORLD BANK, *Doing Business Report 2016*

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 935

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Arbitro Bancario Finanziario, collegio di coordinamento, decisione n. 4304/2013, in *Arbitrobancariofinanziario.it*

Arbitro Bancario Finanziario, decisione 22 aprile 2014, n. 2494, in *Arbitrobancariofinanziario.it*

Arbitro Bancario Finanziario, decisione 5 dicembre 2014, n. 8262, in *Arbitrobancariofinanziario.it*

TAR Lazio ordinanza 12 aprile 2011, n. 268, in *Cortecostituzionale.it*

Trib. Avezzano ordinanza 29 ottobre 2014, in *MondoAdr.it*

Trib. Bologna sentenza 20 maggio 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Catania 26 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 9, p. 1789

Trib. Catania decreto 24 febbraio 2012, in *Ilcaso.it*

Trib. Chieti ottobre 2015, sentenza non definitiva, in *Dirittoegiustizia.it*

Trib. Como - sez. Cantù ordinanza 2 febbraio 2012, in *Ilcaso.it*

Trib. Ferrara sentenza 7 gennaio 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Firenze 17 marzo 2014, in *Questionegiustizia.it*

Trib. Firenze ordinanza 19 marzo 2014, in *Ilcaso.it*

Trib. Firenze ordinanza 30 giugno 2014, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Firenze ordinanza 26 novembre 2014, in *MondoAdr.it*

Trib. Firenze decreto 2 luglio 2015, in *Dirittoegiustizia.it*

Trib. Firenze 15 ottobre 2015, n. 3497, in *Dirittoegiustizia.it*

Trib. Firenze ordinanza 17 gennaio 2016, in *101Mediatori.it*

Trib. Lecce ordinanza 24 aprile 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Lecce ordinanza 27 aprile 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Massa decreto 20 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015, n. 11, p.1222 ss.

Trib. Milano ordinanza 4 luglio 2013, in *Ilcaso.it*

Trib. Milano ordinanza 11 novembre 2013, in *Ilcaso.it*

Trib. Milano decreto 14 novembre 2013, in *Ilcaso.it*

Trib. Milano ordinanza 27 novembre 2013, in *MondoAdr.it*

Trib. Modena decreto 12 maggio 2004, in *Ilcaso.it*

Trib. Modena sentenza 25 ottobre 2011, in *Riv. arb.*, 2012, 4, p. 871

Trib. Napoli 26 marzo 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 1099

Trib. Nola ordinanza 24 febbraio 2015, in *MondoAdr.it*

Trib. Palermo – Sezione di Bagheria ordinanza 30 dicembre 2011, in *Ilcaso.it*

Trib. Pavia ordinanza 9 marzo 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Pavia ordinanza 14 settembre 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Reggio Calabria ordinanza 5 ottobre 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Roma decreto 22 luglio 2011, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Roma decreto 8 febbraio 2012, in *Ilcaso.it*

Trib. Roma sentenza 29 settembre 2014, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Roma sentenza 22 ottobre 2014, in *AdrMaremma.it*

Trib. Roma ordinanza 19 febbraio 2015, in *101Mediatori.it*

Trib. Roma ordinanza 9 aprile 2015, in *MondoAdr.it*

Trib. Roma decreto 17 novembre 2015, n. 7948, in *101Mediatori.it*

Trib. Roma sentenza 17 dicembre 2015, n. 25218, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Trento ordinanza 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 116

Trib. Varese ordinanza 6 maggio 2011, in Guida al dir. 2011, n. 43, p. 16

Trib. Varese ordinanza 20 dicembre 2011, in *Il caso.it*

Trib. Varese ordinanza 18 maggio 2012, in *MondoAdr.it*

Trib. Vasto sentenza 9 marzo 2015, in *MondoAdr.it*

Trib. Vasto ordinanza 23 giugno 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Verona sentenza 7 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, 2, p. 409

Trib. Verona ordinanza 2 ottobre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Trib. Verona ordinanza 17 novembre 2015, in *Quotidiano del diritto il sole24ore.com*

Cass., sez. III, 29 maggio 1980, n. 3552, in *Giust. civ. mass.*, 1980, p.5

Cass., sez. I, 7 agosto 1993, n. 8563, in *Giust. civ. mass.* 1993

Cass., sez. I, 21 giugno 1996, n. 5778, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 907

Cass., sez. III, 14 aprile 2000, n. 4842, in *Giust. civ. mass.* 2000, p. 807

Cass., sez. I, 3 2001, n. 5527, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2909

Cass., sez. II, 7 marzo 2001, n. 3316, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 428

Cass., sez. II, 6 agosto 2003, n. 11842, in *Giust. civ. mass.*, 2003

Cass., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ. mass.*, 2004, pp. 7-8

Cass., sez. I, 20 luglio 2006, n. 1183, in *Giust. civ. mass.* 2006

Cass., sez. I, 11 ottobre 2006, n. 21816, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 10

Cass., sez. I, 11 dicembre 2006, n. 26318, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 12

Cass., sez. I, 30 marzo 2007, n. 7972, in *Riv. arb.* 2009, 2, p. 291

Cass., sez. I, 18 marzo 2008, n. 7262, in *Riv. arbitrato*, 2008, 4, p. 529

Cass., sez. I, 6 febbraio 2009, n. 2988, in *Foro pad.* 2009, I, p. 1

Cass., sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21585, in *Foro pad.* 2010, I, p. 227

Cass., sez. III, 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Riv. notariato*, 2011, 4, 2, p. 897

Cass., sez. I, 1° aprile 2011, n. 7574, in *Giust. civ.* 2012, I, p. 1569

Cass., sez. VI, 10 ottobre 2012, n. 17287, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 10, p. 1198

Cass., sez. VI, 22 gennaio 2013, n. 5901, in *Ced. Cass. pen.*, 2013

Cass., sez. I, 4 luglio 2013, n. 16755, in *Giust. civ. mass.* 2013

Cass., sez. I, 17 febbraio 2014, n. 3665, in *Giustizia civ. mass.* 2014

Cass., sez. I, 19 febbraio 2014, n. 3887, in *Giustizia civ. mass.*, 2014

Cass., sez. II, 2 aprile 2015, n. 6782, in *Dir. e Giust.*, 3 aprile 2015

Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289, in *Dir. e Giust.*, 21 maggio 2015

Cass., sez. I, 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Quotidianogiuridico.it*

Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Il caso.it*

Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1980, n. 242, in *Giust. civ. mass.*, 1980, fasc. 1

Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1860

Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1987, n. 1303, in *Giust. civ. mass.*, 1987, fasc. 2

Cass., Sez. Un., 2 giugno 1988, n. 3767, in *Giust. civ. mass.*, 1988, fasc. 6

Cass, Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro pad.* 2001, I, p. 251

Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. Corte Conti*, 2000, fasc. 6

Cass, Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Dir. e prat. soc.* 2002, 9, p. 86

Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 1097, in *Giust. civ. mass.*, 2002

Cass, Sez. Un., 3 ottobre 2002, n. 14223, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, 17, p. 86

Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.* 1, 2014, pp. 84-99

Cons. Stato, IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, in *Foro padano* 2003, I, p. 511

Cons. Stato, parere n. 142/2016, Adunanza 14 gennaio 2016, in *Dirittoegiustizia.it*

Corte cost., sentenza 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1905

Corte Cost., ordinanza 4 luglio 2011, n. 218, in *Cortecostituzionale.it*

Corte Cost., sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272, in *Cortecostituzionale.it*

Corte Cost., sentenza 9 luglio 2013, n. 223, in *Cortecostituzionale.it*