



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

L' Arbitrato come metodo ADR

L' Arbitrato

Linee guida metodo ADR

FRANCESCA LOCATELLI

16 Maggio 2017 - Sala Convegni ODCEC Corso Europa 11 Milano



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Introduzione all'arbitrato

Prof. Avv. Francesca Locatelli

Prof. Aggregato di Istituzioni di diritto processuale civile nell'Università
degli Studi di Bergamo



Programma

14.30 - 16.30 – INTRODUZIONE ALL'ARBITRATO: L'arbitrato come metodo ADR

- 1. Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie auto ed eterodiretti**
- 2. Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non avversariali: la mediazione**
- 3. Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie avversariali: negoziazione e arbitrato**
- 4. Tipi di arbitrato in relazione al ruolo attribuito all'arbitro ed al valore del lodo: arbitrato rituale ed irrituale (cenni)**
- 5. Tipi di arbitrato (panoramica): ad hoc, amministrato, internazionale, societario**



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Cenni preliminari

Le ADR

L'acronimo ADR (*alternative dispute resolution*) indica e ricomprende genericamente tutti gli strumenti di risoluzione delle controversie diversi dal tradizionale ricorso alle vie giudiziarie, ma cela al suo interno una vasta gamma di istituti che presentano caratteristiche piuttosto diverse.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie autodiretti ed eterodiretti

Adr a composizione eterodiretta

Si definiscono, in particolare, a composizione eterodiretta i procedimenti in cui le parti deferiscono ad un terzo la decisione della lite, affidando a costui il compito di individuare le ragioni ed i torti, individuando una soluzione che in realtà non supera la conflittualità in essere tra le parti, ma si limita a decidere la singola lite – o, meglio, ad incanalare in una decisione gli effetti/conseguenze della lite – in quanto la decisione finale si muove entro i confini del binomio vittoria/soccombenza; spesso, le ADR a composizione eterodiretta si caratterizzano anche per una soluzione della controversia fondata su parametri tipicamente giuridici.

Un esempio tipico, al riguardo, è costituito dall'**arbitrato**

Composizione autodiretta:

Vi è, al contrario, composizione autodiretta della lite quando si utilizza un sistema alternativo di risoluzione delle controversie in cui sono le parti stesse a gestire direttamente il conflitto in essere e ad individuare una decisione. Il negoziato ne è un buon esempio.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie avversariali e non avversariali

I mezzi di risoluzione delle controversie c.d. avversariali...

...vedono le parti in contrapposizione tra di loro con un atteggiamento competitivo, in una prospettiva di ricerca dei torti e delle ragioni che conduca ad una decisione della lite in termini di vittoria/soccombenza. Nelle procedure di questo tipo, l'obiettivo al quale si mira non è tanto la gestione del conflitto in sé, quanto l'individuazione di una soluzione che accerti la spettanza o meno di un determinato bene o la titolarità di un determinato diritto in capo alle parti

Si suole, invece, definire non avversariali...

...quei mezzi di risoluzione delle controversie che sono finalizzati alla gestione ed alla risoluzione del conflitto tra le parti, mediante la ricerca di una soluzione che sia percepita come soddisfacente per tutte le parti coinvolte. In tale contesto, le parti – almeno tendenzialmente – effettuano uno sforzo congiunto per tenere un atteggiamento cooperativo e focalizzano la propria attenzione sul futuro



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non avversariali: la mediazione

La mediazione ex D. lgs. 28/10

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

mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

Caratteristiche:

Autodiretta (il mediatore è un facilitatore)

Non avversariale (la prospettiva è quella della cooperazione fra le parti, in vista dell'elaborazione della loro soluzione)

Obiettivo è la conciliazione (non attribuire i torti e le ragioni)

Procedimento altamente deformatizzato, salvo alcuni «paletti» minimi



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie avversariali: negoziiazione e arbitrato

Da non confondere: la negoziazione

E' interessante notare che anche l'attività negoziale può sottendere una situazione avversariale, ad esempio quando le parti, nella ricerca della soluzione della controversia, cercano di predominare l'una sull'altra, con la conseguenza ineluttabile che finirà con il prevalere la parte dotata di maggiore forza contrattuale. Ciò avviene, ad esempio, nella **transazione**.

