

La Riforma della Giustizia Civile in 12 punti

Commenti al Punto 2 della Riforma

da parte di ASLA (Associazione Studi Legali Associati)

ASLA e la sua "Commissione Arbitrato"

Questo documento è presentato al Ministro della Giustizia in nome dell'ASLA (Associazione Studi Legali Associati), e in particolare della sua Commissione Arbitrato, in risposta alla consultazione pubblica indetta sulla Riforma della Giustizia.

ASLA è la più grande associazione italiana rappresentativa degli studi legali associati, con circa ottanta studi legali e 7.000 avvocati rappresentati.

ASLA ha istituito una propria Commissione Arbitrato, composta da professionisti attivi nel mondo dell'arbitrato tanto come arbitri quanto come patrocinatori della parti. Un elenco dei professionisti che fanno parte della Commissione Arbitrato è allegato al presente documento.

La Commissione Arbitrato è attualmente coordinata dagli Avv.ti Cecilia Carrara (Legance, Roma), Michelangelo Cicogna (De Berti Jacchia Franchini Forlani, Milano) e Albert Henke (Clifford Chance, Milano).

1. Oggetto di questo commento

La Commissione Arbitrato ha accolto con favore l'opportunità fornita di presentare le proprie osservazioni al punto 2 del progetto di Riforma della Giustizia, in tema di arbitrato.

ASLA si augura che il suo apporto possa essere accolto con favore, nell'ottica di un'utile e reciproca collaborazione tra il Governo e chi quotidianamente opera sul campo in qualità di arbitro o di consulente (nella fase negoziale, di redazione dell'accordo compromissorio e in fase contenziosa).

Oggetto dell'esame della Commissione Arbitrato è stato il documento pubblicato dal Ministero della Giustizia (http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_7_1.wp) con le relative relazioni tecniche nel quale sono individuate le linee guida della progettata Riforma della Giustizia.

La Commissione Arbitrato ha limitato il suo esame alla parte relativa all'introduzione dell'arbitrato, che attiene propriamente al suo campo di attività, tralasciando ogni commento sulle altre parti della Riforma.

Poiché il documento offerto alla consultazione si limita ad indicare le linee guida di tipo sistematico/generale degli interventi oggetto di considerazione, senza indicare le disposizioni destinate ad attuare le modifiche, il contributo della Commissione Arbitrato si è a sua volta concentrato su valutazioni di carattere generale. ASLA sarà lieta di approfondire ulteriormente il dibattito sulle proposte di modifica.

2. Premessa sistematica

Ci pare opportuno, nell'esprimere i nostri commenti al punto 2 della Riforma, partire da una premessa generale: è importante che qualsiasi misura legislativa, seppure ispirata dal condivisibile intento deflattivo, laddove utilizzi lo strumento arbitrale, sia studiata in modo tale da essere armonica e da assicurare il perfetto coordinamento con la disciplina generale dell'arbitrato rituale contenuta nel nostro codice di rito. A nostro avviso ciò è imprescindibile per evitare che la Riforma proposta – prima ancora che rivelarsi infruttuosa - possa sovvertire i principi consolidati del nostro ordinamento processuale o comunque possa creare problemi di coordinamento e quindi complicazioni processuali, invece di contribuire a una semplificazione e a uno snellimento del nostro sistema processuale.

Se invece in ultima analisi ciò che il Legislatore ha in mente è uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie vicino all'arbitrato ma non a questo interamente assimilabile (perché per molti aspetti appare che gli arbitri previsti nella proposta riforma siano più che altro delle figure di supporto al sistema giudiziario ma non abbiano gli strumenti per condurre un vero procedimento arbitrale), allora sarebbe opportuno utilizzare una dicitura differente, al fine di evitare confusioni tra gli istituti noti ai giuristi.

