

## I sistemi *A.D.R.* nell'ottica del legislatore comunitario

### 1. – *Introduzione*

La conclamata attenzione della Comunità Europea verso le metodologie alternative di risoluzione delle controversie (meglio note come *A.D.R.*, *Alternative Dispute Resolution*) ebbe solennemente inizio per effetto delle indicazioni date dal Consiglio Europeo in occasione della riunione del 15 e 16 ottobre 1999 a Tampere (1).

Nel maggio dell'anno successivo fece seguito l'adozione di apposite conformi conclusioni da parte del Consiglio dell'Unione (2), secondo il quale era necessario che quest'ultima si attivasse per favorire l'individuazione di principi fondamentali in detta materia, onde favorire l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in campo civile e commerciale.

Tuttavia, già da prima la Commissione si era attivata, sfruttando le proprie competenze esistenti nell'ambito della politica comunitaria sulla protezione dei consumatori. Circostanza che necessariamente condusse la Commissione a concentrarsi inizialmente nel promuovere il ricorso alle metodologie *A.D.R.* per dirimere le controversie in materia di consumo, facendo forza sull'argomento che – sul piano economico – ciò poteva forse rappresentare l'unico modo per dirimere simili liti, dove il costo del contenzioso giudiziario è solitamente maggiore o comunque non proporzionale rispetto al valore della controversia stessa (3), quando quest'ultima vede contrapposto un professionista o un'impresa ad un singolo consumatore.

Da un canto, siffatta azione della Commissione sfociò nella raccomandazione del 30 marzo 1998, *sui principi applicabili agli organismi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione delle controversie in materia di consumo*, in cui viene proposta oppure imposta una soluzione alle parti (4).

Dall'altro, però, la citata argomentazione, portata a suffragio di tale azione della Commissione, involontariamente contribuì forse ad alimentare un primo grave equivoco ai danni delle metodologie *A.D.R.* Enfatizzan-

---

(1) Consigli Europei di: Vienna, dicembre 1998; Tampere, ottobre 1999; Lisbona, marzo 2000; Santa Maria de Feira, giugno 2000; Bruxelles-Laeken, dicembre 2001.

(2) Conclusioni adottate dal Consiglio il 29 maggio 2000, SI(2000) 519.

(3) Tale situazione è anche riflessa dall'antico brocardo « *de minimis non curat curia* ».

(4) Raccomandazione 98/257/CE della Commissione Europea del 30 marzo 1998 sui *principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, in G.U.C.E., L115, 17 aprile 1998, p. 31.

dole come unico strumento di fatto possibile per dirimere i conflitti consumeristici aventi modico valore, si addivenne talora a fraintendere il senso della loro «alternatività»: anziché considerare le metodologie *A.D.R.* quali sistemi sì concorrenziali ma affatto non preclusivi né limitativi alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria, erroneamente spesso esse vennero invece percepite come strumenti funzionalmente volti a sottrarre competenza ai giudici ordinari.

Ad ogni modo, l'opera della Commissione aprì la strada alle altre istituzioni comunitarie, come già detto, che abbandonarono l'approccio settoriale <sup>(5)</sup> per affrontare il tema con una visione globale, concependo le metodologie *A.D.R.* anche quale strumento per «*semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia*».

Se ciò rappresentò sicuramente un forte quanto positivo elemento di impulso alla loro divulgazione ed introduzione nell'Europa continentale, l'intendere i meccanismi *A.D.R.* quale mezzo di «*accesso alla giustizia*» contribuì innanzitutto ad avvalorare detta errata idea che essi rappresentassero una forma di «giustizia alternativa» e, dunque, fossero un qualcosa di succedaneo a quanto amministrato dall'autorità giudiziaria, cui è istituzionalmente demandato il compito di rendere giustizia. Per contro, quest'ultimo non è affatto l'obiettivo delle metodologie *A.D.R.*, volte a portare – senza però cagionare pregiudizio di sorta al diritto alla tutela giurisdizionale – le parti a comporre autonomamente la loro controversia tramite un accordo contrattuale.

Concepire i meccanismi di *A.D.R.* quale mezzo di «*accesso alla giustizia*» condusse anche ad un secondo equivoco, coltivato principalmente al livello dei legislatori nazionali: pensando di utilizzare tali metodologie principalmente in funzione deflativa del carico giudiziario, si ritenne opportuno costringere i privati a farvi ricorso, sanzionandone l'omissione talora con l'impossibilità di sottoporre il conflitto alla cognizione dell'autorità giudiziaria (e cioè introducendo condizioni di improcedibilità), talora con la previsione di apposite penalizzazioni concernenti la ripartizione della spese di causa. In altri termini, i meccanismi *A.D.R.* venivano snaturati, trasformandoli nella chiave per accedere senza penalizzazioni alla tutela giurisdizionale e dimenticando che loro funzione è invece rispondere essenzialmente alle specifiche necessità delle parti in conflitto e, dunque, soddisfare esigenze di natura squisitamente privata. Ciò nonostante, è innegabile che un ricorso generalizzato a tali strumenti condurrebbe ad una verosimile di-

---

<sup>(5)</sup> La direttiva 98/10/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 1998 (in G.U.C.E., L 101, 1° aprile 1998, p. 24) prevedeva all'art. 26 l'istituzione di procedure di conciliazione e di soluzione delle controversie nazionali insorte in materia di telecomunicazioni.

minuzione del contenzioso, esplicando così effetti di deflazione processuale. Tuttavia, si tratterebbe di una mera auspicabile conseguenza di fatto, che non autorizza a ribaltare i termini della questione: ciò non tanto per il desiderio di far prevalere l'interesse privato su quello pubblico, quanto per la circostanza che stravolgere la situazione porterebbe inevitabilmente sul piano operativo al fallimento o alla disaffezione verso tali strumenti.

Su mandato del citato Consiglio, la Commissione procedette poi ad elaborare un *libro verde sui metodi alternativi di soluzione delle controversie in ogni settore del diritto civile e commerciale* <sup>(6)</sup>, i cui studi preparatori <sup>(7)</sup> vennero presentati e discussi nel corso di un convegno tenutosi a Parigi nella primavera del 2001. L'elaborato finale fu pubblicato nell'aprile 2002 <sup>(8)</sup>.

Nel frattempo, sempre con l'intento di agevolare il ricorso ai sistemi *A.D.R.* come mezzo di composizione delle liti transnazionali in cui sono coinvolti i consumatori, la Commissione promosse la creazione di due reti extragiudiziali europee (EEJ-Net e FIN-Net) nonché una nuova raccomandazione <sup>(9)</sup>, emessa nel 2001, questa volta avente per oggetto le procedure extragiudiziarie ove un terzo neutrale presta il proprio servizio per fare incontrare le parti e convincerle a trovare una soluzione alla lite basata sul consenso.

In materia di commercio elettronico, invece, Parlamento e Consiglio emanarono una direttiva con cui impegnavano gli Stati a non ostacolare in tale ambito l'uso – anche per via elettronica – degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie <sup>(10)</sup>. Il *favor* verso i meccanismi *A.D.R.* si manifestò anche nella direttiva che istituiva un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica <sup>(11)</sup> nonché nel

---

<sup>(6)</sup> Conclusioni adottate dal Consiglio il 29 maggio 2000, SI (2000) 519.

<sup>(7)</sup> Gli studi preparatori al citato libro verde della Commissione sono stati pubblicati su questa rivista, 2001, p. 983, preceduti da una mia presentazione dal titolo: «*Ricerca ricognitiva su sistemi e professionalità per la soluzione negoziale delle controversie in Europa*».

<sup>(8)</sup> Comm. CE, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione della controversie in materia civile e commerciale*, presentato il 19 aprile 2002: COM (2002) 196 def.

<sup>(9)</sup> Raccomandazione 2001/310/CE della Commissione Europea del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, in G.U.C.E., L109, del 19 aprile 2001, p. 56. Obiettivo di detta raccomandazione è suggerire agli Stati l'adozione di misure volte sia a garantire l'imparzialità e l'indipendenza degli organismi extragiudiziali che intervengono nelle operazioni per la risoluzione consensuale delle controversie, sia a promuovere la preparazione professionale e l'osservanza di un codice deontologico in capo a chi esercita simile attività.

<sup>(10)</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, considerando nn. 51 e 52 nonché art. 17, in G.U.C.E., L 178, 17 luglio 2000, p. 1.

<sup>(11)</sup> Direttiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 (G.U.C.E., L 108, 24 aprile 2002, p. 33), considerando nn. 32 e 33 nonché artt. 20 e 21.

sostenere il progetto ECODIR (*Electronic Consumer Dispute Resolution*), pensato per fornire un servizio gratuito per la risoluzione on-line dei conflitti tra imprese e consumatori. Si giunse così nel 2004 alla proposta <sup>(12)</sup> di una direttiva sulla «*mediazione*» in materia civile e commerciale. L'iter legislativo, caratterizzato soprattutto dall'introduzione di emendamenti volti a limitarne l'ambito di applicazione alle sole controversie aventi carattere transnazionale, sfociò dopo quattro anni nell'adozione del provvedimento <sup>(13)</sup>, durante il periodo di presidenza slovena dell'Unione.

Tale Direttiva andrà attuata entro il 21 maggio 2011 <sup>(14)</sup>.

Prima di passare al suo esame, è tuttavia bene spendere ancora qualche parola per illustrare sinteticamente quali sono i più noti meccanismi *A.D.R.*, anche al fine di chiarire che essi non si esauriscono nella sola metodologia di «*mediation*», da cui etimologicamente deriva il termine «*mediazione*» usato nella Direttiva. Peraltro, come si spiegherà, in quest'ultima il legislatore intende detto termine in un'accezione più ampia, comprendente cioè anche alcuni altri sistemi *A.D.R.* oltre a quello predetto.

Per contro, sino ad oggi in Italia il legislatore ricorre al termine «*conciliazione*» <sup>(15)</sup> per definire l'attività finalizzata a promuovere la composizione amichevole di una controversia, non solo a prescindere dal soggetto che la svolge (e cioè se si tratta del magistrato o l'arbitro, incaricato a dirimere il caso, ovvero di un soggetto estraneo all'ordinamento giudiziario e privo di poteri decisorii), ma anche a prescindere dalla metodologia concretamente utilizzata per adempiere a tale compito. Ciò nonostante, negli ultimi anni si è generato un altro equivoco nel nostro paese, secondo cui la «*conciliazione*» coinciderebbe ormai con la *mediation*, quando avviene in sede extragiudiziaria con riferimento a controversie di natura non consumeristica. Tenteremo allora di dimostrare l'esistenza e la portata di detto equivoco con specifico riferimento alla vigente disciplina per la conciliazione delle controversie in materia societaria <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> COM(2004) 718 def.

<sup>(13)</sup> Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, *relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* (G.U.C.E., L 136, 24 maggio 2008, p. 3): da ora semplicemente la «Direttiva».

<sup>(14)</sup> Art. 12 della Direttiva, che tuttavia introduce un'eccezione per l'attuazione del suo art. 10, anticipata al 21 novembre 2010. L'Italia si appresta ad attuare le Direttive mediante la legge comunitaria 2008 (disegno di legge S-1078 già approvato dal Senato ora all'esame della Camera dei Deputati con il n. C-2320). Per un'analisi dettagliata si rinvia a PENNAZIO, *La legge comunitaria 2008, in questo numero della rivista*, p. 531.

<sup>(15)</sup> In Italia, si è fatto uso del termine «*conciliazione*» anche onde evitare di creare confusione con l'istituto civilistico della mediazione, di cui agli artt. 1754 ss. c.c.

<sup>(16)</sup> D. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, articoli da 34 a 40. In attuazione, è poi stato emanato il de-

Siccome la citata normativa italiana sulla conciliazione <sup>(17)</sup> delle controversie societarie venne alla luce in epoca antecedente e, dunque, in modo del tutto autonomo rispetto alla Direttiva, sarebbe però penalizzante limitare la comparazione delle due discipline al solo fine di illustrare il denunciato equivoco: cercheremo allora di confrontarle più diffusamente <sup>(18)</sup>.

## 2. – *Panoramica sui principali sistemi di A.D.R.*

Caratteristica comune alle seguenti metodologie *A.D.R.* <sup>(19)</sup> è innanzitutto quella di non imporre in alcun modo alle parti la soluzione per la loro lite.

La *mediation* si basa sulla negoziazione della lite con l'assistenza di un terzo neutrale, che favorisce l'efficacia della discussione <sup>(20)</sup>. Quest'ultima

---

creto del Ministero della giustizia 23 luglio 2004, n. 222, nonché il decreto dirigenziale del medesimo ministero in data 24 luglio 2006.

<sup>(17)</sup> Onde cercare di fare chiarezza, in questo lavoro si utilizzerà il termine anglosassone *mediation* per indicare la corrispondente metodologia *A.D.R.*, mentre si scriverà *mediazione* quando si vorrà far riferimento alla relativa nozione portata dalla Direttiva in esame. Invece, illustrando la situazione italiana, si ricorrerà al vocabolo «conciliazione».

<sup>(18)</sup> Per la comparazione con la disciplina portata dal *Modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali* (ma applicabile anche a quelle interne), elaborato dalla Commissione UNCITRAL ed approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (risoluzione A/RES/57/18, adottata il 19 novembre 2002), mi permetto di rinviare al mio commento su *questa rivista*, 2003, p. 1341.

<sup>(19)</sup> Per un approfondimento: AA.Vv., *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici, Guida alla Conciliazione ed al Mini-trial*, a cura di D. Comba, Milano, 2005; DE PALO, D'URSO E GOLAN, *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004. Tra i «pionieri» italiani meritano menzione BUZZI e PINNA, *Esperienze pratiche per mediare i conflitti*, Cagliari, 1999, che testimoniano una loro lunga esperienza precedente. Le due autrici sono ispirate dagli insegnamenti di J.M. Haynes, le cui opere (pubblicate nell'arco di trent'anni a partire dalla seconda metà degli anni '60) possono considerarsi una pietra miliare nell'elaborazione di una teoria scientifica sui processi di mediazione. La sua bibliografia è posta in appendice al libro di J.M. e L. HAYENS e FONG, *La mediazione – Strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, 2003. Tra la ben nutrita dottrina straniera, va poi segnalato il recente lavoro di ALEXANDER, *Global trends in mediation*, 2006, quello di KERNTKE, *Mediation als organisationsentwicklung*, 2004, nonché il più datato ma particolare libro di MCCONNEL, *Mindful mediation – A handbook for Buddhist peacemakers*, Thailand, 1995.

