

LA SOLUZIONE ARBITRALE DELLE CONTROVERSIE E LA MEDIAZIONE (SINTESI)

Prof. Avv. Marco PROSPERETTI

Di fronte ad avvocati di un'area a vocazione industriale e perciò con contenziosi particolari sia quanto alle esigenze di soluzione sollecite delle liti che alle norme applicabili non si può sottovalutare l'importanza dei rimedi alternativi a quelle giurisdizionali.

Comincerò con l'osservare che il ricorso all'arbitrato è sempre conveniente quando si vogliono evitare le lungaggini del processo civile, quando possono sorgere problemi di diritto internazionale e quando la specificità della controversia richieda un giudice tecnicamente qualificato.

La parte creditrice più che la debitrice tende a privilegiare forme sollecite di risoluzione della lite e questo si riflette sulla opportunità dell'inserimento nei contratti della clausola compromissoria che, come noto, può prevedere che la scelta dell'arbitro (unico o terzo arbitro) sia fatta dalle parti oppure da organizzazioni di gestione degli arbitrati. Questa ultima soluzione è particolarmente utile nel caso si voglia evitare la nomina da parte del Presidente del Tribunale in caso di insuccesso sulla individuazione della persona dell'arbitro oppure – e qui torna rilevante la vocazione industriale del territorio – quando la lite insorge nei confronti di un soggetto straniero.

Il ricorso all'arbitrato ed in particolare ad un arbitrato amministrato consente di usufruire della esperienza dell'organismo di gestione e soprattutto superare i problemi del diritto applicabile all'arbitrato, i problemi sulle regole applicabili al procedimento ed infine il problema del compenso agli arbitri che non viene da essi stessi determinato ma secondo il regolamento dell'organismo di gestione del quale si adottano le regole.

Quanto osservato presenta delle complicazioni a livello applicativo perché occorre prima di inserire una clausola arbitrale, valutare attentamente le esigenze della parte ed i problemi procedurali che la specifica controversia presenta.

Non posso dilungarmi sulle ipotesi di soluzione di controversie avente oggetto specifico come possono essere quelle in materia di navigazione marittima ma in generale sulle controversie commerciali la scelta della clausola compromissoria più opportuna (un solo arbitro, un collegio di tre arbitri oppure l'uno e l'altro in relazione al valore della domanda) richiedono una competenza specifica oltre che dell'arbitro anche da parte dell'avvocato per evitare la utilizzazione di un procedimento che potrebbe risultare sovradimensionato rispetto alle esigenze effettive.

La utilizzazione di una organizzazione arbitrale attenua questo problema posto che le regole e le tariffe sono modulate anche in funzione di arbitrati di valore contenuto ed inoltre i regolamenti non escludono la possibilità che siano le stesse parti ad individuare la persona dei giudicanti limitandosi il loro intervento al solo caso del disaccordo.

Nel nostro paese, Camere Arbitrali sono state costituite presso la maggior parte delle Camere di Commercio ma esistono organizzazioni autonome che gestiscono sia gli arbitrati nazionali e cioè tra parti di nazionalità italiana sia quelli internazionali (anche ad esempio l'A.I.A.).

Ovviamente esistono anche a livello internazionale organizzazioni di gestione degli arbitrati, alcune di grande prestigio, il cui intervento è di regola previsto con riferimento a contratti internazionali che hanno acquisito una larga popolarità.

Insomma i soggetti diversi dal giudice la cui attività è ormai consolidata da lungo tempo sono più di uno e svolgono egregiamente la loro attività.

Certamente quando si fa ricorso all'arbitrato si fa ricorso ad un procedimento molto simile a quello del giudice anche se semplificato dalla scarsità delle norme che lo disciplinano perché la gestione del procedimento è affidata oltre che alle regole eventualmente determinate dalle parti, alla direzione che gli stessi arbitri imprimono ad un procedimento che fundamentalmente risponde al solo principio del contraddittorio.

Questo però non significa che le parti siano meno garantite che in un processo ordinario perché il rispetto del principio del contraddittorio, anche per mia personale esperienza, esclude che una delle parti possa trovarsi sul piano processuale svantaggiata rispetto ad un'altra.

Nel clima supergarantistico nel quale viviamo l'arbitrato nazionale come quello internazionale viene talvolta criticato per la scarsità dei motivi di impugnazione del lodo previsti in genere da tutti gli ordinamenti giuridici.

Questo è vero ma risponderò all'obiezione come rispondono gli avvocati inglesi e cioè che se le parti si sono scelte un giudice devono essere disposte ad accettarne la decisione.

Proprio la circostanza che il procedimento è retto da poche regole e presenta quindi un elevato grado di elasticità è un ulteriore elemento di garanzia della correttezza del giudizio che pertanto giustifica la scarsità dei mezzi di impugnazione posto che le parti hanno sostanzialmente il potere di "accompagnare" il procedimento e attraverso gli arbitri da esse nominati nel caso di collegio arbitrale ed in sostanza con questo verificare fino in ultimo la qualità della decisione.

Un giudice insomma, quello arbitrale, vicino alle parti le quali non sono soggette a preclusioni e decadenze anche perché la chiusura dell'istruttoria sostanzialmente avviene in relazione alle richieste ed ai comportamenti delle parti e non in conseguenza dell'applicazione di un principio astratto.

