



## **CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI FIRENZE**

### **COMMISSIONE NEGOZIAZIONE ASSISTITA**

#### **SOTTOCOMMISSIONE RAPPORTI TRA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E ARBITRATO**

#### **MEDIAZIONE E CONTROVERSIE TRANSFRONTALIERE**

*Avv. Cosimo Papini, Avv. Laura Capacci, Avv. Ester di Napoli, Avv. Maurizio Manetti, Avv. Stella Manni, Avv. Andrea Petralli*

### I RAPPORTI FRA L'ARBITRATO E LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

#### **1) L'ARBITRATO POSTUMO – COME FUNZIONA**

L'art. 1 del D.L. 12 settembre 2014 conv. dalla L. 10 novembre 2014 n. 162 prevede una singolare forma di arbitrato, caratterizzata dalla possibilità di trasferire in sede arbitrale – su istanza congiunta delle parti – le cause che siano pendenti in primo grado davanti al Tribunale o in grado d'appello davanti al Tribunale o alla Corte d'appello e non siano state assunte in decisione al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione. Ciò al fine di tentare di ridurre l'«arretrato» esistente davanti ai giudici statali.

Questa possibilità è ammessa solo laddove la causa non abbia ad oggetto diritti indisponibili, né verta in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale a meno che, in quest'ultimo caso, non si tratti di cause aventi ad oggetto diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva e lo stesso contratto abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale.

Peraltro, per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nelle quali sia parte in giudizio una P.A., il consenso di questa alla richiesta di «trasferimento» in sede arbitrale avanzata dalla parte privata si intende in ogni caso prestato, a meno che la P.A. non esprima dissenso scritto, entro 30 giorni dalla richiesta.

Valutata la sussistenza di tali presupposti il giudice, al quale è avanzata la richiesta, dispone la trasmissione del fascicolo della causa al presidente del Consiglio dell'Ordine Circondariale Forense in cui si trova l'ufficio giudiziario, innanzi al quale è incardinato il giudizio, perché provveda alla nomina di un collegio arbitrale per le cause di valore superiore ad euro 100.000 e, ove le parti lo decidano concordemente, di un arbitro unico per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000.

La scelta degli arbitri viene sottratta al Presidente del Consiglio dell'ordine forense solo laddove le parti abbiano provveduto ad individuarli concordemente. In ogni caso sia che la scelta venga dalle parti, sia che venga dal Presidente del Consiglio dell'ordine, gli arbitri devono essere individuati tra gli avvocati iscritti all'albo del circondario competente da almeno 5 anni, che non abbiano subito negli ultimi 5 anni condanne

disciplinari definitive comportanti la sospensione dall'albo e che si siano resi preventivamente disponibili con dichiarazione resa allo stesso Consiglio dell'Ordine.

Trasferita la causa in sede arbitrale, il procedimento prosegue dinanzi al collegio arbitrale o all'arbitro unico secondo le regole proprie del procedimento arbitrale rituale previste dal c.p.c.; di conseguenza gli effetti del lodo saranno identici a quelli della sentenza: art. 824 bis c.p.c. e «*restano fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*», così come le decadenze e le preclusioni già maturate nel giudizio davanti al giudice statale ai sensi art. 1, 3° comma, del D.L. 132/2014. Questo, sia perché il giudizio continua ad essere pendente, sebbene cambi il giudice chiamato a pronunciare la decisione, sia perché la salvezza degli effetti della domanda è stata ritenuta una soluzione costituzionalmente imposta anche nell'ipotesi in cui il giudice statale dovesse ritenere insussistente la sua competenza a favore degli arbitri. Il «trasferimento» della causa in sede arbitrale non è sempre definitivo, ma determina piuttosto uno stato di quiescenza del processo in corso. Infatti, in talune ipotesi, espressamente previste dal legislatore, le parti saranno tenute a pena di estinzione del giudizio in corso a riassumere la causa davanti al giudice originariamente competente.

