



## **“NEGOZIAZIONE E ARBITRATO”** *Degiurisdizionalizzazione e sistemi di ADR*

Coordinatori

*avv. Renato Galdieri, avv. Bruno Piazzola, avv. Stefano Vignolo*

### **Report del Gruppo di Lavoro** *a cura dell'avv. Marco Marinaro*

#### **Premessa**

Le tematiche oggetto di discussione traggono origine dalle innovazioni normative introdotte negli ultimi mesi del 2014 che vedono sempre più l'avvocato quale protagonista e promotore di sistemi di giustizia senza processo.

Il riferimento è alle «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile» (artt. 1-11, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 142, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162).

I nuovi istituti disciplinati nel nuovo testo di legge (negoziato assistita dagli avvocati e arbitrato forense di prosecuzione) sono stati inquadrati nel più ampio contesto dei sistemi di ADR (*alternative dispute resolution*) nella consapevolezza che soltanto in una prospettiva più ampia avrebbero potuto essere adeguatamente valutati anche al fine di proporre buone prassi interpretative e modifiche *de jure condendo*.

La discussione ha visto un'ampia partecipazione di avvocati ed è stata impostata in maniera critico-costruttiva seguendo tre linee direttrici essenziali giungendo a delineare conclusioni sostanzialmente condivise da tutti.

## Parte I

### *Il ruolo del giudice e dell'avvocato nell'era della degiurisdizionalizzazione*

#### **1. Il giudice e le tendenze (normative e giurisprudenziali) al c.d. respingimento del contenzioso.**

Si è preso atto della recente tendenza al c.d. respingimento del contenzioso con forme più o meno evidenti di meccanismi utili non tanto ad incentivare l'accesso a diversi sistemi di risoluzione delle controversie più efficaci, economici, rapidi, quanto a scoraggiare l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Il riequilibrio fisiologico della funzione e dei limiti della giurisdizione anche in relazione alla crisi del sistema giudiziario, inducono ad un utilizzo di diversi sistemi di risoluzione delle liti, ma ciò non può condurre ad attuare sistemi di vero e proprio respingimento secondo quanto segnalato in dottrina.

##### **a) *Degiurisdizionalizzazione e filtri normativi: la fuga dal processo.***

Sotto il profilo normativo infatti le recenti riforme del processo e quelle sulla c.d. degiurisdizionalizzazione sembrano convergere verso un fine che mortifica il processo quale strumento necessario a dare risposte di merito alla domanda di giustizia. I numerosi “filtri” introdotti a diversi livelli sembrano puntare allo smaltimento del contenzioso mediante la definizione in rito delle controversie.

##### **b) *La rilevanza economica dell'interesse ad agire: la Cassazione respinge le small claims.***

D'altro canto invece non poca preoccupazione desta il recente arresto della S.C. (Cass., III Sez. Civ., 3 marzo 2015, n. 4228, Pres. Est. Salmè) che pare indicare un percorso ermeneutico deflativo fondato sulla valutazione dell'entità del valore economico delle liti al fine di pervenire ad un giudizio di irrilevanza giuridica sotto il profilo dell'interesse all'azione.

In conclusione, la prospettiva assunta in via legislativa (ed anche in sede giurisprudenziale) non appare quella corretta e si auspica sul punto un approccio che, nel ripensare ai limiti ed al ruolo della giurisdizione, possa condurre ad adottare soluzioni che non siano mortificanti per la tutela dei diritti, ma che invece anche attraverso sistemi complementari o integrati rispetto al processo contribuisca a creare un sistema equilibrato di giustizia (come auspicato dal legislatore europeo).

## **2. L'avvocato nell'evoluzione integrata dei sistemi di ADR.**

La rapida evoluzione normativa che si è registrata in materia di ADR soprattutto su impulso della legislazione europea, impone all'avvocato un rinnovato ruolo che diviene cardine in un sistema allargato e poliedrico di *dispute resolution*.

L'ampliamento delle competenze sulle procedure di ADR più o meno specialistiche, l'acquisizione di una formazione utile all'adeguata gestione dei sistemi compositivi di tipo negoziale, postula un allargamento anche dell'offerta formativa da parte delle Università, del CNF e degli Ordini forensi.

## **Parte II**

### ***La negoziazione assistita dagli avvocati quale strumento di composizione delle controversie***

#### **1. L'assistenza dell'avvocato: un valore aggiunto**

L'introduzione nell'ordinamento di una specifica disciplina relativa alla negoziazione assistita affidata agli avvocati sollecita una particolare attenzione finalizzata ad una utile applicazione della stessa e ad una adeguata valorizzazione del ruolo dell'avvocato quale assistente della parte e sostanziale negoziatore.