Tra tali principi consolidati in materia arbitrale rientra senza dubbio quello della natura giurisdizionale dell'attività degli *arbitri rituali, che devono pertanto essere posti sul medesimo piano dei giudici statali*, come recentemente ribadito e definitivamente riconosciuto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte a fine 2013. E' importante ribadire quindi, come quadro generale, che, in parallelo a proporre riforme con intento prevalentemente deflattivo del contenzioso ordinario, il legislatore continui a promuovere e favorire le modalità di risoluzione delle controversie alternative al rito ordinario di per se stesse considerate, rispettandone e anzi esaltandone le caratteristiche proprie: in altre parole, il legislatore dovrebbe promuovere e favorire di per sé il ricorso all'arbitrato, assicurandosi che la legislazione in materia sia snella, efficiente e in linea con gli standard internazionali.

Se si parte da questa premessa, notiamo che, da un lato, alcuni aspetti del punto 2 della Riforma trovano già una loro normativa nella disciplina generale dell'arbitrato, cui sarebbe sufficiente – ed opportuno – rinviare ed uniformarsi, mentre sotto altri profili lo schema della Riforma necessiterebbe di importanti integrazioni. Si propongono di seguito i nostri specifici commenti in tal senso.

3. Punti che necessitano un coordinamento con la normativa generale in tema di arbitrato

3.1. La richiesta congiunta delle parti in un processo pendente di “*promuovere un procedimento arbitrale (secondo le ordinarie regole dell'arbitrato contenute nel codice di procedura civile espressamente richiamate)*” altro non è che una peculiare forma di compromesso ex art. 807 c.p.c., che viene stipulato tra le parti dopo che le stesse hanno già adito l'autorità giudiziaria ordinaria, e che viene formalizzato davanti al Giudice.

Quanto alle controversie arbitrabili per mezzo di compromesso, nel nostro codice di rito esiste l'art. 806 che disciplina le controversie che possono essere devolute agli arbitri. Ci sembrerebbe, quindi, più corretto che il novero delle controversie cui sia applicabile la facoltà delle parti di stipulare un compromesso anche in pendenza di giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria fosse individuato rinviando direttamente a questa disposizione, anziché introducendo una disciplina *ad hoc*.

3.2. Ancora, appare superflua l'affermazione che “*in via generale, è previsto che il lodo abbia gli stessi effetti della sentenza*”. E' notorio che nel nostro ordinamento il lodo arbitrale rituale è già equiparato a tutti gli effetti alla sentenza, e ciò è chiaramente stabilito dall'art. 824 *bis* c.p.c. al quale è sufficiente ed opportuno rimandare, senza inserire nuovi precetti normativi che potrebbero solo ingenerare ingiustificate incertezze.

3.3. Sotto un ulteriore profilo, segnaliamo che, anche se si prevede che sia il Giudice ad accertare la sussistenza dei requisiti per la *traslatio* in arbitri (*i.e.* l'esistenza del compromesso tra le parti e il dato temporale consistente nel fatto che la causa non è stata ancora trattenuta in decisione), in virtù del principio della *kompetenz-kompetenz* il Collegio Arbitrale mantiene in ogni caso la competenza esclusiva a conoscere e decidere in merito all'ampiezza della propria competenza in relazione alla controversia deferitagli, potendo, pertanto, in ipotesi, anche escluderla. Sarebbe quindi opportuno prevedere un meccanismo di chiusura del sistema per l'ipotesi, per quanto marginale, in cui il Collegio Arbitrale declini la propria competenza e la causa debba, pertanto, ritornare sul ruolo del Giudice precedentemente adito.

4. Punti da rivalutare

Muovendosi in un'ottica di preservazione dell'omogeneità del sistema dell'arbitrato rituale come disciplinato dal codice di procedura civile e al fine di garantire la compatibilità del punto 2 della Riforma con tale sistema, vi sono, a nostro avviso, alcuni aspetti della Riforma che necessitano un ripensamento.

