

MILANO 13 giugno 2014

MEDIAZIONE E ARBITRATO NELLE ASSICURAZIONI:
LA PROPOSTA AIDA-CAM PER LE IMPRESE

FILIPPO DANOVI

L'ARBITRATO

1. - Premessa. Arbitrato e mediazione nelle clausole AIDA-CAM.

Il proposito dell'incontro odierno è quello di verificare in che modo sistemi alternativi alla giustizia ordinaria, come la mediazione e l'arbitrato, possano rappresentare un valido strumento di composizione delle controversie in un comparto peculiare come quello assicurativo.

L'indagine ruota in particolare intorno ai modelli di clausole proposte dal gruppo di lavoro AIDA-CAM e in particolare la clausola per mediazione, la clausola compromissoria e la clausola *multi-step*.

Per parte mia esaminerò la questione dal punto di vista dell'arbitrato, subito sottolineando, peraltro, che, nella logica dei rapporti tra mediazione e arbitrato (quali metodi entrambi finalizzati alla risoluzione delle controversie civili), quest'ultimo si pone normalmente su un gradino, se non più elevato, quanto meno logicamente successivo. E in effetti, anche la clausola *multi-step* suggerita da AIDA-CAM lascia intendere che l'arbitrato rappresenti una soluzione "successiva", in qualche modo residuale, allorquando sia fallita la via della mediazione. Una scelta quindi favorevole dapprima a uno strumento del tutto differente dal processo, più rapido, meno oneroso e soprattutto governato da propri meccanismi, regole e logiche (la mediazione) e solo quando questo sia fallito, l'affidamento a un tipo di processo speciale (quale è l'arbitrato).

Occorre tuttavia ricordare che, anche se l'arbitrato da un punto di vista istituzionale rappresenta una alternativa "pura" al giudizio ordinario, ed è esso stesso un processo a tutti gli effetti, nella prassi applicativa esso costituisce comunque una sede ancora privilegiata per favorire il raggiungimento di un accordo e una transazione tra le parti.

E ciò è a mio avviso possibile non soltanto quando l'arbitrato si pone come rimedio diretto e immediato scelto dalle parti, ma altresì potenzialmente in alcune ipotesi di precedente fallimento di un tentativo di mediazione.

Ciò si verifica a mio avviso proprio perché mediazione e arbitrato si pongono su due piani del tutto diversi.

Il mediatore si limita a mettere in comunicazione le parti: opera quindi *intra partes* e non può sollecitare in modo particolare la riuscita dell'accordo; l'arbitro costituisce invece a pieno titolo un giudice, e ha una specifica *auctoritas*, ancor più accresciuta dal fatto che sono state le stesse parti a volerlo. Egli può quindi bene verificare per quali motivi non si sia giunti a un'intesa e se del caso anche sollecitare le parti al riguardo.

La clausola proposta da AIDA-CAM tiene conto di questa fondamentale sfumatura dell'arbitrato, perché prevede che *“nel caso in cui il tentativo di mediazione si concluda senza il raggiungimento di un accordo, tutte le controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso saranno RISOLTE mediante arbitrato”*. Risolte, dunque, e non necessariamente decise. Il che lascia ancora aperto uno spiraglio di intervento bonario.

Fatta questa premessa, il tema va a mio avviso affrontato riflettendo sui diversi aspetti che tradizionalmente vengono riportati come elementi di forza e specularmente di debolezza dell'arbitrato.

2. - Il fattore-tempo e la durata del processo.

Vi è un primo fondamentale vantaggio che lo strumento arbitrale presenta rispetto al processo ordinario, ed è rappresentato dal fattore-tempo.

La giustizia ordinaria è sotto questo profilo malata gravemente, oserei dire in modo incurabile. Le statistiche sono disarmanti.

