

# ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Bramante, Cinque, Guerinoni, Hirata,  
Maniaci, Nurra, Ortu, Vacca

XXIII

2018

INSCHIBBOLETH



# ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

## ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

### *Direttore scientifico*

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

### *Vice Direttore scientifico*

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

### *Comitato di direzione*

Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

### *Comitato di redazione*

Dario FARACE (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

### *Comitato dei revisori*

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

### *Segreteria di redazione*

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: [www.archiviogiuridicosassarese.org](http://www.archiviogiuridicosassarese.org).  
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

*Prima serie:* Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.  
*Seconda serie:* Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2019, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: [info@inschibbolethedizioni.com](mailto:info@inschibbolethedizioni.com). Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: [rivista@archiviogiuridicosassarese.org](mailto:rivista@archiviogiuridicosassarese.org). Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo unico 2018 pubblicato on line il 20 dicembre 2019.

## INDICE

### Saggi

- MARIA VITTORIA BRAMANTE, *Contributo allo studio del calmiere di Diocleziano. Origo e qualitas rerum venalium* p. 11
- ALBA CINQUE, *Le strategie di prevenzione e risoluzione della lite elaborate dalla dottrina francese: Les modes alternatifs de règlement des litiges (M.A.R.L.)* p. 79
- ALESSANDRO HIRATA, *Sachidentität und tignum iunctum bei Paul. 15 quaest. D. 46.3.98.8* p. 89
- ARTURO MANIACI, *Chi deve provare cosa. Distribuzione del carico probatorio e strategie difensive* p. 99
- MARIA TERESA NURRA, *Profili risarcitori e assicurativi in tema di inondazioni* p. 151
- ROSANNA ORTU, *La Vestale Massima Flavia Publicia: un'imprenditrice nell'antica Roma?* p. 169
- ALESSIA VACCA, *Right to a Healthy Environment? Transparency, Sustainable Development and Climate Change in the Energy Law Sector* p. 183

### Rassegne

- EZIO GUERINONI, *I contratti bancari: appunti sulle fonti* p. 211

*Saggi*

Le strategie di prevenzione e risoluzione della lite  
elaborate dalla dottrina francese:  
*Les modes alternatifs de règlement des litiges* (M.A.R.L.)

Alba Cinque

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Gli strumenti risolutivi della lite che presuppongono un giudizio: l'arbitrato. – 3. *Les modes alternatifs de règlement des litiges* (M.A.R.L.): analisi dei casi in cui il ricorso a strumenti alternativi al processo è obbligatorio. – 4. *Les modes alternatifs de règlement des litiges* (M.A.R.L.): analisi degli strumenti di risoluzione della lite di cui le parti sono libere di avvalersi. – 5. La “*stratégie procédurale*” e la scelta del più appropriato strumento di prevenzione della lite offerto dall'ordinamento francese. – 6. Rilievi conclusivi.

1. La dottrina francese si è a lungo interrogata sulla possibilità di utilizzare in modo “strategico” le regole procedurali al fine di circoscrivere il ricorso allo strumento del processo, elaborando strumenti preventivi, volti a regolare la lite prima dell'insorgenza della stessa.

La “*stratégie procédurale*” non si riduce, pertanto, alla scelta della più appropriata tra le possibili azioni esperibili dinanzi al giudice nazionale. Difatti, l'esigenza di adottare lo strumento maggiormente idoneo al perseguimento dell'interesse delle parti determina la necessità di tenere in debito conto metodi volontari e alternativi di risoluzione delle controversie, come, ad esempio, la rinuncia all'azione, la conciliazione, la mediazione<sup>1</sup>, la negoziazione assistita, la transazione e l'arbitrato<sup>2</sup>. Secondo una parte della dottrina francese<sup>3</sup>, la

<sup>1</sup> Sulla natura di metodo alternativo e volontario di risoluzione dei conflitti della mediazione, cfr. G. CORNU - J. FOYER, *Procédure civile, Thémis Droit privé*, Presses universitaires de France, Paris 1996, n. 8, p. 45; C. JARROSSON, *Médiation*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. Alland et S. Rials, *Quadrige*, Lamy-Puf, Paris 2003, pp. 1010-1011.

