

L'ARBITRATO, LA MEDIAZIONE, LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E GLI ALTRI ADR DURANTE IL COVID-19

di EUGENIO DALMOTTO

SOMMARIO: 1. Premessa: il virus attacca anche gli ADR. – 2. La stratificazione della legislazione emergenziale. – 3. La sospensione dei termini nella mediazione, nella negoziazione assistita e nelle procedure obbligatoriamente presupposte al processo. – 4. (Segue): ... ma non nelle restanti procedure con finalità conciliativa. – 5. La mediazione telematica: gli incontri da remoto durante l'epidemia ed oltre. – 6. (Segue): la conclusione a distanza dell'accordo e la sua trasmissione per posta elettronica. – 7. L'introduzione di una nuova forma di mediazione obbligatoria. – 8. L'equiparazione dell'arbitrato rituale al processo: la sospensione dei termini e il rinvio delle udienze. – 9. (Segue): la consumazione dei poteri processuali e la salvaguardia degli atti compiuti. – 10. (Segue): le regole di distanziamento e la procura al difensore. – 11. (Segue): la possibilità di ulteriori rinvii. – 12. Il dubbio regime dell'arbitrato irrituale.

1. Premessa: il virus attacca anche gli ADR

Nel primo divampare dell'epidemia da Covid-19, il legislatore ha trascurato il tema della risoluzione alternativa delle controversie e si è dedicato alla sola giurisdizione statale, diretta destinataria di ampi stralci dell'indispensabile normativa emergenziale emanata nell'immediatezza. Procedure arbitrali, mediazioni, negoziazioni assistite ed altri ADR hanno però subito,

come ogni altra attività, le limitazioni imposte in generale per contenere il contagio. Come tutti, anche parti, arbitri e mediatori, hanno dunque visto ridursi, con ampiezza maggiore o minore a seconda delle località e dell'imperversare del coronavirus, la possibilità di muoversi e di riunirsi. In alcune zone ed in alcuni momenti, nonché per coloro i quali abbiano contratto la malattia, il divieto di spostarsi e di relazionarsi in presenza con altre persone è stato pressoché assoluto.

La diminuzione della normale operatività e la correlativa necessità di svolgere ogni attività da remoto ha indubbiamente condizionato lo svolgimento delle procedure.

La raccolta dei documenti è diventata ardua. Le parti e i loro avvocati non hanno potuto comparire alle udienze arbitrali o di mediazione. Conferire mandati e procure, accettare incarichi, modificare clausole volte alla composizione della lite si è improvvisamente complicato, specie quando taluno fosse privo della posta elettronica certificata e della firma elettronica. Per ascoltare le parti è stato necessario utilizzare le piattaforme di videoconferenza con cui ci siamo familiarizzati. E così pure per sentire il racconto delle persone informate dei fatti. O per avere un confronto tra i membri del collegio da cui sia eventualmente composto l'organo deputato alla risoluzione del conflitto ovvero tra questi e gli avvocati. Certo, il contatto visivo ed auditivo può essere sostituito dal ricorso alla scrittura. Ma non è la stessa cosa. Né a dire il vero Zoom, Skipe, Webex e le innumerevoli altre applicazioni in commercio possono considerarsi perfettamente equivalenti ad un incontro in presenza. Prescindendo dai problemi di connessione e dalle altre difficoltà tecniche, ognuno di noi ha sperimentato quanto maggiore sia la possibilità di equivoci e fraintendimenti durante un collegamento telematico, nonché la minore empatia che si instaura tra i partecipanti, per tacere poi dell'interrogativo su come garantire la riservatezza delle comunicazioni e preservare l'attività dal rischio di interferenze esterne. Le conciliazioni sono sempre difficili, ma diventano pressoché impossibili da dietro il *monitor* di un computer, lo schermo di un *tablet* o magari di un telefonino. Non è così facile, con la tecnologia attuale, cogliere, tra fruscii di fondo, distorsioni del sonoro e immagini di non perfetta definizione, le incertezze, l'imbarazzo e tutte le altre sfumature di una deposizione. Tanto meno, poi, si può escludere che, fuori

dall'inquadratura della telecamerina, si nasconda, in assenza di ulteriore sorveglianza, un suggeritore.

In concreto, gli ostacoli descritti hanno, se non impedito, quanto meno ritardato le procedure.

Il che pone sfide non indifferenti ai soggetti che sono chiamati a gestirle, che assumono nei confronti delle parti un impegno di tipo anche contrattuale a rendere la decisione o a cercare di procurare la conciliazione. Senza contare, poi, il pregiudizio che può avere colpito le parti, o magari una parte più dell'altra, nell'esercizio delle proprie prerogative.

2. La stratificazione della legislazione emergenziale

Le questioni poste dall'impatto della crisi sanitaria sui sistemi alternativi di risoluzione delle controversie sono inizialmente rimaste senza esplicite risposte di carattere legislativo.