<sup>(20)</sup> Il ricorso alla *mediation* trova anche spazio in sede penale, dove si fa riferimento al concetto di «giustizia riparatoria» (o «riparativa») anziché a quello di «giustizia alternativa», quest'ultimo malamente in voga (come già spiegato nel testo) nell'ambito delle controversie di natura civile e commerciale. Per quanto concerne l'Unione Europea, a definire l'idea di «giustizia riparatoria» in ambito penale soccorre soprattutto la decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio del 15 marzo 2001 relativa alla *posizione della vittima nel procedimento penale* (GUCE, L 82, del 22 marzo 2001, p. 1). Secondo il suo art. 10, gli Stati membri

viene condotta in modo da evitare di incentrare il discorso sullo stabilire che cosa sia vero o falso e su che cosa sia giusto o ingiusto, siccome ciò condurrebbe a ridurre ogni soluzione negoziale ad un mero compromesso,

---

devono cercare di promuovere la mediazione nei procedimenti penali, per i reati ai quali essi ritengono applicabile questo genere di misure, e conseguentemente garantire che in tali circostanze siano presi adeguatamente in considerazione eventuali accordi, raggiunti in sede di mediazione tra la vittima e l'autore del reato. Detta decisione trova le sue origini nella risoluzione del Parlamento Europeo del 15 giugno 2000, concernente la comunicazione della Commissione sulle vittime di reati nell'Unione europea (*ibidem* C 67 del 1° marzo 2001, p. 304), ove si afferma l'importanza di promuovere i diritti delle vittime di reati. Sulla base di detta decisione, la Commissione ha successivamente elaborato una propria comunicazione – COM(2004)54 def. – concernente la posizione della vittima nel procedimento penale. Su iniziativa di Francia e Svezia è poi stata istituita una rete europea di prevenzione della criminalità (decisione 2001/427/GAI, *ibidem* L 153 dell'8 giugno 2001, p. 1), il cui primo programma di lavoro include la mediazione con i giovani e la mediazione sociale, viste anche quali modi alternativi di esercizio del diritto penale. In proposito, il Belgio ha osservato che «*l'eventuale capacità di prevenzione della mediazione in particolare e della giustizia riparatoria in generale è soltanto uno degli aspetti del più ampio approccio della giustizia riparatoria, che si applica alla criminalità, alla giustizia penale e al procedimento penale nel suo insieme. La giustizia riparatoria si basa su un approccio ampio in cui la riparazione materiale e immateriale dei rapporti disturbati tra la vittima, la collettività e l'autore del reato costituisce il principio guida generale del procedimento penale. Benché finora la giustizia riparatoria abbia trovato espressione principalmente in varie forme di mediazione tra vittime e autori dei reati (mediazione vittima – autore del reato), sempre più spesso si applicano altri metodi, come ad esempio la consultazione familiare di gruppo. Governi, forze di polizia, autorità giudiziarie competenti in materia penale, autorità specializzate, servizi di assistenza e sostegno alle vittime, servizi di assistenza agli autori di reati, ricercatori e cittadini, tutti sono implicati in questo processo*» (*ibidem* C 242 dell'8 ottobre 2002, p. 20, punti da 14 a 16). Nell'ambito delle Nazioni Unite, rileva invece la risoluzione 2000/14 del 27 luglio 2000 del Consiglio Economico e Sociale sui principi di base circa l'uso dei programmi della giustizia riparatoria nelle questioni penali, ove gli Stati venivano invitati a condividere le rispettive esperienze sulla mediazione e la giustizia riparatoria. Infine, a livello del Consiglio d'Europa, va citata la raccomandazione R(99)19 del Comitato dei Ministri relativa alla mediazione in materia penale, la quale stabilisce i principi di cui gli Stati membri dovrebbero tener conto nello sviluppare la mediazione in tale contesto. Per quanto concerne l'esperienza italiana, va menzionato che presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria sussiste un'apposita commissione di studio «*Mediazione penale e giustizia riparativa*», composta da personale dell'amministrazione penitenziaria ed esperti esterni: suo scopo è definire le linee guida che assicurino, nell'ambito dell'esecuzione penale di soggetti adulti, l'adozione di modelli uniformi di giustizia riparativa, che tuttavia non si identificano automaticamente con il ricorso alla *mediation*. In tale ambito è stata elaborato nel marzo 2005 il documento «*Giustizia riparativa e mediazione penale. Linee di indirizzo sull'applicazione nell'ambito dell'esecuzione penale di condannati adulti*», le cui indicazioni sono state rese cogenti nella circolare del Vice Capo del Dipartimento n. 3601/6051 del 14 giugno 2005. In materia di giustizia riparativa, sono attualmente all'esame del Senato i seguenti disegni di legge: S-77 e S-1043.

frutto di trattative condotte sui confini di quelle che le parti reputano le « vere » questioni. L'obiettivo è invece l'ampliamento della comunicazione tra le parti del conflitto, attraverso lo scambio di nuove informazioni e il coinvolgimento di nuovi soggetti (almeno il terzo neutrale), in modo da far emergere le reali ragioni del conflitto. Così procedendo, le parti vengono liberate dagli schemi mentali utilizzati sino a quel momento nel conflitto, giacché il terzo indirizza i litiganti ad individuare quali sono i loro concreti interessi in gioco e quali i punti in comune al riguardo. Conseguentemente, concentrando l'attenzione sull'interesse delle parti, il terzo favorisce l'emergere di prospettive in grado di generare soluzioni prima non immaginate. L'idea è uscire dal conflitto mediante soluzioni il più possibile elastiche, capaci di ridurre al minimo gli effetti dannosi della lite (sia economici che relazionali) per ciascuna delle parti, se non addirittura di generare un plusvalore: cosa ben lontana dalla tradizionale concezione di transazione in perdita, ove ognuna delle parti rinuncia a qualche pretesa pur di appianare la lite. In altre parole: per la *mediation*, l'uscita dal conflitto è spesso conseguibile non solo riducendo il danno, ma valorizzando tutti gli interessi delle parti coinvolte, in modo da creare tra loro nuove situazioni o relazioni economiche, cui sarebbe assolutamente impossibile pervenire per effetto di una decisione in sede contenziosa <sup>(21)</sup>.

Piuttosto dibattuti sono i limiti entro cui il terzo neutrale deve contenere la propria attività rispetto al contenuto dell'eventuale accordo. Si discute, infatti, se a lui spetta effettuare solo un intervento di carattere « maieutico » sulle parti, evitando accuratamente qualsiasi interferenza sulle loro valutazioni in merito al possibile oggetto dell'accordo (*facilitative mediation*) <sup>(22)</sup> ovvero se al terzo sia anche dato assumere un atteggiamento propositivo – ma mai invasivo o impositivo – sui termini stessi della transazione (*evaluative mediation*). Ciò in definitiva conduce a individuare due diverse forme di *mediation*: l'importante comunque è che le parti conoscano in anticipo esattamente a quale meccanismo si sottopongono.

Nel *mini-trial* si chiede invece ad un terzo neutrale di assistere alla sintetica presentazione delle argomentazioni di ciascuna parte circa il fondamento della propria posizione e, soprattutto, delle relative prove, come se i litiganti si trovassero dinanzi ad un giudice. Sulla base di quanto così emerso, il terzo

---

<sup>(21)</sup> COSÌ e FODDAI, *Lo spazio della mediazione – Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003.

<sup>(22)</sup> M. e L. HAYENS e FONG, *op. cit.*, pp. 123 e 135, evidenziano come « l'efficacia del mediatore è legata al non-giudizio. Egli può naturalmente avere delle opinioni, ma non può esprimerle all'interno del processo ».

neutrale – sempre in un contesto assolutamente riservato – esprimerà una valutazione sulle posizioni assunte da ciascuna parte. Queste ultime saranno così libere di aderirvi o meno. Una variante prevede che il terzo tenti anche di comporre la controversia mediante un'ipotesi di risoluzione accettabile per tutte le parti, utilizzando magari all'uopo le tecniche di *mediation*.

Spesso, per rafforzare l'efficacia del *mini-trial* quando la lite coinvolge società con struttura organizzativa interna complessa, si chiama ad assistere all'esposizione un collegio formato da un terzo neutrale nonché da un *manager* di ciascuna parte, che non abbia partecipato ai fatti oggetto della controversia e sia dotato del potere di vincolare la propria società mediante un accordo negoziale. In tali circostanze, i *managers* così coinvolti avranno la possibilità di formarsi un'opinione autonoma sul caso, potendone ottenere una visione complessiva e non condizionata da presentazioni parziali o volutamente omissive, come verosimilmente accadrebbe invece se essi venissero informati sulla lite solo da fonti interne alla loro rispettiva azienda. In presenza di un simile collegio, però, l'eventuale azione di *mediation* resta affidata unicamente al terzo neutrale ed avrà come destinatari i predetti *managers*.

Altre varianti sono il *summary jury trial*, ove la discussione è svolta dinanzi ad una giuria, tutta composta da soggetti terzi, ed il *moderated settlement conference*, in cui i difensori delle parti presentano le loro argomentazioni ad un collegio di giuristi.

Diversa è la *neutral evaluation* (valutazione neutrale) dove le parti chiedono semplicemente ad un terzo di esprimere un'opinione – riservata e non vincolante – su un determinato fatto ovvero un problema di natura tecnica ovvero una questione giuridica. Da non confondersi con l'*expertise*, dove invece il terzo neutrale non solo assiste le parti che si trovano a confrontarsi su una questione meramente tecnica, da cui può scaturire una controversia, ma – se richiesto – decide anche la questione sottopostagli, cosa quest'ultima che può anche avvenire nell'ambito di un procedimento arbitrale, e cioè quando la lite è già insorta nonché sfociata in un contenzioso.

Nelle due metodologie in ultimo citate (*mini-trial* e *neutral evaluation*), dunque, il terzo neutrale è chiamato ad esprimere la propria opinione circa la questione che gli è sottoposta dalle parti, dichiarando infine quale può essere la soluzione corretta sul piano tecnico o giuridico, a seconda della natura del quesito sottopostogli. Dunque, si tratta di un giudizio (seppure non vincolante ed espresso in via riservata, fatta eccezione per l'*expertise*) che conduce ad individuare la soluzione vera o giusta, anticipando così l'esito della valutazione cui si potrebbe pervenire in sede contenziosa.

Per contro, nella *evaluative mediation* al terzo neutrale è sì consentito pronunciare una propria valutazione circa la soluzione della controversia,

ma su presupposti completamente diversi: solo qualora la negoziazione tra le parti si trovi in fase di grave stallo, il mediatore è chiamato ad esprimere una propria valutazione su come risolvere la controversia, calibrata tuttavia in base a quello che – durante le discussioni da lui condotte – è emerso essere il reale interesse comune ai litiganti. Focalizzando allora l'attenzione esclusivamente su quest'ultimo, il mediatore potrebbe anche proporre un'ipotesi di accordo che trascende addirittura dalla materia oggetto del contendere: in altre parole, se volessimo equiparare la lite ad una malattia, egli tende a proporre una soluzione che ne cura la causa e non il sintomo. Ciò spesso conduce il mediatore ad elaborare una proposta di soluzione che ben può allontanarsi da quello che sarebbe l'esito di un giudizio dove, anziché guardare all'interesse delle parti, necessariamente si decide il caso controverso secondo diritto, nei limiti della domanda giudiziale e sulla base di quanto accertato essere la realtà processuale durante la fase istruttoria. In tal modo, sovente il giudice cura invece solo il sintomo della malattia.

Giova ancora sottolineare che nella *facilitative mediation*, invece, al mediatore è precluso proporre alle parti un qualunque tipo di soluzione che sia frutto di una sua elaborazione personale. Una volta fatto emergere che cosa è di comune interesse alle parti, egli deve limitarsi a condurre la discussione formulando ipotesi di ragionamento quanto mai aperte, in modo tale che siano gli stessi contendenti ad individuare come risolvere le cause del loro conflitto.

Riprendendo la disamina panoramica interrotta dal precedente confronto, va evidenziato che le parti possono anche decidere di esperire una procedura *A.D.R.* dove sono combinati, nel modo che esse ritengono più opportuno, le diverse metodologie appena accennate. Un esempio al riguardo è già stato esposto, illustrando come il *mini-trial* è intrecciabile con la *mediation*. Dal suo canto, la *neutral evaluation* può sfociare in una *evaluative mediation*, purché le parti consapevolmente lo richiedano: in tale ipotesi, il terzo neutrale modificherà i parametri su cui deve fondare la propria valutazione, proponendo così una soluzione non più basata sulla necessità di stabilire che cosa sia corretto secondo le regole tecniche o giuridiche applicabili, ma costruita in base a quanto risulta realmente corrispondente all'interesse delle parti in lite.

Da quanto sopra, emergono allora altri elementi comuni ai meccanismi *A.D.R.* appena menzionati (escluso ovviamente l'*expertise*): la riservatezza; la totale neutralità rispetto all'eventuale successivo giudizio in sede contenziosa, siccome il partecipare ad una sessione di *A.D.R.* non comporta alcun pregiudizio di sorta alla futura posizione dei litiganti dinanzi a chi eventualmente li giudicherà; la loro libertà nel decidere come strutturare e discipli-

nare detti meccanismi, cui fa da contro-peso la necessità che esse conoscano esattamente a cosa si sottopongono e che il terzo neutrale abbia adeguata professionalità, in modo da adempiere coerentemente al proprio ruolo. In effetti, per le parti in lite sarebbe decisamente fuorviante ed ingiusto, se non addirittura ingannevole, partecipare ad una procedura che, mentre viene loro dichiarata essere di *facilitative mediation*, risulta poi condotta da un terzo che invece opera con la mentalità dell'esperto e dunque, senza nemmeno approfondire troppo l'indagine circa i reali interessi dei litiganti, si spinge a proporre subito loro qual è a suo parere la corretta soluzione per il caso, da lui individuata in base alla proprie cognizioni tecniche in materia.

Ben altra natura e caratteristiche hanno invece quei meccanismi pensati per risolvere i conflitti che insorgono durante la fase esecutiva dei contratti di lunga durata <sup>(23)</sup>, com'è ad esempio per quelli di appalto aventi per oggetto la realizzazione di grandi opere. In tali circostanze, infatti, l'esigenza primaria è disporre di uno strumento duttile e veloce con cui affrontare il contenzioso, cercando di evitare che lo scoppio di una lite in sede giudiziaria o arbitrale blocchi o ritardi l'esecuzione dei lavori, sì da scongiurare gli ingenti conseguenti danni, spesso non recuperabili.

Tipico strumento è il *Dispute Board*, di cui esistono tre differenti varianti.

La prima è il *Dispute Review Board*, in cui un collegio formato da soggetti neutrali emette una propria raccomandazione in merito alla materia oggetto del contendere. Se nessuna delle parti la contesta entro un lasso di tempo prestabilito, il contenuto della raccomandazione diviene vincolante per le parti. Invece, se una di esse esprime per tempo il proprio dissenso, la raccomandazione non acquista alcun valore vincolante e la materia del contendere va sottoposta all'autorità giudiziaria competente ovvero ad arbitrato.