<sup>2</sup> M.-C. RIVIER, *L'éviction de la juridiction étatique par le contrat*, in AA. Vv., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, sous la direction de Pancel et M.-C. Rivier, Colloque organisé par le Centre d'études et de recherches critiques sur le droit en décembre 1998 à la Faculté de Droit de Saint-Etienne, Collection Etudes Juridiques dirigée par N. Molfessis, Economica, Paris 2001, p. 23.

<sup>3</sup> C. CHAMPAUD - D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises, Regards sur la justice*, sous la direction de L. Cadet, Dalloz, Paris 2006, p. 13, là dove espressamente si afferma: «selon

strategia vincente è quella che predefinisce le regole della lite prima che la risoluzione della stessa richieda l'intervento di un giudice, in ossequio al brocardo latino *si vis pacem, para bellum*: affinché sia efficace, una strategia deve essere concepita non tanto prima del processo, quanto e soprattutto prima della nascita della controversia<sup>4</sup>.

È, quindi, opportuno che, prima del verificarsi di una lite, siano predeterminati i possibili contegni che potrebbero essere adottati dalle parti nel momento (e dal momento) dell'insorgenza della stessa. Al fine di soddisfare tale obiettivo, l'ordinamento francese offre numerosi istituti, che possono essere sussunti e annoverati nella categoria unitaria dei c.d. *modes alternatifs de règlement des litiges* (M.A.R.L.). Tale ultima locuzione ricomprende tutte quelle fattispecie che, nell'ordinamento italiano, si è soliti ricondurre all'acronimo inglese *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.). Pertanto, deve ritenersi che M.A.R.L. e A.D.R. siano locuzioni volte ad indicare un fenomeno sostanzialmente identico e sorretto da una medesima *ratio*, sebbene la regolazione dei singoli istituti, all'interno dei rispettivi ordinamenti, non può dirsi totalmente coincidente.

2. Nell'ordinamento francese si configurano numerosi strumenti, di cui le parti possono avvalersi al fine di prevenire la nascita di una lite.

In primo luogo, le parti possono vincolare i poteri interpretativi del giudice, prevedendo all'interno del contratto clausole di interpretazione autentica. Inoltre, è possibile che le parti indichino anticipatamente le modalità di risoluzione di una lite attraverso clausole che prevedono forme più o meno intense di collaborazione delle stesse<sup>5</sup>, clausole di rinegoziazione, clausole di risoluzione amichevole del conflitto, di conciliazione e di mediazione<sup>6</sup> e, infine, clausole arbitrali.

Va, tuttavia, precisato che il giudizio arbitrale si differenzia dagli altri istituti menzionati per l'assenza di una procedura negoziata, poiché si configura come una soluzione processuale e definitiva della controversia<sup>7</sup>; inoltre, nel giudizio arbitrale la decisione è interamente devoluta a un soggetto terzo e imparziale rispetto alle parti tra cui il conflitto è insorto. In ogni caso, il ricorso all'arbitrato presuppone l'inserimento, all'interno dell'accordo che regola l'assetto

*la formule consacrée si vis pacem para bellum, la stratégie victorieuse est celle qui a préparé aux combats des forces vives de la Nation durant le temps de paix qui précède la guerre».*

<sup>4</sup> Con riferimento alla materia societaria, W. AYED, *Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité*, in *La Semaine Juridique*, n. 24, 2011, 96, 190 sostiene che un'efficace strategia preventiva implica il ricorso a programmi di *compliance* finalizzati ad evitare la violazione di norme giuridiche ed extragiuridiche, così da non pregiudicare il perseguimento degli interessi economici dell'impresa.

<sup>5</sup> B. FAGES, *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, 1997, n. 78, pp. 58-5.

<sup>6</sup> B. FAGES, *Le comportement du contractant*, cit., n. 507, p. 274.

<sup>7</sup> E. GAILLARD - P. DE LAPASSE, *Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international*, D. 2011, Chron., n. 11, p. 179.



di interessi delle parti, di una clausola compromissoria che le vincoli ad adire l'arbitro, sicché la legittimazione dell'arbitro<sup>8</sup> trae origine proprio dalla validità del precedente accordo delle parti. Va rilevato che il ricorso al tribunale arbitrale è possibile anche quando il giudizio è già stato incardinato innanzi alla giurisdizione nazionale ordinaria: in questo caso, si può prospettare l'eventualità di una rinuncia al giudizio precedentemente instaurato, giacché le parti si possono astenere dal proseguire il giudizio innanzi al Tribunale ordinario<sup>9</sup>.