Il negoziato, diversamente, è di tipo non avversariale quando le parti collaborano in posizione di parità al fine di trovare una soluzione conveniente per tutti, ovvero sia per giungere ad un risultato soddisfacente per entrambe.

Spesso le parti chiedono l'assistenza di un terzo che le agevoli nella ricerca e nell'individuazione di una soluzione che si fondi su di una base effettivamente cooperativa, anziché competitiva. La **mediazione** costituisce il paradigma di tale tipologia di ADR.

La negoziazione assistita

Ex d.l. 132/2014, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito in legge, con modificazioni, dalla legge n. 162/2014

La N.A. si aggiunge agli altri strumenti già previsti nel nostro ordinamento giuridico

La N.A. riprende diverse disposizioni già dettate dal D.Lgs. n. 28/2010 in tema di mediazione, ma non si sostituisce né si sovrappone a quest'ultima:

- **la logica avversariale rimane**
- **differenze relative al procedimento**
 - No terzo imparziale
 - No incontri separati
- **gli ambiti di operatività sono diversi**



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Introduzione all'arbitrato: elementi essenziali per ripassare insieme le nozioni di base

Definizione

L'**arbitrato** (dal latino *arbitratus*, cioè *giudizio*) è un metodo alternativo di risoluzione delle controversie (cioè senza ricorso ad un procedimento giudiziario), che consiste nell'affidamento a uno o più soggetti terzi (gli arbitri) dell'incarico di risolvere una controversia, mediante una decisione (il lodo) che sarà vincolante per le parti e suscettibile di essere eseguita, anche in via forzata.

La storia dell'arbitrato

- Nato nella prassi
- Testimonianze antiche: il giudizio di Paride
- Aristotele: «è meglio preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale, infatti l'arbitro bada all'equità, il giudice alla legge e l'arbitrato è stato inventato per questo, per dar forza all'equità»
- Processo formulare romano: *Legis actio per iudici arbitritve postulationem* (per inadempimento della *sponsio*: accertato quello, il giudice nominava un arbitro per le conseguenze patrimoniali.)

Peculiarità

Riservatezza

Rapidità

Competenza specifica degli arbitri

Possibilità di nomina degli arbitri

Ragioni fiscali...

Arbitrato moderno

- L. 25/1994:
- D. lgs. 40/2006

Arbitrato rituale ed irrituale:

Tipi di arbitrato in relazione al ruolo attribuito all'arbitro ed al valore del lodo:
arbitrato rituale ed irrituale (cenni)

Arbitrato rituale ed irrituale:

- L'arbitro decide la controversia: mediante un lodo avente gli effetti di una sentenza oppure mediante determinazione contrattuale.
- Si può dire che il diverso modo di intendere il ruolo dell'arbitro è strettamente correlato con gli effetti del lodo.

Arbitrato rituale:

Nell'arbitrato rituale l'arbitro ha il medesimo ruolo di un giudice – di natura privata – e **il lodo pronunciato ha gli stessi effetti della sentenza sin dal momento della sua sottoscrizione.**

La procedura di *exequatur*, infatti, è ora necessaria solo ove si debba portare il lodo ad esecuzione forzata, mentre non occorre affinché lo stesso produca i propri effetti o possa essere impugnato, così come non è più previsto un termine per la richiesta di omologazione del lodo (arg. ex artt. 824 bis – 825 c.p.c.).