La seconda è il *Dispute Adjudication Board*, ove il collegio neutrale pronuncia una decisione. Le parti sono immediatamente tenute a rispettarla, non appena ne ricevono comunicazione. Tuttavia, se una di esse dissente, è tenuta a sottoporre la controversia all'autorità giudiziaria ovvero a dare av-

---

<sup>(23)</sup> Si veda ad esempio il complesso sistema elaborato dal CEDR, *Center for Effective Dispute Resolution*, descritto nelle regole concernenti la *Dispute resolution procedure for PFI and long-term contracts*, ove per la risoluzione di tali controversie è pensato un servizio strutturato sulla successione di vari stadi, ben demarcati e tra loro nettamente distinti, così combinando in diverso modo le seguenti metodologie *A.D.R.*, a seconda delle necessità specifiche del caso e della volontà espressa dalle parti: *Negotiation* (e cioè la trattativa condotta unicamente dalle parti secondo un rigoroso calendario per i lavori, ma senza l'intervento di un terzo neutrale), *Mediation*, *Adjudication*, *Expert determination*. Per un approfondimento sulle tecniche di *negotiation*: MNOOKIN, *Beyond winning*, 2000.

vio all'arbitrato, quest'ultimo se previsto da apposita clausola compromissoria. I magistrati o gli arbitri così aditi avranno anche il potere di decidere se sospendere l'efficacia della decisione emessa dal collegio. Per contro, se nessuna delle parti la contesta nel termine stabilito, la decisione diviene definitiva.

La terza variante, detta *Combined Dispute Board*, costituisce un assemblaggio delle due precedenti. Infatti, il collegio tende ad emettere una raccomandazione ma, se le parti concordano, pronuncia una decisione. Qualora invece queste ultime siano di parere discordante su che cosa debba pronunciare il collegio, quest'ultimo è dotato di una certa discrezionalità (che può essere però imbrigliata dalle regole procedurali dell'organismo che offre tale servizio) nello scegliere come pronunciarsi. Qualora venga emessa una raccomandazione, per quanto concerne la sua efficacia ed il relativo comportamento cui sono tenute le parti, vale poi il meccanismo descritto per il *Dispute Review Board*, mentre se si tratta di una decisione si applica quello per il *Dispute Adjudication Board*.

Per i conflitti individuali in materia di consumo, invece, specie negli Stati Uniti si sono elaborati meccanismi che cercano di rispondere alle seguenti esigenze: da un canto, definire le vertenze in tempi brevi, per contenere i costi della procedura (cosa che induce ad evitare la *mediation*); dall'altro, offrire al consumatore una sistema che non solo non lo pregiudica, ma addirittura rappresenta una garanzia di serietà del professionista con cui entra a contatto. Di conseguenza, il compito di dirimere la lite viene affidato ad un terzo neutrale, il quale propone una soluzione, cui è vincolato il solo professionista. Per contro, al consumatore è dato scegliere tra l'accettare tale ipotesi ovvero rigettarla ed instaurare conseguentemente il contenzioso giudiziario.

Per esaurire la presente – non esaustiva – panoramica, è bene illustrare un particolare meccanismo ibrido, il *Med-Arb (Mediation-Arbitration)*, a cavallo cioè tra i sistemi veri e propri di *A.D.R.* (dove in definitiva il terzo non impone mai una decisione che non sia voluta dalle parti) e l'arbitrato (dove la lite è risolta mediante un lodo vincolante per i litiganti, che si sono limitati ad accettare la competenza giurisdizionale del soggetto cui è demandata la decisione, da assumere nel contesto di un procedimento – solitamente costoso – ove sia adeguatamente garantito il diritto alla difesa). In realtà, è proprio la scarsissima applicazione pratica del *Med-Arb* che spinge a illustrarlo, perché appariranno palesi le analogie con il tentativo di conciliazione svolto in udienza dal magistrato incaricato di decidere la lite con sentenza.

Nel *Med-Arb*, infatti, il terzo neutrale inizia una *mediation* e, qualora le parti non si accordino, egli stesso – cambiato immediatamente ruolo – deci-

de infine la lite mediante un lodo arbitrale. La disaffezione verso questo meccanismo discende dalla circostanza che le parti non si trovano infatti in condizione di parlare liberamente dinanzi al terzo che momentaneamente agisce quale mediatore poiché, in caso d'insuccesso di questa prima fase della procedura, quest'ultimo passerà a giudicarle, previa la formale istruzione del caso. Sebbene non vengano verbalizzate, è impensabile pensare che le dichiarazioni rese durante la fase conciliativa non lascino alcun « segno », quanto meno a livello psicologico, nel terzo neutrale. Temendo allora che esse concorrano in qualche modo a formare il convincimento del terzo, una volta che egli abbia assunto il ruolo di arbitro, i litiganti sono spinti a non comunicare liberamente, ma a condurre una sorta di sottile « recita »: mostrare sì una disponibilità – tutta formale – ad addivenire ad un accordo, senza però mai ammettere nulla a proprio discapito e concentrando ogni sforzo nello sterile esercizio di evidenziare le responsabilità della controparte, in modo da imputarle anche il fallimento delle trattative. Condotta che è l'esatta antitesi di quella necessaria durante una vera *mediation*, ove tutto si basa invece sull'aperta comunicazione.

Non pare azzardato sostenere che quanto sopra si riscontra anche nel tentativo di conciliazione svolto in udienza dal medesimo giudice competente a decidere la lite.

Per ovviare a tali inconvenienti, è stata allora elaborata una variante, detta « *Arb-Med* »: esso inizia innanzitutto come arbitrato, con la fase istruttoria, al cui termine si innesta – secondo due diverse varianti – quella di *mediation*, sempre condotta dal medesimo soggetto. O il terzo sospende semplicemente il procedimento arbitrale ed opera subito come mediatore: egli procederà a redigere e depositare il lodo, solo se le parti non si accordano amichevolmente. Oppure il terzo stende subito il lodo, ma lo mantiene momentaneamente segreto e procede quindi a mediare la lite: se fallirà quest'ultima attività, avverrà allora il deposito del lodo. Tuttavia, entrambe le varianti prestano il fianco a critiche. Nella prima, infatti, si ripropongono sostanzialmente le medesime perplessità già illustrate per il meccanismo di *Med-Arb*. Nella seconda, invece, quando agisce come mediatore, il terzo neutrale sarà tendenzialmente condizionato da quanto egli ha in precedenza già deciso nel lodo ancora segreto alle parti.

Ad ogni modo, ci si trova dinnanzi ad un meccanismo vivo solo nella teoria siccome, oltre alle predette controindicazioni, esso comporta costi rilevanti e tempi lunghi, aggiungendosi inevitabilmente a quelli per la *mediation* quelli per l'arbitrato. Così vanificandosi una delle finalità dei meccanismi *A.D.R.*: risolvere un conflitto in tempi brevi a spese ridotte.

In considerazione di quanto appena illustrato, se si guarda alle nostre

disposizioni ministeriali concernenti l'attuazione della conciliazione per le liti societarie, si direbbe che la metodologia prescelta è proprio la *mediation*, propendendo però per quella di tipo *evaluative* <sup>(24)</sup>: «*il compito del conciliatore è pertanto, principalmente, quello di orientare le parti nella ricerca di un accordo che si riveli soddisfacente per gli interessi di entrambe. Il conciliatore, quindi, è prima di tutto un mediatore, che guida le parti nella negoziazione promovendo e favorendo il raggiungimento dell'accordo. Egli, inoltre, oltre a ricevere le eventuali proposte conciliative delle parti, può anche procedere a formulare una propria, che possa poi essere tratta a base contenutistica del definitivo atto transattivo della lite*». Ciò tuttavia non dovrebbe impedire al conciliatore di seguire la tecnica della *facilitative mediation* ovvero alle parti di richiederglielo.

Per avere però un quadro completo della situazione, bisogna coordinare le disposizioni ministeriali con la sovrastante intricata disciplina di legge <sup>(25)</sup>.

Quest'ultima sancisce infatti che – se tutte le parti lo vogliono – qualora il tentativo di conciliazione non riesca, il terzo neutrale deve formulare per iscritto una proposta circa il modo per risolvere il conflitto e le parti poi devono prendere posizione al riguardo. Il documento così formato è destinato ad essere prodotto nel conseguente giudizio in sede contenziosa, con l'obbligo per il giudice di tenerne conto all'atto di ripartire le spese processuali, una volta deciso il caso <sup>(26)</sup>.

Ciò dà il destro a due critiche.

Vi è innanzitutto una contraddizione di fondo. Quando suggerisce una soluzione, l'*evaluative mediator* formula infatti un'ipotesi di accordo in base a quanto è emerso essere l'interesse dei litiganti, definito sulla base dei loro rapporti complessivi. Una proposta di accordo così elaborata, strutturata cioè in base al mero parametro dell'interesse, non è – già solo concettualmente – traslabile in sede processuale, ove il criterio di giudizio impiegato è ancorato a parametri completamente diversi, e cioè la ricerca di quale è sul piano tecnico-giuridico la soluzione corretta all'oggetto del contendere, definito quest'ultimo entro i limiti della domanda giudiziale. Conseguentemente, è logicamente errato pensare di comparare l'esito della sentenza, resa dai giudici, con il contenuto della proposta di soluzione amichevole, elaborata in sede di *mediation*, siccome il confronto avviene comparando elementi assolutamente disomogenei ed antitetici. Per contro, detto raffronto

---

<sup>(24)</sup> Punto II del decreto dirigenziale 24 luglio 2006, cit.

<sup>(25)</sup> Art. 40, comma 2, del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, cit.

<sup>(26)</sup> Art. 40, comma 5, del d. lgs. 17 gennaio 2004, n. 5, cit.

è astrattamente effettuabile, se il conciliatore presta il ben diverso servizio di *neutral evaluation*.

Se ciò è vero, bisogna allora concludere che la conciliazione italiana delle liti in materia societaria sembra seguire un duplice binario. È *mediation*, quando al conciliatore le parti non richiedono di formulare alcuna ipotesi transattiva. Potrebbe forse consistere in una *neutral evaluation* nel caso opposto, se non fosse per la critica immediatamente successiva.

In effetti, detta passerella tra la fase conciliativa e quella giudiziaria pregiudica irrimediabilmente la riservatezza<sup>(27)</sup> della prima, legandola indissolubilmente alla seconda. Pertanto, in tali condizioni, la conciliazione non potrà di fatto mai svolgersi con le caratteristiche proprie né della *mediation* né della *neutral evaluation*: in buona sostanza, si ripropongono così i vizi che hanno stroncato sul nascere il citato meccanismo del *Med-Arb*. Rammentiamo infatti che anche la *neutral evaluation* presuppone la massima riservatezza, la quale consente alle parti di esporre – sinteticamente e senza formalità – le rispettive posizioni sul piano fattuale e giuridico, onde ottenere il parere dell'esperto. Restando sempre segreta e non vincolante, tale opinione non cagiona comunque pregiudizio alcuno alle parti: ciò consente loro di non preoccuparsi di vedere tutelato il diritto alla difesa durante la procedura in questione, né di effettuare opera di persuasione sul terzo neutrale, desiderando piuttosto ottenere una risposta oggettiva.

---

(27) In passato, il legislatore italiano ha dato dimostrazione di avere compreso che, quando violano la riservatezza della mediazione, i meccanismi – pensati per sanzionare le parti riottose a comporre amichevolmente la lite e finalizzati solo a deflazionare il carico giudiziario – vanificano l'efficacia stessa della mediazione. Di tale consapevolezza, ne è testimonianza l'art. 4 del d. lgs. 4 febbraio 2004, n. 37, che ha modificato il secondo comma dell'art. 40 del d. lgs. 5/2003, cit., introducendo al suo inizio la frase «*se entrambe le parti lo richiedono*». Così facendo, si è evitato che nell'ambito delle liti in materia societaria il conciliatore sia sempre costretto – com'era in base all'originario tenore di detta norma – a formulare una proposta scritta di transazione nel verbale del processo, su cui ciascuna delle parti deve poi prendere posizione. Tale documento è infatti destinato ad essere poi prodotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente a conoscere il merito della lite, cui spetta il compito di sanzionare adeguatamente le parti sul piano della ripartizione delle spese processuali, valutando comparativamente le posizioni da loro assunte in sede di conciliazione, da un canto, e l'esito della sentenza che definisce la lite, dall'altro (art. 40, comma 5, del d. lgs. 5/2003, cit.). Grazie alla citata novella legislativa, vale ora la regola inversa: il conciliatore non deve mai formulare alcuna proposta avente siffatte pericolose finalità, a meno che tutte le parti coinvolte glielo richiedano espressamente.

### 3. – *Ambito di applicazione della Direttiva*

#### 3.1. – *Tipologia di procedure A.D.R.*

Scopo dichiarato della Direttiva è «*facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario*»<sup>(28)</sup>.

Considerato quanto esposto nei paragrafi precedenti, l'obiettivo così enunciato dal legislatore comunitario porta subito a chiedersi cosa effettivamente la Direttiva disciplina. Ci si domanda cioè se essa concerne tutti i sistemi *A.D.R.* ovvero solo alcuni di essi ovvero unicamente la *mediation*, e dunque quel meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie avente le peculiarità già descritte.

In altre parole, a prima vista il dubbio è che il legislatore abbia confuso l'insieme con uno dei suoi componenti, visto peraltro che la denominazione stessa della Direttiva cita solo il termine «*mediazione*».

A chiarire la situazione soccorre – solo apparentemente – la definizione di «*mediazione*» contenuta nella Direttiva<sup>(29)</sup>, secondo cui si intende con tale parola «*un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore*», e cioè un terzo neutrale, cui è richiesto di agire in modo efficace, imparziale e competente<sup>(30)</sup>.

Siccome nulla è detto per descrivere come sia strutturato il «*procedimento*» in questione, ciò rappresenterebbe forse un primo indizio nel senso che la Direttiva concerne anche altri meccanismi *A.D.R.*

A rafforzare tale idea concorrerebbero poi – sempre apparentemente – ulteriori due elementi, tratti dai «*considerando*» iniziali alla Direttiva, che hanno pacificamente un valore ermeneutico.

In primo luogo, il legislatore dichiara che «*la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale ... attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti*»<sup>(31)</sup>: a prescindere dall'uso del plurale, che condurrebbe a pensarle come più di una, la natura di tali procedure viene ricondotta all'essere strumenti esclusivamente pensati per rispondere alla specifica necessità dei litiganti, i quali – conoscendo i propri peculiari bisogni – de-

---

<sup>(28)</sup> Art. 1, comma 1, della Direttiva.

<sup>(29)</sup> Art. 3, comma 1, lett. *a*), nonché *considerando* n. 10 della Direttiva.

<sup>(30)</sup> Art. 3, comma 1, lett. *b*), della Direttiva.

<sup>(31)</sup> *Considerando* n. 6 alla Direttiva.

vono dunque avere facoltà di strutturarli nel modo per loro più congeniale.

