

FORME DI A.D.R.

Indice

1. Introduzione
2. Arbitrato
3. Mediazione civile e commerciale
4. Negoziazione assistita

1. Introduzione

Il provvedimento che introduce in Italia la nuova disciplina delle procedure A.D.R. è il decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130 che ha recepito la direttiva A.D.R. per i consumatori 2013/11/UE e modificato il Codice del Consumo, introducendo il nuovo Titolo II-bis, art. 141bis – 141decies.

Generalmente l'acronimo A.D.R. indica la *"Alternative Dispute Resolution"* (risoluzione alternativa delle controversie) cioè quell'insieme di metodologie che permettono una veloce, efficace, semplice ed extragiudiziale risoluzione delle liti o dei conflitti.

Come detto, il carattere alternativo di queste tecniche le differenzia rispetto a quelle usate normalmente quando si ricorre alla giustizia ordinaria contribuendo, quindi, anche allo snellimento del carico giudiziario che affligge i tribunali evitando, inoltre, che i soggetti interessati, scoraggiati dai costi e dalla durata del procedimento giudiziario, rinuncino alla tutela dei propri diritti.

Il tema è indubbiamente cruciale, quindi, per quei paesi nei quali la durata del processo civile dinanzi al giudice statale ha progressivamente assunto dimensioni patologiche tali da risolversi in un sostanziale diniego di giustizia. E' questo, come noto, il caso dell'Italia, dove la maggior parte delle normative in materia di A.D.R. varate negli ultimi anni si sono affiancate a ripetuti interventi a carattere emergenziale sul processo civile, fino ad assurgere esse stesse al rango di interventi "urgenti"¹.

¹ Si veda, in proposito, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162), recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", che ha introdotto una particolare modalità di trasferimento in arbitrato di cause pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 1), nonché l'inedito (almeno per il sistema italiano) istituto della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati (art. 2 ss.)¹

L'A.D.R. si colloca pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia in quanto può permettere alle parti d'instaurare un dialogo che sarebbe, altrimenti stato impossibile, e di valutare esse stesse l'opportunità di fare ricorso al giudice.

Le tecniche A.D.R. rappresentano una forma di risoluzione delle dispute nella quale le parti in lite si rivolgono a uno o più terzi neutrali affinché le aiutino nella gestione della controversia.

A differenza di quanto accade di fronte ad un giudice però questi soggetti terzi sono privati, come privata e la procedura, e questo definisce anche il grado di flessibilità che la stessa quindi può avere.

I soggetti terzi, privati, appena citati sono gli organismi A.D.R. ai quali è rivolta particolare attenzione.

Essi sono organismi pubblici o privati istituiti su base permanente, che offrono la risoluzione di una controversia attraverso una procedura A.D.R. e sono iscritti in un apposito elenco (previsto dall'articolo 141-decies del Codice del consumo) tenuto dall'autorità di competenza.

Gli organismi ADR costituiscono così il punto centrale del buon funzionamento dello strumento.

Questi organismi devono rispettare determinati obblighi² come ad esempio la tutela della *privacy*, garantire la preparazione dei conciliatori, la loro indipendenza e la loro retribuzione.

Le tecniche A.D.R. possono essere suddivise in due macro categorie:

- 1) Aggiudicative: tipologia nella quale il terzo imparziale fornisce una valutazione vincolante (come nell'arbitrato) o non vincolante;
- 2) Negoziali: tipologia nella quale il terzo imparziale funge da fattore accelerante del confronto e della comunicazione tra le parti (come nella mediazione).

Le procedure ADR devono inoltre rispettare, tra le altre, le seguenti prescrizioni³:

- 1) **consentire alle parti di partecipare senza obbligo di assistenza legale;**
- 2) essere gratuite o avere costi contenuti per i consumatori;
- 3) concludersi entro il termine di 90gg dalla data di presentazione del fascicolo completo della domanda da parte dell'organismo A.D.R., salvo complessità della controversia (ulteriori 90gg).

Le principali tecniche di gestione del conflitto che classicamente si fanno rientrare nel novero delle A.D.R. sono:

- 1) l'arbitrato;
- 2) la mediazione;
- 3) la negoziazione assistita.

² Per l'elenco completo degli obblighi vedi art. 141 *bis*, Codice del consumo.

³ Per l'elenco completo delle prescrizioni vedi art. 141 *quarter*, comma 3, Codice del consumo.