Un ulteriore elemento differenziale, che segna il confine tra l'arbitrato e le altre procedure negoziate, è stato rinvenuto nelle condizioni che legittimano l'esercizio dei poteri di ricorrere all'arbitrato. Sebbene l'analisi condotta dalla giurisprudenza francese abbia riguardato la comparazione dell'arbitrato con la transazione, deve ritenersi che i principi espressi abbiano portata generale e siano estensibili a tutte le procedure negoziate. In particolare, la Corte di Cassazione francese ha statuito che una società per azioni, che agisce a maggioranza semplice, ha la capacità di transigere<sup>10</sup>, ma non il potere di ricorrere all'arbitrato. La *ratio* va rinvenuta nella idoneità della decisione arbitrale ad assurgere al rango di cosa giudicata, a differenza della transazione.

Infine, deve darsi atto che la crescente istituzionalizzazione dell'arbitrato e la sua progressiva giurisdizionalizzazione hanno determinato (o concorso a determinare) una flessione nell'utilizzo di questo istituto per risolvere controversie insorte tra le parti di un accordo contrattuale. Difatti, successivamente alla riforma, avvenuta con il decreto del 13 gennaio 2011<sup>11</sup>, che ha incrementato il livello di giurisdizionalizzazione dell'arbitrato<sup>12</sup>, la libertà di scelta delle regole di procedura arbitrali non appare più un motivo sufficiente per giustificare il ricorso all'arbitrato. Si è, di conseguenza, posta la questione se l'arbitrato sia ancora da considerare "un buon affare"<sup>13</sup> per i contraenti: una parte della dottrina francese ha rilevato che, se si concepisce l'arbitrato come un mezzo per assicurare il rispetto di "etica ed efficacia, legge ed economia", si corre il rischio di rendere il ricorso a questo istituto eccessivamente oneroso per le parti<sup>14</sup>.

3. Sussistono casi in cui il ricorso ai M.A.R.L. è previsto *ex lege* come obbligatorio<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> F. TERRE, *Le droit*, Dominos, Flammarion, Paris 1999, p. 40.

<sup>9</sup> P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, Prat, Paris 2007, p. 12.

<sup>10</sup> P. CHAUVEL, *Transaction*, in *Répertoire civil*, Dalloz, Paris Septembre 2004, n. 77, pp. 8-9.

<sup>11</sup> Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011 (in site Légifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr>).

<sup>12</sup> L. CADIET, *Clauses relatives aux litiges*, J.-Cl. Contrats-Distribution, fasc. 190, 2003, n. 9, p. 5.

<sup>13</sup> Cfr. A. WALD, *L'arbitrage: entre efficacité et éthique*, in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, LexisNexis, Paris 2007, p. 727, là dove si afferma che: «L'arbitrage doit être considéré comme une magistrature, non comme une bonne affaire commerciale».

<sup>14</sup> T. CLAY, *L'efficacité de l'arbitrage*, in *Colloque de l'Institut de Recherche en droit privé de Nantes. L'arbitrage: une question d'actualité: Petites affiches*, 2 octobre 2003, n. 197, p. 4.

<sup>15</sup> V. G. CORNU - J. FOYER, *Procédure civile*, cit., 67.

Il legislatore francese impone alle parti il ricorso all'arbitrato, escludendo la giurisdizione del giudice ordinario, nel caso di determinazione del trattamento di fine rapporto per i giornalisti professionali<sup>16</sup> e per le controversie originate da un contratto di collaborazione tra avvocati, che sono affidate alla giurisdizione arbitrale del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati<sup>17</sup>.