In secondo luogo, sempre il legislatore evidenzia che «*la mediazione . . . dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione, nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano*»<sup>(32)</sup>. Nuovamente spicca la totale signoria delle parti nell'individuare le caratteristiche del sistema cui si sottopongono per tentare di risolvere la lite. Con l'avvertenza di non essere tratti in inganno dall'espressione «*volontaria giurisdizione*», perché è il risultato di una traduzione non felice<sup>(33)</sup>.

Tuttavia, se di primo acchito le precedenti osservazioni servono forse a far dubitare che la Direttiva si applica solo alla *mediation* (descritta nella panoramica di cui al punto precedente), ciò non vale affatto ad affermare che tutti i meccanismi *A.D.R.* ricadono indiscriminatamente nell'ambito di applicazione della Direttiva stessa.

In effetti, per discernere quali sono le metodologie *A.D.R.* disciplinate dalla Direttiva, perché compresi nella citata definizione di «*mediazione*», bisogna andare per esclusione, guardando cioè a che cosa fuoriesce dall'ambito di applicazione del provvedimento.

Esula infatti da quest'ultimo, in primo luogo, la negoziazione assistita svolta in sede di trattative precontrattuali<sup>(34)</sup>, e cioè quando il terzo neutrale interviene per aiutare le parti a definire i termini di un contratto che esse desiderano concludere in assenza di qualsiasi controversia.

In secondo luogo, i procedimenti gestiti da persone od organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa legalmente vincolante o meno, per la risoluzione della controversia<sup>(35)</sup>. Ciò già induce ad escludere i sistemi di *Dispute Board*, in precedenza illustrati. Lo stesso vale per i mec-

---

<sup>(32)</sup> Considerando n. 13 alla Direttiva.

<sup>(33)</sup> In effetti, il termine «*volontaria giurisdizione*», di cui al *considerando* n. 13 della Direttiva, è reso come: «*processus volontaire*» nella versione francese; «*voluntary process*» in quella inglese; «*procedimiento voluntario*» in quella spagnola.

<sup>(34)</sup> Considerando n. 11 alla Direttiva.

<sup>(35)</sup> Considerando n. 11 alla Direttiva. Per tentare di capire cosa la Direttiva intende per «*procedimenti gestiti da persone o organismi che emettono una raccomandazione formale, sia essa vincolante o meno, per la risoluzione delle controversie*», è forse utile richiamare la raccomandazione 98/257/CE, cit., in materia di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, ove al *considerando* n. 9 individua il proprio ambito di applicazione, riferendosi alle «*procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l'intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione*» ed escludendo quelle che «*di conseguenza, non sono comprese le procedure che si limitano a un semplice tentativo di riavvicinare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo*».

canismi di composizione delle liti affidati ad uno *ombudsman*,<sup>(36)</sup> e cioè ad una sorta di difensore d'ufficio – strutturato all'interno dell'organizzazione di una pubblica amministrazione ovvero di un'impresa – cui la parte più debole può rivolgersi. In forza della sua appartenenza, l'*ombudsman* può richiedere informazioni sul caso agli uffici coinvolti della sua organizzazione, se non addirittura accedere direttamente ai relativi fascicoli, in modo da valutare le ragioni del conflitto nonché come esso è stato in precedenza gestito. Se ravvisa un fondamento nelle doglianze di chi ha invocato il suo intervento, l'*ombudsman* può giungere a pronunciare una raccomandazione formale su come risolvere il contenzioso.

Analoghe conclusioni si addicono anche per la procedura italiana di conciliazione per le liti in materia societaria, ma solo per i casi in cui essa termina con la formulazione di una formale proposta, elaborata dal conciliatore su concorde richiesta delle parti, nella consapevolezza che ciò potrà poi finire sul tavolo del giudice competente a decidere la lite. Queste sono anche le caratteristiche del nostro asfittico tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi alle commissioni istituite presso gli Uffici Provinciali per il Lavoro<sup>(37)</sup>, parimenti escluso dall'ambito di applicazione della Direttiva.

In terzo luogo, la valutazione di periti<sup>(38)</sup>, definita «*décisions d'expert*» nella versione francese<sup>(39)</sup>, calando così l'accento sul compito decisionale affidato agli esperti chiamati a dirimere la controversia. Di conseguenza, la Direttiva non concerne l'*expertise*, che appare alquanto vicino alla cosiddetta perizia contrattuale. Per la nostra Cassazione, si ha quest'ultima quando le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la sola formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva<sup>(40)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> *Considerando* n. 7 alla raccomandazione 98/257/CE, cit.

<sup>(37)</sup> Artt. 410 e 412 c.p.c. nonché artt. 64 e 65 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>(38)</sup> *Considerando* n. 11 alla Direttiva.

<sup>(39)</sup> La versione inglese usa invece l'espressione «*expert determination*».

<sup>(40)</sup> Cass., 10 maggio 2007, n. 10705. Individuati i caratteri propri della perizia contrattuale, come riportati nel testo, la Suprema Corte ne ha evidenziato la differenza rispetto all'arbitrato irrituale, ove le parti conferiscono invece al terzo neutrale il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra loro, in ordine a determinati rapporti giuridici, mediante una composizione amichevole riconducibile alla loro volontà. Così pure nella precedente sentenza del 22 giugno 2005, n. 13436, ove si è evidenziato che il definire siffatto tipo di contestazioni può richiedere anche (ma non solo) l'accertamento di circostanze di natura tecnica, fermo restando che la decisione infine raggiunta dagli arbitri deve valere come un contratto concluso dalle parti stesse. Nella sentenza del 30 giugno 2005,

Esula pure, guardando all'ordinamento processuale italiano, l'istituto della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 bis c.p.c.: oltre a giudicare il caso sul piano tecnico, qualora le parti non si conciliano sulla base delle valutazioni da lui fornite, il tecnico deve trasfondere queste ultime in una relazione acquisibile nel successivo giudizio dinanzi la magistratura, cosa però letale per la riservatezza della procedura. In realtà, a prescindere dalla sua seducente ma fuorviante denominazione, siffatto istituto non è che un vero e proprio accertamento tecnico preventivo.

Viste le ultime due categorie di esclusione citate, è allora dubbia la sorte riservata al *mini-trial* ed alla *neutral evaluation*. In effetti, tali metodologie *A.D.R.* comportano un giudizio di natura tecnico-giuridica e terminano con una valutazione. Verosimilmente, a seconda della forma assunta da quest'ultima, dipende la risposta al nostro interrogativo, dovendosi forse escludere l'applicabilità della Direttiva solo quando la valutazione non venga espressa con modalità prettamente informali, come invece accade sempre nell'ambito della *evaluative mediation*.

In quarto luogo, i «*reclami dei consumatori*»<sup>(41)</sup>. Onde esulano innanzitutto quelli rivolti ad uno *ombudsman*<sup>(42)</sup>, che (come già spiegato) seguono tale sorte anche per altra ragione, poiché si concludono mediante l'adozione di una raccomandazione formale. Pure escluse sono le procedure conci-

---

n.13954, la Cassazione ha invece rimarcato le differenze tra perizia contrattuale ed arbitraggio, evidenziando che – sebbene entrambe siano da considerare fonti integrative del contratto – nella prima l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, come invece richiesto a chi opera in sede di arbitraggio, ma deve attenersi a norme tecniche, ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere. In forza di tali principi, è stata poi resa la sentenza 22 maggio 2007, n.11876, con riferimento alla clausola contenuta in un contratto di assicurazione contro gli infortuni, che preveda una perizia contrattuale (con il deferimento ad un collegio di esperti degli accertamenti da espletare in base a regole tecniche e con l'impegno di accettarne le conclusioni come diretta espressione della volontà dei contraenti). In proposito, la Cassazione ha stabilito che ciò comporta la temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale. Detta rinuncia va però intesa nel senso che – prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista – le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti dal suddetto rapporto. Tale clausola non ha, peraltro, carattere compromissorio o, comunque, derogativo della competenza del giudice ordinario, e non rientra, pertanto, fra quelle da approvarsi specificamente per iscritto a norma degli art. 1341 e 1342 c.c.

<sup>(41)</sup> Considerando n. 11 alla Direttiva, che nella versione inglese sono detti «*consumer complaint schemes*».

<sup>(42)</sup> Considerando n. 7 alla raccomandazione 98/257/CE, cit.

liative, esistenti in Europa, in qualche modo analoghe a quelle americane illustrate al paragrafo precedente. Ciò dovrebbe valere inoltre per i sistemi, attualmente esistenti in Italia, predisposti da alcune compagnie telefoniche per la composizione delle controversie individuali con i consumatori: per gestire i reclami di questi ultimi, si fanno intervenire apposite commissioni miste (anziché un terzo neutrale), ove siedono rappresentanti dei consumatori e delle imprese interessate, il cui lavoro parimenti termina con la formalizzazione di una soluzione.

È tuttavia ragionevole supporre che il legislatore non abbia inteso sottrarre completamente i consumatori alla disciplina della Direttiva. In effetti, l'espressione «*reclami*» pare piuttosto riconducibile a quei sistemi che, per tentare di dare soddisfazione alle doglianze di detti soggetti, prevedono il ricorso a meccanismi o metodologie diverse da quelle pacificamente rientranti nell'ambito di applicazione della Direttiva, quali la *mediation*, la *neutral evaluation* ovvero il *mini-trial* (queste ultime, però, alle condizioni sopra indicate). In tale prospettiva, allora, vanno valutate le procedure di conciliazione previste in Italia per le *class actions*, per le quali sono state individuate due ipotesi alternative<sup>(43)</sup>. La particolarità è che entrambe scattano solo una volta accertata in giudizio la responsabilità dell'impresa convenuta, avendo siffatte procedure quale unica finalità il determinare la somma da corrispondere o restituire ai consumatori vittoriosi<sup>(44)</sup>.

La prima è rappresentata da una camera di conciliazione, composta da tre avvocati secondo un meccanismo tipico per la formazione dei collegi arbitrali: uno indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva, un altro designato dall'impresa convenuta ed un terzo – con funzioni di presidente – nominato da quello del tribunale competente a conoscere la lite. Al termine dei propri lavori, detta camera quantifica i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Ciò viene incorporato nel verbale sottoscritto dal presidente della camera stessa, che ha valore di titolo esecutivo. A discapito del suggestivo nome attribuitole, siffatta camera svolge una vera e propria funzione decisoria, onde tale procedura esula dalla Direttiva.

La seconda ipotesi è che, su concorde istanza delle parti, detto compito venga delegato dal presidente del tribunale ad uno degli organismi di conciliazione competenti per le liti in materia societaria, che dovrebbe curare la «*composizione non contenziosa*» del dissidio in merito alla quantificazione

---

<sup>(43)</sup> Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (*finanziaria per l'anno 2008*), art. 2, commi 445 ss., che hanno aggiunto l'art. 140 *bis* al *Codice del consumo*, di cui al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

<sup>(44)</sup> Art. 140 *bis*, comma 6, c. cons.

della somma da corrispondere ai consumatori. Ciò sembrerebbe escludere che l'organismo designato abbia potere decisorio. L'applicabilità della Direttiva dipende allora dalla circostanza se al termine della procedura venga o meno suggerita una soluzione transattiva.

Analoghe considerazioni valgono per il tentativo facoltativo di conciliazione inerente alle azioni inibitorie promosse dalle associazioni dei consumatori <sup>(45)</sup>, che - a differenza di quanto avviene per le *class actions* - può configurarsi in un momento antecedente all'instaurazione del contenzioso in sede giudiziaria.

In quinto luogo, l'arbitrato, che a rigore nemmeno rientra tra i meccanismi *A.D.R.* <sup>(46)</sup>. Esula dunque il detto ibrido meccanismo di *Med-Arb*, in entrambe le sue varianti, siccome esse comunque contemplanò una fase arbitrale.

In sesto luogo, i «*procedimenti di natura arbitrale quali talune forme di conciliazione dinanzi ad un organo giurisdizionale*» <sup>(47)</sup>. Tuttavia, anche qui la versione italiana del testo della Direttiva sembra decisamente infelice <sup>(48)</sup>, essendo stato reso con il termine «*arbitrale*» ciò che nella versione inglese è detto «*processes of an adjudicatory nature*» <sup>(49)</sup> (immediato il riferimento al citato *Dispute Adjudication Board* ed ai suoi simili sistemi, tipici del mondo anglosassone), in quella francese «*processus quasi judiciaires*» <sup>(50)</sup> ed in quella spagnola «*procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional*» <sup>(51)</sup>.

La Direttiva contempla invece nel suo campo di applicazione anche i procedimenti, finalizzati a far addivenire le parti ad una soluzione transattiva della lite, condotti dall'autorità giudiziaria, a condizione però che il magistrato incaricato ad effettuarli sia diverso da quello cui è affidata la deci-

---

<sup>(45)</sup> Artt. 140 e 141 c. cons.

<sup>(46)</sup> *Considerando* n. 11 alla Direttiva.

<sup>(47)</sup> *Considerando* n. 11 alla Direttiva.

<sup>(48)</sup> Le divergenze tra versioni linguistiche era un problema segnalato dal Comitato Economico e Sociale Europeo già durante l'*iter* legislativo, esprimendo il proprio parere consultivo durante la 418ª sessione plenaria dell'8 e 9 giugno 2005 (G.U.C.E., C 286 del 17 novembre 2005, p. 2, punto 4.2). Purtroppo, come si osserverà anche in appresso, non pare essere stato adeguatamente risolto.

<sup>(49)</sup> La versione inglese del *considerando* n. 11 alla Direttiva dice: «*This Directive should not apply to . . . processes of an adjudicatory nature such as certain judicial conciliation schemes*».

<sup>(50)</sup> La versione francese del *considerando* n. 11 alla Direttiva dice: «*La présente directive ne devrait pas s'appliquer aux . . . processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation*».

<sup>(51)</sup> La versione spagnola del *considerando* n. 11 alla Direttiva dice: «*La presente Directiva no debe aplicarse a . . . los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial*».

sione della controversia <sup>(52)</sup>, in caso di fallimento del tentativo per comporla amichevolmente. Si fuoriesce invece se tali due soggetti si identificano.

Qualora esistenti, saranno le regole processuali nazionali a stabilire come deve comportarsi il magistrato, che conduce il tentativo di conciliazione senza avere competenza a decidere il merito della vertenza. Tuttavia, affinché tale procedimento ricada realmente nella sfera di applicazione della Direttiva, è forse lecito dubitare che esso possa condursi con modalità molto differenti rispetto a quelle rientranti nella nozione di «*mediazione*». Diversamente, infatti, sarebbe difficile capire non solo la diversità di trattamento che sarebbe generalmente riservato alle procedure condotte da soggetti privati, ma soprattutto si ricadrebbe verosimilmente nella causa di esclusione individuata in modo un po' sfuggente dal legislatore nei «*processus quasi judiciaires tels que certaines procédures judiciaires de conciliation*» <sup>(53)</sup>, quale nell'ordinamento italiano il tentativo di conciliazione in sede non contenziosa svolto dal Giudice di Pace <sup>(54)</sup>, che non avviene certo con le modalità volute dalla Direttiva.