L'acquisizione di competenze in materia di negoziazione da parte dell'avvocato, che viene chiamato a gestire proficuamente la fase negoziale, costituisce una priorità per la formazione continua, ma richiede alle Università di rivedere i piani di studio per consentire ai futuri giuristi di integrare nella loro formazione di base competenze ormai imprescindibili per lo svolgimento anche della professione forense.

Si auspicano quindi nuovi insegnamenti sia nei percorsi di laurea, sia in quelli destinati ai praticanti avvocati, oltre che per la formazione continua degli avvocati anche mediante convenzioni tra Ordini forensi ed Università.

In ogni caso la nuova disciplina costituisce una vera sfida all'avvocatura ed anche agli Ordini forensi perché l'avvocato possa costituire il vero valore aggiunto allo strumento negoziale per come regolamentato dal legislatore.

#### **2. Profili critici della normativa.**

La nuova disciplina ha il sicuro pregio di aver richiamato gli avvocati ad un ruolo stragiudiziale fondato sull'attività negoziale consentendo loro di riappropriarsi della loro funzione di curare adeguatamente gli interessi dei propri

assistiti non solo avendo piena consapevolezza del contesto giuridico della fattispecie e delle possibili azioni giudiziali, ma focalizzando l'attenzione sulle possibili soluzioni stragiudiziali di tipo compositivo fondate sugli interessi.

Sussistono tuttavia una serie di profili critici da evidenziare al fine di proporre soluzioni che agevolino l'utilizzo del nuovo istituto.

## **a) Disciplina del gratuito patrocinio.**

In primo luogo, si evidenziano seri dubbi di legittimità costituzionale della norma contenuta nel comma 6 dell'art. 3 D.l. 132/2014 in base al quale «Quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato».

Sul punto si è proposta anche una interpretazione adeguatrice che consenta di ritenere che la norma non esclude il pagamento a spese dello Stato, ma semplicemente il pagamento da parte del cliente. In tal senso, l'interpretazione assunta in materia di mediazione da una recente pronuncia del Tribunale di Firenze potrebbe fornire ulteriori argomentazioni a sostegno di tale tesi.

Resta fermo il convincimento che in difetto di interpretazioni adeguatrici, la norma in questione sia da censurare in quanto scarica sull'avvocato il costo dell'assistenza in aperto contrasto con diversi principi costituzionali.

Si auspica quindi *de jure condendo* una rapida modifica della disposizione che consenta l'accesso al patrocinio a spese dello Stato. Il modello francese sul punto specifico potrebbe risultare valido in quanto consente un adeguato controllo e l'incentivazione alla soluzione mediante il raggiungimento dell'accordo.

## **b) Coordinamento con la normativa del codice delle assicurazioni.**

Estremamente problematico è apparso immediatamente il coordinamento ai fini applicativi della condizione di procedibilità introdotta in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti (art. 3, comma 1, D.l. 132/2014) con quanto previsto dal Codice delle assicurazioni private (v. art. 145).

Le esperienze maturate nei primi mesi di applicazione della normativa sono assolutamente negative per la scarsa disponibilità delle compagnie di assicurazioni e la situazione è notevolmente aggravata proprio per la sovrapposizione di norme e procedure nella fase stragiudiziale che hanno quale unico effetto quello di ritardare l'eventuale accesso al giudice.

In questa materia dunque la condizione di procedibilità appare non solo ultronea, posto quanto già previsto dal Codice delle assicurazioni, ma finisce per porre inutili ostacoli anche ad una corretta negoziazione tra le parti.

Si auspica quindi l'abrogazione di tale previsione normativa, senza escludere la possibilità di altre forme di ADR – sulla scorta di quanto previsto dalla Direttiva n. 11/2013 sugli ADR per i consumatori in fase di recepimento – di tipo valutativo sulla base del modello ABF (Arbitro Bancario Finanziario) che ha dato buona prova in tipologie di controversie relative a specifici settori vigilati.

Particolarmente interessante in una prospettiva *de jure condendo* appare l'esperienza svedese ed in particolare il sistema del risarcimento incentrato sulla “Commissione per i danni del traffico”. Utili elementi di evoluzione della normativa vigente potrebbero trarsi da questa normativa che consente una corretta e trasparente gestione delle liti risarcitorie in questa materia.

## **c) Crisi della famiglia, diritto collaborativo e strumenti negoziali.**

La diversa disciplina della negoziazione assistita prevista dall'art. 6 D.L. 132/2014 ha dato diversi e migliori risultati già nei primi mesi di applicazione. Ciò appare la conseguenza del diverso ambito applicativo cui si rivolge la norma in quanto la stessa risponde ad una esigenza da tempo avvertita di dotare le parti (nel caso di specie i coniugi nella fase della crisi coniugale) di strumenti negoziali pur assistiti e regolamentati finalizzati ad una soluzione consensuale rapida e con le adeguate garanzie degli interessi dei figli.