Il lodo rituale:

Nell'arbitrato rituale, la decisione emessa dal giudice-arbitro sin dalla sua sottoscrizione produce gli effetti della sentenza; tuttavia, onde poter eseguire quanto in esso statuito, per il caso in cui la parte soccombente non ottemperi spontaneamente, è necessario che la parte che vi ha interesse ottenga l'omologazione del lodo da parte del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Questa è la c.d. procedura di *exequatur*, la quale è attualmente necessaria solo al limitato fine dell'esecuzione, mentre non ha affatto il significato di attribuire l'effetto di sentenza per il tramite dell'omologazione del tribunale (ed, invero, il combinato disposto degli artt. 824 bis e 825 c.p.c. chiariscono, ormai, definitivamente tale aspetto)

Arbitrato irrituale:

Nel caso dell'arbitrato irrituale l'arbitro è un mandatario delle parti che decide la controversia mediante una determinazione contrattuale, di talché si suole anche parlare di **lodo-contratto**; tale deliberazione rappresenta un vero e proprio contratto di secondo livello pienamente riconducibile alle parti

Il lodo irrituale (o libero, o lodo-contratto)

Quanto al lodo irrituale, invece, esso ha valore di contratto.

Quanto alla forza esecutiva, giova rammentare che il lodo-contratto, in quanto tale, **non è titolo esecutivo**. Esso non è neppure idoneo al giudicato e, pur tuttavia, esso gode di una stabilità maggiore del lodo rituale, giovandosi della peculiare forza di cui all'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti. Per conseguirne l'esecuzione in via coattiva, onde ottenere l'adempimento di quanto in esso previsto, occorre proporre **un'ordinaria azione di condanna, al fine di procurarsi il titolo esecutivo giudiziale**. Eventualmente, sussitendone i requisiti, si può tentare anche la via del ricorso per decreto ingiuntivo.



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

S.A.F.

SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

Tipi di arbitrato (panoramica): ad hoc,
amministrato, internazionale, societario

Arbitrato ad hoc

È un arbitrato ad hoc, fatto “su misura” dalle parti, oppure dagli arbitri nominati dalle parti.

816-bis. c.p.c. (Svolgimento del procedimento)

“Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa...”

Arbitrato ad hoc

Tariffa secondo libero mercato

Normativa del c.p.c. quale linea guida

Arbitrato amministrato

L'arbitrato amministrato si contrappone all'arbitrato ad hoc, perché si svolge sotto l'egida di un ente (Camera Arbitrale) e secondo un regolamento che stabilisce le norme procedurali e le tariffe, predisposto dalla medesima e che le parti fanno proprio attraverso il rinvio negoziale.

Arbitrato amministrato

agevolata la fase di costituzione del giudice arbitrale; spesso la Camera arbitrale nomina gli arbitri da un proprio elenco o comunque vigila sulla nomina

la Camera arbitrale si occupa della segreteria e della custodia degli atti, nonché di verificare il “comportamento” degli arbitri (verificando periodicamente gli elenchi);

Costi calmierati

Art. 832 c.p.c. (1)

(Rinvio a regolamenti arbitrali)

La convenzione d'arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale preconstituito.

Nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato.

Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio.

Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi.

Il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e ricusazione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge.

Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo.

Arbitrato internazionale

EX Art. 832. (Arbitrato internazionale)

“Qualora alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce, le disposizioni dei capi da I a V del presente titolo si applicano all'arbitrato in quanto non derogate dal presente capo.

Sono in ogni caso salve le norme stabilite in convenzioni internazionali.”

Ex Art. 838. (1)

(1) L'articolo che recitava: *"All'arbitrato internazionale non si applicano le disposizioni dell'articolo 829, secondo comma, dell'articolo 830, secondo comma, e dell'articolo 831 se le parti non hanno diversamente convenuto."* è stato abrogato dal [D.Lgs. n. 40/2006](#).

Perchè

L'arbitrato internazionale era regolato dagli artt. 832 - 840 c.p.c.;

Abrogata la relativa normativa con riforma del 2006: "tendenziale" equiparazione dell'arbitrato interno all'arbitrato internazionale.