Quest'ultima, infine, non si applica nemmeno qualora, per esperire il tentativo di conciliazione, il magistrato competente per il merito si avvalga dell'assistenza ovvero della consulenza di una persona competente <sup>(55)</sup>. Ciò perché in tali circostanze il magistrato in questione mantiene il controllo o comunque la conoscenza su quanto avviene durante il procedimento, cosa che rischia di riflettersi sul giudizio di merito.

Al contrario, rientra nella sfera della Direttiva il caso in cui il magistrato competente per il merito suggerisce ovvero ordina – a seconda di come dispone il proprio diritto processuale – alle parti di dare corso ad un procedimento finalizzato a promuovere la risoluzione amichevole della vertenza, a condizione che sia un terzo neutrale a condurlo <sup>(56)</sup>. Alla luce di quanto in precedenza esposto, quest'ultimo potrà operare solo mediante metodologie rientranti nella nozione di «*mediazione*», onde rimanere nel campo di applicazione della Direttiva. Così già in Italia in virtù dell'art. 155 *sexies* c.c., concernente i provvedimenti giudiziali riguardo ai figli necessari in casi di separazione coniugale. Di recente, infatti, il nostro legislatore ha consenti-

---

<sup>(52)</sup> Art. 3, comma 1, punto *a*), secondo paragrafo, nonché *considerando* n. 12 della Direttiva.

<sup>(53)</sup> *Considerando* n. 11 alla Direttiva, versione francese, analoga a quella spagnola ed inglese, come già spiegato in note e testo precedente.

<sup>(54)</sup> Art. 322 c.p.c.

<sup>(55)</sup> *Considerando* n. 12 alla Direttiva, nel finale.

<sup>(56)</sup> Art. 3, comma 1, lett. *a*), seconda frase, nonché art. 5 della Direttiva.

to <sup>(57)</sup> che il giudice competente – qualora ne ravvisi l'opportunità e dopo aver sentito le parti ed averne ottenuto il consenso – ha facoltà di rinviare il momento dell'adozione di tali provvedimenti, onde permettere che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

In definitiva, sintetizzando, con la Direttiva il legislatore ha inteso promuovere la risoluzione alternativa delle controversie non mediante un *favor* generalizzato verso tutti i meccanismi *A.D.R.*, bensì prevalentemente con la promozione di quella particolare metodologia definita *mediation* (avente cioè le caratteristiche delineate al punto precedente), applicata da soggetti privati ovvero appartenenti all'autorità giudiziaria, purché in quest'ultimo caso non si tratti del magistrato competente a decidere la lite. Pure il *mini-trial* e la *neutral evaluation* sembrerebbero beneficiare della Direttiva, a condizione però che si concludano con la formulazione di valutazioni non vincolanti ed espresse in modo assolutamente informale, al pari di quanto avviene nell'ambito della *evaluative mediation* (fermo però restando che i criteri di giudizio usati dal terzo neutrale nelle prime due tecniche sono antitetici a quelli usati nella terza). In via almeno teorica, non è comunque precluso che vengano ideati altri meccanismi *A.D.R.* in grado di soddisfare i requisiti fissati dalla Direttiva, ferma sul piano pratico la necessità di verificarne la reale efficacia, invece già collaudata con buon successo per la *mediation* e le altre citate metodologie.

### 3.2. – *Materia*

A delimitare ulteriormente l'ambito di applicazione della Direttiva, concorrono anche alcuni rilevanti limiti per materia. «In primo luogo, la Direttiva si applica solo alle controversie «*in materia civile e commerciale*», ove sono in gioco diritti liberamente disponibili dalle parti <sup>(58)</sup>, cosa che spesso non accade nel settore del diritto di famiglia ed in quello del diritto

---

<sup>(57)</sup> Art. 1 della legge 8 febbraio 2006, n. 54.

<sup>(58)</sup> Art. 1, comma 2, della Direttiva. Nuovamente la versione italiana è infelice, in quanto dice: «*La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile*». Meglio la versione inglese: «*This Directive shall apply, in cross-border disputes, to civil and commercial matters except as regards rights and obligations which are not at the parties' disposal under the relevant applicable law*», quella francese «*La présente directive s'applique, dans les litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable*»

del lavoro <sup>(59)</sup>. In tali ambiti, infatti, sovente le liti coinvolgono un insieme di diritti disponibili e indisponibili. Ciò non impedisce affatto di instaurare una «*mediazione*», ma implica di ritagliarne con attenzione lo spazio, in modo da trattare controversie vertenti solo su diritti disponibili.

Ancora, la Direttiva non concerne le controversie in materia fiscale, doganale ed amministrativa, così forse espungendosi anche le ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione opera utilizzando strumenti di diritto privato <sup>(60)</sup>. Parimenti sono escluse le liti concernenti la responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri <sup>(61)</sup>.

La nozione di «*materia civile e commerciale*» portata dalla Direttiva pare tuttavia autonoma rispetto a quella adottata dall'art. 1 del regolamento CE n. 44/2001 <sup>(62)</sup>, essendo esse solo parzialmente sovrapponibili, e ciò nonostante quest'ultimo, al proprio secondo comma, a sua volta esclude settori ove molti diritti sono considerati indisponibili.

In secondo luogo, non tutte le controversie «*in materia civile e commerciale*», aventi per oggetto diritti disponibili, entrano nel campo di applicazione della Direttiva, ma solo quelle che rivestono natura «*trasfrontaliera*» <sup>(63)</sup>.

Verrebbe da pensare che un conflitto abbia tale natura semplicemente perché le parti coinvolte risiedono in differenti paesi, ma così non è affatto per la Direttiva. La nozione in questione viene infatti accolta in una concezione più restrittiva, onde non consentire la sua applicazione all'ipotesi in cui una parte propone una «*mediazione*», ma l'altra non accetta di parteciparvi. Cosa ragionevole, tenuto particolarmente conto delle norme della Direttiva relativamente agli effetti della mediazione sui termini di prescrizione e decadenza <sup>(64)</sup> (su cui si dirà).

Fermo restando che almeno una delle parti deve comunque avere la re-

---

nonché quella spagnola «*La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente*». Nel senso corretto va invece il considerando n. 10 alla Direttiva nella versione italiana.

<sup>(59)</sup> Considerando n. 10 alla Direttiva.

<sup>(60)</sup> In merito alla possibilità di transare le controversie relative a rapporti di diritto privato di cui sia parte la Pubblica Amministrazione italiana e, dunque, di sottoporre tali casi ad un processo di mediazione: CATTALANO, *I conflitti con la Pubblica Amministrazione*, in *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici*, cit., p. 299.

<sup>(61)</sup> Art. 1, comma 2, della Direttiva.

<sup>(62)</sup> Regolamento n. 44/2001/CE del Consiglio del 22 dicembre 2000, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (G.U.C.E., L 12, del 16 gennaio 2001, p. 1).

<sup>(63)</sup> Art. 1, comma 2, della Direttiva.

<sup>(64)</sup> Art. 8 della Direttiva.

sidenza ovvero il domicilio (quest'ultimo da individuarsi ai sensi degli artt. 59 e 60 del regolamento CE n. 44/2001 <sup>(65)</sup>) in uno Stato membro diverso da quello delle altre <sup>(66)</sup>, tale circostanza deve sussistere in uno dei seguenti momenti (visti come fra loro alternativi), affinché per la Direttiva una lite abbia effettivamente carattere «*trasfrontaliero*».

Innanzitutto, quando le parti concordano di ricorrere alla «*mediazione*». Cosa che può avvenire in due modi: prima dell'insorgere della lite, mediante un apposito accordo contrattuale (cui la forma scritta sembra richiesta *ad probationem* <sup>(67)</sup>), che nella prassi commerciale tende oggi ad affermarsi sotto forma di un'apposita «*clausola di mediazione*»; una volta scoppiata la controversia, se manca un accordo scritto al riguardo, mediante l'intraprendere un'azione specifica per avviare il procedimento di «*mediazione*», adempimento però che va eseguito da tutte le parti coinvolte nella lite stessa <sup>(68)</sup>, perché altrimenti non sussisterebbe detto accordo. È dunque questo l'elemento che impedisce di considerare «*trasfrontaliera*» una lite per il semplice fatto che le parti risiedono in Stati membri diversi ed una di loro propone una «*mediazione*» però non accettata dalle altre.

Ovvero, qualora l'obbligo di ricorrere alla «*mediazione*» sorga a norma del diritto nazionale <sup>(69)</sup>. Qui il dubbio si insinua con riferimento alla sorte di quelle ipotesi in cui il diritto nazionale impone di sottoporsi a un tentativo obbligatorio di conciliazione, ma non chiarisce mediante quali modalità esso vada esperito.

Ovvero, quando il ricorso alla «*mediazione*» viene ordinato da un organo giurisdizionale <sup>(70)</sup>, e ciò a prescindere dal consenso delle parti.

Ovvero, se il giudice competente a decidere la lite semplicemente invita le parti a ricorrere alla «*mediazione*» per dirimere il conflitto <sup>(71)</sup>, demandando quest'ultima ad un soggetto neutrale da lui diverso.

Dunque, individuando tali quattro ipotesi, il legislatore si mostra alquanto liberale nello stabilire come le parti addivengono al procedimento di «*mediazione*», ammettendo che la Direttiva si applica indiscriminata-

---

<sup>(65)</sup> Art. 2, comma 3, della Direttiva, il quale – al fine di individuare dove sia stabilito il domicilio delle parti – rinvia agli artt. 59 e 60 del regolamento CE n.44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, cit.

<sup>(66)</sup> Art. 2 nonché *considerando* n. 8 alla Direttiva.

<sup>(67)</sup> *Considerando* n. 15 alla Direttiva.

<sup>(68)</sup> Art. 2, comma 1, lett. *a*), della Direttiva.

<sup>(69)</sup> Art. 2, comma 1, lett. *c*), della Direttiva. Si veda anche l'art. 3, comma 1, lett. *a*), seconda frase, nonché i *considerando* nn. 12 e 14 alla Direttiva.

<sup>(70)</sup> Art. 2, comma 1, lett. *b*), della Direttiva.

<sup>(71)</sup> Art. 2, comma 1, lett. *d*), della Direttiva.

mente anche quando il darvi corso non è frutto di una loro libera scelta.

Caratteristica comune alle situazioni poc' anzi illustrate è che non rileva dunque il luogo ove si svolge la «*mediazione*», sebbene è verosimile immaginarlo collocato nel territorio di uno degli Stati membri interessati dalla lite «*trasfrontaliera*», soprattutto qualora il ricorso alla «*mediazione*» venga ordinato da un organo giurisdizionale ovvero discenda da un obbligo posto dalla legge. Sul piano concreto, esiste verosimilmente un'unica ipotesi in cui la «*mediazione*» si tiene sul territorio di nessuno degli Stati membri per i quali la lite rileva come «*trasfrontaliera*»: quando sono le parti a ricorrervi volontariamente, poiché nella loro libertà esse possono anche decidere di incontrarsi in un posto diverso. Ad ogni modo, gli Stati ora menzionati sono tenuti ad applicare tutti i precetti della Direttiva.

È ancora da domandarsi quale è la sorte delle controversie ove sono coinvolte parti che hanno residenza o domicilio nello stesso Stato membro, tranne una di loro, avente però tali luoghi collocati in uno Stato terzo. In prima approssimazione sembrerebbe corretto sostenere che la Direttiva non dovrebbe forse applicarsi. Ciò non tanto per il tenore letterale della norma, quanto per il fatto che nel paese non aderente all'Unione manca la concreta possibilità di applicare la Direttiva stessa, cosa che condurrebbe ad uno squilibrio tra la posizione delle parti in lite, specie per quanto concerne le sue menzionate disposizioni concernenti l'esecutività degli accordi discendenti dalla «*mediazione*»<sup>(72)</sup> e l'effetto di quest'ultima rispetto al decorso dei termini di prescrizione e decadenza<sup>(73)</sup> (su cui si dirà). Tuttavia siffatta conclusione viene contraddetta da quella che forse si addice per il caso in cui alcune parti abbiano residenza o domicilio in differenti «*Stati membri*», mentre altre in paesi non appartenenti alla Comunità. Il tenore letterale della norma<sup>(74)</sup> porterebbe invece a pensare che la Direttiva sia comunque applicabile, nonostante l'impossibilità di esperire effetto in ambito extra-territoriale. La questione resta dunque aperta.

Fermo restando che la Direttiva concerne solo le controversie aventi il suddetto carattere «*trasfrontaliero*», il legislatore comunitario si è preoccupato di specificare che ciò non impedisce a quello nazionale di applicare le medesime disposizioni anche per i procedimenti di «*mediazione*» concernenti liti interne al proprio paese<sup>(75)</sup>.

---

<sup>(72)</sup> Art. 6 della Direttiva.

<sup>(73)</sup> Art. 8 della Direttiva.

<sup>(74)</sup> Art. 2, comma 1, della Direttiva.

<sup>(75)</sup> *Considerando* n. 8 alla Direttiva. Sotto questo aspetto, la Direttiva presenta un approccio analogo al citato Modello UNICITRAL.

### 3.3. – Territorio

Vista la base giuridica della Direttiva – rappresentata dalle norme del Trattato CE che conferiscono alla Comunità il compito di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia <sup>(76)</sup> – ha effetto il relativo protocollo sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato sull'Unione Europea. In virtù di quest'ultimo, i rappresentanti di tale Stato hanno espresso l'intenzione di escludere l'applicazione della Direttiva al loro territorio <sup>(77)</sup>, onde in quest'ultima è stata inserita una norma che identifica gli «*Stati membri*» come tutti i paesi aderenti alla Comunità ad eccezione della Danimarca.

Conseguentemente nel caso di una controversia, in cui la residenza o il domicilio di una delle parti è collocato in Danimarca, la lite non dovrebbe assumere carattere «*trasfrontaliero*» ai fini della Direttiva: per effetto della definizione appena citata, chi risiede o è domiciliato in Danimarca non risulta trovarsi in uno «*Stato membro*». Pertanto la posizione di tale soggetto sembra equiparabile a quella, già descritta, di chi è residente o domiciliato in uno Stato terzo. Per contro, la Direttiva si applica a Regno Unito ed Irlanda <sup>(78)</sup>.

## 4. – La disciplina positiva portata dalla Direttiva

Seppur succinto, il contenuto della Direttiva è incentrato essenzialmente su tre fronti: da un canto, garantire la qualità dei sistemi di «*mediazione*» (compresi ovviamente quelli forniti da organismi giudiziari non competenti a conoscere il merito della lite); dall'altro, introdurre un quadro normativo comune concernente le regole processuali civili <sup>(79)</sup> che rappresentano gli «*elementi chiave*» per il buon funzionamento e l'efficacia di detti sistemi <sup>(80)</sup>; dall'altro ancora, promuovere il ricorso alla «*mediazione*» stessa.

