

I METODI DI A.D.R. NELL'ESPERIENZA AMERICANA

di Alessandro Bruni – avvocato – arbitro - conciliatore

abrun@libero.it

In una visione d'insieme i metodi A.D.R. (Alternative Dispute Resolution, o, in italiano, risoluzione alternativa delle controversie) possono distinguersi in “vincolanti” e “non vincolanti” in base alla natura e all'efficacia dell'atto con cui si definisce la lite tra le parti.

E' nel mondo anglo-americano che le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie hanno dato vita ad un vero e proprio, potremmo dire, “movimento culturale giuridico”.

Il Governo Federale americano ha promosso la mediazione in ambito commerciale già con la *Intestate Commerce Act* del 1887, legge sul commercio tra Stati che istituì un meccanismo per la volontaria sottoposizione delle controversie sindacali tra le compagnie ferroviarie e i loro dipendenti.



Nel 1925 il Congresso approvò la *Federal Arbitration Act*, legge sull'arbitrato federale, che disciplina l'arbitrato di controversie su contratti commerciali.

Più di recente i tribunali federali hanno imposto un tentativo di arbitrato per conflitti sindacali, violazioni dei diritti civili, frodi pensionistiche e casi *anti-trust*.

E' però nel secondo dopoguerra, e soprattutto a partire dagli anni '60, che in America si è assistito al fiorire della mediazione e dell'arbitrato. Una crescita costantemente in aumento di casi risolti tramite queste procedure è stata appoggiata, recentemente, nel 1998, anno della modifica del Titolo 28° della Carta dei Diritti (riguardante la risoluzione dei conflitti), stabilendo che gli strumenti A.D.R. hanno la prevalenza su qualsiasi procedura contenziosa. In molti casi, infatti, prima di potersi rivolgere al giudice ordinario le A.D.R. sono un passaggio preventivo obbligato.

Le differenti procedure di A.D.R. americane hanno in comune il trattare la lite, attuale o potenziale, con tecniche semplificate, scevre da formalismi, contenute nei tempi e nei costi.

Tra le più utilizzate tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, senza presunzione di voler annoverare tutte le possibili forme rientranti sotto l'acronimo di A.D.R., si ricordano:

Mediation (conciliazione). La traduzione italiana del termine inglese *mediation* non può affatto corrispondere all'omofona parola “mediazione” che nel nostro ordinamento ha natura di contratto, in base alla procedura dettata dagli articoli 1754 e ss. c.c.

Essa è una procedura di natura volontaria e non formale in cui le parti scelgono un terzo soggetto neutrale che le guida, svolgendo il compito di facilitatore equidistante, nella risoluzione della loro controversia, senza per questo poter dettare pareri né, tantomeno, decisioni vincolanti per le parti stesse. Qualora fosse necessario il conciliatore, solitamente con l'accordo delle parti, potrà ricorrere ad incontri separati con le singole parti.

La procedura di conciliazione può attivarsi in base ad una clausola espressamente prevista dalle parti all'interno dell'accordo negoziale che regola i loro rapporti, oppure sulla base di un loro volontario accordo, successivo al momento in cui è sorta tra le stesse una controversia o, infine, anche durante lo svolgimento del processo, qualora previsto.

Esistono vari tipi di conciliazione:

Facilitative mediation (conciliazione facilitativa). In cui il conciliatore ha il compito di agevolare la negoziazione fra le parti, governando il processo di transazione e facilitando la comunicazione tra le stesse, in modo da trarre l'*humus* favorevole alla risoluzione della controversia. In tale ambito il conciliatore rimane neutrale evitando di proporre alle parti le sue valutazioni o le sue opinioni.

Evaluative mediation (conciliazione valutativa). Questo genere di conciliazione vede il conciliatore svolgere compiti anche propositivi e valutativi. Egli infatti, dietro specifica richiesta delle parti, fornisce un suo parere più o meno formale sulla controversia, indicando alle parti stesse quale potrebbe essere l'esito della disputa qualora la stessa fosse portata davanti ad un tribunale.