In primo luogo, ciò dovrà avvenire nell'ipotesi in cui il «trasferimento» in sede arbitrale riguardi una causa pendente in grado d'appello e il lodo non venga pronunciato nel termine perentorio di 120 giorni dal momento dell'accettazione della nomina degli arbitri. In tal caso, infatti, ai sensi del 4° comma dell'art. 1 cit., le parti hanno l'onere di riassumere il giudizio davanti al giudice statale entro il termine perentorio dei successivi 60 giorni, ma gli arbitri hanno la facoltà di richiedere, su accordo delle parti, che il termine per il deposito del lodo sia prorogato per ulteriori 30 giorni.

Una volta riassunto il processo, il lodo non potrà più essere pronunciato. In mancanza della riassunzione, invece, il processo si estingue, con la conseguente applicazione dell'art. 338 c.p.c., a tenore del quale, l'estinzione del giudizio di appello, determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, «*salvo che ne siano stati modificati gli effetti con provvedimenti pronunciati nel procedimento estinto*». Di conseguenza, laddove si dovesse verificare una simile ipotesi, la mancata riassunzione del processo davanti al giudice statale comporta il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, salvo che i suoi effetti siano stati modificati con lodo parziale o non definitivo. Ove, invece, le parti abbiano provveduto alla riassunzione del processo davanti al giudice statale nel termine stabilito, il lodo non potrà più essere pronunciato, non essendo più investito il collegio arbitrale del potere giurisdizionale.

In secondo luogo, si procederà alla riassunzione del processo davanti al giudice statale «quando, a norma dell'art. 830 c.p.c., sia stata dichiarata la nullità del lodo» pronunciato nei termini stabiliti. In tal caso, il processo dovrà essere riassunto nel termine di 60 giorni decorrenti dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità del lodo. E dunque – considerando che questa potrà essere sottoposta a ricorso per cassazione e poi, eventualmente, a giudizio di rinvio –, la riassunzione potrebbe sopraggiungere dopo molto tempo da quando vi sia stato inutilmente il trasferimento del giudizio in sede arbitrale.

Per quanto riguarda, poi, il compenso degli arbitri per l'attività svolta, trattandosi di avvocati, esso va determinato sulla base degli ordinari parametri forensi, di cui al D.M. 55/2014, ma potranno essere stabilite riduzioni di tali parametri con decreto regolamentare del Ministro della giustizia. In ogni caso, è esclusa espressamente l'applicabilità all'arbitrato in questione dell'art. 814, 1° comma, secondo periodo, c.p.c., a tenore del quale «*le parti sono tenute solidalmente al pagamento, salvo rivalsa tra loro*».

## 2. ARBITRATO E NEGOZIAZIONE ASSISTITA

L'arbitrato è una procedura di risoluzione alternativa delle controversie (ADR - Alternative Dispute Resolution).

L'arbitrato, quale tecnica di tutela alternativa alla giustizia ordinaria, è fondata sul comune proposito delle parti della controversia di ricorrere ad essa.

Invero le parti possono scegliere il tipo di arbitrato e delinearne autonomamente le caratteristiche (arbitrato ad hoc) oppure affidarsi ad un organismo o ad una camera arbitrale (arbitrato amministrato).

Una volta che le parti hanno stipulato l'accordo, esse sono obbligate a ricorrere agli arbitri: se una di esse sottopone la controversia al giudice ordinario, la controparte può esibire l'accordo arbitrale ed il giudice deve astenersi dal decidere la controversia.

L'arbitrato può essere: rituale o irrituale.

L'arbitrato rituale, disciplinato dagli artt. 806 e ss. c.p.c., presenta i caratteri propri del giudizio ordinario e si configura come un processo privato, gestito da un terzo imparziale su mandato delle parti, il quale, come il giudice, ha il potere di adottare una decisione vincolante (lodo).

L'arbitrato irrituale, o libero, invece, non è soggetto alla disciplina normativa processuale civile, o di diritto sostanziale, ma consiste, come ha più volte affermato la Cassazione, in un'attività negoziale e non giurisdizionale (cfr. Cass. Civ. n. 4253/1974 e n. 9381/1992).

L'arbitrato (sia esso rituale oppure irrituale) trova la sua **fonte in un atto di autonomia privata**, la convenzione arbitrale, espressione con la quale si vuole ricomprendere sia il **compromesso**, sia la **clausola compromissoria**.