Si doveva infatti attendere l'art. 83 del «Cura Italia» (il D.L. 17 marzo 2020, n. 18), perché con il comma 20° si provvedesse a sospendere nella prima fase dell'emergenza processuale, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, data risultante dalla proroga intervenuta ai sensi dell'art. 36 del «Decreto Liquidità» (il D.L. 8 aprile 2020, n. 23), i termini della mediazione di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, della negoziazione assistita e degli altri procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie che costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Solo grazie alla L. 24 aprile 2020, n. 27, entrata in vigore il 30 aprile 2020, di conversione del Cura Italia, è stato inoltre inserito il comma 20°-bis, che detta una specifica disciplina del procedimento di mediazione, ed è stato integrato il comma 21°, prevedendo espressamente l'applicazione anche agli arbitrati rituali delle norme contenute nell'art. 83, se compatibili.

Successivamente, la L. 25 giugno 2020, n. 70, entrata in vigore il 30 giugno 2020, di conversione del «Decreto Intercettazioni» (il D.L. 30 aprile 2020, n. 28), ha aggiunto al ricordato comma 20°-bis una dettagliata regolamentazione della trasmissione con modalità telematiche dell'accordo di mediazione.

La stessa legge si segnala inoltre perché ha introdotto una nuova ipotesi di mediazione, da qualificare come obbligatoria per via della riconduzione al meccanismo di cui al comma 1°-*bis* dell'art. 5 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Il legislatore ha infatti completato l'art. 3 del «Decreto Contenimento» (il D.L. 23 febbraio 2020, n. 6), con un inedito comma 6°-*ter*, dove il passaggio dagli organi di mediazione viene previsto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le controversie in materia di obbligazioni contrattuali in cui la responsabilità del debitore possa essere esclusa o limitata, secondo quanto disposto dal comma 6°-*bis*, in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica¹.

Restano ad ogni modo fuori da ogni specifica regolamentazione i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie che non siano quelli in precedenza ricordati. Così, per i procedimenti, diversi dalla mediazione e dalla negoziazione assistita, ai quali non si ricolleggi una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, si dovrà fare riferimento alla normale disciplina civilistica, su cui la normativa emergenziale ha inciso solo con il già menzionato art. 3, comma 6°-*bis*, del Decreto Contenimento. Mentre per l'arbitrato irrituale è dubbio se operino anche qui le norme valevoli in generale per i contratti o se si debba applicare analogicamente quanto stabilito per l'arbitrato rituale, realizzando così un rinvio di secondo grado, con doppia clausola di compatibilità, all'art. 83 del Cura Italia.

3. La sospensione dei termini nella mediazione, nella negoziazione assistita e nelle procedure obbligatoriamente presupposte al processo

Come anticipato, la mediazione ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, la negoziazione assistita, gli altri procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie dai quali dipenda la procedibilità della domanda giudiziale sono disciplinati, per il periodo emergenziale, dall'art. 83 del Cura Italia. In particolare,

¹ Il comma 6°-*bis* in questione è stato introdotto dall'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, che ne ha disposto l'inserimento, con conseguente effetto retroattivo, nel citato art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6.

di tale articolo deve essere preso in considerazione il comma 20°, dedicato alla sospensione dei termini, a cui si è aggiunto, in sede di conversione tramite la L. 24 aprile 2020, n. 27, il comma 20°-bis, in tema di modalità di svolgimento da remoto degli incontri di mediazione durante ed anche dopo il periodo di sospensione, nonché di sottoscrizione a distanza dell'accordo eventualmente raggiunto dalle parti, che è poi stato completato dalla L. 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del Decreto Intercettazioni, prevedendo la possibilità della trasmissione telematica dell'accordo così formato agli avvocati delle parti e all'ufficiale giudiziario.

Entrando in maggiore dettaglio, il comma 20° dell'art. 83 ha previsto, per i procedimenti in precedenza ricordati, la sospensione dei termini per lo svolgimento di qualunque attività dal 9 marzo al 15 aprile, poi prorogato all'11 maggio 2020 per effetto dell'art. 36 del D.L. 8 aprile 2020, n. 23, quando tali procedimenti siano stati introdotti o risultino già pendenti dal 9 marzo 2020.

Né l'ultima parte della ricordata disposizione manca di esplicitare che risultano conseguentemente sospesi anche i termini di durata massima dei procedimenti in questione, importanti in quanto dopo la loro scadenza, se non è ancora intervenuta una espressa dichiarazione di fallimento del tentativo di composizione stragiudiziale della lite, diviene procedibile l'eventuale domanda giudiziale.

Nulla è invece precisato sul modo di operare ad altri fini, nelle procedure in discorso, dell'effetto sospensivo, che peraltro non impedisce lo svolgimento degli incontri di mediazione che le parti consentano di svolgere con modalità telematiche ai sensi del comma 20°-bis) dell'art. 83. Non c'è però ragione di ipotizzare una regola diversa da quella ricavabile dal comma 2° dell'art. 83, secondo cui il periodo di sospensione è da intendere come una sorta di parentesi che interrompe il decorso del termine, ma che non priva di effetti il periodo di tempo già trascorso, sicché per i termini computati normalmente occorre spostare in avanti il termine di un numero di giorni pari a quello ricadente nel periodo di sospensione, mentre per i termini computati a ritroso (in ipotesi previsti dal regolamento dell'organismo di mediazione adito o assegnati dal mediatore) occorre spostare in avanti il *dies a quo* dal quale decorre il

termine in modo da consentire il rispetto, anche in questo caso, di un intervallo composto da un numero di giorni pari a quello ricadente nel periodo di sospensione.