Oltre a queste ipotesi, in cui le parti sono vincolate al rispetto delle norme di legge, vi sono casi in cui la legge indica il modo preferibile di risoluzione della controversia, senza precludere alle parti la possibilità di adire il giudice nazionale. È il caso delle disposizioni che regolano la liquidazione del danno in caso di incidenti stradali o del danno da emotrasfusioni infette e di quelle dettate in favore delle vittime di terrorismo<sup>18</sup>. Difatti, il legislatore ha predisposto una procedura conciliativa preventiva, consistente in un'offerta di risarcimento da parte di un'assicurazione o di un fondo indennitario. Nonostante la predisposizione di un rimedio alternativo all'adizione del giudice nazionale, la parte, qualora lo ritenga opportuno, potrà rivolgersi al tribunale ordinario per ottenere il risarcimento del danno patito<sup>19</sup>. La parte lesa, inoltre, può ricorrere a una procedura cautelare per beneficiare di un anticipo del risarcimento o per costituirsi parte civile<sup>20</sup>. Ne consegue che la vittima non è obbligata ad accettare la proposta risarcitoria avanzata dall'assicuratore: ciò è confermato dal fatto che la parte lesa può accettare di ricorrere alla transazione anche nel corso del procedimento ed è significativo che l'offerta di risarcimento del danno può aver luogo anche successivamente all'avvio di un procedimento penale.

In altri casi, la legge condiziona sospensivamente l'esperibilità di un'azione dinanzi al giudice ordinario all'infruttuoso esperimento di una modalità alternativa di risoluzione del conflitto. Ad esempio, la legge n. 89-462 del 6 luglio 1989, in materia di locazioni, prevede l'istituzione di un comitato dipartimentale di conciliazione tra conduttori e locatori per cercare di addivenire a una soluzione amichevole delle controversie in materia locatizia<sup>21</sup>. Del pari, la legge n. 89-1010 del 31 dicembre 1989 prevede che, in caso di sovraindebitamento, e cioè nell'ipotesi in cui i debitori presentino difficoltà nell'adempiere i loro debiti a causa della mancanza di liquidità, gli stessi sono onerati di cercare di trovare un accordo amichevole con i creditori o, in alternativa, di rivolgersi

<sup>16</sup> L. 29 mars 1935 (ora artt. L. 761-5 e ss. del Code du travail).

<sup>17</sup> L. 31 décembre 1971, art. 7, al. 7; d. 27 nov. 1991, art. 142.

<sup>18</sup> L. CADIET, *Procédure civile*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, Publié sous la direction de D. ALLAND - S. RIALS, Quadrige, Lamy-Puf, Paris 2003, 1228; C. JARROSSON, *La transaction comme modèle*, in AA. VV., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, cit., 65.

<sup>19</sup> P. CHAUVEL, *Transaction*, cit., n. 199, 18.

<sup>20</sup> E. SERVERIN, *Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction*, in AA. VV., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, cit., 109-112.

<sup>21</sup> C. BEROUJON, *L'exemple du traitement de la dette locative*, in AA. VV., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, cit., 131.

alla commissione dipartimentale conciliativa in materia di sovraindebitamento<sup>22</sup>. Meritano, altresì, di essere menzionati al riguardo gli artt. da L. 2522-1 a L. 2522-6 e L. 2523-1 a L. 2523-10 del Codice del lavoro, che consentono alle parti di ricorrere a procedure di conciliazione e mediazione. Infine, qualora la controversia concerna la materia previdenziale, il ricorso giurisdizionale è anche in questo caso subordinato al preventivo infruttuoso esperimento di una procedura conciliativa<sup>23</sup>.

4. Al di fuori dei casi in cui è la legge a contemplare modi alternativi di risoluzione dei conflitti, il ricorso alla tutela giurisdizionale ordinaria può essere altresì evitato mediante la stipulazione di un accordo transattivo o attraverso il ricorso alla negoziazione assistita (c.d. *convention de procédure participative assistée par avocat*)<sup>24</sup>. In particolare, tale ultimo istituto, disciplinato espressamente dall'art. 2062 del Codice civile francese, si configura come un accordo tra le parti che, non avendo ancora adito un tribunale o un arbitro, si impegnano a cooperare *ex fide bona* per risolvere amichevolmente la controversia tra loro insorta. Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 2065 del Codice civile francese, solo la violazione della convenzione partecipativa, ad opera di una delle parti, consente all'altra di adire il giudice nazionale, in ossequio al brocardo latino *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