2. Arbitrato

L'Arbitrato riveste un ruolo a sé stante nel sistema dell'*Alternative Disputes Resolution*, trattandosi di uno strumento in cui la soluzione alternativa della controversia è individuata da soggetti estranei alla lite, investiti per mandato delle parti, le quali si impegnano ad accettare come vincolante detta soluzione.⁴

L'arbitrato è una procedura formale, che segue un rito schematicamente predeterminato nel corso del quale un soggetto terzo e imparziale, che riveste il ruolo di "arbitro" o più soggetti terzi, che formano il cosiddetto collegio arbitrale, trovano una soluzione per il conflitto dopo aver valutato le opposte argomentazioni delle parti.

E' simile al procedimento giudiziario (di cui è una possibile alternativa salvo che per alcune materie sottratte alla disponibilità delle parti), se ne differenzia per la flessibilità che lo caratterizza in termini di semplificazione delle procedure, velocità, e possibilità di avvalersi di soggetti giudicanti esperti nella materia oggetto del contendere; da tutto ciò ne discende che i tempi di decisione vengono drasticamente ridotti.

L'arbitrato può essere: rituale o irrituale.

L'arbitrato rituale è da sempre disciplinato dal codice di procedura civile (art. 2 ss. c.p.c. del 1865; artt. 806 ss. c.p.c. vigente), presenta i caratteri propri del giudizio ordinario e si configura come un processo privato, gestito dall'"arbitro", il quale, come il giudice, ha il potere di adottare una decisione vincolante (lodo) suscettibile di acquisire, quindi, la medesima efficacia di una sentenza. Al contrario, l'arbitrato irrituale (o cd. libero) si è sviluppato già dalla fine dell'800 proprio in contrasto con il più formale modello "rituale", vedendosi riconosciuto un apprezzamento normativo solo con l'introduzione dell'art. 808 *ter* c.p.c.⁵

Nel panorama governato dalla presenza di questi due modelli di arbitrato (rituale ed irrituale) si inseriscono poi varie normative relative agli arbitrati di settore, che possono essere comunque ricondotti alle due tipologie precedentemente esplicate a seconda che il legislatore abbia deciso di dotare o meno il lodo della stessa efficacia della decisione giudiziaria.

Vista la flessibilità che questo strumento permette, nel corso del tempo la struttura classica dell'arbitrato ha conosciuto altre varianti come ad esempio:

Secondo diritto: quando gli Arbitri, per giungere alla decisione, devono applicare unicamente le norme di diritto regolatrici della materia.

⁴ La devoluzione della lite in arbitrato comporta una rinuncia alla giurisdizione statale, dal che consegue l'incostituzionalità degli arbitrati obbligatori (tra le tante, Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in Giur. it., 2006, 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in Giur. cost., 1998, 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in Corr. giur., 1998, 204; 27 febbraio 1996, n. 54, in Giur. cost., 1996, 379; 9 maggio 1996, n. 152, ivi, 1996, 1452).

⁵ Disposizione, introdotta con il d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40, che qualifica espressamente come arbitrato irrituale lo strumento attraverso il quale le parti concordemente ottengono che la lite sia definita da arbitri mediante "determinazione contrattuale".

Secondo equità: quando gli Arbitri possono deviare dal rigore stesso della norma di legge e riferirsi a usi o principî più ampi di giustizia in senso lato, avuto riguardo al caso concreto, ai suoi elementi e alle sue circostanze.

Amministrato: quando le parti richiedono l'intervento di un Ente o un'Istituzione preposta alla gestione e al controllo di ogni fase del procedimento secondo regole contenute in regolamenti e tariffari prefissati. È quindi più semplice ricorrere all'arbitrato amministrato, essendo sufficiente indicare nella clausola o nel compromesso arbitrale il riferimento all'Istituzione specializzata che vigilerà su ogni aspetto del procedimento arbitrale.

Ad hoc: quando il procedimento è direttamente disciplinato dalle parti nella loro convenzione arbitrale (clausola compromissoria/compromesso) o in un atto separato, senza il riferimento a una Istituzione arbitrale.

Documentale: quando il procedimento si svolge solo tramite esame di prove documentali. Garantisce decisioni arbitrali in tempi rapidissimi ed è particolarmente indicato in tutte le controversie di valore moderato, in cui le parti rinunciano all'audizione personale, alle prove testimoniali e al dibattimento orale.

3. Mediazione civile e commerciale.

Con il Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" è stato esplicitamente inserito all'interno del nostro ordinamento giuridico l'istituto della mediazione civile e commerciale.