E in particolare:

4.1. L'attuale disciplina dell'arbitrato rituale prevede che, in sostituzione delle parti, sia il Presidente del Tribunale ove ha sede l'arbitrato ad avere la competenza (esclusiva) in materia di nomina e sostituzione degli arbitri. Mal si comprende, allora, perché nella Riforma si voglia riservare al Presidente del Consiglio dell'Ordine locale la nomina del Collegio Arbitrale; soggetto questo che ben potrebbe non avere le competenze adatte né il tempo da dedicare ad un'attenta scelta dei componenti del Collegio Arbitrale. La nomina dei componenti del Collegio Arbitrale è indubbiamente uno dei momenti più delicati e importanti dell'arbitrato; questo aspetto, pertanto, non può e non deve essere oggetto di concessioni dovute a ragioni di (mero) bilanciamento tra gli interessi e i poteri in gioco. Peraltro, se uno dei principali obiettivi della Riforma è quello di migliorare il nostro sistema processuale per attrarre investimenti stranieri, o comunque per porre l'Italia su un piano auspicabilmente analogo a quello di altri ordinamenti giuridici avanzati, deve rilevarsi che sarebbe di difficile comprensione per una parte straniera coinvolta in un contenzioso in Italia il fatto che la scelta dei membri del Collegio Arbitrale sia rimessa ad un organo privato dell'avvocatura, a carattere locale e senza specifiche competenze in materia di arbitrato e/o internazionali.

Sotto questo profilo pare importante (i) valorizzare le competenze delle più importanti istituzioni arbitrali operanti in Italia (A.I.A e Camera Arbitrale di Milano) nell'individuazione di arbitri capaci e indipendenti, che dovrebbero quindi essere incluse tra le autorità di nomina; (ii) prevedere la possibilità per le parti di nominare di comune accordo il tribunale arbitrale e/o indicare l'autorità di nomina; (iii) prevedere che ogni altra autorità di nomina (Presidente del Tribunale o Consiglio dell'Ordine) operi in via residuale.

4.2. Nella medesima direzione si pone la critica all'introduzione del requisito che gli arbitri siano solo soggetti iscritti all'albo del circondario e da almeno tre anni. Nulla di tutto ciò è presente nell'attuale disciplina dell'arbitrato rituale, che non prevede neppure la qualifica di avvocato per svolgere il ruolo di arbitro, e non si vedono i motivi che dovrebbero giustificare l'introduzione di tali requisiti che non trovano, peraltro, alcun paragone nella migliore prassi arbitrale straniera tanto avendo riguardo ai regolamenti di arbitrato (pensiamo al Regolamento d'Arbitrato CCI, al Regolamento LCIA, al Regolamento CAM) quanto alle leggi arbitrali dei paesi che notoriamente sono più avanzati nella disciplina dell'arbitrato (Francia, Germania,

Svezia, Svizzera).

4.3. Vi sono inoltre, a nostro avviso, taluni profili che allo stato non sono stati tenuti in considerazione dalla proposta di Riforma, ma in merito ai quali dovrebbe, al contrario, aversi una presa di posizione del legislatore, anche al fine di garantire il perfetto coordinamento tra la Riforma e la disciplina dell'arbitrato rituale.

Innanzitutto, occorrerebbe a nostro avviso disciplinare la rinnovazione degli atti davanti al Collegio Arbitrale per l'ipotesi contemplata di *traslatio*. Il Collegio, infatti, fermi restando gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale inizialmente depositata nelle forme dell'atto di citazione o del ricorso, a seconda del rito, non può essere vincolato dalle preclusioni assertive e/o istruttorie eventualmente maturate prima della *traslatio*, inapplicabili nel rito arbitrale, poiché rientra nei diritti, ma soprattutto nei doveri, degli arbitri il potere di assumere le prove davanti a sé con le modalità che ritengano opportune, chiedere integrazioni assertive ed istruttorie, e in generale condurre l'arbitrato nel modo che ritengano più opportuno, salvo sempre il rispetto del principio del contraddittorio (potendosi profilare, altrimenti, profili di responsabilità degli stessi arbitri). È difficile ipotizzare un arbitro che assuma una decisione sulla base di prove precostituite (perché questa è la conclusione cui si può legittimamente arrivare se si pensa che la *traslatio* può avvenire in qualunque momento sino a che la causa non sia assunta in decisione). Quanto meno sarebbe importante prevedere la possibilità, laddove nell'ottica di velocizzazione del procedimento si stabilisca di tenere ferme le prove già assunte, di consentire integrazioni istruttorie. È evidente che sul punto il legislatore deve prendere espressa posizione, onde evitare confusioni applicative.