4. (Segue): ... ma non nelle restanti procedure con finalità conciliativa

Naturalmente la sospensione dei termini tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020 si riflette anche sulla valutazione dell'adempimento da parte dei mediatori, degli avvocati che conducono la negoziazione assistita e più in generale degli organismi di Adr, circa l'obbligazione assunta di ricercare una soluzione alla controversia. È infatti ovvio che a tali fini non si possa tenere conto del periodo di sospensione.

Nelle procedure non interessate dalla sospensione del comma 20° dell'art. 83, il periodo tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020 deve essere invece conteggiato e ciò comporta che i soggetti deputati a gestire la procedura possano, in ipotesi, essere chiamati a rispondere della loro inerzia, se non altro sotto il profilo, azionabile in via di eccezione, della mancanza del diritto al compenso. La loro responsabilità dovrebbe essere ad ogni modo valutata ai sensi dell'art. 3, comma 6°-bis, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13². In base ad esso, nel solco di quanto era del resto già ricavabile dall'art. 1256 c.c., l'osservanza delle misure contro l'emergenza epidemiologica da Covid-19, come quelle che abbiano limitato la mobilità o gli assembramenti e quindi ostacolato le riunioni, «è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

² Su cui cfr. in generale, SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2020, 25; BUSANI, LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° aprile 2020, speciali n. 11, 11; MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del «coronavirus»: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129-133; BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto «cura Italia»*, ibidem, 213-216.

5. La mediazione telematica: gli incontri da remoto durante l'epidemia ed oltre

Tornando alla mediazione ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28³, per tutta la prima e la seconda fase dell'emergenza processuale, ossia dal 9 marzo al 30 giugno 2020 (data risultante dall'anticipazione della fine della seconda fase dovuta alla mancata conversione, ad opera della L. 25 giugno 2020, n. 70, della lettera i, dell'art. 3, comma 1° del Decreto Intercettazioni, che a propria volta aveva prorogato dal 30 giugno al 31 luglio 2020 la scadenza prevista dal Cura Italia per l'esaurimento della seconda fase), il comma 20°-bis dell'art. 83, inserito convertendo in legge il Cura Italia, ha comunque implicitamente riconosciuto ai mediatori e alle parti e ai loro avvocati la possibilità di svolgere gli incontri di mediazione anche nel corso del periodo di sospensione, ancorché solo in via telematica e con il preventivo consenso di tutti soggetti coinvolti nel procedimento.

Il legislatore ha così attenuato la regola del congelamento di tutte le attività durante la prima fase ed agevolato, per la seconda fase, le opportune pratiche di distanziamento sociale. Per realizzare tale obiettivo, si è introdotta una deroga temporanea all'art. 8, comma 2°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che, prescrivendo di svolgere il procedimento presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo stesso, radica gli incontri di mediazione ad un luogo fisico. Del resto, sembrava ragionevole, considerata la minore formalità propria di una sede non contenziosa, adeguare la procedura di mediazione al processo civile, dove pure si è reso possibile, nel periodo emergenziale, svolgere udienze da remoto.

Né le modalità telematiche sono inedite in mediazione, posto che, ai sensi dell'art. 3, comma 4°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n.

³ Per un quadro complessivo dei vari interventi operati su di essa dalla legislazione emergenziale, cfr., tra gli altri, MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto* del 25 luglio 2020, 79-84; ID., *Semplificato l'iter per la mediazione, videoconferenza e accordo «a distanza»*, ivi, 30 maggio 2020, 89-93; ID., *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civile*, in *www.Judicium.it* del 1° giugno 2020, 1-4.

28, la mediazione già poteva svolgersi secondo tali forme, se previste dal regolamento dell'organismo. Ma ciò doveva essere per l'appunto previsto dal regolamento, mentre fino all'esaurimento della seconda fase è stato consentito svolgere gli incontri di mediazione in videoconferenza in ogni caso e quindi anche in assenza di apposite previsioni regolamentari. Ciò alla condizione del concorde consenso delle parti ad avvalersi della videoconferenza. Un concorde consenso che è stato ritenuto necessario probabilmente perché, potendo i collegamenti informatici non essere sicuri e in assenza delle formalità esigibili in un processo, può essere dubbio che sia sempre assicurata la riservatezza degli incontri. Né si può trascurare che le parti, o quanto meno una di esse, preferiscano discutere di persona, pur a costo di rimandare l'incontro, perché convinte che, con l'aiuto delle tecniche poste in atto dal mediatore, interagire in presenza possa favorire la conciliazione ben più di uno scambio di opinioni a distanza.

