

Commissione per la riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie

Audizione ANIA

Roma, 11 maggio 2016

L'ANIA, innanzi tutto, intende esprimere il proprio ringraziamento per l'invito ad essere audita da parte della Commissione per la riforma organica degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie istituita presso il Ministero della giustizia.

L'Associazione è grata dell'occasione di poter fornire il proprio contributo in una materia di rilevante interesse per l'amministrazione della giustizia e conseguentemente per l'intero sistema Paese. Il settore assicurativo è profondamente interessato a tutte le iniziative che riguardano la migliore gestione del precontenzioso e del contenzioso, in quanto un numero rilevante delle cause pendenti riguarda controversie assicurative, con particolare riferimento al contenzioso relativo alla r. c. auto. Per dare un indicatore significativo, basti pensare che nel 2012 le cause pendenti in materia assicurativa erano 291.504.¹

Con il presente documento, pertanto, e in spirito di sincera collaborazione, si formulano alcune osservazioni e proposte a nome del mercato assicurativo italiano, restando a disposizione per ulteriori approfondimenti e per continuare in un percorso di collaborazione anche nelle successive fasi di elaborazione del progetto di riforma, se così ritenuto opportuno.

INTRODUZIONE

L'istituzione di codesta Commissione presso il Ministero della giustizia appare quantomai opportuna, anche in considerazione del fatto che, nel corso degli ultimi anni, il nostro ordinamento si è arricchito di una rilevante varietà di procedure per la risoluzione alternativa delle controversie (*alternative dispute resolution* o ADR), che riguardano molteplici settori e vedono coinvolti diversi tipi di attori, pubblici e privati. Tale intento è indubbiamente lodevole, anche se occorre sottolineare che ciascuna di

¹ Fonte: IVASS, *Rilevazione annuale del contenzioso R.C. auto: risultanze delle elaborazioni per l'esercizio 2012*, 25 luglio 2013, ultima rilevazione statistica disponibile.

tali procedure presenta margini di miglioramento per quanto riguarda il proprio disegno, mentre esse non sempre risultano ben coordinate tra di loro.

È noto, infatti, in quale difficoltà si trovi la giustizia civile a far fronte all'arretrato delle cause pendenti nei tribunali. In tal senso si sono espressi vari rapporti nazionali ed internazionali sul tema: il rapporto “*Doing Business 2016*”, nonostante registri un sostanziale miglioramento dell'Italia, sottolinea l'assoluta e prioritaria necessità di avere meccanismi effettivi di risoluzione delle controversie. Uno studio del 2011 della Banca d'Italia ha determinato che l'inefficienza della giustizia civile italiana può essere misurata in termini economici come pari all'1% del pil.

Tra le varie forme di risoluzione alternativa delle controversie, ne prendiamo, per ora, in esame solo alcune:

1. la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali introdotta dal decreto legislativo n.28/2010 in attuazione della direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale;
2. la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati introdotta dal decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132 come convertito dalla legge 10 novembre 2014 n. 162;
3. la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori introdotta dal decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 che attua la direttiva 2013/11/UE, nello specifico ambito delle obbligazioni derivanti da contratti di vendita, ovvero di servizi, tra professionisti e i consumatori.

Procedendo ad una veloce ricognizione degli istituti sopra elencati:

1. Si può procedere in mediazione in caso di controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili e a prescindere dalla natura dei soggetti coinvolti. La disciplina della mediazione *dovrebbe* applicarsi, infatti, indifferentemente alle controversie sorte tra professionisti e tra professionisti e consumatori; essa è sempre facoltativa, tranne che per alcune controversie (tra cui quelle relative a contratti assicurativi e alla r. c. medica e sanitaria); in tal caso essa diventa

condizione di procedibilità per poter accedere al successivo eventuale giudizio; essa può, inoltre, in tutti i casi, essere resa obbligatoria da una clausola contenuta in un contratto o in uno statuto e può, infine ed in ogni caso, essere demandata dal giudice.

2. Per quanto concerne la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati, questa si applica a tutte le controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili e si applica indifferentemente alle controversie sorte tra professionisti ovvero tra professionisti e consumatori.