Proseguendo, sono praticate anche forme ibride o miste di conciliazione e arbitrato:

Med-Arb (conciliazione-arbitrato). Le parti si impegnano ad intraprendere una procedura di conciliazione ma, qualora il tentativo di conciliazione non risolva tutti i punti controversi, le stesse proseguiranno per la risoluzione della loro disputa istituendo una vera e propria procedura arbitrale. Il professionista che ha agito come conciliatore, di solito, può assumere la successiva veste di arbitro; questo, però, potrebbe creare l'inconveniente di una possibile mancanza di cooperazione delle parti con il professionista stesso che, nella fase successiva, potrebbe avere il potere di emissione di giudizi aventi natura vincolante.

Il superamento di tale inconveniente si può avere con l'istituzione di una procedura di **Med-then-Arb (conciliazione-poi-arbitrato)** in cui, diversamente che nelle procedure di *Med-Arb*, le funzioni di conciliatore e di arbitro sono ben distinte e demandate a due persone diverse.

Altre tecniche di A.D.R. sono:

Arbitration (arbitrato). E' la forma più conosciuta di processo gestito da giudici privati scelti dalle parti per definire e decidere la controversia tra loro insorta, derogando alla giurisdizione ordinaria. Il procedimento termina con una decisione degli arbitri che avrà carattere vincolante per le parti. L'arbitrato si fonda su uno specifico atto di compromesso che può essere sottoscritto prima

o dopo l'insorgenza della lite, o su una clausola compromissoria inserita nel contratto a cui la controversia si riferisce. Gli arbitrati possono essere "amministrati", da parte di un ampio numero di organizzazioni o enti, privati o pubblici, che conducono le procedure secondo regole loro proprie, accettate preventivamente dalle parti, fornendo assistenza alle parti stesse ed agli arbitri, evitando di intervenire nella procedura arbitrale; "non amministrati", qualora siano gestiti direttamente dalle parti che stabiliscono le modalità di nomina degli arbitri, il numero, le regole organizzative e quelle procedurali.

Quick arbitration (arbitrato rapido). E' una forma di arbitrato caratterizzata dal fatto di essere fornita di una struttura versatile ed informale in cui la fase istruttoria è orale piuttosto che scritta e l'arbitro assume la duplice veste di conciliatore e inquisitore. Solitamente la *quick arbitration* è "amministrata" ed è previsto, prima del suo esperimento, un tentativo di conciliazione affidato allo stesso professionista che è stato già nominato con funzioni di arbitro.

High-Low Arbitration (arbitrato condizionato). In questi casi le parti ricorrono alle procedure arbitrali solo per determinati argomenti o entro determinati limiti di valore minimi o massimi. Questa forma arbitrale, solitamente vincolante, prevede che le parti fissino un *range* di valore in cui sia previsto un minimo ed un massimo, senza che l'arbitro ne conosca l'importo. Qualora il lodo emanato dall'arbitro risulti essere al di fuori dei valori min/max fissati dalle parti, esso dovrà essere ricondotto entro tali valori, mentre i lodi rientranti nei suddetti valori non saranno sottoposti ad alcun aggiustamento.

Baseball-Last-Offer-Arbitration (arbitrato per offerta finale). In questa procedura l'arbitro avrà solo il compito di valutare e scegliere una delle due offerte monetarie finali che le parti hanno formulato nel corso di una negoziazione che le ha viste precedentemente coinvolte e che, purtroppo, non riesce ad uscire da una situazione di stallo.

Rent-a-Judge (noleggio di un giudice). Su richiesta delle parti la decisione della controversia sarà affidata ad un giudice, di solito in pensione e pagato dalle parti, all'uopo "noleggiato" che, dopo aver valutato le prove nonché le argomentazioni di ciascuna parte, deciderà la causa in maniera vincolante.

Private Judging (giudizio privato). Le parti, concordemente, affidano la decisione della loro controversia ad un soggetto privato che le ascolterà e deciderà l'esito della loro controversia.

Small Claims Resolution (risoluzione di piccole rivendicazioni). Questa procedura abbreviata, solitamente gratuita, è usualmente utilizzata da organizzazioni pubbliche per la risoluzione delle controversie aventi un'importanza ridotta, le liti condominiali o gli incidenti stradali di ridotta entità.

Dispute Review Board (collegio consultivo tecnico). Sono dei comitati permanenti che gestiscono tutto ciò che attiene ad un contratto avente ad oggetto progetti complessi, risolvendo in

tempo reale le eventuali controversie insorte nella esecuzione dei suddetti contratti; questo per ovviare agli inconvenienti che potrebbero essere causati da un'interruzione dei lavori per una causa giudiziaria. I pareri del collegio consultivo non hanno natura vincolante.