### 4.1. – Qualità della «*mediazione*»

Qualsiasi discorso sul tema non può che avviarsi dal capire chi può tenere una «*mediazione*» nonché quali requisiti egli deve possedere.

Per la Direttiva, è «*mediatore*» qualunque soggetto – realmente terzo ri-

<sup>(76)</sup> Art. 61, lett. c) ed art. 67, paragrafo 5, secondo trattino, del Trattato CE.

<sup>(77)</sup> Art. 1, comma 3, nonché *considerando* n. 30 alla Direttiva.

<sup>(78)</sup> *Considerando* n. 29 alla Direttiva.

<sup>(79)</sup> Al riguardo, mi permetto di citare il mio scritto *Mediation e processo civile*, in *questa rivista*, 2002, p. 1.

<sup>(80)</sup> *Considerando* n. 7 alla Direttiva.

spetto alle parti in lite – cui è chiesto di condurre una «*mediazione*» in modo efficace, imparziale e competente, siccome solo il rispetto di dette modalità costituisce garanzia di qualità del servizio reso. Ciò fermo, giacché basilare, per la Direttiva è poi indifferente sia la denominazione ovvero la professione svolta da tale soggetto nello Stato membro ove opera, sia le modalità con cui egli è stato nominato ovvero invitato a condurre la «*mediazione*»<sup>(81)</sup>.

Onde perseguire detto obiettivo qualitativo<sup>(82)</sup>, la Direttiva segue due strade. La prima è la formazione dei mediatori, che deve essere non solo iniziale, ma anche continuativa<sup>(83)</sup>. La seconda è stabilire criteri atti a consentire un controllo sulla qualità del servizio prestato dai mediatori.

Innanzitutto, viene richiesto agli Stati membri di incoraggiare, nel modo da loro ritenuto più opportuno, l'elaborazione di codici di condotta da parte dei mediatori e delle loro organizzazioni nonché l'ottemperanza ai medesimi<sup>(84)</sup>. Sfumatamente, perché non menzionato nel testo normativo della Direttiva, viene loro rivolto l'invito ad aderire spontaneamente al codice europeo di condotta per i mediatori<sup>(85)</sup>, costituente un documento formalmente non vincolante, elaborato dalla Commissione dopo una consultazione pubblica. Con specifico riferimento invece alle liti in cui sono coinvolti i consumatori, il legislatore ricorda la citata raccomandazione della Commissione pubblicata nel 2001<sup>(86)</sup>, cui dovrebbero essere incoraggiati a conformarsi tutti i mediatori che operano in detto settore<sup>(87)</sup>.

Inoltre, agli Stati membri viene altresì richiesto di promuovere qualsiasi altro meccanismo utile ad assicurare il controllo qualitativo, chiarendo che ciò potrebbe anche avvenire ricorrendo a soluzioni basate sul mercato e non necessariamente finanziate mediante l'esborso di fondi pubblici<sup>(88)</sup>.

Come si è detto, l'imparzialità del mediatore costituisce uno dei men-

---

<sup>(81)</sup> Art. 3, comma 1, lett. b), nonché *considerando* n. 17 alla Direttiva.

<sup>(82)</sup> Si vedano le osservazioni svolte dal Comitato Economico e Sociale Europeo (cit., punto 4.3), per il quale la qualità della mediazione era ricollegabile all'autorevolezza di chi la conduce, funzione dei seguenti elementi: titoli adeguati per i mediatori (su cui veniva chiesto di procedere ad un'armonizzazione) e loro formazione nelle materie oggetto della mediazione (cosa quest'ultima che rischia però di confondere il loro ruolo con quello degli esperti); indipendenza e imparzialità dalle parti; trasparenza e responsabilità degli interventi attuati.

<sup>(83)</sup> Art. 4, comma 2, nonché *considerando* n. 16 alla Direttiva.

<sup>(84)</sup> Art. 4, comma 1, e *considerando* n. 17 alla Direttiva.

<sup>(85)</sup> *Considerando* n. 17 alla Direttiva, nel finale.

<sup>(86)</sup> Raccomandazione 2001/310/CE della Commissione Europea del 4 aprile 2001, cit.

<sup>(87)</sup> *Considerando* n. 18 alla Direttiva.

<sup>(88)</sup> Art. 4, comma 1 e *considerando* n. 17 alla Direttiva.

zionati fondamentali requisiti, individuati dalla Direttiva, per la presenza di un idoneo livello qualitativo nel servizio di «*mediazione*». A ben vedere, più che un semplice requisito qualitativo, l'imparzialità è il presupposto essenziale della «*mediazione*».

#### 4.2. – Ricorso alla «*mediazione*»

Premettiamo che la Direttiva non impone affatto agli Stati di introdurre nei loro ordinamenti alcun obbligo per le parti di ricorrere alla «*mediazione*» (ma nemmeno lo vieta<sup>(89)</sup>), né di istituire appositi organismi che prestano tale servizio.

Obiettivo della Direttiva è invece favorire anche la risoluzione consensuale delle controversie già sfociate in una lite giudiziaria, creando utili collegamenti che dal processo pendente portano alla «*mediazione*» affidata a soggetti diversi dal magistrato competente a decidere il caso.

All'uopo la Direttiva prevede che l'organo giurisdizionale investito di una causa può – se lo ritiene appropriato e tenuto conto di tutte le circostanze del caso – invitare le parti a partecipare ad una sessione informativa sul ricorso alla «*mediazione*», a condizione che queste ultime abbiano effettivamente luogo e siano facilmente accessibili<sup>(90)</sup>. Oppure, saltando tale stadio informativo (che prevede un certo approfondimento, con un conseguente dispendio di tempo, ed è affidabile a terzi), l'organo giurisdizionale può direttamente invitare le parti a ricorrere alla «*mediazione*»<sup>(91)</sup>, fissando eventualmente un termine entro il quale quest'ultima – a prescindere dal risultato raggiunto – deve concludersi, onde evitare di pregiudicare il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale<sup>(92)</sup>. Affinché tutto ciò accada, è ovviamente necessario che gli Stati membri introducano nei rispettivi ordinamenti le regole processuali atte a consentirlo.

Come formulata, la Direttiva sembrerebbe dire che – conformemente allo spirito di libertà connotante la «*mediazione*» – detti inviti possono essere disattesi dalle parti.

Tuttavia, ciò è solo parzialmente vero, siccome la Direttiva non pregiudica comunque la legislazione nazionale che rende il ricorso alla «*mediazione*» obbligatorio oppure soggetto ad incentivi o sanzioni<sup>(93)</sup>. Di conse-

---

<sup>(89)</sup> Art. 5, comma 2, della Direttiva.

<sup>(90)</sup> Art. 5, comma 2, nonché *considerando* n. 13 nel finale alla Direttiva.

<sup>(91)</sup> Art. 5, comma 1, nonché *considerando* n. 13 nel finale alla Direttiva.

<sup>(92)</sup> Art. 5, comma 2 nel finale, nonché *considerando* n. 13 alla Direttiva.

<sup>(93)</sup> Art. 5, comma 2, nonché *considerando* n. 14 alla Direttiva.

guenza, nulla impedisce al legislatore nazionale di strutturare le regole processuali interne in modo tale che l'autorità giudiziaria possa addirittura ordinare alle parti di dare corso ad un processo di «*mediazione*» ovvero, se quest'ultimo non viene attuato o fallisce, sanzionarle magari sul piano della ripartizione delle spese processuali. Anzi, l'ordine del giudice è addirittura previsto tra i casi che determinano l'insorgere di una controversia «*trasfrontaliera*»<sup>(94)</sup>.

Peraltro, siffatta libertà lasciata al legislatore nazionale dovrebbe anche salvaguardare l'esistenza delle norme che impongono alle parti di ricorrere alla «*mediazione*» prima di adire l'autorità giudiziaria.

Sorvolando sui notevoli dubbi di opportunità<sup>(95)</sup>, quanto meno sul piano pratico, qualora il legislatore nazionale decidesse di seguire la via sanzionatoria per incentivare la «*mediazione*», la Direttiva tuttavia osta che ciò avvenga con modalità tali da: mettere in pericolo la riservatezza della «*mediazione*», violando i divieti posti dal legislatore comunitario in sua tutela<sup>(96)</sup> (come si dirà); costringere il mediatore, alla fine del processo di «*mediazione*» risultato infruttuoso, a formulare una formale proposta transattiva, siccome ciò porterebbe il procedimento stesso fuori dall'ambito di applicazione della Direttiva<sup>(97)</sup> (come già spiegato).

Sebbene la Direttiva faccia dunque generalmente salve le norme nazionali in questione, essa tuttavia pone loro un altro importante limite: l'eventuale obbligatorietà di ricorrere alla «*mediazione*» non deve creare pregiudizio al diritto fondamentale dei cittadini ad accedere alla tutela giurisdizionale<sup>(98)</sup>. Ciò confliggerebbe con i fini stessi della Direttiva, la quale si propone di promuovere i diritti fondamentali dei singoli, tenendo conto dei principi riconosciuti dalla relativa Carta dell'Unione Europea<sup>(99)</sup>.

---

<sup>(94)</sup> Art. 2, comma 1, lett. b), della Direttiva.

<sup>(95)</sup> Aveva osservato il Comitato Economico e Sociale Europeo: «... *la mediazione è un procedimento volontario di risoluzione delle controversie che può rivelarsi efficace unicamente se le parti convengono di ricorrervi e conformarsi successivamente ai suoi risultati...*» (cit., punto 4) nonché «*la mediazione ha validità in quanto metodo di risoluzione delle controversie, se viene accettata dalle parti*» (cit., punto 1.7).

<sup>(96)</sup> Art. 7 della Direttiva.

<sup>(97)</sup> *Considerando* n. 11 alla Direttiva.

<sup>(98)</sup> Art. 5, comma 2 nel finale, della Direttiva.

<sup>(99)</sup> In materia, bisogna anche richiamare il *considerando* n. 21 alla Raccomandazione 98/257/CE, cit.: «*considerando che, in conformità con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'accesso ai tribunali costituisce un diritto fondamentale che non conosce eccezioni; che quando il diritto comunitario garantisce la libera circolazione delle merci e dei servizi nel mercato interno, la possibilità per gli operatori, compresi i consumatori, di adire le giurisdizioni*».

In proposito, seppure con riferimento al settore degli appalti pubblici, ove esistono apposite norme comunitarie che assicurano ai privati il diritto a disporre di rapidi mezzi di ricorso avverso le decisioni assunte dalle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici <sup>(100)</sup>, la Corte di Giustizia ha considerato illegittimo impedire ad un'impresa l'accesso a tali strumenti di tutela, quando l'ostacolo viene ricollegato al mancato previo esperimento di una procedura di conciliazione, prevista dalla legge nazionale ed attivabile dall'impresa esclusa dall'appalto. Così decidendo, la Corte ha dunque negato che l'aver ignorato la procedura conciliativa valga a configurare in capo a detta impresa la carenza di interesse a ricorrere avverso la decisione assunta in suo sfavore nella gara d'appalto. In definitiva, la Corte ha sancito che il subordinare l'accesso alle procedure di ricorso, espressamente previste da una direttiva comunitaria settoriale, al preventivo intervento di una commissione di conciliazione, è contrario agli obiettivi di rapidità ed efficacia perseguiti dall'ordinamento comunitario nel campo degli appalti pubblici <sup>(101)</sup>.

Trasliamo ora tali principi all'ambito delle controversie in « *materia civile e commerciale* », in modo da valutare la compatibilità delle norme nazionali, che istituiscono per esse un tentativo obbligatorio di conciliazione, alla luce dei principi comunitari sull'accesso alla giustizia. La soluzione forse non risiede tanto in astratti istituti processuali, distinguendo a seconda del modo in cui tali norme vengono configurate, e cioè – richiamando i concetti propri al nostro ordinamento – se esse costituiscono condizioni di proponibilità dell'azione giudiziaria ovvero di mera sua procedibilità. In effetti, anche nella seconda ipotesi il tempo necessario per attuare la procedura conciliativa può risultare tale da vanificare o pregiudicare il diritto alla tutela giudiziaria effettiva, cosa quest'ultima verosimile quando le parti invocano misure d'urgenza in via cautelare. In tali circostanze, infatti, per le parti è vitale poter adire immediatamente l'autorità giudiziaria senza dover invece attendere il termine di una procedura conciliativa, a prescindere da qualunque garanzia data loro circa la sua durata massima: quest'ultima è infat-

---

*zioni di uno Stato membro per decidere le controversie cui le loro attività economiche possono dar luogo, allo stesso titolo dei cittadini di questo Stato, costituisce il corollario di tali libertà; che le procedure extragiudiziali non possono proporsi di sostituire il sistema giudiziario; che di conseguenza l'utilizzazione della via extragiudiziale non può privare il consumatore del suo diritto d'accesso ai tribunali se non quando egli lo accetti esplicitamente, in piena conoscenza di causa e in una fase posteriore all'insorgere della controversia».*

<sup>(100)</sup> Direttiva del Consiglio 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (G.U.C.E., L 395, del 30 dicembre 1989, p. 33): se ne vedano gli artt. 1 e 2.

<sup>(101)</sup> Corte CE, 19 giugno 2003, causa C-410/01, *Fritsch e a. c. Asfinag*.

ti un'assicurazione che in tale contesto non interessa. Purché tali presupposti siano fermi, resta allora compatibile con l'ordinamento comunitario il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in Italia <sup>(102)</sup> per il contenzioso in materia di lavoro, telecomunicazioni, contratti agrari e accordi di sub-fornitura, qualora tali procedure rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva (cosa che si è già esclusa per il primo).

Il legislatore comunitario ha voluto infine precisare che nemmeno vengono pregiudicati gli attuali sistemi di mediazione autoregolatori <sup>(103)</sup>, ma solo nella misura in cui essi trattano aspetti non coperti dalla Direttiva <sup>(104)</sup>.

#### 4.3. - *Riservatezza*

L'esigenza di proteggere la riservatezza della «*mediazione*» ha condotto il legislatore ad ampliare il campo di applicazione della stessa Direttiva, estendendo a tal fine la portata della citata nozione di lite «*trasfrontaliera*», che va a comprendere un'ulteriore ipotesi, oltre quelle già esaminate.

Caratteristica comune a queste ultime è che gli Stati membri interessati dalla lite «*trasfrontaliera*», come in precedenza definita <sup>(105)</sup>, sono solo quelli ove risiedono ovvero hanno domicilio le parti in lite (ovviamente appartenenti a più di un paese), nel momento in cui il ricorso alla «*mediazione*» avviene per concorde volontà delle parti ovvero per un provvedimento dell'autorità giudiziaria (ordine o mero suggerimento) o, infine, per obbligo di legge.