A ben vedere le istituzioni europee avevano da tempo iniziato ad occuparsi della tematica⁶ arrivando infine alla direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 volta a fornire agli Stati membri le linee da seguire per facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e per promuovere la composizione amichevole delle medesime (con particolare riferimento alle controversie transfrontaliere).

Secondo l'esatta definizione per mediazione si intende: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa⁷.

⁶ Al riguardo si ricordano solo a titolo esemplificativo e non esaustivo: l'invito formulato agli Stati membri dal Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999; le conclusioni adottate dal Consiglio nel maggio 2000 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

⁷ Art. 1, lett. a, D.lgs. 28/2010.

Il D.lgs. 28/2010 – così come novellato, in particolare, a seguito del Decreto-Legge 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. “Decreto del fare”) convertito con modifiche in Legge 9 agosto 2013, n. 98 e del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modifiche, nella Legge 10 novembre 2014, n. 162 – prevede quattro ipotesi di mediazione⁸:

- mediazione facoltativa: ipotesi in cui non è previsto alcun obbligo per le parti di svolgere il procedimento di mediazione (possibilità per le parti di qualunque controversia civile o commerciale di accedere al procedimento di mediazione ex art. 2, D.lgs. 28/2010;
- mediazione c.d. obbligatoria (*ex lege*): ipotesi in cui le parti sono obbligate, prima di rivolgersi al giudice, ad esperire (a pena di improcedibilità della domanda) il procedimento di mediazione come disciplinato dalla novella normativa in parola; ciò per le controversie vertenti nelle materie elencate dall’art. 5, comma 1-bis, D.lgs. cit.;
- mediazione delegata (o demandata): ipotesi in cui le parti, nell’ambito di un processo, sono inviate dal giudice a tentare il procedimento di mediazione; anche in questo la mediazione è condizione di procedibilità della domanda (art. 5, comma 2, D.lgs. cit.);
- mediazione concordata (o consensuale): ipotesi in cui un contratto (o uno statuto ovvero un atto costitutivo di un ente) prevede una clausola di mediazione o conciliazione (con cui le parti si impegnano, nel caso dovesse al riguardo sorgere una controversia, ad esperire procedimento di mediazione prima di rivolgersi al giudice o ad un arbitro: art. 5, comma 5, D.lgs. cit.);

A norma dell’art. 2, comma 1, D.lgs. 28/2010, qualunque controversia in materia civile o commerciale potrà essere oggetto del procedimento di mediazione ad eccezione dei diritti indisponibili sia naturalmente che giuridicamente:

- I diritti naturalmente indisponibili sono ad esempio i diritti della personalità (diritto alla vita, all’integrità psicofisica, ex art. 5 c.c. e 32 Cost.), oppure il diritto al nome (ex artt. 6 e 7 c.c. e art. 22 Cost.), etc.; Si segnala che è una categoria in continua evoluzione, giusto il disposto di cui all’art. 2 Cost., non esplicitamente previsti né prevedibili a priori;
- I diritti giuridicamente indisponibili sono ad esempio, i diritti patrimoniali che scaturiscono da rapporti familiari (es: diritto agli alimenti ex art. 433 c.c.) o i diritti riconosciuti dalla

⁸ SPINA, Codice operativo dei nuovi ADR, Pisa, 2016.

Costituzione come il diritto al voto, alla libertà di manifestare il pensiero, alla libertà religiosa, la salute, e altri.

La mediazione, quindi, è un procedimento stragiudiziale compreso negli strumenti di A.D.R.

La mediazione è intesa come un vero e proprio strumento giuridico in quanto dotato di una propria disciplina e di un proprio procedimento regolato dalla legge, e infatti il legislatore ha affidato alla stessa un ruolo centrale nella risoluzione stragiudiziale delle controversie, dando così un impulso nuovo alla valorizzazione dei metodi alternativi di risoluzione delle liti.

Come detto, la mediazione gode di una disciplina normativa che è espressione del confronto tra gli operatori del settore e la crisi che ha colpito, e che colpisce, la nostra giustizia civile, incarnando quindi, possiamo dire, la manifestazione della necessità di un approccio nuovo sia sotto il profilo organizzativo vedi, ad esempio, la necessità di individuare i soggetti abilitati a svolgere detta attività, sia sotto il profilo strettamente operativo.

Sotto il profilo organizzativo, si è scelto di affidare la gestione della mediazione a organismi istituiti presso enti pubblici o privati iscritti in un apposito registro, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia.