Tuttavia, va precisato che il ricorso a metodi alternativi per la risoluzione delle controversie non esclude *tout court* l'utilizzo di strumenti più propriamente giudiziari, essendovi ipotesi in cui è sempre necessario l'intervento del giudice nazionale. In particolare, nel caso della negoziazione assistita, l'art. 1543 del Codice di procedura civile francese prevede che, per le ipotesi di divorzio o di separazione coniugale, vi sia una fase dell'accordo che presuppone una procedura giurisdizionale<sup>25</sup>. Allo stesso modo, deve ritenersi indispensabile un intervento del giudice nazionale qualora le parti richiedano provvedimenti cautelari o, altresì, quando si renda necessario procedere ad esecuzione forzata dell'accordo negoziato o del lodo arbitrale. Un ulteriore limite al ricorso ai c.d. *modes alternatifs de règlement des litiges* (M.A.R.L.) si rinviene nell'articolo L. 511-1 del Codice del lavoro, che contempla la competenza esclusiva dei

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. art. L. 331-6 du Code de la consommation: «*concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers*»; G. PAISANT, *Les activités de règlement sans le juge: le cas du surendettement des particuliers*, in AA. Vv., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, cit., pp. 71-80.

<sup>23</sup> P. GENDREY avec la collaboration de F. FINON, de P. LE GALL et O. MESELLEM, *Agir en justice*, cit., pp. 60-62.

<sup>24</sup> V. C. PEULVE, *La dimension processuelle de la procédure participative*, LPA, 16 avril 2012, n. 76, p. 7.

<sup>25</sup> N. FRICERO, *Le décret du 20 janvier 2012: vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat*, in *Act. Jur. famille*, 2012, p. 66; F. RONGEAT-LOUDIN, *La médiation familiale: aspects juridiques et politiques*, in *Rev. jur. Personnes & Famille*, 2010, p. 8 ss.

tribunali del lavoro per le controversie aventi ad oggetto il rapporto di impiego. Da questa norma discenderebbe anche il divieto di inserire una clausola compromissoria nel contratto di lavoro. A conferma dell'orientamento che esclude tale contratto dall'ambito applicativo delle procedure alternative di risoluzione delle controversie, si invoca l'art. 2064 del Codice civile francese, che esclude la possibilità che l'accordo di procedura partecipativa possa avere ad oggetto un contratto di lavoro.

Al di fuori di queste ipotesi eccezionali, in cui il ricorso al giudice ordinario è inevitabile, l'ordinamento francese conosce numerosi istituti che consentono alle parti di regolare una controversia tra loro insorta senza ricorrere ai metodi giurisdizionali tradizionali. Tra questi, va menzionata la transazione, che è un contratto con cui le parti pongono fine a una controversia tra loro insorta mediante concessioni reciproche, astenendosi dall'agire dinanzi ai tribunali statali per ottenere una pronuncia relativa alla stessa controversia transattivamente risolta<sup>26</sup>. In questa ipotesi, è del tutto irrilevante che la transazione sia stata stipulata in presenza di un soggetto terzo e imparziale<sup>27</sup>, poiché ai fini dell'efficacia della transazione è sufficiente che sussista l'accordo, validamente formatosi, delle parti.

Al contrario, l'intervento di un soggetto terzo, detto arbitratore, si rende necessario solo qualora le parti decidano di rimettere la decisione della controversia al giudizio di un esperto. In questo caso, la decisione assunta dall'arbitratore vincolerà le parti e precluderà loro la possibilità di agire innanzi al tribunale nazionale al fine di ottenere una pronuncia sulla medesima questione deferita all'arbitratore. Per contro, il ricorso al c.d. "*protocole d'accord*"<sup>28</sup> non preclude alle parti di adire successivamente il giudice nazionale, rappresentando un mezzo per regolare la controversia in modo temporaneo. Le parti possono avvalersi, altresì, degli istituti della mediazione e della negoziazione assistita, o richiedere l'ausilio del c.d. conciliatore di giustizia. Tali fattispecie sono accomunate dal fatto che consentono alle parti di raggiungere una soluzione negoziata della controversia tra loro insorta.

