

**BREVI NOTE IN TEMA DI ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION**

di Giuseppe Spoto*

SOMMARIO: 1. I modi di risoluzione stragiudiziale delle controversie - 2. La *Mediation* e il decreto legislativo n. 28 del 2010 - 3. L'arbitrato come modello di ADR - 4. Altri esempi di ADR.

1.- I modi di risoluzione stragiudiziale delle controversie vengono raggruppati attraverso l'utilizzo dell'acronimo ADR che rimane la formula di maggiore successo, nonostante i numerosi tentativi di individuare altre espressioni¹.

Il diritto contrattuale europeo incentiva le forme di autonomia privata compreso il diritto delle parti di risolvere le situazioni conflittuali in materia di diritti disponibili senza ricorrere al giudice civile e ai tradizionali mezzi di accesso alla giustizia. Questa premessa è fondamentale per comprendere la natura negoziale delle ADR e l'assenza di regole rigide² per governare e gestire le controversie tra soggetti portatori di interessi opposti in modo da raggiungere una soluzione condivisa.

Il ricorso alle ADR presenta numerosi vantaggi rispetto al processo, sia per quanto riguarda la durata, sia per quanto riguarda i costi che sono sicuramente più ridotti.

La formula ADR indica un insieme di metodi di risoluzione stragiudiziale delle controversie che possono presentare caratteristiche diverse, ma che racchiudono comunque percorsi alternativi alla soluzione del conflitto

* Ricercatore di istituzioni di diritto privato nell'Università Roma Tre.

¹ Occorre ricordare che non hanno avuto la stessa fortuna l'espressione MARC (Models Alternatifs de Règlement des Conflits), né le corrispondenti espressioni italiane di RAC (Risoluzione alternativa delle controversie) e REC (Risoluzione Extra-giurisdizionale delle Controversie).

² Cfr. L.P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. process.*, 2000, 318 s.: «il carattere dell'«informalità» può essere riferito a qualsiasi metodo di risoluzione dei conflitti, che non coinvolga le parti in un procedimento «formale», lungo ed oneroso, ma sia in grado di porre sollecita e prematura fine alla lite, evitando al giudice non soltanto di trattare e di istruire, ma soprattutto di decidere la causa con una pronuncia definitiva impugnabile».

attraverso il procedimento giudiziario³.

2.- Tra le ADR occorre menzionare la *mediation*⁴ attraverso cui ad un soggetto terzo neutrale, scelto dalle parti, ma privo di poteri decisionali viene affidato il compito di «guidare» le stesse verso una pacifica e condivisa soluzione di una controversia.

In Italia, il decreto legislativo n. 28 del 2010 consente a chiunque di accedere a tale tecnica per la risoluzione di una controversia civile e commerciale, purché avente ad oggetto diritti disponibili. Il tentativo di mediazione diventerà condizione di procedibilità⁵ per presentare la domanda giudiziale in materia di: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie; patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

La mediazione civile e commerciale a mente del decreto legislativo 28/2010 inizia con il deposito di una istanza (che può essere congiunta o presentata solo da una delle parti) presso un organismo di conciliazione. Se vengono presentate più domande ad organismi diversi, prevarrà la prima

³ Per un approfondimento cfr: G. Cabras – D. Chianese – E. Merlino – D. Noviello, *Mediazione e conciliazione per le imprese. Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel diritto italiano e comunitario*, Torino, 2003; D. Marinelli, *ADR (Alternative dispute resolution). Guida operativa per conciliatori ed arbitri*, Napoli, 2007; S. Cera – D. Colangeli – F. Paoletta, *Gli istituti alternativi alla giurisdizione ordinaria*, Milano, 2007.

⁴ Il concetto è utilizzato nelle versioni inglese e francese ed è stato tradotto in italiano con la parola mediazione (da non confondere con il contratto tipico di mediazione disciplinato dal codice civile italiano). Per quanto riguarda la questione terminologica tra la nozione di mediazione e la nozione di conciliazione si rinvia a quanto precisato in questa stessa Rivista nel saggio dal titolo: *La mediazione civile e commerciale: luci ed ombre di una riforma indispensabile*. Si riportano a titolo esemplificativo le definizioni fornite rispettivamente di mediation e di médiation. Per quanto riguarda la prima cfr. C.W Moore, *The mediation process – Practical strategies for resolving conflict* (Jossey – Bass Publishers San Francisco 1991) secondo cui: «Mediation is the intervention into a dispute or negotiation by an acceptable, imparzial, and neutral third party who has non authoritative decision-making power to assist disputing parties in voluntarily reaching their own mutually acceptable settlement of issues in dispute». Per quanto riguarda la seconda cfr il Progetto comunitario MARC 2000 (che considera mediazione e conciliazione come sinonimi), secondo cui: «la médiation ou la conciliation est un proces volontarie dans lequel un tiers neutre, indépendant et imparzial, aide les parties à échanger leurs points de vue et à trouver une solution satisfaisante à leur différend».