Essa può essere sempre volontaria ovvero assumere la veste di condizione di procedibilità in alcuni casi e cioè in caso di controversie in materia di r. c. auto ovvero in tutti i casi in cui la controversia verta sul pagamento, a qualsiasi titolo, di una somma non superiore a euro 50.000 al di fuori, comunque, dei casi previsti dall'art. 5, comma 1-bis del d. lgs n. 28/2010; non è mai però condizione di procedibilità per le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

3. Per quanto riguarda la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (la c. d. ADR dei consumatori), essa riguarda tutte le obbligazioni relative a contratti di vendita, ovvero di servizi, tra professionisti e i consumatori. La procedura di ADR riguarda tutti i tipi di contratti di vendita e servizi, essendo una procedura a carattere orizzontale e non verticale suddivisa per materia, ha sempre natura volontaria, senza avere un limite per valore.

La brevissima ricostruzione appena effettuata mette in luce come gli ambiti toccati dagli istituti persi in esame in molti casi si sovrappongono ma non completamente, alcuni istituti riguardando esclusivamente i rapporti insorti tra professionisti e consumatori, altri riguardando tutti (professionisti e consumatori); altri assumendo la veste di condizione di procedibilità per alcune materie, altri per altre materie ma contigue (si fa riferimento specificatamente alla mediazione per le controversie relative a contratti assicurativi e la negoziazione per le controversie relative alla r. c. auto). L'incertezza del coordinamento, in particolare, tra la disciplina consumeristica e quella

ordinaria ha portato a rimettere alla Corte di Giustizia l'interpretazione sulla **legittimità, in particolare, della condizione di procedibilità e dell'assistenza legale obbligatoria nel D. Lgs. 28/2010 quando una delle parti sia un consumatore** (Tribunale di Verona, sez. III Civile, ordinanza 14 – 28 gennaio 2016).

C'è stato quindi sì un lodevole intento del legislatore di moltiplicare gli strumenti a disposizione per giungere ad una soluzione alternativa delle controversie, ma non si può fare a meno di sottolineare il difficile coordinamento dell'intera materia che è, inoltre, in continua e costante evoluzione.

DATI NUMERICI

Ad oggi, ancora non esistono sufficienti elementi per verificare l'influenza della negoziazione assistita sulla riduzione delle nuove iscrizioni di cause ordinarie, né si può valutare l'impatto dell'introduzione delle nuove c. d. ADR dei consumatori.

Sono al contrario disponibili i dati relativi alla mediazione (introdotta nel 2010 e modificata nel 2013) e le statistiche ministeriali dimostrano che questo istituto ha sì consentito la definizione di un considerevole numero di controversie nelle varie materie per le quali la mediazione è stata prevista come condizione di procedibilità, ma, almeno per ciò che concerne specificatamente il settore assicurativo, i risultati non sono altrettanto positivi.

Dall'analisi, infatti, delle statistiche pubblicate dal Ministero della giustizia e relative al periodo 1° gennaio – 31 Marzo 2015, è evidente come **la mediazione**, così come è stata concepita prima dal legislatore del 2010 e poi da quello del 2013, **non si è dimostrata uno strumento efficiente per il settore assicurativo.**

Entrando più nel dettaglio:

- avuto riguardo alle diverse categorie di mediazione (obbligatoria in quanto condizione di procedibilità prevista dalla legge; demandata dal giudice; obbligatoria in quanto prevista da una clausola contrattuale, volontaria), si osserva che la mediazione

obbligatoria in quanto prevista da una **clausola contrattuale** rappresenta solo lo **0,6%** del totale delle mediazioni intentate;

- secondo all'analisi delle iscrizioni per materia, i contratti assicurativi rappresentano il 6,1% del totale delle iscrizioni del 1° trimestre 2015; altre materie di interesse assicurativo sono il risarcimento danni da responsabilità medica (6,6% delle iscrizioni) e la r.c. auto (0,3%; si rileva che per quest'ultimo caso la mediazione è facoltativa, mentre è obbligatoria la negoziazione assistita, per la quale non sono ancora disponibili dati statistici);

- il dato relativo alla comparizione dell'aderente per materia è ancora più indicativo, in quanto si registra la partecipazione dell'aderente nel 15,9% dei casi se la materia della mediazione riguarda i contratti assicurativi, nel 39,5% nei casi di responsabilità civile medica e sanitaria e del 19,3% nel caso di mediazione facoltativa in ambito r. c. auto;

- l'esito per materia dimostra ancora la scarsa efficacia del sistema, dato che in caso di aderente comparso, l'accordo è raggiunto per la mediazione obbligatoria in ambito contrattuale solo nel 10% dei casi, e nell'ambito della r. c. medica e sanitaria solo nel 9%, nell'ambito della mediazione facoltativa per la r. c. auto, il tasso di successo invece sale al 26%;

- nel caso poi dell'esito della mediazione in base alla tipologia della stessa, si osserva come il tasso di successo (comunque sempre basso) aumenta nel caso di mediazione facoltativa, dove si registra il 38% di casi in cui l'accordo è raggiunto (contro il 15% in caso di mediazione demandata dal giudice e il 20% in caso di mediazione obbligatoria).