Il compromesso, ai sensi dell'art. 807 c.p.c., è il patto che le parti stipulano per deferire a terzi una o più controversie tra esse già insorte in relazione ad un determinato rapporto giuridico sostanziale.

La clausola compromissoria, ex art. 808 c.p.c., è la clausola inserita in un contratto o in un atto separato attraverso la quale vengono assoggettate ad arbitrato le controversie, future ed eventuali, nascenti da un determinato rapporto sostanziale di tipo contrattuale.

Con la **convenzione di arbitrato in materia non contrattuale** le parti possono stabilire, ai sensi di quanto dispone l'art. 808bis c.p.c., che siano decise da arbitri le controversie future relative ad uno o più rapporti non contrattuali determinati.

Focalizziamo la nostra attenzione sull'arbitrato che trae la propria origine da una clausola compromissoria.

**Con la clausola compromissoria le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, stabiliscono che le controversie (d'interpretazione o d'esecuzione) nascenti dal medesimo siano decise da soggetti terzi, in qualità di arbitri.**

Invero, mediante tale clausola, in virtù del principio di autonomia contrattuale sancito dall'art. 1322 c.c. e ai sensi dell'art. 808 c.p.c., i contraenti decidono di rinunziare alla giurisdizione statale e di far decidere agli arbitri da essi nominati le eventuali liti che potranno insorgere durante la fase dell'esecuzione del contratto.

Se l'arbitrato costituisce un metodo di risoluzione alternativa delle controversie rispetto alla giurisdizione ordinaria, la procedura di negoziazione assistita potrebbe non trovare applicazione.

Deporrebbe in tal senso l'interpretazione letterale dell'art. 3 del D.L. 132/2014 secondo cui ***“Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.***

Da detta disposizione normativa si evince chiaramente che anche la negoziazione assistita costituisce – come l'arbitrato – un metodo alternativo di risoluzione delle controversie rispetto all'instaurazione di un giudizio civile.

Anche la negoziazione assistita si basa su un accordo fra le parti: l'art. 2 del D.L. n. 132 del 2014 rubricato «*Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato*», prevede che «*La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96*».

E' evidente che siamo di fronte ad un vero e proprio **contratto per la risoluzione delle controversie**.

In ragione di ciò se le parti hanno deciso di devolvere ad arbitri le controversie fra di esse nascenti aventi ad oggetto un rapporto giuridico fra di esse insorto, si potrebbe sostenere che le parti non potranno/dovranno attivare il procedimento di negoziazione assistita, poiché con il loro comportamento hanno già deflazionato il contenzioso di fronte al giudice ordinario (obiettivo primario del legislatore).

ooOOoo

**Cosa accade nell'eventualità che una parte adisca il giudice ordinario e la controparte non eccepisca l'accordo arbitrale?**

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ha statuito che il comportamento della parte che non ha eccepito l'accordo arbitrale costituisce *una rinuncia implicita* alla devoluzione della controversia al giudizio arbitrale.

*“La clausola compromissoria, in diritto italiano, è una clausola che permette la devoluzione a soggetti, in qualità di arbitri, delle possibili e/o eventuali controversie derivanti dal contratto nel quale è contenuta. E' essa stessa espressione di un riconoscimento democratico dell'autonomia privata, con la quale i contraenti, decidono di voler ricercare un'eterocomposizione delle eventuali liti che possono insorgere durante la fase*

dell'esecuzione del contratto, eventualmente dovute anche all'interpretazione dello stesso, rinunciando alla giurisdizione statale. Va, però, osservato che per quanto la clausola compromissoria possa essere omnicomprendente, cioè riferibile a tutte le controversie civili o commerciali, attinenti a diritti disponibili, che possono insorgere tra i soggetti parti del contratto cui quella clausola accede, tuttavia, può essere e va rapportata ad ogni singola controversia che può insorgere tra i soggetti interessati. Con la conseguenza, che la rinuncia a far valere la clausola compromissoria in occasione di una controversia insorta tra i contraenti non comporta di per sé una rinuncia definitiva e complessiva della clausola arbitrale e, cioè, una rinuncia anche in relazione ad ogni altra controversia che possa insorgere tra i contraenti diversa da quella per la quale entrambi le parti, o la parte interessata, hanno ritenuto di rinunciare.