5. A fronte della molteplicità di istituti e rimedi alternativi rispetto alla giurisdizione ordinaria, la dottrina francese si è interrogata sull'esistenza di una "*stratégie procédurale*" che consenta di ritenere, a seconda dell'obiettivo perseguito dalle parti, più conveniente il ricorso a una procedura negoziata o

<sup>26</sup> D. D'AMBRA, *Conciliation et médiation – droit interne*, in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, Sous la direction de S. Guinchard, Dalloz Action, 2012/2013, Dalloz, Paris 2012, n. 325.13, p. 763.

<sup>27</sup> S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, th., Sous la dir. de L. Cadet, Université de Rennes 1, 1996, n. 469, p. 275.

<sup>28</sup> S. GUINCHARD - C. CHAINAIS - C. et I. S. DELICOSTOPOULOS - M. DOUCHY-LOUDOT - F. FERRAND - X. LAGARDE - V. MAGNIER - H. RUIZ FABRI - L. SINOPOLI - J.-M. SOREL, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris 2015, n. 585, p. 1271.

giurisdizionale (da intendersi in riferimento sia all'arbitrato sia alla giurisdizione ordinaria). In particolare, la dottrina prevalente ritiene che, in questo ambito, viga il principio di libertà di scelta delle parti. Non esiste, infatti, un principio generale dell'ordinamento francese, che imponga alle parti di ricorrere a una procedura negoziata piuttosto che ai rimedi giurisdizionali tipici. D'altronde, il riferimento al principio di libertà di scelta delle parti si attaglia perfettamente al concetto di "*stratégie procédurale*", intesa come migliore attuazione degli interessi di cui ciascuna parte è portatrice. Saranno, dunque, le stesse parti in lite che, a seconda della fisionomia della situazione concreta e degli interessi da ciascuna perseguiti, opteranno per l'uno o l'altro rimedio predisposto dall'ordinamento.

In ogni caso, la libertà delle parti nella scelta del metodo con cui risolvere le controversie non è assoluta. Difatti, l'ordinamento francese conosce ipotesi in cui il ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie è vietato da norme di legge inderogabili<sup>29</sup>, come nel caso in cui un soggetto che si è reso autore di un delitto voglia accedere a una procedura negoziata per risolvere la controversia insorta con la famiglia della vittima. Più in generale, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che, al fine di individuare le controversie che possono essere oggetto di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, occorre fare riferimento ai concetti di ordine pubblico<sup>30</sup> e di indisponibilità dei diritti. A sostegno di questa impostazione, vengono richiamati gli artt. 2059 e 2060 del Codice civile francese, che delimitano l'ambito delle questioni suscettibili di essere risolte mediante il ricorso all'arbitrato. Difatti, l'art. 2059 prevede espressamente che possono essere oggetto di arbitrato esclusivamente le questioni aventi ad oggetto diritti disponibili, mentre l'art. 2060 esclude dall'ambito di applicazione del giudizio arbitrale le controversie vertenti sullo stato delle persone, sullo scioglimento del vincolo matrimoniale e, in generale, le materie presidiate dall'ordine pubblico. Conformemente a quanto detto, il legislatore francese, che ha recentemente modificato, con il decreto n 2012-66<sup>31</sup> del 20 gennaio 2012, il Codice di procedura civile, introducendo il Libro V sui modi di risoluzione alternativi della controversia, ha subordinato il ricorso ai c.d. M.A.R.L. alla natura disponibile dei diritti su cui incidono<sup>32</sup>. Infine, ad ulteriore conferma della possibilità di subordinare il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa della lite alla natura disponibile

<sup>29</sup> Cfr. *ivi*, n. 584, p. 1268.

<sup>30</sup> L. CADIET, *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence les 17 et 18 Mai 1990, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science politique, Aix-en-Provence 1990, p. 197; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, th., Avant-propos de Laurence Boy et Préface de Philippe Fouchard, Bibliothèque de droit privé, T. 309, L.G.D.J., Paris 1999, n. 11, p. 7.

<sup>31</sup> J.O., 22 janvier 2012, 1280, site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

<sup>32</sup> N. FRICERO, *Le décret du 20 janvier 2012: vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat*, cit., 66.

dei diritti e al rispetto all'ordine pubblico, si richiama la direttiva europea 2008-52/ CE del 21 maggio 2008, in materia di mediazione civile e commerciale<sup>33</sup>.