Dai dati raccolti, quindi, si può evidenziare che **l'obbligatorietà della mediazione in quanto condizione di procedibilità prevista dalla legge non ha giovato al successo della stessa** e che **l'obbligatorietà conseguente ad una previsione contrattuale ha trovato scarsissima applicazione**. Al contrario, il successo della mediazione è più probabile quando la mediazione è facoltativa e potrebbe, comunque, essere agevolato dalla diffusione di una previsione contrattuale di mediazione.

SCARSO SUCCESSO DELLA MEDIAZIONE IN AMBITO ASSICURATIVO

Le ragioni per i risultati non proprio soddisfacenti sono molteplici e, tra quelle che rivestono un carattere di maggiore rilevanza, ricordiamo:

- il fatto che la **professionalità** dei mediatori e specializzazione degli Organismi di mediazione sono percepite dagli operatori del settore come non sempre adeguate;
- la mancanza di un'effettiva disciplina dei **conflitti di interesse** relativamente tanto all'organismo che amministra la procedura quanto al mediatore;
- un poco chiaro quadro normativo di riferimento per l'utilizzo della mediazione o di altre forme di ADR in forza di una **clausola contrattuale**;
- l'obbligo di farsi assistere da un legale;
- la **competenza territoriale** e, correlativamente, il mancato incentivo ad avvalersi delle **tecniche di comunicazione a distanza** per poter definire la controversia (come già previsto dal Regolamento UE n. 524/2013 sull'On Line Dispute Resolution);
- l'obiettivo difficoltà di far partecipare tutte le parti interessate alla controversia assicurativa che per sua natura (particolarmente nelle ipotesi di risarcimento danni) potrebbe coinvolgere più parti, l'assicuratore del responsabile civile, l'assicuratore del danneggiato, il responsabile civile e il danneggiato.

PROPOSTE DI RIFORMA

Considerazioni generali

L'ANIA è consapevole dell'importanza strategica che riveste l'efficienza del sistema della giustizia civile per la crescita dell'economia del Paese e per questo motivo è pronta a formulare alcune proposte che, si spera, possano aumentare la fino ad ora scarsa funzionalità degli istituti di risoluzione alternativa delle controversie che vedono il settore direttamente coinvolto.

Il settore assicurativo riconosce, altresì, il fatto che i costi sostenuti da un'impresa assicuratrice che partecipa e conclude con successo una procedura di risoluzione alternativa delle controversie diversa dall'arbitrato, sono mediamente inferiori ai costi che altrimenti essa sosterebbe affrontando un giudizio civile. Per quello che riguarda i tempi, tutte le procedure di ADR, incluso l'arbitrato, sono maggiormente rapide.

Chiave di successo: convenienza economica

Al fine di incentivare l'effettivo utilizzo delle varie ADR da parte del settore assicurativo non è utile e non può sortire gli effetti desiderati imporre normativamente l'obbligatorietà delle ADR. È invece indispensabile agire sulle leve di carattere economico: **il ricorso alle procedure di ADR deve essere economicamente competitivo rispetto al contenzioso.** Diversamente, le ADR continueranno ad essere utilizzate al di sotto del loro potenziale, semplicemente perché strumenti non utili.