- Il numero dei processi aumenta (oltre 5.000.000 le cause civili pendenti),
- l'organico dei magistrati ordinari non riesce a far fronte ai nuovi giudizi,
- la litigiosità è particolarmente accentuata,
- il legislatore si muove claudicante e senza una coerente visione sistematica.

Da quest'ultimo punto di vista gli strumenti che la legge ha introdotto sono disomogenei:

- esterni al processo (si pensi alla c.d. legge Pinto, pur con le modifiche recentemente approvate)
- interni al processo (contrazione delle udienze e delle barriere preclusive, riduzione di molti termini processuali, riforme delle impugnazioni).

Ma si tratta di rimedi nel primo caso scarsamente effettivi, nel secondo addirittura pericolosi perché il rischio è quello di ridurre le garanzie della giurisdizione senza apportare realmente effetti benefici (non si riesce a intervenire in modo organico sulla durata dei processi).

Il bisogno di giustizia è quindi un bisogno di procedimenti rapidi.

Ebbene. Mentre il processo civile appare sotto l'aspetto temporale compromesso, l'arbitrato si presenta invece come un modello particolarmente performante e competitivo.

Non sono possibili statistiche precise sulla durata degli arbitrati, ma ad esempio l'esperienza dell'arbitrato amministrato registra una durata media che oscilla intorno all'anno. Un vantaggio quindi rimarchevole rispetto ai tempi necessari per la giustizia.

Senza contare, tra l'altro, che non è neppure corretto operare un confronto sul fattore-tempo accostando semplicemente arbitrato e processo ordinario, poiché il primo sconta altresì il suo doversi esprimere in contesti e liti di più marcata

complessità, ciò che induce a ritenere ancora più significativo il vantaggio dallo stesso conseguito.

I tempi dell'arbitrato possono poi essere governati dalle parti, che sono libere di determinare il termine di pronuncia del lodo e contenere ulteriormente i tempi dell'arbitrato, ove risulti indispensabile addivenire con maggiore rapidità alla decisione (art. 820 c.p.c.).

In questa cornice l'arbitrato realizza dunque l'esigenza di celerità della giustizia che, invece, la tutela giurisdizionale ordinaria troppe volte sacrifica.

E credo francamente che, non soltanto in termini di effettività della tutela, ma anche in rapporto alla situazione economica che spinge le parti ad agire questo dato costituisca un beneficio irrinunciabile.

3. – La fiducia/competenza.

Altro tema fondamentale è quello della fiducia, in particolare sotto l'aspetto correlato e consequenziale della competenza dei giudici arbitrali.

La scelta dell'arbitro consente alla parte di determinare il giudice che avrà il compito di occuparsi della controversia insorta; risultato, questo, certamente non perseguibile in via ordinaria.

Ed è proprio per questo motivo che il rapporto che viene instaurandosi fra le parti e gli arbitri ha una connotazione fortemente fiduciaria (ciò che, peraltro, spiega l'alto numero di esecuzioni spontanee dei lodi), che non è nemmeno lontanamente immaginabile in sede di giudizio ordinario.

Nel caso di specie, il tema della nomina degli arbitri si pone anche sotto il profilo che, nelle ipotesi di nomina da parte di un terzo (come avviene spesso nell'arbitrato amministrato) la scelta del soggetto chiamato a dirimere la vertenza ad opera dell'Ente che amministra il procedimento costituisce un elemento di garanzia indiscutibile sia sotto il profilo della maggiore indipendenza (e con essa imparzialità), sia sotto il profilo appunto della competenza.

Nelle controversie assicurative vengono in essere rapporti articolati e complessi, che richiedono una specifica competenza.

Nel caso delle clausole AIDA-CAM questo profilo è espressamente sottolineato: *“il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico esperto della materia assicurativa e/o riassicurativa”*. Ove si opti invece per un collegio arbitrale, quest'ultimo sarà composto da *“tre membri esperti”*.