⁵ A partire dal 20 marzo 2011.

istanza.

La correttezza della procedura è garantita anche dal fatto che le parti devono rivolgersi ad un organismo di conciliazione e che le tariffe previste non sono versate direttamente al conciliatore, ma all'organismo che provvederà in un secondo momento a remunerare il conciliatore per l'attività svolta.

Nella mediazione civile e commerciale il mediatore è nominato dall'organismo di conciliazione (più precisamente: al momento di presentazione della domanda la designazione è fatta dal responsabile dell'organismo di conciliazione) e la procedura si svolge senza particolari formalità, ma nel rispetto del regolamento dell'organismo accreditato. L'intero procedimento non può avere durata superiore a quattro mesi. Dopo la presentazione della domanda, il primo incontro deve essere fissato non oltre quindici giorni dal deposito dell'istanza.

Per determinare il tempo di presentazione della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione. L'attività di mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Nell'istanza occorrerà indicare l'organismo, le parti (o meglio i c.d. «interlocutori») l'oggetto e le ragioni dell'istanza.

La *mediation* è un procedimento contraddistinto dalla presenza di un soggetto terzo che assiste le parti in modo che queste ultime possano liberamente raggiungere una soluzione condivisa per risolvere il conflitto. Potrebbero comunque esistere varianti come nelle ipotesi di *evacutive mediation*, in cui il terzo dichiara il proprio punto di vista in merito alla questione, o la *facilitative mediation* in cui il terzo invece non esprime nessun parere sulla decisione da prendere, ma si limita ad assistere le parti durante la negoziazione cercando solo di stimolare il dialogo tra le stesse. Gli interlocutori sono comunque liberi di ricorrere o meno alla mediazione ed anche nelle ipotesi in cui è previsto il tentativo obbligatorio potranno sempre scegliere di abbandonare «il tavolo» delle trattative, optando per il ricorso al giudice oppure ad altri rimedi per risolvere il conflitto.

3.- Un altro tipo di ADR⁶ è l'arbitrato che si svolge in contraddittorio tra

⁶ La maggior parte della dottrina preferisce la ricostruzione offerta in questa sede, ma non tutti sono d'accordo nel configurare l'arbitrato rituale come ADR visto che il procedimento è caratterizzato comunque dal rispetto di formalità prestabilite e visto che la

le parti di fronte ad un terzo chiamato arbitro⁷ (che può essere monocratico o collegiale) a cui è stato affidato il compito di risolvere la controversia insorta e a cui è stato riconosciuto il potere di adottare una decisione vincolante per le parti stesse. Tale potere gli è conferito dalle parti tramite la stipula della c.d. «clausola compromissoria».

L'arbitrato può essere rituale e irrituale. Il primo è disciplinato dagli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile in cui gli arbitri nel pronunciare il lodo, cioè la decisione finale avente efficacia vincolante per le parti applicano le norme di diritto, salvo che non siano stati autorizzati a pronunciarsi secondo equità.

Il lodo può essere impugnato dinanzi all'autorità giurisdizionale dalla parte che vi abbia interesse nei casi previsti dalla legge (articoli 827 c.p.c. e seguenti). L'arbitrato irrituale è caratterizzato da una maggiore libertà di forme ed ha il valore di un vero e proprio atto negoziale mediante cui le parti ricorrono ad un arbitro (o ad un collegio arbitrale) per ricomporre una lite e si impegnano ad accettare come espressione della propria volontà quanto definito dagli stessi arbitri.

Una ADR che risulta dalla combinazione della mediazione e dell'arbitrato è la *Med-Arb* (Mediation-Arbitration), così chiamata perché in una prima fase, le parti si presentano di fronte ad un terzo neutrale che cerca di aiutarle a trovare una soluzione condivisa per risolvere la controversia fra loro insorta ed in caso di esito negativo, il soggetto che svolge il ruolo di mediatore viene investito della funzione di arbitro emettendo una decisione vincolante per le parti.

Questa procedura rischia di snaturare uno dei punti di maggiore forza della «mediation» dato che la stessa persona è chiamata a ricoprire due ruoli profondamente diversi che non possono essere sovrapposti. Infatti, al mediatore le parti potranno rivelare aspetti strettamente confidenziali che devono rimanere riservati e che successivamente la stessa persona potrà prendere in considerazione come arbitro utilizzandoli anche a discapito della parte confidente. Per questa ragione, è stata introdotto un correttivo mediante la c.d. «*shadow mediation*» così chiamata perché il mediatore partecipa alla seconda fase come semplice spettatore, mentre la funzione di

decisione può comunque essere impugnata successivamente dall'autorità giurisdizionale.