4.4. In aggiunta, occorrerà precisare chiaramente che la *traslatio* della causa in arbitrato non integra un processo reversibile o temporaneo, ma incardina un procedimento completamente nuovo, senza dubbio più celere ed informale, e più efficace, ma dal quale non si potrà poi tornare indietro nuovamente. Diversamente verrebbero probabilmente frustrati gli intenti deflattivi della Riforma e si legittimerebbero condotte pretestuose e dilatorie delle parti.

Sarebbe quindi opportuno che nel testo normativo della Riforma sia precisato che, una volta che le parti hanno verbalizzato il consenso al compromesso arbitrale, il Giudice debba dichiarare l'estinzione del giudizio dinanzi a lui e l'immediata cancellazione della causa dal ruolo.

4.5. In tale ottica, andrebbe eliminata l'ipotesi – contemplata al punto 2 della Riforma – secondo cui “nell'ipotesi in cui la *traslatio* sia disposta in grado d'appello, è previsto un tempo di centoventi giorni, entro il quale la soluzione stragiudiziale della controversia deve avvenire; in mancanza il processo deve essere riassunto entro i successivi sessanta giorni”. Tale ipotesi darebbe luogo ad un incomprensibile andirivieni di procedure, del tutto incompatibile con l'intento perseguito. Sarebbe

senz'altro più opportuno prevedere la caducazione della legittimazione del Collegio e la chiusura definitiva del giudizio nel caso di mancato rispetto del termine indicato per la pronuncia del lodo, salva la possibilità di consentire, previo accordo delle parti e ricorrendo gravi motivi, un'unica estensione di detto termine (con l'eventuale possibilità per le parti di deferire *nuovamente in arbitrato* la disputa, senza l'obbligo di riassunzione della causa dinanzi al giudice statale).

4.6. Nella stessa ottica andrebbe forse ripensata la previsione del termine di sessanta giorni per la riassunzione del giudizio a seguito di declaratoria di nullità del lodo pronunciato a seguito del trasferimento (magari consentendo alle parti di decidere di deferire *nuovamente in arbitrato* la disputa, senza l'obbligo di riassunzione della causa dinanzi al giudice statale).

4.7. Ancora, sarebbe opportuno garantire la compatibilità della *traslatio* in sede arbitrale della controversia con il disposto dell'art. 819 *ter* c.p.c., che disciplina i rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria. In tal senso, ad esempio, sarebbe opportuno precisare che quando le parti formulano al Giudice il proprio consenso a compromettere la causa in arbitri, le stesse *non stanno sollevando un'eccezione di incompetenza* del Giudice: a tale fattispecie, pertanto, non dovrebbe trovare applicazione il termine di cui all'ultima parte del 1 comma dell'art. 819 *ter* c.p.c.