Ovviamente come già dicevo, l'arbitro impone attraverso il lodo una soluzione della controversia di fonte eteronoma e vincolata dall'oggetto del giudizio senza possibilità che il lodo inserisca nel procedimento che lo ha portato alla decisione elementi estranei a quelli acquisiti secondo le regole del procedimento che, anche se elastiche, tuttavia esistono.

Questo tipo di considerazione, in tempi recenti (perché parliamo di pochi anni) ha determinato una spinta a rivalutare procedimenti che non siano basati su una soluzione imposta da soggetti terzi ancorché controllati nel loro procedimento decisorio e cioè a rivalutare i procedimenti di conciliazione che in realtà sono stati sempre presenti sia nel nostro ordinamento processuale formale sia come astratta possibilità anche in campo internazionale.

Tali procedimenti, che si sono articolati secondo meccanismi differenziati (decisivo è il ruolo del conciliatore che può essere limitato ad una semplice attività di ausilio alla ricerca di una soluzione conciliativa oppure esteso alla proponibilità da parte del

conciliatore di una soluzione conciliativa) costituiscono essi anche oggetto di disciplina da parte degli organismi di gestione delle controversie nazionali ed internazionali ed affiancano come ADR i regolamenti arbitrali.

Per fare un esempio completo citerò i regolamenti della Camera di Commercio di Parigi, una istituzione che gode di grande prestigio internazionale che hanno ad oggetto sia l'ipotesi arbitrale in senso proprio sia appunto le ADR.

I primi fondamentalmente sono espressione delle regole che sopra ricordavo ed i secondi invece definiscono un procedimento molto diverso nel quale il ruolo del conciliatore ha la funzione di indurre le parti ad una soluzione da esse condivisa e che proprio per questo ha natura contrattuale.

Con questa osservazione includo anche la possibilità che la soluzione della controversia non sia legata quanto all'oggetto a quello della controversia medesima ma sia basata anche su elementi estranei a quelli oggetto della controversia come spesso accade proprio in materia commerciale.

In proposito desidero ricordare che talvolta in materia commerciale la lite si innesta su ritorni economici ritenuti insufficienti e che mentre il giudizio arbitrale necessariamente utilizza ed applica gli istituti che sovrintendono a tale problematica (ad esempio la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; la revisione del prezzo in caso di appalto e quant'altro) che lasciano scoperte vaste aree delle quali l'ADR può consentire la valutazione.

Intendo dire che potrebbero non esservi per il giudice arbitro i presupposti per risolvere un contratto o per non concedere la revisione del prezzo ma fra le parti potrebbe essere possibile una integrazione economica ad esempio migliorando il corrispettivo di un differente contratto.

Tutto ciò perché il giudice anche se "privato" non può sovrapporsi all'autonomia delle parti ma queste ovviamente possono disporre dei propri interessi anche esterni a quelli oggetto di controversia.

Quindi proprio a livello internazionale la mediazione ha trovato un campo di applicazione importante ed il mancato raggiungimento del risultato non impedisce il ricorso a soluzioni tradizionali come appunto il ricorso al giudice dello Stato competente od all'arbitro.

A livello nazionale il problema si presenta fondamentalmente negli stessi termini anche se nel nostro caso la recente normativa sulla mediazione obbligatoria delinea un quadro che presenta alcune importanti peculiarità.

Mi riferisco evidentemente ai casi in cui è previsto obbligatoriamente la conclusione di un percorso conciliativo, pena la improcedibilità della domanda giudiziale.

E questo problema si potrebbe riflettere anche sulla procedibilità dell'arbitrato rituale (ricordo che per opinione comune l'arbitrato amministrativo avrebbe natura rituale) se questo viene ritenuto un'alternativa in senso proprio al giudizio dinanzi ai tribunali statali.

Non è la mia opinione ma la riporto per sottolineare che, nonostante le critiche spesso motivate in modo poco convincente, la esigenza di praticare una soluzione conciliativa viene ravvisata in ogni caso di lite, quale antecedente necessario il deferimento ad un giudice dello Stato o ad un giudice scelto dalle parti direttamente o

dalle organizzazioni arbitrali che operano nello svolgere questo compito come un mandatario (complessivamente l'organismo arbitrale rende un servizio).

Ovviamente non è facile gestire i modi alternativi di soluzione delle controversie al deferimento di esse alla cognizione del giudice statale.

Occorre un avvocato esperto e, riecheggiando le disposizioni della CCI che nominavo, un conciliatore che possa dedicare alla controversia tutto il tempo necessario, con la massima disponibilità anche psicologica.

Lo stesso vale per l'arbitro, controllato continuamente dalle parti che, però, in campo internazionale spesso ha la fortuna di dover operare con co-arbitri ed avvocati corretti e collaborativi.

Non dimentichiamo che gli arbitri sono degli avvocati ai quali viene richiesta un'empatia con le parti ed il caso controverso che gli altri non possono avere perché l'arbitro prima di essere un arbitro è un avvocato e conosce perciò quali nel caso concreto possono essere le aspettative ed i timori della parte.

Se parliamo di mediazione, un requisito ulteriore è necessario e cioè la capacità di far capire la convenienza della soluzione conciliativa per entrambe le parti e, dunque, anche capacità di intuizione e psicologiche non comuni.

Come si dice, il mondo cambia ed anche la gestione e soluzione delle liti ha trovato nuove strade, ben diversa a quelle d'impostazione ottocentesca a noi tutti ben note.