⁷ Per un approfondimento si rinvia a P. Cendon, *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Torino, 2006.

arbitro è svolta da un'altra persona. Le parti potranno comunque scegliere di «abbandonare» l'arbitrato e ricorrere nuovamente ad un tentativo di conciliazione attraverso la mediation. In questa ipotesi il mediatore che nel frattempo è rimasto spettatore può nuovamente attivarsi per aiutare le parti a raggiungere l'accordo.

Non si pongono problemi per quanto riguarda l'*Arb-Med* perché in questo caso il procedimento presenta una diversa successione delle fasi.

4.- Un'altra forma di ADR è la *Early Neutral Evaluation* (ENE) mediante cui le parti con l'assistenza di propri legali di fiducia chiedono ad un terzo neutrale di esprimere un parere su una questione giuridica. Le parti stesse possono decidere preventivamente di assegnare efficacia vincolante al parere ovvero di considerare libera la successiva adesione ad esso. Lo svolgimento di questa procedura avviene senza particolari formalità, ma rimane l'obbligo per il terzo di non diffondere le informazioni apprese. I limiti di stretta confidenzialità dei fatti esposti nel corso della seduta possono essere imposti a tutti i partecipanti. Questa forma di ADR è utilizzata negli Stati Uniti anche perfino durante le fasi di svolgimento del processo, soprattutto nelle ipotesi in cui esistono aspetti della causa difficili e molto controversi da chiarire o quando il giudice intende facilitare il ricorso ad una soluzione condivisa e concordata dalle parti stesse. In questi casi, il giudice nominerà il soggetto terzo neutrale che generalmente è un avvocato o un giudice a riposo. Si deve comunque trattare di una persona dotata delle conoscenze idonee per risolvere la controversia.

Tale procedura è anche utilizzata nelle situazioni di eccessiva conflittualità tra gli avvocati delle parti in modo che sulla vicenda possa anche essere sentito il parere neutrale di un soggetto che gode comunque in forza della sua posizione della stima e del rispetto degli opposti difensori. Per le specifiche caratteristiche, tale procedura potrebbe essere anche adottata con successo nelle situazioni di contrasto giurisprudenziale, quando non vi sono state ancora decisioni delle sezioni unite e la giurisprudenza si trova divisa tra orientamenti opposti in modo da fornire un parere in concreto.

La *Early Neutral Evaluation* non va confusa con altre due forme di ADR: il *Mini Trial* e il *Summary Jury Trial*. Il primo è un procedimento che prevede la partecipazione dei manager delle aziende in lite che ricorrono ad un terzo

neutrale per porre fine ad una controversia. Il *Mini Trial* è finalizzato a far raggiungere una riconciliazione delle parti in lite liberamente e a presentare di fronte ai manager delle aziende i problemi interni da risolvere ovvero i problemi tra aziende diverse. Questa procedura ha il merito di interessare direttamente i responsabili dei settori in modo da trovare una soluzione condivisa, ma ha lo svantaggio di non assicurare tempi brevi e di impegnare comparti manageriali per periodi che possono essere anche elevati. La giuria che presiede il *Mini Trial* con la partecipazione diretta dei manager aziendali è priva di poteri vincolanti per le parti. Una ipotesi molto simile a quest'ultima è il *Summary Jury Trial*. Si tratta di una simulazione processuale, svolta di fronte ad una giuria privata composta da soggetti estranei alla controversia (ed è questo un elemento di differenza con il *Mini Trial* che invece prevede all'interno della «giuria» la presenza di soggetti interessati alla controversia). Si tratta di una vera e propria simulazione processuale, il cui esito non è vincolante per le parti perché si svolge di fronte a soggetti privi di autorità giurisdizionale.

Se la controversia riguarda l'accertamento di fatti, una forma di ADR molto utilizzata è rappresentata dal c.d. «fact-finding». In questa ipotesi, le parti affidano ad un soggetto terzo chiamato «fact finder» il compito di accertare e stabilire i fatti da cui dipende una determinata controversia (ad esempio una linea di confine oppure la quantità di una certa sostanza inquinante). Con questa ADR, le parti intendono stabilire gli elementi di fatto alla base di una controversia, ma possono anche chiedere al «fact finder» un parere in merito alla questione. Di solito, i fatti accertati sono utilizzati come presupposto per potere avviare una più celere negoziazione.

Come si può riscontrare a seguito di questa breve analisi, le combinazioni tra i modelli presentati potrebbero essere molteplici, e rimane auspicabile che dopo l'approvazione del decreto legislativo 28/2010 in materia di mediazione civile e commerciale, anche altre forme di ADR possano diventare oggetto di attenzione da parte del legislatore mediante il ricorso ad una più sistematica e ordinata disciplina.