Pertanto, per quanto riguarda le **ADR non aggiudicative**, è necessario **umentare la percentuale di vertenze concluse con esito positivo**, perché diversamente i costi crescono invece che scendere, trasformando la procedura in una ulteriore ed inutile fase processuale. Per ciò che concerne l'**arbitrato**, considerato il suo costo nettamente superiore a quello del processo ordinario (diversamente da ciò che accade in altri Paesi dove – non a caso – l'istituto è maggiormente diffuso) è necessario agire sul versante dei **costi**. Esclusa la possibilità di calmierare per legge gli onorari degli arbitri, anche

per motivazioni di carattere antitrust, non rimane che agire sugli **incentivi di carattere fiscale**, modellandoli ad esempio su quelli concessi per la mediazione dal D.Lgs. 28/2010 ed aumentando la soglia di esenzione dall'imposta di registro per i lodi, anche in considerazione degli ammontari spesso elevati in discussione. È evidente che gli incentivi vanno concessi per **ogni forma di arbitrato** e non soltanto per quello davanti alle camere arbitrali dei Consigli degli ordini degli avvocati, di cui al Capo I del D.L. 12 settembre 2014, n. 132. È evidente infatti la disparità di trattamento originata da una previsione del genere, nonché l'indebito vantaggio derivante ad uno solo dei prestatori di servizi in ambito arbitrale.

Non obbligatorietà

Come i dati numerici hanno dimostrato la condizione di procedibilità, prevista come transitoria ed eccezionale, non ha dato i frutti sperati e non ha, di conseguenza, ragione di essere confermata. Al contrario, come rilevato dallo stesso Ministero della giustizia, il tasso di soluzioni positive della vertenza scende proprio quando le procedure sono obbligatorie. Non si nega che l'obbligatorietà possa aver avuto un ruolo positivo, facendo conoscere e sperimentare le procedure di ADR; tale fase si è però ormai largamente conclusa, e il mercato degli operatori professionali è già pienamente cosciente delle opportunità fornite dagli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Clausola di ADR

Proprio perché il mercato sta rapidamente maturando, è opportuno incentivare l'uso di clausole di ADR nelle condizioni generali di contratto, creando una situazione normativa chiara nell'ambito della quale una clausola equilibrata possa essere utilizzata con la sicurezza che non potrà essere dichiarata vessatoria. Su ciò formuleremo di seguito delle proposte concrete.

Patrocinio obbligatorio

Per quanto riguarda la assistenza obbligatoria del legale alla parte durante il procedimento di mediazione, essa è vietata in tutte le procedure consumeristiche. Si propone, quindi, di eliminare tale obbligo, anche perché l'esperienza ha dimostrato che le parti, potendo liberamente scegliere, hanno spesso deciso di partecipare alle procedure comunque assistite da un avvocato.

Sarebbe di conseguenza necessaria la modifica in tal senso, da un lato, dell'art. 5, comma 1 bis d. lgs. 28/2010 relativo alla condizione di procedibilità per le controversie relative a determinate materie, tra cui i contratti assicurativi e dall'altro, la modifica dell'art. 3, comma 1 del d.l. 132/2014 come convertito in legge n. 162/2014 che prevede la procedura di negoziazione assistita da avvocati come condizione di procedibilità, tra l'altro, delle controversie relative alla r. c. auto.

Avendo svolto alcune considerazioni di carattere generale, si procederà di seguito a formulare proposte relative alle singole procedure di ADR.

MEDIAZIONE

Competenza professionale

Un requisito indispensabile per il successo delle ADR è l'**autorevolezza di organismo di mediazione e mediatore**. L'autorevolezza è a sua volta frutto della **competenza** e dell'**indipendenza**. Dato che in Italia la mediazione e le ADR consumeristiche sono necessariamente amministrate, questi aspetti devono esistere **tanto in capo all'organismo quanto al mediatore**.

La polemica sul tipo di formazione del mediatore (sulle tecniche di ADR o sul merito della questione da trattare) è nota e non è certo questo il luogo per risolverla. Va ricordato comunque che il primo aspetto deve sussistere necessariamente ed il secondo almeno nei casi di ADR consumeristica.

L'alto standard della formazione che si richiede in materia di tecniche ADR mal si concilia con la previsione che tutti gli **avvocati iscritti all'albo** siano, per questo solo

fatto, **mediatori di diritto**. Questa previsione pone, tra l'altro, gli avvocati in una condizione di ingiustificato vantaggio nei confronti di iscritti in altri albi, nei confronti di altri operatori del diritto, quali notai e professori universitari e addirittura nei confronti di avvocati non più iscritti all'albo. Il regime presenta quindi profili di disparità di trattamento e di irrazionalità e potrebbe, conseguentemente prestare il fianco a rilievi di incostituzionalità.