Early Neutral Evaluation (valutazione preliminare). In questa procedura un terzo neutrale (solitamente un giudice in pensione o un avvocato anziano esperto di A.D.R.) ha il compito di esaminare i fatti oggetto della controversia, ascoltare le parti ed i rispettivi legali, fornendo, infine, una sua previsione su come tendenzialmente sarebbe decisa la disputa qualora questa fosse portata davanti ad un tribunale o un arbitro. In ogni caso, le disposizioni date dal valutatore non avranno mai natura vincolante. Questo tipo di procedura A.D.R. è molto utile alle parti per poter valutare, *ex ante* rispetto ad una causa giudiziale, la forza e la bontà delle rispettive argomentazioni in una fase extragiudiziale in cui le stesse potranno, così, raggiungere un accordo senza dover ricorrere al giudice.

Partnering Dialogue (incontro di partenariato). Solitamente con la procedura in questione si tende alla prevenzione di una disputa relativa alla gestione di un complesso progetto (di *joint-venture*, finanziario, di costruzione, immobiliare ecc.) prima che venga dato inizio ai lavori. In particolare, la procedura - che si sostanzia in alcuni incontri fra tutte le parti coinvolte nel progetto, alla presenza di un terzo neutrale che dovrà moderare le sessioni comuni e quelle private con ciascuna parte - tende alla realizzazione di una serie di obiettivi distinti, sebbene strettamente correlati quali:

- Identificare tutti gli interessati, i loro consulenti e gli eventuali “referenti” che possano influenzare il progetto da realizzare.
- Valutare la sussistenza della disponibilità e della volontà delle parti ad intraprendere, se del caso, un dialogo costruttivo nonché collaborativo, concordando insieme un ordine del giorno con gli argomenti principali da discutere e da negoziare.
- Evidenziare i reali interessi di ciascun soggetto relativamente alla corretta gestione del progetto e al raggiungimento del risultato finale.
- Analizzare possibili ostacoli che potrebbero indurre ad eventuali dispute future.
- Far individuare alle parti quali siano i vantaggi e gli svantaggi di un atteggiamento tendente alla cooperazione piuttosto che di uno tendente allo scontro.
- Stabilire procedimenti efficaci e veloci di risoluzione alternativa delle controversie nel caso in cui una disputa non potesse essere risolta con negoziati diretti, al fine di non interrompere la prosecuzione dei lavori.
- Stipulare e sottoscrivere un *gentleman's agreement* che avrà la funzione di riassumere gli obiettivi e i caratteri essenziali che dovrà avere l'intera attività di gestione del progetto.

Summary Jury Trial (giudizio consultivo). Procedura non vincolante di A.D.R. che si sostanzia in una breve udienza in cui i rappresentanti delle parti espongono i fatti oggetto della lite di fronte ad una giuria (nominata direttamente dal giudice competente a decidere la questione) che emetterà un verdetto non vincolante che sarà la base della successiva negoziazione. In mancanza di accordo sarà attivata una causa vera e propria in tribunale.

Mini-trial (mini-processo). Forma di A.D.R. complessa, formale e valutativa, con caratteristiche procedurali simili a quelle di un processo vero e proprio, sebbene consenta un notevole risparmio di tempo e di costi (basti pensare che la fase della *discovery*, che in un normale processo può durare mesi, è qui limitata nel tempo). Come in un giudizio normale il *Mini-trial* vede la presenza di rappresentanti legali che assistono le parti di fronte ad una giuria composta, solitamente, dai *senior manager* delle due aziende in lite e presieduta da un *neutral*, che è un mediatore. La giuria, dopo aver sentito gli avvocati delle parti, che presenteranno le questioni di fatto e di diritto in difesa dei propri rappresentati, prenderà una decisione che, comunque, non riveste natura vincolante. Si utilizzano i senior manager delle due aziende in lite perchè, essendo degli alti amministratori delle società, generalmente non sono direttamente coinvolti nella questione litigiosa, potendo, quindi, risultare più oculati e imparziali nella scelta di una soluzione vantaggiosa per entrambe le società.