Tale forma di equiparazione, criticata dalla dottrina internazionale, non è riuscita a sortire l'effetto voluto in quanto la permanente applicabilità all'arbitrato internazionale della [Convenzione di Ginevra del 1961](#) crea, irrimediabilmente, una disciplina differenziata per l'arbitrato commerciale internazionale.

Va sempre ricordato che l'arbitrato internazionale ha la caratteristica di essere un arbitrato rituale, disciplinato dalla normativa domestica, con un particolare carattere di internazionalità inerente o alle qualità delle parti o, ancora, all'oggetto della controversia.

La ratio di una regolamentazione differente per l'arbitrato internazionale rispetto all'arbitrato domestico (o rituale interno) è insita nelle controversie che tale arbitrato è demandato a risolvere; ovvero, controversie di commercio internazionale.

Art. 34 co.1 D. Lgs. 5/2003: Arbitrato societario

Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325 bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”.

Il nuovo arbitrato societario trova applicazione per tutti i tipi di società commerciali, di persone e di capitali, salvo che si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (ossia le società emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante

Si reputa pure esclusa la società semplice, che è considerata come il regime residuale della società avente ad oggetto sociale attività non commerciale.

Pertanto, la nuova disciplina trova applicazione solo per le società medio-piccole

MA:

- nella delega era prevista per il legislatore la facoltà di introdurre nuove norme in tema di arbitrato “per tutte o alcune tra le controversie societarie (ragione normativa)
- rispetto a quanto di norma avviene in una grande società, in una società di medio-piccole dimensioni il socio tende a partecipare più attivamente e ad informarsi maggiormente sulla disciplina che regola i rapporti tra lui e la società, (ragione di opportunità)
- non appare equo che un insieme di soci che, nelle grandi società (ed a maggior ragione nei gruppi di società), spesso costituisce la maggioranza disgregata e silenziosa del capitale, sia vincolato alla deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria a seguito della scelta di un ristretto gruppo di controllo (ragione di “equità sociale”)

L'arbitrato societario disciplinato dagli artt. 34, 35, 36 e 37 non è un arbitrato obbligatorio, poiché la norma contenuta nell'art. 34 dispone espressamente che gli atti costitutivi delle società *possono* prevedere la devoluzione delle controversie ad arbitri

2 tesi a confronto

- a) il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 trova applicazione per gli arbitrati che derivano da una clausola compromissoria contenuta in un atto costitutivo, salvo che si tratti di società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio;
- b) le norme del c.p.c. si applicano invece agli arbitrati fondati su un compromesso o su un accordo compromissorio diverso da una clausola statutaria

Tesi preferibile:

le parti sono libere di scegliere se avvalersi dell'arbitrato societario o dell'arbitrato disciplinato dal codice di rito

- altrimenti, il legislatore avrebbe dettato norme tali da non consentire la sopravvivenza delle clausole compromissorie statutarie non conformi alle disposizioni inderogabili del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, nonché l'iscrizione nel registro delle imprese alle società che presentassero, nel proprio atto costitutivo, clausole di tal genere, e invece non ha fatto nulla di tutto questo.
- Il legislatore si è invece limitato a disporre la **sostituzione automatica di clausole ex art. 1419, comma 2, c.c. per le clausole compromissorie di società già esistenti o di nuova istituzione**

Non si parla del compromesso perché...

...non ha senso inserire in un atto “normativo” rivolto al futuro, come l’atto costitutivo o lo statuto di una società, un accordo compromissorio che presuppone controversia una già insorta

le controversie arbitrabili

L'art. 34, comma 1, del D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, prevede la devoluzione ad arbitri "di alcune ovvero di tutte le **controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società** che abbiano ad oggetto **diritti disponibili relativi al rapporto sociale**".

Grazie per l'attenzione

Avv. Prof. Francesca Locatelli

francesca.locatelli@unibg.it