La nuova ipotesi <sup>(106)</sup> coinvolge invece uno Stato membro diverso da quelli appena citati. Essa concerne infatti il caso in cui viene svolto un processo di «*mediazione*» tra parti aventi le suddette caratteristiche, cui segue <sup>(107)</sup> un procedimento giurisdizionale o un arbitrato sul territorio di

---

<sup>(102)</sup> In merito alle norme italiane che dispongono il tentativo obbligatorio di conciliazione: APPIANO, *Mediation e processo civile*, cit.

<sup>(103)</sup> Per l'Italia, si veda l'art. 27 *ter c.* cons.

<sup>(104)</sup> *Considerando* n. 14 alla Direttiva.

<sup>(105)</sup> Art. 2, comma 1, della Direttiva.

<sup>(106)</sup> Art. 2, comma 2, della Direttiva.

<sup>(107)</sup> Le versioni francese, inglese e spagnola dell'art. 2, comma 2, della Direttiva parlano chiaramente di un procedimento giudiziario o di arbitrato che segue una «*mediazione*». Dice infatti la prima: «*procédures judiciaires ou d'arbitrage suivant une médiation*». La seconda: «*judicial proceedings or arbitration following mediation*». La terza: «*un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación*». La versione italiana pare fuorviante, siccome parla di «*un procedimento giudiziario o di arbitrato risultante da una mediazione*», dove il verbo «*risultante*» potrebbe erroneamente indurre a pensare che il contenzioso derivi da qualche fatto acca-

uno Stato membro differente da quelli ove avevano sede o residenza le parti nel momento in cui il ricorso alla «*mediazione*» fu tra loro concordato<sup>(108)</sup> ovvero imposto da una decisione dell'autorità giudiziaria o dalla legge. Anche per lo Stato membro, ove in siffatte condizioni ha luogo il procedimento giurisdizionale o l'arbitrato, deve considerare «*trasfrontaliera*» la lite e, conseguentemente, proteggere la riservatezza della relativa «*mediazione*».

Pur essendo riconosciuta come un elemento importante – a dir la verità è basilare – per il corretto funzionamento dei processi di «*mediazione*»<sup>(109)</sup>, la riservatezza sembrerebbe<sup>(110)</sup> tutelata dalla Direttiva solo sotto un profilo minimale<sup>(111)</sup>, quello concernente le testimonianze cui potrebbero essere chiamati a rendere il mediatore ovvero le altre persone coinvolte nell'amministrazione del processo di «*mediazione*».

---

duto in sede di «*mediazione*» e non si tratti invece di quello scaturente dalla circostanza che la lite non ha trovato soluzione durante la «*mediazione*» stessa. A confortare quanto si è detto, soccorre anche una semplice constatazione: se si trattasse di un contenzioso derivante da fatti accaduti in sede di «*mediazione*», non si vede ragione per tutelare la riservatezza di quanto lì accaduto.

<sup>(108)</sup> Il ricorso alla «*mediazione*» può essere frutto di una concorde decisione delle parti, da loro assunta autonomamente ovvero su suggerimento non vincolante dell'autorità giudiziaria. Per tale ragione, il secondo comma dell'art. 2 non richiama l'ipotesi prevista dal primo comma alla lett. *d*), siccome – avendo avuto corso la «*mediazione*» – è assorbita da quella di cui alla lett. *a*).

<sup>(109)</sup> *Considerando* n. 23 alla Direttiva. Pure nel citato *Libro verde* (punti 79 e 80) della Commissione emerge l'importanza della riservatezza: «*Nella maggioranza dei casi, le parti che ricorrono all'A.D.R. attribuiscono grande importanza al fatto che le informazioni scambiate, oralmente o per iscritto, nel corso della procedura, e persino a volte gli stessi risultati della procedura, rimangono riservati. La riservatezza sembra essere il perno del successo dell'A.D.R., in quanto contribuisce a garantire la franchezza delle parti e la sincerità delle comunicazioni nel corso della procedura...*».

<sup>(110)</sup> In effetti, l'art. 7 della Direttiva nella versione italiana sancisce che i mediatori e le altre persone implicate nell'amministrazione del processo di «*mediazione*» non devono essere «*obbligati a testimoniare*». Nello stesso senso sicuramente la versione spagnola, ove si dice che gli Stati membri garantiscono «*que ni los mediadores ni las personas... estén obligados a declarar,...*, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:...». Pure la versione inglese sembra andare in tale senso: «*Member States shall ensure that,...*, neither mediators nor those involved... shall be compelled to give evidence... regarding information arising out of or in connection with a mediation process, except:...». Più dubbia la versione francese, che parrebbe non riferirsi al solo obbligo di testimoniare: «*les États membres veillent à ce que,...* ni le médiateur ni les personnes... ne soient tenus de produire, ..., des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté:...».

<sup>(111)</sup> *Considerando* n. 23 alla Direttiva.

In effetti, agli Stati membri è fatto divieto di consentire che detti soggetti siano obbligati a deporre in un procedimento giurisdizionale ovvero in un arbitrato, riferendo sulle informazioni di cui questi ultimi sono venuti a conoscenza, per effetto del processo di «*mediazione*» al quale hanno preso parte <sup>(112)</sup>.

Tuttavia, siffatto divieto non è assoluto. Innanzitutto, esso concerne solo l'obbligo – a carico del mediatore e degli altri soggetti in questione – a deporre come testi in un procedimento giurisdizionale in materia civile e commerciale o in sede arbitrale, restando così aperta la possibilità di ottenere la loro deposizione nei processi aventi diversa natura, quali quelli penali. Inoltre, quando si applica, il divieto è derogabile per concorde volontà di tutte le parti in lite.

Peraltro, anche in assenza di tale consenso, detto divieto non vale comunque nelle seguenti circostanze. In primo luogo, quando la deposizione sulle informazioni in questione serve per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare per assicurare la protezione degli interessi dei minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona. In secondo luogo, quando il riferire sul contenuto dell'accordo risultante dalla «*mediazione*» (dunque, a differenza del caso precedente, qui la rivelazione non concerne qualsiasi informazione avuta in occasione della procedura) è necessario ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione dell'accordo stesso.

Sebbene la Direttiva non pare richiedere espressamente agli Stati di imporre al mediatore ed ai suoi ausiliari un dovere di riservatezza, ciò dovrebbe comunque derivare in capo a questi ultimi dall'adozione dei codici di condotta (azione ricollegabile alla citata necessità di garantire un adeguato livello qualitativo alla «*mediazione*»), che solitamente impongono loro di astenersi dal comunicare a terzi i fatti conosciuti per effetto del loro ufficio.

Ad ogni modo, la Direttiva non osta all'adozione di misure nazionali più restrittive, finalizzate a tutelare la riservatezza della «*mediazione*» <sup>(113)</sup>.

In Italia, trattando la conciliazione in materia societaria, il nostro legislatore ha affrontato il tema in esame sotto due profili.

Innanzitutto, imponendo che la riservatezza del procedimento venga garantita dai regolamenti di procedura adottati dagli organismi di conciliazione <sup>(114)</sup>. In secondo luogo, sancendo che le dichiarazioni, rese dalle parti durante il processo di conciliazione rimasto infruttuoso, non siano utilizza-

---

<sup>(112)</sup> Art. 7, comma 1, della Direttiva.

<sup>(113)</sup> Art. 7, comma 2, della Direttiva.

<sup>(114)</sup> Art. 40, comma 1, d. lgs. 5/2003, cit.

bili né oggetto di prova testimoniale nel successivo procedimento giurisdizionale <sup>(115)</sup>. Cosa quest'ultima che, senza riconoscere in capo al mediatore il diritto al segreto professionale, vanifica sul piano pratico il tentativo di chiamarlo a deporre in qualità di teste. Nulla invece viene detto per i documenti eventualmente esibiti dalle parti durante la conciliazione.

#### 4.4. – Effetto della « mediazione » sui termini di prescrizione e decadenza

Così come per la tutela della riservatezza, anche per la materia adesso in esame scatta la nozione ampliata di lite « *trasfrontaliera* » <sup>(116)</sup>.

La Direttiva non armonizza affatto le norme in tema di prescrizione e decadenza <sup>(117)</sup>, limitandosi a imporre agli Stati membri di provvedere affinché il decorso di siffatti termini, durante il tempo speso per una « *mediazione* » infruttuosa, non pregiudichi poi la concreta possibilità di avviare il procedimento giudiziario o l'arbitrato necessario per dirimere la lite in sede contenziosa <sup>(118)</sup>.

Forse si tratta della norma più interessante portata dalla Direttiva, se letta richiamando la nozione stessa di « *mediazione* », nella parte in cui quest'ultima valorizza la libertà delle parti di gestire ed organizzare come meglio credono tale processo <sup>(119)</sup>. Dovrebbe allora evincersi che gli Stati sono obbligati a provvedere il risultato imposto dalla Direttiva anche quando, sul rispettivo territorio nazionale, le parti di una lite « *trasfrontaliera* » concordemente decidono di sottoporla a « *mediazione* » affidata a soggetti di loro libera scelta e strutturata nel modo che esse ritengono più opportuno, purché si tratti di un procedimento rientrante nell'ambito di applicazione della Direttiva stessa. In sostanza, per beneficiare dei vantaggi in esame, che gli Stati saranno tenuti ad assicurare loro attuando la Direttiva, le parti non dovrebbero essere costrette né a ricorrere agli organismi eventualmente deputati dagli Stati stessi a prestare un servizio di conciliazione, né a sottostare alle regole cui simili organismi devono attenersi nel condurre i processi conciliativi loro affidati. Così ragionando, non sarebbe forse alieno sostenere che – quando concordemente invocato – alle parti spetti un vero e proprio diritto alla « *mediazione* », il cui oggetto va individuato nei limiti appena indicati.

---

<sup>(115)</sup> Art. 40, comma 3, d. lgs. 5/2003, cit.

<sup>(116)</sup> Art. 2, comma 2, della Direttiva.

<sup>(117)</sup> *Considerando* n. 24 alla Direttiva.

<sup>(118)</sup> Art. 8, comma 1, della Direttiva.

<sup>(119)</sup> Art. 3, lett. a) e *considerando* n. 13 alla Direttiva.

Ad ogni modo, attuare detto precetto portato dalla Direttiva, per gli Stati significa in buona sostanza operare sul piano delle norme processuali nazionali, prevedendo che durante la «*mediazione*» non decorrano i termini di prescrizione o decadenza dei diritti oggetto di controversia.

In tale ottica, però, l'esigenza della certezza del diritto impone di conoscere con precisione quando avviene il fenomeno sospensivo e quando quello ripristinante il decorso di tali termini: aspetti che la Direttiva evita però di trattare.

In prima approssimazione, infatti, sembra ragionevole ricollegare il fenomeno sospensivo al momento in cui le parti concordano di dare avvio alla «*mediazione*» e quello ripristinatorio all'istante in cui essa si chiude.

Onde individuare con più precisione il primo, tuttavia, ben poco aiuto sembra dare la Direttiva <sup>(120)</sup>, siccome quest'ultima non si preoccupa tanto del problema ora in questione, quanto di individuare la data pertinente per stabilire se una lite ha natura «*trasfrontaliera*» <sup>(121)</sup>.

Sorgono poi ulteriori questioni, che necessiteranno di adeguata risposta.

Innanzitutto, per quanto tempo può ragionevolmente durare la «*mediazione*»? In effetti, il decorso dei termini non deve rimanere in un limbo indeterminato, come indica la stessa Direttiva <sup>(122)</sup>. Onde, anche per i fini processuali ora in discussione, la durata massima della «*mediazione*» va prestabilita dalla legge ovvero indicata nell'ordine con cui l'autorità giudiziaria ne dispone l'inizio.

Inoltre, una volta astrattamente individuati i fatti che determinano l'interruzione e l'eventuale ripresa del decorso dei termini, nel singolo caso come potrà essere adeguatamente data la prova dell'esatto momento in cui i fatti in questione si sono avverati?

A complicare il quadro, concorre poi la natura «*trasfrontaliera*» delle liti: quando la «*mediazione*» ha luogo in uno Stato membro diverso rispetto a quello che ospita il successivo procedimento giudiziario o arbitrale, si creerà un possibile intreccio tra le norme processuali del primo e quelle del secondo che regolano la procedura di «*mediazione*» nonché l'operato di chi la conduce.

La Direttiva, infine, precisa che quanto imposto agli Stati membri circa la materia ora in esame lascia impregiudicate le disposizioni relative ai ter-

---

<sup>(120)</sup> Art. 2 della Direttiva.

<sup>(121)</sup> *Considerando* n. 15 alla Direttiva.

<sup>(122)</sup> Art. 5, comma 2, nonché *considerando* n. 13 alla Direttiva.

mini di prescrizione e decadenza previste dagli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte <sup>(123)</sup>, come nel caso del settore dei trasporti.

Pure la disciplina italiana sulla conciliazione delle controversie societarie si preoccupa sia di stabilire a che cosa si debba ricollegare il momento iniziale e quello finale del processo di conciliazione, attribuendo poi a tali fatti rispettivamente l'effetto di impedire e far riprendere il decorso dei termini di prescrizione e decadenza concernenti i diritti oggetto della lite <sup>(124)</sup>.

La situazione è comunque semplificata, siccome – affinché si producano detti effetti sul piano processuale – la conciliazione deve essere necessariamente affidata agli organismi riconosciuti dal Ministero della Giustizia <sup>(125)</sup>.

Il nostro legislatore parte dal presupposto che sia una sola delle parti a presentare domanda di conciliazione a tali organismi, cosa più che verosimile in ambito societario, ove le parti coinvolte sono tendenzialmente numerose. La comunicazione dell'istanza di conciliazione, fatta alle altre parti con ogni mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, ha l'effetto di produrre sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale nonché di impedire la decadenza. È dunque dubbio se, anche per il legislatore italiano, il decorso dei termini viene ostacolato solo quando tutte le parti concordano di sottoporsi alla conciliazione. La soluzione dipende da che cosa si ritiene essere il requisito per l'operatività di detta nostra norma. Va infatti data risposta affermativa, se si pensa che ciò implichi la presenza di un'apposita clausola statutaria, che – in parallelismo a quanto sancito per l'arbitrato societario dall'art. 34 del medesimo decreto legislativo 5/2003 – impegna le parti ad instaurare una procedura di conciliazione prima di instaurare un contenzioso giudiziario. Per contro, bisogna rispondere in senso negativo, se si ritiene che il fenomeno sospensivo o interruttivo scatti anche in assenza di una simile clausola (posto peraltro che non esiste una norma in materia di conciliazione equiparabile all'art. 34 citato), bastando cioè la semplice proposizione dell'istanza di conciliazione ad iniziativa unilaterale di uno dei litiganti.