La circostanza che l'adozione di modalità telematiche potesse essere contemplata dai regolamenti di mediazione ai sensi dell'art. 3, comma 4°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, parrebbe rendere didascalico quanto successivamente soggiunto dal comma 20°-bis e cioè che, anche dopo la scadenza della seconda fase, gli incontri di mediazione possano continuare ad essere svolti, sull'accordo di tutte le parti coinvolte nel procedimento, in via telematica, ai sensi dell'art. 3, comma 4°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, mediante sistemi di videoconferenza.

In realtà, però, in tal modo il legislatore ha integrato con una ulteriore previsione il catalogo dei requisiti a cui, nel regime ordinario, devono conformarsi i regolamenti degli organismi di mediazione. Infatti, oltre a garantire *ex art. 3, comma 2°*, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, la riservatezza del procedimento nonché modalità di nomina del mediatore tali da assicurarne l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico, oggi occorre, in forza del comma 20°-bis dell'art. 83, altresì che il regolamento, quando contempli modalità telematiche ai sensi del comma 4°, preveda l'autorizzazione di tutte le parti all'utilizzo della videoconferenza. Cosa che in precedenza poteva essere ragionevole pretendere, ma che non era imposta dalla legge.

6. (Segue): la conclusione a distanza dell'accordo e la sua trasmissione per posta elettronica

Il comma 20°-bis, inserito nell'art. 83 convertendo in legge il Cura Italia, inoltre stabilisce che in caso di procedura di mediazione telematica l'avvocato, che sottoscrive con firma digitale, può dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione stipulato ai sensi dell'art. 11, comma 3°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Si permette così di concludere l'accordo da remoto non solo quando tutti i partecipanti alla procedura siano titolari di una firma digitale, ma anche quando, come in genere accade, una o entrambe le parti non l'abbiano e quindi appongono la sottoscrizione su un supporto analogico, che, essendo trasmesso telematicamente, non potrebbe, per definizione, considerarsi autografo. Il verbale relativo al procedimento di mediazione svolto in modalità telematica, continua la disposizione, è inoltre sottoscritto con firma digitale dal mediatore, di cui deve quindi dotarsi qualora ne sia privo.

Con una integrazione operata in sede di conversione del Decreto Intercettazioni, poi, è stata aggiunta un'ultima parte al comma 20°-bis dell'art. 83, con cui si stabilisce che il mediatore, dopo aver apposto la propria sottoscrizione digitale, trasmette tramite posta elettronica certificata agli avvocati delle parti l'accordo così formato. In tali casi, si specifica subito dopo, l'interessato, sempre mediante posta elettronica certificata, può trasmettere all'ufficiale giudiziario l'accordo di mediazione affinché questi lo notifichi al soggetto o ai soggetti indicati nell'istanza di notificazione. Ricevuta l'istanza di notificazione ed in allegato l'accordo di mediazione da notificare, l'ufficiale giudiziario è tenuto ad estrarre le copie analogiche necessarie e ad eseguire la notificazione ai sensi degli artt. 137 e segg. c.p.c., mediante consegna di copia analogica dell'atto da lui dichiarata conforme all'originale ai sensi dell'art. 23, comma 1°, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Dovrebbero essere così superate le difficoltà incontrate nel rendere operativo, ai fini esecutivi, l'accordo di conciliazione e il relativo verbale redatti in forma digitale, la cui trasposizione in forma cartacea per procedere alla notifica del titolo esecutivo

e del precetto costituiva un grave problema, mancando, a differenza che per i titoli giudiziali, il potere per il difensore della parte di certificare la conformità all'originale informatico delle copie cartacee da esso ricavate.

Tutte le disposizioni di cui si è riferito, non essendo state espressamente circoscritte al periodo emergenziale, è da ritenere che siano applicabili anche dopo la scadenza della seconda fase dell'emergenza processuale, purché, come per gli incontri di mediazione tramite sistemi di videoconferenza, l'organismo di mediazione contempli, ai sensi dell'art. 3, comma 4°, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, la possibilità che la procedura si svolga con modalità telematiche. Milita d'altra parte in questo senso sia la loro collocazione di seguito al secondo periodo del comma 20°-bis, che si riferisce alla regolamentazione della mediazione successiva alla scadenza della seconda fase, sia l'evidente opportunità che le forme telematiche a cui i regolamenti degli organismi di mediazione possono fare riferimento siano messe in grado di operare effettivamente, consentendolo anche per la conclusione dell'accordo e della sua eventuale messa ad esecuzione.

7. L'introduzione di una nuova forma di mediazione obbligatoria

Come si è accennato, la L. 25 giugno 2020, n. 70, di conversione con modificazioni del Decreto Intercettazioni, si segnala anche per aver aggiunto una nuova ipotesi di mediazione obbligatoria, che costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale ai sensi del comma 1°-bis dell'art. 5 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Ciò per le controversie per le quali occorra, ai fini della valutazione dell'inadempimento nelle obbligazioni contrattuali, tenere conto dell'osservanza delle misure di contrasto dell'emergenza epidemiologica *ex art. 3, comma 6°-bis*, del Decreto Contenimento⁴.