Nell'ambito di tali organismi operano i singoli mediatori, la cui professionalità e competenza sono garantite da una formazione mirata di base oggetto di aggiornamento periodico⁹.

Il percorso di mediazione si basa sul lavoro dei mediatori, i quali hanno come obiettivo primario quello di ristabilire la comunicazione ormai persa tra le parti, rimanendo privi della possibilità di esprimere giudizi o decisioni vincolanti, tentano di arrivare ad un accordo conciliativo che consiste nel soddisfacimento di tutte le parti coinvolte attraverso una soluzione adatta al caso specifico.

È di tutta evidenza che a volte il conflitto in essere non scaturisca solo dalle reali pretese che possono essere giuridicamente tutelate, ma spesso emergono aspetti personali che nulla hanno a che vedere con il reale interesse eventualmente leso, ed è per questo che attraverso il ripristino di una forma di comunicazione i mediatori, mediante l'utilizzo delle proprie abilità relazionali, permettono, *in primis*, l'emersione dei reali interessi sottesi alla lite.

In seguito alla definizione dei reali interessi delle parti si avvia un percorso di ascolto e dialogo tra le stesse, sempre con il supporto del mediatore, volgendo quindi lo sguardo ad una possibile soluzione del problema, in questa prospettiva possiamo dire che la mediazione è uno strumento che guarda al futuro e non al passato, conservando i rapporti interpersonali.

⁹ Attualmente, a norma del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, possono operare come mediatori coloro che siano in possesso di laurea almeno triennale, o iscritti ad albo o collegio professionale, i quali abbiano frequentato un corso di formazione teorico-pratica di almeno 50 ore. Una posizione particolare è assicurata agli avvocati, i quali sono mediatori di diritto (art. 16, comma 4-bis, d.lg. 28/2010).

Si delinea quindi un orizzonte dove non vi è un vincitore e uno sconfitto, o una soluzione imposta da un terzo, per quanto imparziale, ma solo l'opportunità di una risoluzione rapida ed efficace della controversia nel rispetto delle esigenze delle parti, con la reale possibilità di addivenire ad un accordo più stabile e duraturo nel tempo.

Il mediatore, quindi, è la parte centrale e essenziale del sistema e le sue abilità durante il procedimento di mediazione sono la chiave per il buon esito dello stesso.

A questo punto, con riferimento al momento finale della procedura di mediazione dobbiamo introdurre un nuovo termine che spesso, a causa del suo significato molto simile a quello della mediazione, viene confuso con la stessa, questo termine è "la conciliazione".

La differenza tra mediazione e conciliazione sta esattamente nella circostanza che vanno ad identificare, infatti la conciliazione si identifica e concretizza nel risultato ottenuto dalle parti.

La conciliazione, quindi, può essere identificata nel momento finale dell'iter di mediazione, individuata nell'accordo raggiunto in maniera condivisa dai soggetti in conflitto.

La conciliazione può avere diversa natura, può infatti essere definita:

- 1) Giudiziale: quando il tentativo di conciliazione si svolge all'interno di un procedimento giudiziale, appunto, ed è effettuato dal giudice stesso (es. il presidente del tribunale all'udienza di comparizione dei coniugi nel giudizio di separazione);
- 2) Stragiudiziale: quando il tentativo di conciliazione avviene al termine di una mediazione, quindi di un procedimento non giudiziario.

Volendo quindi brevemente riassumere i vari aspetti della mediazione possiamo evidenziare sicuramente un elemento fondamentale che è la non coercitività, infatti l'adesione alla mediazione è del tutto libera e volontaria e grazie alla sua struttura e alla sua impostazione basata essenzialmente sul confronto e sul dialogo si presta ottimamente alla gestione dei conflitti più delicati, che possono spaziare dal campo sociale a quello del diritto penale, fino al diritto di famiglia.

La mediazione, secondo gli ambiti di applicazione, assume diverse denominazioni: familiare, civile, commerciale, penale, ecc.

Si segnala, infine, che la classificazione non è solo formale, poiché ogni tipo di mediazione risponde alle esigenze specifiche dei vari contesti.

4. Negoziazione assistita

Il panorama italiano degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie si è ulteriormente arricchito a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 12 settembre 2014 n. 132 convertito in L. 10 novembre 2014 n. 162, che ha introdotto la procedura della negoziazione assistita.