Una scelta ponderata, dunque, per consentire una più efficiente gestione del procedimento e una più ponderata valutazione dei diritti in gioco nell'emanazione del lodo.

4. – L'efficacia della decisione.

Ma soprattutto è fondamentale la considerazione sull'efficacia della decisione.

In questo non si può non sottolineare al portata del nuovo art. 824-bis c.p.c.: la nuova disposizione ha segnato una tappa irrinunciabile che consente di affermare

oggi che il *dictum* arbitrale, fatta eccezione per singoli, pur rilevanti aspetti (l'esecutorietà, la possibilità di essere trascritto o di iscriverne ipoteca sui beni del debitore) non ha dignità inferiore rispetto alla sentenza del giudice ordinario. Anche le ultime importanti pronunce della Cassazione (v. in particolare Cass. ord. n. 24153/2013) e della Corte costituzionale (Corte cost. n. 223/2013) lo hanno finalmente riconosciuto.

Abbiamo quindi, sia pure con estrema fatica, finalmente raggiunto gli ordinamenti di quasi tutti i paesi a noi vicini, che da tempo riconoscono all'arbitrato dignità equivalente alla giurisdizione ordinaria.

5. – Le impugnazioni.

La decisione arbitrale è a tutti gli effetti un giudizio. E come tutti i giudizi resi in prima istanza può essere opportuno istituire un controllo.

Sotto questo profilo la scelta della clausola è stata quella di mantenere l'impugnazione “*per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia*” (rendendo così operativo quel controllo che l'art. 829 c.p.c. rimette alla volontà delle parti, o all'espressa previsione di legge).

Si tratta di una scelta a mio avviso prudente e garantista. In effetti, posto che l'arbitrato è amministrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in mancanza di espressa contraria dizione (e in conformità a quanto previsto anche sul piano generale) la tipologia è quella dell'arbitrato rituale di diritto. E come tale, poiché l'impugnazione per nullità (peraltro ammessa *ex lege*) ha un catalogo limitato di possibili censure, credo sia opportuno consentire un controllo sulle norme di diritto che sono state applicate alla fattispecie.

Del resto anche la possibilità di impugnazione non deve essere demonizzata, anche se, non lo nascondo, si tratta di un giudizio che ha tempi di regola più estesi, anche se *medio tempore* il lodo può comunque essere dichiarato esecutivo e l'efficacia esecutiva può essere sospesa soltanto ad esito di una valutazione della Corte d'appello per gravi motivi (art. 830, 4° comma, c.p.c.).

6. – I profili soggettivi della lite.

Il punto maggiormente nevralgico del rapporto tra comparto assicurativo e arbitrato è quello della dimensione soggettiva della lite.

Nelle controversie in questione la lite può spesso avere anche carattere plurilaterale, investendo non soltanto l'assicuratore e l'assicurato (come avviene nelle polizze riguardanti determinati eventi in cui si discute unicamente l'operatività della polizza *inter partes*), ma altresì un terzo (terzo danneggiato o anche terzo responsabile).

In questi casi la clausola opera invece direttamente tra assicuratore e assicurato, mentre potrebbe non essere operativa verso il terzo.

Nel sistema generale dell'arbitrato il principio generale è (dopo la riforma del 2006, si veda il nuovo 816-*quinquies*, c.p.c.) quello per cui l'intervento

volontario di terzi e così pure la chiamata dei terzi sono possibili, ma soltanto se vi sia il consenso di tutte le parti e anche del terzo.

Opportunamente, quindi, la clausola AIDA-CAM supera già il primo dei problemi, perché prevede che *“le parti acconsentono sin da ora all’intervento e alla chiamata di terzi nel procedimento arbitrale”*. In questo modo si eviteranno *ab origine* atteggiamenti strumentali ad opera di una delle due parti.

A fini di ulteriore garanzia è poi previsto sotto questo profilo un controllo da parte del Tribunale arbitrale: *“il Tribunale Arbitrale decide a riguardo tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti”*.