In questa prospettiva sono emerse alcune lacune che rischiano di determinare se non confusione quanto meno diverse prassi applicative.

Si rileva infatti la mancanza di un termine per il rilascio del nulla osta da parte del P.M.; inoltre non risulta disciplinato il procedimento dinanzi al presidente del Tribunale; infine, mancano sistemi di tutela per i figli maggiorenni non autosufficienti dichiarati autosufficienti o che, comunque, si ritengono danneggiati dall'accordo raggiunto dai genitori.

L'intervento del legislatore su questi aspetti sarebbe auspicabile. In ogni caso, appare indispensabile l'attività degli Osservatori al fine di avviare il confronto per l'attivazione di protocolli necessari a disciplinare prassi conformi.

## **d) La riservatezza nel procedimento di negoziazione assistita.**

Taluni dubbi sono stati sollevati circa gli ambiti ed i limiti della normativa sulla riservatezza che non può essere strumentalizzata.

Resta chiaro che la riservatezza deve essere funzionale ad una corretta negoziazione tra le parti e il suo precipuo scopo è solo quello di evitare che eventuali dichiarazioni sfavorevoli al dichiarante assumano valore confessorio.

## **e) Proposte di implementazione.**

La normativa vigente potrebbe trarre una utile implementazione sotto taluni profili seguendo la disciplina francese.

La negoziazione potrebbe essere ridisegnata e utilizzata anche quale vera e propria fase pre-contenziosa dalle parti non solo quindi per una soluzione integrale e definitiva della controversia, ma anche allo scopo – che non appare marginale – di risolverla parzialmente o anche istruirla in tutto o in parte prima dell'accesso al giudice. In particolare si pensa all'accertamento tecnico ed alla possibilità di utilizzo in giudizio delle relative risultanze. Si potrebbe in tal modo anche prevedere un canale preferenziale dinanzi al giudice proprio per quelle liti

nelle quali le parti hanno già scremato le problematiche processuali ed istruttorie e richiedono l'emissione di una sentenza in tempi rapidi.

Inoltre in questi casi potrebbero essere previste riduzioni per il contributo unificato e/o per l'imposta di registro.

A tal fine, gli Ordini professionali potrebbero divenire quel luogo “terzo” entro il quale potrebbero svolgersi tali tipologie di negoziazioni fornendo anche le risorse organizzative e strutturali necessarie.

Si rileva infine che *de jure condito* le parti potrebbero sin d'ora utilizzare lo strumento negoziale approntato dal legislatore a tale scopo per poi agire giudizialmente utilizzando il processo sommario di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*

## **Parte III**

### ***L'arbitrato forense di prosecuzione***

Nei primi mesi di vigenza della nuova disciplina per la c.d. *traslatio iudicii* i dati rilevati presso gli Osservatori sembrano confermare i dubbi espressi dalla dottrina circa la sua appetibilità.

#### **1. Profili critici.**

Non vi è infatti notizia di alcun arbitrato forense incardinato con traslazione dal giudizio ordinario. Invero le criticità dell'art. 1 D.l. 132/2014 sono molteplici, ma il trasferimento di un giudizio già pendente in una sede arbitrale rituale che comporti un aumento dei costi per le parti sconta la difficoltà di un accordo tra le parti finalizzato a tale risultato.

Non si esclude l'utilità di una normativa finalizzata ad incentivare e semplificare l'accesso all'arbitrato (anche a forme semplificate di arbitrato), ed in particolare con riguardo all'arbitrato forense, nell'attesa del decreto ministeriale attuativo (relativo alla misura dei compensi ed ai criteri di assegnazione degli incarichi), possono proporsi talune modifiche utili a renderne più appetibile l'accesso.

#### **2. Proposte di modifica.**

In primo luogo, occorrerebbe trasformare tale opzione da strumento meramente deflattivo (e quindi applicabile soltanto ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della legge istitutiva) a percorso istituzionalizzato.

Si propone poi di prevedere quale regola dell'arbitrato forense l'assegnazione ad arbitro unico con opzione per il collegio arbitrale su accordo delle parti.

Occorrerebbe infine prevedere incentivi e agevolazioni fiscali (quali ad es, forme di rimborso del contributo unificato anche in via parziale ed anche mediante il sistema del credito di imposta).

Resta ferma l'esigenza di creare percorsi di formazione specialistica per supportare adeguatamente le competenze degli avvocati che intendano assumere il ruolo di arbitri in considerazione dell'esigenza di fornire un servizio di elevata specializzazione.