È opportuno che la normativa individui requisiti seri per la formazione in materia di tecniche di ADR e imponga trasparenza per quanto riguarda la formazione posseduta dal mediatore relativamente alle materie che costituiscono il merito della questione (per quanto interessa alla scrivente Associazione, ad esempio, l'assicurazione).

Per gli organismi la competenza si attua attraverso regole di trasparenza circa il curriculum vitae dei mediatori di cui si avvale, nonché di specializzazione, declinate normativamente.

Indipendenza

Il concetto di imparzialità è talmente connaturato alle ADR, che esso si trova scolpito addirittura nella definizione di mediazione, laddove l'art. 1, lett. a) del D.Lgs. 28/2010 prevede che si tratti dell'attività svolta da un terzo **imparziale**. Manca però attualmente un testo normativo che meglio definisca il concetto di imparzialità. Ne sarebbe pertanto opportuna una introduzione, che potrebbe basarsi, ad esempio, su fonti di autodisciplina già esistenti, come il Codice Deontologico approvato dall'UIA – Unione Internazionale degli Avvocati nella sessione del 2 aprile 2012 e adattato alla conciliazione amministrata dalle CCIAA italiane. Questo individua e definisce i tre concetti di **indipendenza, imparzialità e neutralità**. Per quanto riguarda nello specifico la figura dell'“avvocato mediatore”, vanno fissate a livello normativo o regolamentare regole chiare sull'incompatibilità ed il conflitto di interessi, tanto più che la Circolare del Ministero della giustizia del 14 luglio 2015 in materia è stata annullata dalla sentenza del TAR n. 3989/2016 del 1/4/2016.

Occorre ricordare che, trattandosi di procedure amministrative, per assicurare un corretto funzionamento del sistema i medesimi requisiti dovrebbero applicarsi anche all'organismo ed ai suoi esponenti (soci, consiglieri di amministrazione, responsabili).

Dovrebbe essere inoltre prevista una procedura per segnalare e gestire i conflitti di interesse eventualmente emersi. Infine, la mancata partecipazione ad una procedura di ADR giustificata dall'esistenza di conflitti di interesse non deve evidentemente dare luogo a sanzioni di alcun tipo a carico della parte che non ha aderito o partecipato.

Clausola di mediazione o ADR

L'inserimento nelle condizioni generali di contratto di clausole di ADR è uno strumento che può grandemente contribuire all'effettiva diffusione di tali procedure. Sinora il ricorso a tale previsione contrattuale è stato però estremamente limitato, e la motivazione principale di ciò è la possibile incertezza nell'interpretazione delle norme che dichiarano vessatoria o meno la clausola di ADR o di mediazione. È pertanto estremamente opportuno che si preveda in un **elenco**, espressamente dichiarato come **tassativo**, quali sono le condizioni cui deve conformarsi una clausola siffatta per essere considerata lecita e non vessatoria.

È altresì importante che sia precisato che le **conseguenze della violazione della clausola contrattuale** includono almeno (a) **l'improcedibilità dell'azione** e (b) il **risarcimento dei danni**, che comprende i danni diretti ed indiretti derivanti dal processo che si sarebbe potuto evitare. Sarebbe inoltre opportuno prevedere esplicitamente che non sarebbe vessatoria una clausola penale che quantificasse forfettariamente il danno in relazione al costo processuale medio storicamente sopportato dal professionista.

In particolare, a nostro avviso, dovrebbe ritenersi in ogni caso non vessatoria una clausola di ADR (o di mediazione) quando rispetti i seguenti requisiti tassativi:

1. L'organismo di ADR o di mediazione che amministra la procedura sia iscritto in apposito registro (ad esempio sia istituito ai sensi del Titolo II Parte V del Codice del consumo ovvero sia iscritto nella separata sezione del registro degli organismi di mediazione specializzati nella trattazione degli affari in materia di consumo, ai sensi dell'attuale D.Lgs. 28/2010);
2. si tratti di una ADR non aggiudicativa (o, per utilizzare il *wording* della Direttiva 2013/11/CE nei casi in cui l'organismo proponga una soluzione o riunisca le parti al fine di agevolare una soluzione).

Si è già segnalato che si ritiene opportuno sopprimere le norme relative alla competenza territoriale degli organismi di mediazione; sul punto si ritornerà a breve. Nell'ipotesi, peraltro, di mantenimento di un criterio di competenza territoriale, sarebbe opportuno almeno precisare che l'utilizzo di meccanismi di ODR (*On-Line Dispute Resolution*) e la negoziazione di una deroga alla competenza territoriale non sono vessatorie.