Piuttosto, l'efficacia della rinuncia a far valere la clausola compromissoria è delimitata dalla specifica vicenda cui accede, lasciando, invece, che quella clausola sopravviva per ogni altra controversia, salva l'ipotesi in cui le parti rinunziano definitivamente alla clausola nel suo complesso, il che comporterebbe una modifica dell'assetto assiologico del contratto che potrebbe essere operata solo con il rispetto delle condizioni di forma e di sostanza di un patto risolutivo degli effetti del patto compromissorio" (cfr. Cass. civ. Sez. II, Sent., 20-02-2015, n. 3464)

Conseguentemente, secondo la Corte di Cassazione la rinuncia a far valere la clausola compromissoria in occasione di una controversia insorta tra i contraenti non comporterà, di per sé, una rinuncia definitiva e complessiva della clausola arbitrale anche in relazione ad ogni altra controversia che possa insorgere tra i contraenti diversa da quella per la quale entrambi le parti, o la parte interessata, hanno ritenuto di non ricorrere all'arbitrato. Piuttosto, *"l'efficacia della rinuncia a far valere la clausola compromissoria è delimitata dalla specifica vicenda cui accede, lasciando, invece, che quella clausola sopravviva per ogni altra controversia"*.

Di identico avviso è quella parte della giurisprudenza, secondo la quale è configurabile la rinuncia alla clausola compromissoria quando la parte abbia promosso nei confronti dei medesimi contraddittori un giudizio davanti al giudice ordinario avente identità, totale o parziale, di oggetto, perciò assimilabile, alla connessione di cause, di cui all'art. 40 c.p.c., (Cass., n. 13121/2004; 18643/2003)<sup>1</sup>.

In ragione di ciò si potrebbe sostenere che la parte che non abbia eccepito la clausola compromissoria nel procedimento instaurato di fronte al Giudice ordinario ha implicitamente e tacitamente rinunciato alla clausola compromissoria limitatamente alla fattispecie oggetto di controversia.

**Ci si chiede quindi cosa succeda, ricadendo in una delle fattispecie in cui la negoziazione costituisce una condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 3 comma 1 del D.L. 132/2014 conv. nella L.**

---

<sup>1</sup> Cass. 15 luglio 2004, n. 13121, *id.*, Rep. 2004, voce cit., n. 155, citata in motivazione, ove si legge che qualora la parte promuova nei confronti dei medesimi contraddittori un giudizio davanti al giudice ordinario avente identità, totale o parziale, di oggetto, assimilabile alla connessione di cause, di cui all'art. 40 c.p.c., tale comportamento costituisce implicita rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria.

Cass. 5 dicembre 2003, n. 18643, *id.*, Rep. 2003, voce cit., n. 111, in cui si precisa che la proposizione della domanda, contenuta nella citazione introduttiva ovvero nella comparsa di risposta (in via riconvenzionale), per la soluzione della medesima controversia compromessa in arbitri, configura una rinuncia all'eccezione di compromesso, stante l'evidente incompatibilità tra un'eventuale rinuncia all'azione giudiziaria e la successiva proposizione di quest'ultima.

– Cass. 25 gennaio 1995, n. 874, *id.*, Rep. 1995, voce cit., n. 99.

– Cass. 29 gennaio 1993, n. 1142, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 88.

**162/2014, se la parte che abbia devoluto ad arbitri le controversie in materia di interpretazione e di esecuzione di un contratto, inviti la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita?**

Seguendo il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione nella sentenza citata, si potrebbe sostenere che, ove la controparte non abbia eccepito l'esistenza della clausola compromissoria, detto comportamento costituisca una rinuncia tacita a detta clausola a favore dell'accordo di negoziazione (limitatamente alla singola controversia insorta).

Tuttavia, se si ritiene - come sostiene una parte della dottrina<sup>2</sup> - che la negoziazione assistita (così come la mediazione) sia uno strumento che possa permettere la composizione della controversia *prima* che essa diventi ingestibile dalle parti e dagli avvocati, allora nella fase pre-contenziosa, ciascuna delle parti può invitare l'altra alla stipulazione della convenzione di negoziazione assistita.