⁴ Sul comma 6°-bis in questione, cfr., in generale, SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2020, 25; BUSANI e LUCCHINI GUASTALLA, *Il giudice valuta gli inadempimenti dovuti alle misure di emergenza*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° aprile 2020, speciali n. 11, 11; MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del «coronavirus»: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, pp. 129-133; BENEDETTI, *Il rapporto*

Evidentemente, il legislatore si è preoccupato di alleggerire gli uffici giudiziari dalla pressione dei contenziosi che probabilmente sorgeranno per effetto della crisi pandemica.

Tuttavia, la previsione non pare di grande utilità e rischia di risolversi, nella maggior parte dei casi, in una semplice dilazione rispetto all'inizio del processo, per il quale occorrerà attendere la certificazione del fallimento della mediazione o comunque del decorso della durata massima di tre mesi ad essa assegnata dall'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Oltretutto, l'applicabilità dell'art. 3, comma 6°-bis, del Decreto Contenimento è destinata ad emergere per lo più con le difese del convenuto nei cui confronti sia stata proposta una domanda di adempimento o, più spesso, di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno, sicché un accesso alla mediazione precedente alla costituzione dell'altra parte risulta impossibile, con ciò che ne consegue in tema di inefficacia della condizione di procedibilità o di sua insorgenza in un momento successivo all'inizio del processo.

8. L'equiparazione dell'arbitrato rituale al processo: la sospensione dei termini e il rinvio delle udienze

Per l'arbitrato rituale, la legge di conversione del Cura Italia ha introdotto, nel comma 21° dell'art. 83, la previsione secondo cui le «disposizioni del presente articolo, in quanto compatibili, si applicano altresì (...) agli arbitrati rituali».

La norma si caratterizza per essere di applicazione problematica, specie se si considera il valore interpretativo dell'intervento del legislatore e quindi l'efficacia sostanzialmente retroattiva che si deve attribuire ai suoi due effetti più significativi, ossia all'applicazione dei commi 1° e 2° dell'art. 83 in tema di sospensione dei termini e di rinvio delle udienze, prevista per il periodo dal 9 marzo all'11 maggio 2020, che, in assenza di un esplicito riferimento all'arbitrato, non era sicuro che si potessero ricavare dall'originaria formulazione del decreto-legge.

obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto «cura Italia», ibidem, pp. 213-216.

Il chiarimento, intervenuto in sede di conversione, impone infatti, superando ogni incertezza, di ritenere operanti sin dall'inizio gli istituti della sospensione e del rinvio non solo nelle proiezioni verso il processo, che spaziano dall'impugnazione del lodo ai vari subprocedimenti previsti *a latere* del procedimento arbitrale, ma anche all'interno dell'arbitrato in senso stretto, di cui viene ribadita l'equiparazione rispetto al giudizio ordinario⁵.

Così, per il periodo dal 9 marzo all'11 maggio 2020, si deve concludere che siano rimasti sospesi, ai sensi dell'art. 83, comma 2°, i termini fissati dalla legge, come ad esempio il termine di cui all'art. 815, comma 3°, c.p.c. per ricusare l'arbitro, quello di cui all'art. 828 c.p.c. per impugnare il lodo o, se le parti nulla hanno previamente stabilito, quelli di cui all'art. 820, comma 2° e segg., c.p.c. per la decisione degli arbitri. Lo stesso è da dire in relazione ai termini eventualmente fissati direttamente dalle parti *ex art. 816-bis*, 1° comma, c.p.c., prima dell'inizio del giudizio arbitrale, per regolare lo svolgimento del

⁵ *Contra*, nel senso che le disposizioni sulla sospensione dei termini e il rinvio delle udienze si applichino ai procedimenti arbitrali rituali solo «dal 30 aprile 2020 (data di entrata in vigore della legge di conversione del D.L. n. 18 del 2020) sino all'11 maggio 2020 (termine finale della prima fase come prorogato dal D.L. n. 23 del 2020)», OLIVA, *L'arbitrato la tempo del Covid-19*, leggibile all'indirizzo <https://www.arbitratoitalia.it/2020/05/08/larbitrato-al-tempo-del-covid-19/>, il quale ne trae la conseguenza secondo cui «gli atti compiuti dal 9 marzo al 30 aprile 2020 non dovrebbero essere viziati, giacché *tempus regit actum*». Sennonché in questo caso è proprio la legge, come è suo potere, ad indicare nel 9 marzo 2020 l'inizio del periodo di sospensione, per non dire, poi, che l'effetto sostanzialmente retroattivo potrebbe essere ricavato anche attribuendo all'intervento operato in sede di conversione carattere non innovativo ma di interpretazione autentica di quanto era possibile ricavare prima con i normali procedimenti ermeneutici. Il che non appare affatto improbabile, se si considera l'ormai quasi perfetta parificazione tra la giurisdizione arbitrale e quella del giudice statale, oggi pressoché pacificamente riconosciuta tanto dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., Sez. Un, 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 84, con nota di VERDE, in tema di configurabilità di questioni di competenza e non di giurisdizione tra arbitrato rituale e procedimenti dinnanzi al giudice ordinario) quanto da quella costituzionale (cfr. Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb.*, 2001, 657 e segg., con nota di BRIGUGLIO, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 e segg., con nota di VACCARELLA, ed *ivi*, II, 471 e segg., con nota di DANOVÌ, in tema di potere dei arbitri rituali il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale, nonché Id., 19 luglio 2013, n. 223, in *Corr. giur.*, 2013, 1107, con nota di CONSOLO; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D'ALESSANDRO, ACONE e FRASCA, in tema di *translatio iudicii* tra arbitrato rituale e giudizio ordinario).