Competenza territoriale

Sembra opportuno **eliminare il criterio della competenza territoriale**, concetto del tutto particolare dato che si versa in una fase non processuale.

In via subordinata, andrebbe almeno chiarito che la competenza territoriale si riferisce al **luogo in cui si svolge l'incontro tra le parti** e non alla sede dell'organismo.

Sempre in via subordinata, le argomentazioni di cui sopra valgono in particolare per il caso di utilizzo di una procedura di On-Line Dispute Resolution (**ODR**), disciplinato dal Regolamento UE n. 524/2013, dove evidentemente **non ha senso parlare di un luogo fisico**, per cui almeno in questo caso andrebbe del tutto eliminato il criterio di competenza territoriale.

Incentivi fiscali

Come sopra ricordato, andrebbero previsti ulteriori incentivi fiscali oltre quelli già presenti, ad esempio aumentando il limite del valore dell'accordo entro il quale non si paga l'imposta di registro ovvero aumentando il valore delle indennità dovute all'organismo di mediazione per il quale può richiedersi il credito di imposta.

Altre previsioni utili

- Incentivare l'uso della **mediazione demandata** da parte dei giudici. A questo proposito, sembra doveroso sottolineare che, nonostante le linee guida sulla mediazione predisposte da vari osservatori sulla giustizia civile che sono sorti in questi ultimi anni nei distretti di alcune corti d'appello, sembrano esserci ancora degli spazi per l'ulteriore sensibilizzazione degli operatori di giustizia (giudici e avvocati) sul tema;
- Incentivare i giudici ad utilizzare i deterrenti che sono già presenti nel codice di procedura civile (disciplina delle spese processuali);
- Incentivare la **partecipazione di tutte le parti coinvolte nella controversia** nel caso in cui la parte istante non vi abbia già provveduto, prevedendo la possibilità per l'organismo che amministra la procedura di segnalare tale necessità od opportunità alla parte istante.

NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Considerazioni generali e obbligatorietà

Come noto, la negoziazione assistita è un metodo di risoluzione alternativa delle controversie nato per la prima volta negli Stati Uniti, con particolare riferimento al diritto di famiglia e successivamente esteso ad altri ambiti. La prima esperienza è stata condotta nello Stato del Minnesota da avvocati divorzisti.

Non è una sorpresa, pertanto, che anche in Italia l'istituto stia dando buona prova di sé nell'ambito del diritto di famiglia. Nella relazione del Ministro della giustizia all'inaugurazione dell'anno giudiziario del CNF è stato infatti affermato che il 75% di tutti gli accordi di negoziazione conclusi con successo riguarda casi di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni. Va comunque rilevato che il numero assoluto appare ancora piuttosto contenuto (3019 accordi andati a buon fine).

Tale evoluzione era largamente prevedibile: la negoziazione assistita è infatti un metodo di ADR che utilizza tecniche facilitative. Gli avvocati coinvolti cercano di individuare i bisogni e gli interessi dei clienti, applicando i principi della *interest based negotiation*, elaborata da Fisher ed Ury e sviluppata nel *Program on Negotiation* (PoN) dell'Università di Harvard.

È facile rilevare come, nell'ambito dei rapporti familiari, sia possibile trovare degli interessi comuni tra i soggetti coinvolti (basti pensare, ad esempio, alla prole). Nel settore della RCA è invece difficile poter individuare tra le parti interessi diversi dall'esatto soddisfacimento della pretesa patrimoniale e sussiste scarso spazio per soluzioni conciliative particolarmente originali.

Inoltre, per quanto riguarda le controversie coi consumatori, e come già ricordato, non è possibile imporre la presenza obbligatoria di avvocati. Ciò vale anche per la RCA se si segue la tesi che anche l'azione diretta abbia natura contrattuale, basandosi anch'essa su un contratto di assicurazione, ancorché intercorso tra parti diverse, ma che comunque ha come beneficiario il danneggiato.

Anche per la negoziazione assistita, quindi, come per tutte le ADR, si raccomanda **l'abolizione dell'obbligatorietà** (*rectius* che non venga più prevista come condizione di procedibilità).