4.8. Con particolare riguardo alla *traslatio* in appello, pur esprimendo perplessità sulla sua opportunità, per un problema di coordinamento sistematico con le norme e i principi che regolano l'istituto dell'appello (tra gli altri, lodo che annulla un atto giurisdizionale, ambito di cognizione di arbitro rispetto ai motivi di impugnazione, estensione o meno a questo caso dell'effetto devolutivo dell'appello, rapporto tra assenza negli arbitri di poteri coercitivi e sospensione esecutività della sentenza di primo grado, rapporto tra la questione dell'impugnabilità del lodo reso in appello e il principio del doppio grado di giurisdizione) osserviamo che se si vuole conservare la funzione deflattiva e acceleratoria, occorrerebbe quantomeno prevedere espressamente che la cognizione dell'arbitro sia limitata ai motivi di appello stessi e non all'intera controversia. La riforma dovrebbe specificare chiaramente che nel traslare la lite in arbitrato si devolvono alla cognizione dell'arbitro i soli punti non coperti da giudicato. Inoltre, v'è da chiedersi se l'arbitro in grado di appello possa sospendere l'esecutività della sentenza di primo grado. Se sì (specie se dopo che sulla sospensione si sia già pronunciata la Corte) la funzione deflattiva e acceleratoria dell'istituto sembrerebbe frustrata. Se no, è difficile che la parte soccombente in primo grado sia interessata ad avvalersi di questo strumento.

5. Possibili integrazioni

Ferma la premessa generale di cui sopra (par. 2) per quanto attiene al coordinamento sistematico delle proposte di riforma con le previsioni del codice di rito attualmente

28 agosto 2014

in vigore, l'eccezionalità della figura arbitrale individuata dal legislatore e la sua chiara funzionalizzazione al perseguimento di uno scopo deflattivo potrebbe essere l'occasione per l'introduzione, in via sperimentale e nell'ottica di una possibile futura estensione alla disciplina 'ordinaria' dell'arbitrato, di alcune previsioni già da tempo in vigore in alcune tra le legislazioni arbitrali più avanzate. In tal modo si darebbe un chiaro segnale agli operatori stranieri dell'intenzione del nostro ordinamento di volersi allineare a *standards* internazionali riconosciuti, al fine anche di favorire e potenziare gli investimenti stranieri nel nostro Paese, che è uno degli obiettivi della riforma. In sintesi:

5.1. Possibilità per le parti che hanno scelto di trasferire la causa in sede arbitrale di accordarsi nei tempi e modi che si stabiliranno (ad esempio entro la prima udienza dinanzi al nuovo Collegio arbitrale) per rinunciare all'impugnazione del lodo. Tale rinuncia può essere regolata in modi diversi: può riguardare qualunque parte, indipendentemente dalla sua nazionalità (modello francese); può investire tutti i motivi di impugnazione del lodo, comprese le possibili violazioni all'ordine pubblico (modello svizzero); può far salvi i motivi di impugnazione del lodo dai chiari risvolti pubblicistici, quali la violazione del contraddittorio o la violazione dell'ordine pubblico (modello svedese);

5.2. Sempre su accordo delle parti, al Collegio arbitrale investito della causa potrebbe essere attribuita – ove ne ricorressero le circostanze ed eventualmente su *input* dello stesso Collegio - la funzione di mediatore, implementando anche nel nostro ordinamento la figura del *med-arb*, molto nota e praticata negli ordinamenti anglosassoni (ma anche tedesco): ciò in ossequio al principio, espressamente richiamato dalla Relazione ministeriale, di collaborazione fra le parti e l'organo giudicante.

5.3. Per le controversie di minore complessità e dall'ammontare contenuto, potrebbero predeterminarsi (in via normativa o mediante rinvio a regolamenti che le prevedono) forme accelerate del procedimento dinanzi al Collegio (i.e. eliminando l'udienza orale, limitando il numero di memorie scambiate, fissando un termine per la pronuncia del lodo);

5.4. Ferma la concorrente competenza del giudice statale per l'emanazione delle misure cautelari (e la sua competenza *esclusiva* per l'esecuzione delle stesse), si dovrebbe attribuire al tribunale arbitrale dinanzi a cui viene trasferita la causa, sempre al fine di potenziare l'obiettivo di deflazione, il potere di emettere provvedimenti cautelari. In mancanza di tale previsione, l'intero sistema perderebbe significato. Si tratta peraltro di una valida occasione per eliminare in radice l'art. 818 c.p.c. che segna una significativa differenza tra i sistemi arbitrali moderni (che prevedono il potere per gli arbitri di concedere misure cautelari) e i sistemi arbitrali meno evoluti (che vengono visti con scarso favore dagli investitori esteri e portano l'Italia ad essere raramente scelta come sede per l'arbitrato internazionale)