Tuttavia, il concetto di ordine pubblico, utilizzato per circoscrivere l'ambito applicativo dell'arbitrato o degli accordi di risoluzione amichevole delle controversie, non coincide necessariamente con il concetto di ordine pubblico che emerge dalla definizione fornita dall'art. 6 del Codice civile francese<sup>34</sup>. D'altronde, l'ordine pubblico è una nozione cangiante e mutevole, poiché concerne tutto ciò che, in un certo momento storico, viene avvertito come essenziale dalla società in ogni aspetto della vita umana, includendo l'area della sicurezza, dell'economia, della morale e della vita personale<sup>35</sup>. Una parte della dottrina francese ha, quindi, osservato che escludere il ricorso ai c.d. M.A.R.L. *a priori* e in assenza di una violazione effettiva dell'ordine pubblico appare una forzatura che viola la *ratio* sottesa all'introduzione di modi alternativi di risoluzione della lite<sup>36</sup>. Secondo i fautori di questa tesi, sarebbe più corretto subordinare l'utilizzo di procedure alternative di risoluzione delle controversie esclusivamente alla natura disponibile dei diritti, e verificare, attraverso un'analisi da effettuarsi caso per caso, se sussista una violazione dell'ordine pubblico.

6. In conclusione, l'attuale fisionomia della prassi negoziale francese registra l'inserimento di clausole di conciliazione, mediazione e arbitrato nel *corpus* del contratto, poiché in questo modo le parti possono tutelare più efficacemente le relazioni commerciali future, evitando di sottoporsi ai rischi e ai costi di un processo<sup>37</sup>.

Qualora le parti intendano preservare le future relazioni commerciali tra di loro ricorreranno, quindi, a soluzioni di risoluzione amichevole della controversia. Per contro, qualora la controversia insorga dopo che un rapporto giuridico si è esaurito o che le parti non hanno più interesse a coltivare, è possibile che le parti preferiranno ricorrere a metodi avversariali, come, ad esempio, l'arbitrato.

<sup>33</sup> J.O.U.E., L 136, 24 mai, 3, sito Internet Legifrance; F. FERRAND, *Médiation – droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe*, in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et de l'Union européenne*, S. Guinchard, Dalloz Action, 2012/2013, Dalloz, Paris 2012, n. 326.12, p. 780.

<sup>34</sup> Art. 6 Code civ.: «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs» (site Légifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr>); J. BILLEMONT, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, th., Université Lille 2, Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe Jamin, Paris 2009, n. 74, p. 78.

<sup>35</sup> R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains*, Approche comparative, opera diretta da l'Académie des Sciences morales et politiques, Prix Le Dissez de Penanrun 2005, LexisNexis Litec, 2<sup>a</sup> ed., Paris 2008, n. 117, p. 71; É. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012, p. 133.

<sup>36</sup> X. LABBEE, *PACS: l'injustice de la dissolution conventionnelle*, in *La Semaine Juridique*, n. 1-2, 2012, p. 7.

<sup>37</sup> R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Domat Droit privé, Montchrestien, Paris 2012, n. 67, p. 68 e n. 494, p. 378.

*Abstract* [Ita]

L'Autrice svolge un'indagine sui differenti strumenti di risoluzione e prevenzione della lite nell'ordinamento giuridico francese, che vengono denominati con l'acronimo M.A.R.L. (*modes alternatifs de règlement des litiges*).

L'obiettivo di questo lavoro è quello di indagare l'interazione fra autonomia privata e conflitto, distinguendo fra accordi conclusi prima, durante e dopo il processo.

*Abstract* [Eng]

The Author analyses the instruments of Alternative Dispute Resolutions (A.D.R.) in the French legal system, that are indicated with the acronym M.A.R.L. (*modes alternatifs de règlement des litiges*).

The purpose of this paper is to investigate the interaction between private autonomy and conflict, distinguishing between agreements concluded before, during and after the trial.

*Keywords:* Alternative Dispute Resolutions; M.A.R.L.; arbitration; litigation; private autonomy.