Incompatibilità col patrocinio nel futuro giudizio

Si è già ricordato come la negoziazione assistita sia nata negli Stati Uniti d'America, che sono il primo stato ad aver legiferato in materia.

La Uniform Law Commission statunitense ha predisposto un *Uniform Collaborative Law Act*², suggerendone l'adozione da parte degli Stati federali, in forma di legge o di regolamento delle Corti.

Norma fondamentale, introdotta prima contrattualmente ed ora consacrata nella Section 9³, è che **l'avvocato che assiste la parte nel processo di Collaborative Law non può patrocinarla in giudizio**. Il principio è di tale rilevanza che si ritrova nella definizione stessa di *Collaborative Law* che appare nella *Prefatory Note*, che ha lo scopo di illustrare il provvedimento legislativo.

L'intera dottrina che si è occupata dell'istituto, del resto, non ha mancato di segnalarlo e di porlo nel dovuto rilievo⁴.

² Consultabile all'indirizzo internet

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/collaborative_law/uclranducla_finalact_jul10.pdf.

³ Si riporta il testo dell'articolo citato:

SECTION 9. DISQUALIFICATION OF COLLABORATIVE LAWYER AND LAWYERS IN ASSOCIATED LAW FIRM.

(a) Except as otherwise provided in subsection (c), a collaborative lawyer is disqualified 88 from appearing before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter.

(b) Except as otherwise provided in subsection (c) and Sections 10 and 11, a lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated is disqualified from appearing before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter if the collaborative lawyer is disqualified from doing so under subsection (a).

(c) A collaborative lawyer or a lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated may represent a party:

(1) to ask a tribunal to approve an agreement resulting from the collaborative law process; or

(2) to seek or defend an emergency order to protect the health, safety, welfare, or interest of a party, or [insert term for family or household member as defined in [state civil protection order statute]] if a successor lawyer is not immediately available to represent that person.

(d) If subsection (c)(2) applies, a collaborative lawyer, or lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated, may represent a party or [insert term for family or household member] only until the person is represented by a successor lawyer or reasonable measures are taken to protect the health, safety, welfare, or interest of the person.

Comment

Section 9 regulates who can appear before a court (tribunal) to represent a party after a collaborative law process terminates. The Drafting Committee recommends that Section 9 be enacted by judicial rule rather than legislation.

The disqualification requirement for collaborative lawyers after collaborative law concludes is a fundamental defining characteristic of collaborative law. As previously discussed in the Prefatory Note, this section extends the disqualification provision to "matters related to the collaborative matter" in addition to the matter described in the collaborative law participation agreement. See supra. It also extends the disqualification provision to lawyers in a law firm with which the collaborative lawyer is associated in addition to the collaborative lawyer him or 89 herself, so called "imputed disqualification." Appropriate exceptions to the disqualification requirement are made for representation to seek emergency orders for a limited time (see Section 7) and to allow collaborative lawyers to present agreements to a tribunal for approval (Section 5(f) and 8).

⁴ Si veda per tutti WILLIAM H. SCHWAB, *Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice*, 4 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 351, 358 (2004).

La normativa francese, introdotta nel codice civile (artt. 2062-2068) dalla *Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*, omette di riprodurre tale disposizione e, per questa circostanza, è stata fatta oggetto di critiche da parte della dottrina di quel Paese, che ha rilevato come, in questo modo, la procedura costituisca un **ulteriore grado di giudizio piuttosto che un metodo di risoluzione alternativa delle controversie**⁵.

Si raccomanda pertanto che anche in Italia venga introdotta normativamente la regola che l'avvocato che assiste la parte nella negoziazione assistita non può poi patrocinarla nell'eventuale futuro giudizio.

ARBITRATO

Incentivi fiscali

Come già ricordato, il costo dell'arbitrato è strutturalmente superiore a quello del processo ordinario. Ogni percorso di incentivazione deve pertanto tenere presente questo dato di fatto. L'unica leva sulla quale si può agire è quella degli incentivi fiscali, che peraltro sarebbero ampiamente finanziati dal mancato utilizzo della struttura amministrativa della giustizia ordinaria e dai ritorni in termini di minori costi ed aumentata efficienza.

Arbitrato multiparte

Nella prassi assicurativa è estremamente frequente che il contenzioso insorto coinvolga una pluralità di parti; ciò tanto nel caso di coassicurazione, quanto nel caso di chiamata in garanzia dell'assicuratore nell'ambito della lite relativa al rapporto giuridico (non sempre contrattuale) sottostante all'assicurazione.