giudizio arbitrale o con per i termini che, senza rimetterli alla legge, le parti abbiano previsto per la pronuncia del lodo. Né c'è motivo assumere una diversa opinione per i termini che, in mancanza di norme predeterminate dalle parti, gli arbitri possono imporre, ai sensi della seconda parte del già ricordato art. 816-*bis*, comma 1°, c.p.c., nell'ambito della loro facoltà di regolare discrezionalmente lo svolgimento del procedimento con il solo limite di rispettare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa.

Quanto poi alle udienze arbitrali, dalla regola dettata dall'art. 83, comma 1° si ricava il loro rinvio *ex lege* a data successiva all'11 maggio 2020, da individuare a cura degli arbitri in forza del loro potere di direzione del procedimento riconosciuto dall'art. 816-*bis*, comma 1°, c.p.c.

9. (Segue): la consumazione dei poteri processuali e la salvaguardia degli atti compiuti

Senonché, a fronte di quanto esposto, occorre chiederci quali conseguenze abbia questo regime di sospensioni e di rinvii rispetto ai termini che siano stati ugualmente ottemperati e alle udienze che si siano ugualmente tenute senza tener conto della sospensione ovvero dell'obbligo di disporre il rinvio.

L'eventualità non è affatto rara.

Le parti, infatti, spesso premono per il celere svolgimento della procedura arbitrale, preferita al giudizio dinnanzi al giudice statale spesso proprio la maggiore rapidità. È inoltre interesse anche degli arbitri stringere i tempi, se non altro per poter chiedere prima il compenso per l'attività prestata. Né si deve dimenticare che la legge di conversione è del 24 aprile 2020 e che quindi tra il 9 marzo e quella data, quando per l'arbitrato non era ancora inequivocabile la sospensione dei termini e il rinvio delle udienze fino all'11 maggio 2020, molte parti hanno, nel dubbio, verosimilmente prestato puntuale osservanza ai termini in scadenza e molte udienze si sono tenute come originariamente programmato.

La soluzione a quanto ne consegue deve essere cercata, a mio parere, nel principio di consumazione dei poteri processuali e comunque valutata alla luce della lesione o meno del principio

del contraddittorio in relazione al mancato rispetto delle prescrizioni dell'art. 83, commi 1° e 2°.

Iniziando dai termini, se un atto è stato compiuto nel periodo di sospensione, il potere di compierlo si consuma con il suo esercizio e la parte o le parti a cui sia attribuibile non ha il diritto di rinnovarlo, riconteggiandone la scadenza con l'aggiunta di un numero di giorni pari a quello interessato dalla sospensione⁶, a meno che gli arbitri non ne concedano la facoltà. Il che dovrà essere necessariamente fatto quando sia riscontrabile qualche inosservanza del dovere di concedere alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa, come quando le misure di contenimento del virus abbiano impedito ad una delle due o ad entrambe di difendersi adeguatamente, ad esempio ostacolando la loro attività di ricerca e raccolta della prova eventualmente necessaria per far valere i propri diritti. In tal caso, in cui in un processo dinnanzi al giudice statale sarebbe invocabile la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2° c.p.c., appare opportuno che gli arbitri rifissino i termini nel rispetto del disposto dell'art. 83, comma 2°, anche perché, diversamente, il lodo in seguito pronunciato potrebbe essere impugnato, *ex art.* 829, comma 1°, n. 9), c.p.c. per la mancata osservanza nel procedimento arbitrale del principio del contraddittorio⁷.

⁶ Il principio di consumazione dei poteri non è espressamente statuito dal legislatore, ma deve considerarsi immanente nell'ordinamento processuale per ragioni di ordinato svolgimento delle procedure: cfr., tra la giurisprudenza di merito, Trib. Mantova, 30 maggio 2017, in *Giur. It.*, 2017, 2653, con nota critica di FELLONI, *Consumazione del potere di integrare una memoria istruttoria nel rispetto dei termini*, e, nello stesso senso del giudice mantovano, anche Trib. Catania, 13 febbraio 2020, reperibile nella banca dati *Pluris*, e Trib. Frosinone, 10 ottobre 2014, disponibile all'indirizzo <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/23/memoria-istruttoria-integrativa-inammissibile-anche-se-depositata-nei-termini>; nonché, tra la giurisprudenza di legittimità, Cass., 30 novembre 2012, n. 21472. Per considerazioni sul dibattito relativo alla validità del principio in questione, rinvio al mio *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del Covid-19*, in *www.Ilcaso.it* del 24 giugno 2020, § 10, 18 e segg.