Certo, non lo si nasconde, il nodo maggiormente spinoso è rappresentato dalla posizione del terzo, che potrebbe anche rifiutare la partecipazione al giudizio.

Per questo motivo, per favorire l’intervento del terzo nel giudizio la clausola contiene la previsione per la quale, ove il terzo acconsenta a devolvere la controversia in arbitrato, la Compagnia si impegna, in caso di decisione che accerti il suo obbligo a corrispondere l’indennità, a effettuare il pagamento direttamente al terzo danneggiato (e tale impegno è di fatto condiviso anche dall’assicurato mediante l’adesione alla clausola).

Sempre per favorire al massimo l’adesione plurisoggettiva, ove il rapporto tra assicurato e terzo abbia a sua volta fonte contrattuale sarebbe in ogni caso estremamente utile che nel contratto fosse inserito uno specifico richiamo alla stessa clausola, che il terzo sottoscrive e si impegna a sua volta a rispettare.

7. – I costi.

Quando parliamo di arbitrato viene peraltro purtroppo subito in mente un profilo deterrente, e mi riferisco ovviamente a quello dei costi.

L’arbitrato è spesso considerato una *“giustizia per ricchi”* e questa locuzione, entrata nell’immaginario comune, rappresenta ancora oggi forse l’elemento che induce il grande pubblico a un allontanamento – talvolta del tutto inopportuno – dal fenomeno.

A questo riguardo, è innegabile che, rispetto al giudizio ordinario, l’arbitrato rappresenti un modello di giustizia maggiormente onerosa. Ai costi dell’assistenza legale si uniscono infatti gli onorari degli arbitri, i quali hanno certamente una loro incidenza.

Il tema va tuttavia a mio avviso diversamente impostato. Anche sotto questo profilo, invero, il confronto non può e non deve essere per così dire rigidamente matematico, abbinando in modo semplicistico i costi vivi del giudizio ordinario e quelli dell’arbitrato e limitandosi a quantificare i possibili esborsi che nelle due ipotesi le parti sono chiamate a sopportare.

Diversi, infatti, sono gli elementi che devono invece essere presi in considerazione.

In primo luogo, non si può non richiamare, anche sotto questo profilo, il tema della celerità del processo. Nella vita delle imprese, ma anche nella vita delle persone, il tempo stesso ha una valenza economica: si pensi ai costi legati

all'immobilizzo di capitali, risorse o beni in contestazione protratto per un lungo periodo di tempo. Se si riflette su questi aspetti, ecco allora che l'arbitrato ancora una volta rappresenta uno strumento utile, poiché impedisce di finire invischiati in una sorta di palude che non può che nuocere alla stessa espressività economica dei soggetti della lite.

Ma vi sono anche ulteriori fattori che fungono da contrappeso sotto questo profilo. Invero, anche la maggiore stabilità del lodo (che è soggetto a un controllo, tramite l'impugnazione per nullità, a maglie decisamente più ristrette rispetto all'appello avverso le sentenze ordinarie) contribuisce a compensare in parte quelli che possono essere i maggiori oneri necessari per l'arbitrato.

Oltre tutto, anche in relazione ai costi dell'arbitrato le parti possono optare per soluzioni maggiormente in linea con l'assetto economico generale loro e della controversia.

Sotto questo profilo assai opportuna è ad esempio la scelta (in linea di principio) operata dalla clausola di un arbitro unico (con conseguente ovvia riduzione degli onorari), riservando il collegio arbitrale alle sole ipotesi di liti più complesse.

In definitiva, dunque, trovo estremamente apprezzabile lo sforzo compiuto da AIDA-CAM perché contribuisce alla diffusione della cultura dell'arbitrato, in un campo particolarmente delicato in cui l'istituto (oggi poco utilizzato) può invece dimostrarsi competitivo e rappresentare un valido strumento per la tutela dei diritti delle parti.