Questo tipo di strumento prende le mosse dall'esperienza francese della *procédure participative*¹⁰, che a sua volta trae ispirazione dalle esperienze nordamericane di diritto collaborativo.

Con questa procedura viene attribuita grande importanza al ruolo degli avvocati, i quali vengono investiti del ruolo di "facilitatori" al fine di addivenire ad un accordo tra le parti in lite, infatti, a differenza della mediazione nella quale pure si cerca una soluzione condivisa ma attraverso soggetti terzi ed imparziali (seppure coadiuvati dai legali delle parti), nella negoziazione assistita si tenta di raggiungere la medesima finalità solo attraverso l'ausilio degli avvocati.

Si tratta, infatti, di una procedura con la quale le parti, assistite da uno o più avvocati, convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole una controversia.

Il legale di colui che intende agire in giudizio invia, prima di iniziare il giudizio, una comunicazione alla controparte con la quale si invita la stessa a partecipare alla procedura di negoziazione assistita al fine di raggiungere un accordo ed evitare la causa.

Con tale comunicazione, inoltre, si invita a sottoscrivere una sorta di "contratto" chiamato convenzione di negoziazione con il quale, tra le altre cose, si stabiliscono le modalità da seguire (tempi, procedura, oggetto della controversia, ecc.).

Se entro 30 giorni non si riceve risposta o la risposta è negativa, allora la parte è libera di avviare l'azione giudiziale, diversamente, si proseguirà nel cammino definito dagli avvocati e rivolto alla firma dell'accordo.

Aspetto importante è quello riguardante i risvolti relativi alla mancata risposta, o alla risposta negativa, alla comunicazione di invito alla negoziazione, infatti nel caso in cui successivamente venisse avviata una procedura giudiziale, la mancata adesione o il rifiuto esplicito di aderire può poi essere valutato dal giudice nel successivo giudizio al fine di decidere:

- 1) sulle spese di giustizia (disponendo eventualmente la condanna alle spese);
- 2) sull'applicazione della responsabilità aggravata per lite temeraria;
- 3) sulla concessione della provvisoria esecutorietà.

Diversamente, nel caso in cui la parte invitata decida di aderire alla negoziazione da quel momento in poi si procederà secondo quanto stabilito e sottoscritto nella convenzione di negoziazione.

¹⁰ In Francia la *procédure participative* è disciplinata dagli artt. 2062 ss. *code civil*, nonché dagli artt. 1542 ss. *code procédure civil*.

Accettata quindi la convenzione di negoziazione, si passa poi alla vera e propria negoziazione nella quale, come già affermato, le parti devono comportarsi e cooperare secondo criteri di lealtà e buona fede.

Il procedimento ha evidentemente, la possibilità di concludersi con diversi esiti, esso può terminare infatti con il raggiungimento di un accordo integrale, con un accordo parziale o senza un accordo.

Come considerazione generale sull'andamento di questo strumento si ritiene di dover dare conto di quanto lo stesso non sempre venga ritenuto (quindi utilizzato) un valido strumento deflattivo del contenzioso relativamente alle materie ad esso affidato, probabilmente anche per via della scarsa propensione alla negoziazione e alla cooperazione degli avvocati.

Invero i risultati più incoraggianti si riscontrano nell'utilizzo della negoziazione con riferimento alla materia matrimoniale¹¹, nell'ambito della quale lo strumento può essere facoltativamente utilizzato per il raggiungimento di accordi di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, anche da coppie con figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti¹².

¹¹ I dati più recenti sono relativi all'anno 2017, rilevati nell'anno 2018, e sono stati diffusi dal Consiglio Nazionale Forense all'indirizzo: (<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/431673/Monitoraggio+negoiazione+assititita+2017.pdf/d486fa06-c595-4a05-a19d-fa1873d01cc0>) al quale spetta il compito di effettuare il monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita e di trasmettere i relativi dati al Ministero della Giustizia.

¹² Alla disciplina della negoziazione assistita in materia matrimoniale è dedicata una specifica disposizione (si tratta dell'art. 6) della l. 162/2014, la quale prevede, tra l'altro, che l'eventuale accordo raggiunto in questa sede sia trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, al fine di un controllo di portata meramente formale o sostanziale a seconda dei casi. Per i coniugi senza figli minori, incapaci, affetti da handicap grave o maggiorenni non economicamente autosufficienti vi è inoltre la possibilità (prevista dall'art 12) di pervenire ad un accordo dinanzi all'ufficiale di stato civile, anche senza l'assistenza degli avvocati.