⁷ Occorre peraltro ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, la parte che si dolga della violazione del contraddittorio ha l'onere di provare la lesione in concreto subita: cfr., con riferimento all'analoga questione della violazione nel processo ordinario di cognizione dell'art. 101 c.p.c., Cass., 16 febbraio 2016, n. 2984, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1182, con nota di FERRARIS.

Naturalmente, poi, se un atto loro spettante non sia stato compiuto nei termini originariamente fissati, le parti, non avendo consumato i propri poteri, hanno il diritto di compierlo conteggiando la sospensione, che opera *ex lege*. Ed infine, se una parte avesse depositato nell'originaria scadenza mentre l'altra, in relazione al medesimo termine, si fosse avvalsa della sospensione, per evitare che in conseguenza dell'asimmetria temporale dello scambio possa essere lamentata una alterazione del contraddittorio, è doveroso, in ragione della scusabilità dell'errore connesso all'anticipazione del deposito, se avvenuto prima della conoscibilità dell'intervento operato dalla legge di conversione del Cura Italia sul comma 21° dell'art. 83, che gli arbitri concedano un ulteriore termine per memorie integrative e di replica.

Passando alle udienze, il discorso è simile.

Se esse non sono state rinviate ai sensi dell'art. 83, comma 2°, o perché ciò non è stato voluto o perché quando si sono tenute né gli arbitri né le parti potevano ancora sapere che si sarebbe dovuto tener conto del comma 1° del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, per le parti che vi abbiano entrambe partecipato non sorge, anche qui per il principio di consumazione, alcun diritto a revocare, modificare o integrare le attività ivi compiute in una nuova udienza da fissare a data successiva all'11 maggio 2020, né può insorgere alcun vizio del procedimento arbitrale se la partecipazione all'udienza sia avvenuta senza lamentare nessun particolare impedimento o limitazione in conseguenza dell'emergenza sanitaria. Non può essere infatti dimenticato che una eventuale nullità potrebbe essere fatta valere solo sotto il profilo della violazione del contraddittorio e sarebbe difficile poterla dedurre quando le parti, personalmente o per il tramite dei loro difensori, sia comparse e abbiano agito senza sentire l'esigenza di rappresentare compressioni di sorta al proprio diritto di difesa. Discorso diverso è però da condurre se almeno una delle parti non sia comparsa o comparendo abbia lamentato gli impedimenti o le limitazioni di cui prima si diceva. In quel caso è lecito presumere che questa non si sia potuta difendere adeguatamente e gli arbitri dovranno fissare una nuova udienza al di fuori del periodo di sospensione per rinnovare le attività programmate per la vecchia, se non intendono rischiare di veder impugnato il lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1°, n. 9), c.p.c.

È quindi vero che, per il richiamo operato dal comma 21°, i commi 1° e 2° dell'art. 83 del Cura Italia hanno potuto trovare piena applicazione anche in sede arbitrale, ma l'effetto della sospensione dei termini tra il 9 marzo e l'11 maggio 2020 e del rinvio delle udienze oltre tale ultima data, esplicitato con efficacia sostanzialmente retroattiva solo in sede di conversione del Cura Italia, risulta alquanto ridimensionato, se si considera il quadro sopra descritto.

10. (Segue): le regole di distanziamento e la procura al difensore

Non resta allora che verificare la compatibilità con l'arbitrato di altre disposizioni contenute nell'art. 83 del Cura Italia e segnatamente di quelle che, per favorire il rispetto delle regole di distanziamento sociale prescritte dall'emergenza sanitaria, consentono di svolgere a distanza di una serie di attività, dalla possibilità per l'avvocato di autenticare la procura alle liti *ex* comma 20°-ter, senza dover accertare in presenza l'identità del cliente, alle riunioni in camera di consiglio ai sensi del comma 12°-quinquies e, quando la relativa misura sia prevista dai capi degli uffici, allo svolgimento in forma scritta o da remoto delle udienze e dei lavori peritali ai sensi del comma 7°, lettere f, h, h-bis.

Ma, in realtà, nell'arbitrato gran parte di ciò è possibile indipendentemente dall'applicazione dell'art. 83 ed è anzi già stato ampiamente sperimentato nella prassi.

Salvo che nell'improbabile ipotesi in cui le parti abbiano stabilito, prima dell'inizio dell'arbitrato, regole procedurali incompatibili con lo svolgimento a distanza dei lavori, gli arbitri, esercitando il potere loro riconosciuto dall'art. 816-bis, comma 1°, c.p.c., di regolare discrezionalmente lo svolgimento del procedimento con il solo limite di rispettare il principio del contraddittorio, sono infatti liberi di ricorrere a tutte le immaginabili modalità alternative di trattazione ed istruttorie, senza ricorrere alle previsioni dell'art. 83, che tra l'altro, al comma 7°, lettere f) e h), non consentono attività, come l'ascolto in via telematica dei testi o la raccolta di loro dichiarazioni scritte, tutt'altro che sconosciute in sede arbitrale.