5.5. In generale, si potrebbe prevedere una soglia monetaria sotto la quale prevedere di *default* che la causa sia trasferita ad un arbitro unico in luogo di un Collegio

Milano-Roma, 28 agosto 2014

I coordinatori della Commissione Arbitrato

Avv. Cecilia Carrara

Avv. Michelangelo Cicogna

Avv. Prof. Albert Henke

Componenti della Commissione Arbitrato di ASLA

Avv. Girolamo Abbatescianni, Abbatescianni Studio Legale e Tributario
Avv. Enzo Bacciardi, Bacciardi and Partners,
Avv. Stefania Bariatti, Chiomenti Studio Legale
Avv. Andrea Bernava, Chiomenti Studio Legale
Avv. Maurizio Bocchiola
Avv. Denis Bonvegna Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Avv. Cecilia Buresti, Norton Rose Fulbright
Avv. Nicola Canessa, CBA Studio Legale e Tributario
Avv. Cecilia Carrara, Legance
Avv. Roberto Ceccon, Ceccon & Associati
Avv. Valentine Chessa, Castaldi Mourre & Partners
Avv. Michelangelo Cicogna, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Avv. Ughetta De Angelis, Bacciardi & Partners
Avv. Giovanni De Berti, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Avv. Domenico Di Pietro Freshfields Bruckhaus Deringer
Avv. Ferdinando Emanuele Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
Avv. Silvia Formenti, Roedl & Partners
Avv. Antonio Franchi, LabLaw
Avv. Francesco Gambaro, CBA Studio Legale e Tributario
Avv. Fabio Guastadisegni, Clifford Chance
Prof. Avv. Albert Henke, Clifford Chance
Avv. Roberto Jacchia, De Berti Jacchia Franchini Forlani
Avv. Silvia Lazzaretti, Macchi di Cellere Gangemi
Avv. Andrea Luciano, King & Wood Mallesons / SJ Berwin
Avv. Andrea Magliani, Studio legale Pedersoli e Associati
Avv. Pietro Masi, Studio Legale Portolano Cavallo
Avv. Elioarena Studio legale Pedersoli e Associati
Avv. Antonio Martini, CBA Studio Legale e Tributario
Prof. Avv. Paolo Mondini, Mondini Rusconi
Avv. Micael Montinari, Studio Legale Portolano Cavallo
Avv. Guido Motti, Jenny & Partner
Avv. Alberto Nanni, Gianni, Origoni, Grippo, Capelli & Partners
Avv. Giulio Novellini, Jones Day
Avv. Lucia Ostoni, Bryan Cave
Avv. Cristina Pagni, Simmons & Simmons
Avv. Salvatore Paratore, Studio Paratore Pasquetti & Associati
Avv. Massimiliano Perletti, Roedl & Partners
Avv. Alessandro Poletti, CBA Studio Legale e Tributario
Avv. Giovanni Polvani, Gianni, Origoni, Grippo, Capelli & Partners
Avv. Galileo Pozzoli, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP

Avv. Paola Rapisarda, d'Urso Gatti e Bianchi
Avv. Mario Riccomagno, Studio legale Riccomagno
Avv. Nicola Romano, Castaldi Mourre & Partners
Avv. Diego Rufini BLF Studio legale
Prof. Avv. Laura Salvaneschi, Bonelli Erede Pappalardo – Studio Legale
Avv. Patrizia Sangalli, Sangalli Della Moretta & Partners
Avv. Marina Santarelli, Pavia & Ansaldo
Avv. Lamberto Schiona, JonesDay
Avv. Alberto Toffoletto, NCTM
Avv. Edoardo Vassallo, Studio legale Portale Visconti
Avv. Luigi Zumbo, Bryan Cave