⁵ JEROME BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats : fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, 2011 in <http://hal.archives-ouvertes.fr/>.

Conseguentemente, si ritiene che richiedano un ulteriore sforzo di regolazione istituti ben noti al diritto processuale civile, quali l'intervento, la chiamata in causa e la riunione, che difficilmente possono essere risolti dalle parti con strumenti puramente negoziali, a causa dell'estrema difficoltà di redigere clausole arbitrali che disciplinino adeguatamente tali circostanze.

Domande relative a diversi rapporti giuridici

Sarebbe auspicabile prevedere che le domande derivanti da, o relative a, diversi rapporti giuridici (contrattuali e non) possano essere proposte in un unico arbitrato, anche se proposte in base a una o più convenzioni arbitrali i cui termini non siano incompatibili tra loro.

In tal caso il lodo pronunciato dovrebbe essere vincolante nei confronti di tutti i soggetti che siano vincolati da una di tali convenzioni arbitrali originariamente ovvero accettino di diventarlo successivamente i quali (a) abbiano proposto domande nell'arbitrato o nei confronti dei quali siano state proposte domande nell'arbitrato; e (b) siano stati posti in condizione di partecipare all'arbitrato, anche qualora siano rimasti assenti.

Chiamata in arbitrato, intervento, riunione di arbitrati

Dovrebbe essere consentita, nel caso in cui sussista connessione tra le questioni da trattare e senza necessità del consenso degli arbitri e di un consenso della parte chiamata ulteriore rispetto a quello prestato nella convenzione arbitrale:

- a. la chiamata o l'intervento in un arbitrato retto da una convenzione non incompatibile di ulteriori soggetti, anche non parti di tale convenzione arbitrale, che siano vincolati ad una convenzione non incompatibile od accettino di diventarlo;
- b. la chiamata o l'intervento in un arbitrato di una parte della medesima convenzione arbitrale o di altra convenzione arbitrale non incompatibile;

- c. la riunione di procedimenti arbitrali, pendenti anche tra soggetti non parti della medesima convenzione arbitrale, purché questi siano vincolati ad una convenzione non incompatibile od accettino di diventarlo.

Rimarrebbe da risolvere il problema della composizione del tribunale arbitrale in caso di riunione. Dovrebbe naturalmente essere garantito il diritto di ogni parte di non essere pretermessa nella scelta degli arbitri. Questa situazione si verifica certamente nel caso in cui, in tutti gli arbitrati che vengono riuniti, l'intero tribunale sia stato nominato da parte di un soggetto esterno. In questa circostanza potrebbe quindi valere un criterio di prevenzione (come previsto ad esempio dal § 113 delle *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*). In casi diversi, si potrebbe ricorrere ad una nomina per accordo unanime delle parti o, in assenza di questo, da parte della *appointing authority* individuata dalle parti ovvero dal Presidente del Tribunale.

Disposizioni procedurali

Sarebbe anche utile disporre che chi partecipa al procedimento arbitrale senza proporre eccezioni nella prima difesa, a pena di decadenza, si reputa avere aderito alla convenzione arbitrale.

Schema alternativo

Un possibile schema alternativo potrebbe essere basato sull'art. 10 del Regolamento di Arbitrato dell'ICC.

696-BIS C.P.C. – CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA AI FINI DELLA COMPOSIZIONE DELLA LITE

La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite è strumento di utilizzo sempre crescente nella prassi ed anche in taluni progetti di legge se ne ipotizza l'utilizzo obbligatorio in campi determinati, come quello della responsabilità sanitaria.

Vi sono due aspetti di questo istituto su cui si ritiene opportuno un intervento: il primo attiene alla **formazione del consulente, che dovrebbe essere equivalente a quella del mediatore**. Il secondo punto riguarda la **segretezza del procedimento** – almeno per quanto riguarda la sua fase conciliativa – che attualmente non è garantita, diversamente da quanto accade per la mediazione.

* * *

In conclusione, ringraziandovi per l'attenzione prestata, ci auguriamo che le nostre valutazioni, i suggerimenti e le informazioni che Vi abbiamo fornito possano essere utili al lavoro della Commissione e restiamo a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti, precisazioni e integrazioni qualora se ne ravvisasse l'opportunità.

Roma, 11 maggio 2016