Depone a favore di detta interpretazione l'art. 9 del D.L. 132/2014 conv. nella legge 162/2014 che prevede incompatibilità tra l'aver assistito le parti nel corso della procedura di negoziazione assistita e l'ufficio di arbitro in relazione a controversie aventi il medesimo oggetto od oggetto connesso.

Le parti, pur avendo sottoscritto una clausola compromissoria nella quale hanno deciso di devolvere ad un arbitro / collegio arbitrale tutte le controversie sull'interpretazione e sull'esecuzione del contratto fra di esse stipulato, potrebbero - in una fase prettamente pre-contenziosa - invitare la controparte a negoziare la controversia seguendo la procedura di cui all'art. 2 della legge n. 162/2014.

Durante tutta la procedura di negoziazione le parti ed i difensori hanno un dovere di riservatezza e di lealtà, e quindi tutte le notizie e le informazioni apprese nel corso del procedimento devono rimanere riservate e non potranno essere utilizzate in un successivo giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto. Questo conferma quindi che i difensori non potranno svolgere l'incarico di arbitro nelle controversie aventi il medesimo oggetto o un oggetto connesso. La violazione di tale obbligo costituisce un illecito disciplinare per l'avvocato.

**In ragione di ciò l'arbitrato è uno strumento di risoluzione alternativa delle controversie che non esclude la negoziazione assistita.**

A seconda che l'arbitrato sia rituale o irrituale è necessario che le parti rinuncino alla clausola compromissoria.

In particolare se l'arbitrato è rituale le parti, ove la negoziazione sia proficua nell'accordo di negoziazione, dovranno espressamente rinunciare alla clausola compromissoria (altrimenti l'accordo potrebbe essere impugnato per nullità).

Mentre se l'arbitrato è irrituale, è necessario che le parti - già nella convenzione di negoziazione - rinuncino espressamente alla clausola compromissoria.

Invero l'arbitrato irrituale non trova un'esplicita regolamentazione legislativa e si concretizza nell'accordo con il quale al terzo viene affidato il compito di risolvere la controversia con una dichiarazione

---

<sup>2</sup> Cfr. Arbitrato, mediazione e negoziazione assistita: le principali differenze, Valcavi, [www.Dirittoisole24ore.com](http://www.Dirittoisole24ore.com).

sostanzialmente transattiva o accertativa dei diritti e degli obblighi delle parti, a seconda del contenuto dell'incarico.

Con la scelta dell'arbitrato irrituale le parti hanno conferito agli Arbitri il compito di elaborare una soluzione transattiva di una questione su cui esiste controversia e che le Parti si impegnano (con la sottoscrizione di un compromesso) o si sono già impegnate (avendo aderito ad un contratto munito di clausola compromissoria o arbitrale) ad assumere ed a rispettare come contenuto della propria volontà.

Pertanto, ove le parti abbiano deciso di attivare la procedura di negoziazione assistita è essenziale che, già nella redazione della convenzione di negoziazione, abbiano espressamente rinunciato alla clausola compromissoria o arbitrale.

Detta rinuncia dovrà essere ripetuta nell'accordo che verrà stipulato ove le addivengano alla risoluzione negoziale della controversia.

Se la negoziazione assistita non è proficua (ovverosia se le parti non raggiungono l'accordo a seguito della convenzione), possono rivolgersi o al giudice ordinario oppure attivare il procedimento arbitrale.

**... Segue ...**

#### **Fac Simile delle formule**

*Le parti dichiarano di rinunciare, come in effetti rinunciano, alla clausola compromissoria contenuta nel contratto [...] articolo [...], obbligandosi a ripetere tale pattuizione anche nell'accordo di negoziazione.*

*In caso di mancato accordo, le parti saranno libere di rivolgersi al giudice ordinario, avendo le stesse rinunciato in via definitiva alla clausola compromissoria.*

In alternativa, nel caso si voglia mantenere la validità della clausola compromissoria per il prosieguo della controversia

*In caso di mancato accordo, le parti saranno libere di promuovere giudizio arbitrale avendo le stesse rinunciato alla clausola compromissoria solo ai limitati effetti dell'instaurazione della presente negoziazione assistita.*