Le uniche incertezze si debbono esprimere per la procura alle liti. Da un lato, infatti, è sostenibile la tesi che in arbitrato non occorran formalità particolari e men che meno quelle dell'autentica del difensore, sicché il problema di certificare l'autografia del cliente nemmeno dovrebbe porsi⁸. Dall'altro, la sempre più accentuata tendenza a riconoscere natura giurisdizionale all'arbitrato rituale suggerisce, in via prudenziale, di seguire le regole del processo sulla forma della procura. E se si adotta questo secondo punto di vista, non c'è dubbio che le forme semplificate di cui al comma 20°-ter siano compatibili con le specificità della materia arbitrale. Il punto è semmai, allora, di stabilire sino a quando tali forme siano permesse, dato che il riferimento alla cessazione delle misure di distanziamento previste dalla legislazione emergenziale contenuta nel comma 20°-ter rende aleatorio fissare un termine di scadenza⁹.

11. (Segue): la possibilità di ulteriori rinvii

Infine, ci si può domandare se sia possibile applicare l'art. 83 comma 7°, lettera g), laddove, per il periodo successivo a quello esauritosi l'11 maggio, riconosceva ai capi degli uffici la possibilità di rinviare le udienze a data successiva al 30 giugno 2020.

Senonché, anche qui ci si confronta con un falso problema, perché qualora gli arbitri giudichino inopportuno svolgere a

⁸ Cfr. Cass., 5 maggio 2011, n. 9839, ancorché sul dubbio presupposto che l'arbitrato non sia riconducibile alla giurisdizione, secondo cui deve ritenersi che la disciplina della procura *ad litem* contenuta nel codice di rito civile non sia estensibile automaticamente al procedimento arbitrale. Nello stesso senso cfr. App. Roma, 12 ottobre 2012, reperibile nella banca dati *Pluris*. In argomento cfr. anche DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel giudizio arbitrale*, in *www.Judicium.it* del 26 marzo 2012, part. § 3, 4 e segg.

⁹ Come ho scritto nel mio *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il Covid-19*, in *www.Il caso.it* del 27 giugno 2020, § 5, 9 e seg., la soluzione più corretta è probabilmente quella di identificare la cessazione dell'efficacia del comma 20°-ter con la fine del periodo di emergenza sanitaria di sei mesi dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e quindi, per ora, con la data del 31 luglio, di cui, mentre si scrive, viene data per sicura la proroga almeno al 15 ottobre 2020. È però astrattamente sostenibile che, nello specifico settore della giustizia, si debba fare riferimento al momento precedente della cessazione della seconda fase dell'emergenza processuale e cioè al 30 giugno 2020, sicché la cautela appare d'obbligo.

distanza le udienze e nel contempo ritengano che la presenza fisica non renda possibile garantire il rispetto delle necessarie prescrizioni sanitarie, nulla vieta loro di disporre un rinvio. Né si può immaginare che possano impedirlo le parti, se non nel caso di scuola in cui il calendario delle udienze sia stato predeterminato delle stesse in un momento anteriore alla pendenza del giudizio arbitrale. Potrebbe però capitare che, nelle more, si finisca per consumare il tempo assegnato per rendere il lodo senza averlo potuto pronunciare. In tal caso, sembra inevitabile che solo una proroga concessa sull'accordo delle parti o una nuova sospensione legislativa del decorso dei termini possa mettere al riparo il lodo dall'impugnazione *ex art. 829, comma 1°, n. 6), c.p.c.* per essere stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito. Nessuna responsabilità ai sensi dell'*art. 813-ter, comma 1°, n. 2), c.p.c.* potrebbe invece essere imputata agli arbitri, sempre che i rinvii fossero effettivamente giustificati dalla situazione sanitaria e dalla contemporanea impossibilità di procedere altrimenti.

12. Il dubbio regime dell'arbitrato irrituale

In tale frenesia di regolazione, nulla è stato disposto dal legislatore per l'arbitrato irrituale, per il quale si pone il dilemma se applicare in via analogica il ricordato comma 21° oppure escludere che l'*art. 83 del Cura Italia* possa essere richiamato.

La seconda soluzione pare preferibile¹⁰, considerata la natura negoziale di tale tipo di arbitrato.

Per l'arbitrato irrituale, dunque, dovrebbe residuare, al pari che per le altre procedure con finalità conciliativa non destinate di specifiche disposizioni emergenziali, solo il possibile ricorso, ai fini della valutazione dell'adempimento delle obbligazioni assunte dagli arbitri, dell'*art. 3, comma 6°-bis, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6*, che impone la valutazione dell'incidenza della normativa emergenziale come ragione giustificativa o comunque come attenuante dell'inadempimento dei contratti che non siano stati adempiuti, o non siano stati eseguiti correttamente.

¹⁰ *Contra* CERRATO, *Estese all'arbitrato le regole del rito civile a distanza*, in *Il Sole/24 Ore*, 7 maggio 2020, p. 26, il quale sembra invece orientato ad estendere analogicamente all'arbitrato irrituale quanto previsto per quello rituale.