Qualora le parti non riescano ad accordarsi, il conciliatore deve depositare presso la segreteria del proprio organismo il verbale che attesta il fallimento del processo di conciliazione. A partire da tale momento, il procedimento giudiziario va instaurato entro il medesimo termine di decadenza cui era eventualmente sottoposto il diritto controverso prima dell'inizio della conciliazione.

---

<sup>(123)</sup> Art. 8, comma 2, nonché *considerando* n. 24 nel finale alla Direttiva.

<sup>(124)</sup> Art. 40, comma 4, d. lgs. 5/2003, cit.

<sup>(125)</sup> Art. 40, comma 4, d.lgs. 5/2003, cit., che ne richiama l'art. 38.

Nell'ipotesi in cui lo statuto di una società prevede una clausola di conciliazione, il suo esperimento viene configurato quale condizione di procedibilità per le azioni giudiziarie tra le parti vincolate da detta clausola. Se il tentativo non viene esperito, il giudice sospende il processo, per un periodo non superiore ai sei mesi <sup>(126)</sup>: è così fissata la durata massima della procedura di conciliazione. Sebbene ciò sia dettato con specifico riferimento a detta ipotesi, ci si può domandare se tale limitazione temporale al processo di conciliazione vale anche quando a quest'ultima viene dato corso in assenza di un'apposita clausola statutaria.

#### 4.5. – *Esecutività degli accordi risultanti dalla « mediazione »*

Tendenzialmente, sussiste una certa propensione al rispetto degli accordi risultanti da una procedura *A.D.R.*, siccome corrispondono alle esigenze delle parti che li sottoscrivono.

Ciò non cancella, tuttavia, il problema del loro eventuale inadempimento, cosa che – nell'ottica di favorire il ricorso alla « *mediazione* » – conduce a ricercare vie per riconoscere rapidamente carattere esecutivo agli accordi in questione, evitando cioè di dover instaurare dinanzi all'autorità giudiziaria un normale procedimento di cognizione, ove venga accertato l'inadempimento agli impegni così assunti e pronunciati i conseguenti provvedimenti, onde infine pervenire all'esecuzione della relativa sentenza.

Di conseguenza, la Direttiva impegna gli Stati membri ad assicurare che « *le parti, o una di esse con l'esplicito consenso delle altre, abbiano la possibilità di chiedere che il contenuto di un accordo scritto derivante da una mediazione sia reso esecutivo* » <sup>(127)</sup>.

Così formulata, però, la norma mostra un notevole limite, siccome sembra dire che l'istanza in questione è presentabile solo se tutte le parti sono consenzienti: diversamente, non avrebbe senso la presenza dell'inciso condizionante l'ammissibilità della richiesta di esecutività, avanzata da una sola delle parti, alla presenza dell'esplicito consenso di tutte le altre. Ciò è conseguenza di un emendamento, adottato – forse in modo poco consapevole – dal Parlamento Europeo <sup>(128)</sup> in prima lettura, che introdusse siffatta

---

<sup>(126)</sup> Art. 40, comma 6, d. lgs. 5/2003, cit.

<sup>(127)</sup> Art. 6, comma 1, nonché *considerando* 19 alla Direttiva.

<sup>(128)</sup> *Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale* [COM(2004)0718 – C6-0154/2004 – 2004/0251(COD)], *Commission des affaires juridiques, rapporteur* Arlene McCarthy, 21 settembre 2006, p. 15, ove si legge quale giustificazione dell'emendamento propo-

formulazione nel testo della Direttiva <sup>(129)</sup>, modificando quella proposta dalla Commissione, ove invece la richiesta di esecutività poteva chiaramente essere presentata da una sola delle parti, a prescindere dal consenso delle altre <sup>(130)</sup>.

Siccome è ingenuo attendersi che, alla richiesta di esecutività per un accordo scaturente da una «*mediazione*», presti il proprio consenso la parte ad esso inadempiente, la Direttiva pare offrire un'arma piuttosto inoffensiva.

A ben vedere, infatti, l'unico caso in cui – sul piano pratico – si riuscirà ad utilizzare lo strumento introdotto dalla Direttiva, sarà quando nell'accordo raggiunto in sede di «*mediazione*» le parti esprimeranno il proprio consenso a che esso venga dichiarato esecutivo, qualora una di esse dovesse risultare inadempiente ai propri obblighi.

Con il consenso di tutte le parti, dunque, il contenuto dell'accordo raggiunto in sede di «*mediazione*» – purché esso sia fatto per iscritto – può essere reso esecutivo tramite una sentenza, una decisione ovvero un atto autentico emesso da un organo giurisdizionale o da un'altra autorità, in conformità al diritto dello Stato in cui è presentata la richiesta <sup>(131)</sup>. La Direttiva, però, non dice affatto che tale richiesta va sottoposta – fra gli Stati membri per cui assume rilevanza «*trasfrontaliera*» <sup>(132)</sup> la lite da cui discende l'accordo risultante dalla «*mediazione*» – solo allo Stato sul cui territorio è stato stipulato l'accordo o si è tenuta la «*mediazione*» in questione.

A conferire efficacia esecutiva ad un siffatto accordo, infatti, sono forse

---

sto e poi accolto dal Parlamento: «*Le présent amendement, conjointement aux autres amendements à l'article 5 et au considérant 10, vise à répondre aux préoccupations qui ont été exprimées en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution d'accords transactionnels susceptibles de contenir des dispositions intrinsèquement inapplicables. Il est également important de préciser que les accords transactionnels devraient être consignés par écrit afin d'être reconnus/exécutés*». Si noterà che siffatta giustificazione non coglie affatto le implicazioni che avrebbe comportato l'introduzione dell'emendamento in questione.

<sup>(129)</sup> P6\_TA(2007)0088, *résolution législative du Parlement européen du 29 mars 2007 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, da cui emerge il testo emendato approvato da detta istituzione: «*Les États membres font en sorte que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit résultant de la médiation soit rendu exécutoire...*» (gli emendamenti introdotti dal Parlamento al testo proposto dalla Commissione sono evidenziati in corsivo).

<sup>(130)</sup> COM(718) 2004 def., ove la Commissione aveva proposto il seguente testo: «*Les États membres font en sorte qu'à la demande des parties, un accord transactionnel atteint à l'issue d'une médiation puisse être confirmé...*».

<sup>(131)</sup> Art. 6, comma 2, della Direttiva.

<sup>(132)</sup> Art. 2, comma 1, della Direttiva.

competenti tutti gli Stati membri nei cui confronti la lite aveva natura «*trasfrontaliera*»<sup>(133)</sup> (fermo restando che, in questo caso, siffatta nozione non vale nella sua concezione allargata). Si tratta dunque di uno degli Stati membri ove le parti in lite avevano la loro residenza abituale o il loro domicilio nel momento in cui la «*mediazione*» ha avuto corso. Questa conclusione è avvalorata anche alla luce di alcune preoccupazioni manifestate dal legislatore con riferimento all'ambito delle liti in materia di famiglia<sup>(134)</sup> (su cui immediatamente si dirà), che non avrebbero forse senso di esistere, se si accogliesse invece la tesi che la competenza in discussione sarebbe attribuita ad un solo Stato fra quelli citati.

La Direttiva non fornisce poi alcuna indicazione circa la tipologia della procedura che deve essere seguita dalle autorità cui verrà attribuita competenza in materia<sup>(135)</sup>. Verosimilmente, però, qualora l'esecutività dovesse essere attribuita con sentenza, non dovrebbe trattarsi di un giudizio a cognizione piena, poiché se così fosse verrebbe praticamente vanificato lo scopo della disciplina introdotta dalla Direttiva.

Osta però ad ottenere la dichiarazione di esecutività se l'accordo in questione è contrario alla legge dello Stato membro (compreso il diritto internazionale privato<sup>(136)</sup>) in cui viene presentata la richiesta ovvero se la legge di tale paese non ne prevede l'esecutività<sup>(137)</sup>. Ciò presuppone dunque che l'autorità, richiesta per la dichiarazione di esecutività, effettui un controllo sul contenuto dell'accordo, seppure limitato a tali elementi. Per contro, non dovrebbero sussistere ragioni diverse per rifiutare la dichiarazione di esecutività<sup>(138)</sup>.

Il provvedimento, che – mediante la citata procedura istituita dalla Direttiva – rende esecutivo in uno Stato membro il contenuto dell'accordo di «*mediazione*», dovrebbe essere ulteriormente riconosciuto e dichiarato esecutivo nell'Unione (dunque, non solo negli Stati membri per cui rileva come «*trasfrontaliera*» la lite da cui discende la «*mediazione*»), in base alla normativa comunitaria o nazionale applicabile<sup>(139)</sup> e, in particolare, sulla scorta di quanto rispettivamente disposto dal regolamento del Consiglio n.

---

<sup>(133)</sup> Art. 2, comma 1, della Direttiva, in precedenza commentato.

<sup>(134)</sup> *Considerando* n. 21 alla Direttiva.

<sup>(135)</sup> Una volta individuate le autorità in questione, gli Stati membri dovranno indicarle alla Commissione: art. 6, comma 3, della Direttiva.

<sup>(136)</sup> *Considerando* n. 19 alla Direttiva.

<sup>(137)</sup> Art. 6, comma 1, seconda frase, della Direttiva.

<sup>(138)</sup> *Considerando* n. 19 alla Direttiva.

<sup>(139)</sup> Art. 6, comma 4, della Direttiva.

44/2001 <sup>(140)</sup> (disciplinate fra l'altro il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) e n. 2201/2003 <sup>(141)</sup> (pure avente anche la medesima finalità, ma riferito alla materia matrimoniale ed a quella concernente la responsabilità genitoriale).

Con riferimento al secondo, il legislatore della Direttiva <sup>(142)</sup> sottolinea che in base a tale regolamento, per essere riconosciuti e resi esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi raggiunti fra le parti devono essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi <sup>(143)</sup>. Ciò risponde alla preoccupazione (cui si è prima fatto riferimento) di impedire azioni di *forum shopping* alle parti di un accordo, discendente da una «*mediazione*» su una lite «*trasfrontaliera*» <sup>(144)</sup> in materia di famiglia ove non siano in gioco diritti indisponibili. Cosa che potrebbe configurarsi quando il contenuto di un simile accordo può essere reso esecutivo solo in alcuni degli Stati membri per i quali la lite, da cui esso scaturisce, rileva come «*trasfrontaliera*». In simili circostanze, infatti, le parti <sup>(145)</sup> potrebbero rivolgersi alle autorità di quello tra tali Stati il cui diritto interno consente di far dichiarare esecutivo l'accordo, per poi estenderne l'esecutività così ottenuta anche agli altri Stati che ciò invece non riconoscevano, facendo all'uopo forza sul citato regolamento n. 2201/2003. È allora ragionevole domandarsi se il legislatore della Direttiva, non potendo evidentemente influire sul contenuto di detto regolamento, non abbia forse così voluto indicare un principio di ordine pubblico comunitario.

Fermo il meccanismo da essa introdotto, la Direttiva non pregiudica tuttavia le norme attualmente vigenti negli Stati membri in materia di esecuzione degli accordi risultanti da una «*mediazione*» <sup>(146)</sup>.

A ben vedere, considerati i limitati casi in cui l'apposito meccanismo voluto dalla Direttiva può operare (a causa dei citati emendamenti approvati dal Parlamento Europeo), verosimilmente la strada per ottenere la dichia-

---

<sup>(140)</sup> Regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, cit.

<sup>(141)</sup> Regolamento del Consiglio n. 2201/2003/CE del 27 novembre 2003, cit.

<sup>(142)</sup> *Considerando* n. 21 alla Direttiva.

<sup>(143)</sup> Art. 46 del regolamento n. 2201/2003/CE, cit., il quale sancisce: «*Gli atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro nonché gli accordi fra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine sono riconosciuti ed eseguiti alle stesse condizioni previste per le decisioni*».

<sup>(144)</sup> Art. 2, comma 1, della Direttiva.

<sup>(145)</sup> È bene ribadire che la Direttiva (art. 6, comma 1) presuppone che vi sia il consenso unanime delle parti a che l'accordo, derivante dalla mediazione di una lite «*trasfrontaliera*», venga dichiarato esecutivo secondo la procedura introdotta dalla Direttiva.

<sup>(146)</sup> *Considerando* n. 22 alla Direttiva.

razione di esecutività resta – sul piano pratico – quella affidata alle norme nazionali lasciate impregiudicate dalla Direttiva.

Con riferimento all'ordinamento italiano, rileva allora l'art. 474 c.p.c., secondo cui sono titoli esecutivi «*le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute*» nonché «*gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli*». Questi ultimi possono legittimare anche l'esecuzione forzata per consegna o rilascio, ma non quella in forma specifica, che necessita di un titolo esecutivo rappresentato solo da una sentenza.

Di conseguenza, per avere facilmente efficacia esecutiva, in Italia un accordo conseguente ad una «*mediazione*» (discendente o meno da una lite «*trasfrontaliera*» concernente diritti liberamente disponibili dalle parti), ma anche da una diversa procedura *A.D.R.*, può essere concluso – a seconda di che cosa costituisce il suo contenuto – sotto forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata. Sul piano pratico, il creare quest'ultima è oggi facilitato anche grazie al riconoscimento dell'efficacia giuridica per le nuove tecnologie di firma digitale <sup>(147)</sup>.

Attribuita così efficacia in Italia agli accordi in questione, essi potranno altresì beneficiare del citato regolamento n. 44/2001. In effetti, il suo art. 57 dispone che, su istanza di parte, gli «*atti pubblici formati ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato membro*» (nel nostro caso l'Italia) sono dichiarati esecutivi negli altri Stati, seguendo la medesima particolare procedura prevista a tal fine per le decisioni. Norma pressoché analoga è prevista dal menzionato regolamento n. 2201/2003 <sup>(148)</sup>, il quale non si limita a parlare solo di «*atti pubblici*» aventi dette caratteristiche, ma anche di «*accordi tra le parti aventi efficacia esecutiva nello Stato membro di origine*». In ogni caso, così agendo, non sussiste alcun rischio di *forum shopping*, siccome per tutti i casi disciplinati da entrambe tali regolamenti, è chiaro che – per ottenere esecutività nell'Unione – l'accordo deve prima rivestire una forma idonea a conferirgli esecutività nel paese ove esso viene formato o trasfuso in un atto pubblico.

Per quanto concerne la conciliazione delle controversie in materia societaria condotta dinanzi agli organismi riconosciuti dal Ministero della Giustizia, invece, in Italia esiste una soluzione privilegiata. Infatti, la conciliazione viene innanzitutto riportata nel verbale sottoscritto dalle parti e dal conciliatore <sup>(149)</sup>. Poi tale documento, previo accertamento della sua regola-

---

<sup>(147)</sup> COMBA, *Il valore degli accordi di conciliazione*, in *ADR: la negoziazione assistita nei conflitti economici*, cit., p. 151.

<sup>(148)</sup> Art. 46 del regolamento n. 2201/2003/CE, cit.

<sup>(149)</sup> Il verbale di conciliazione deve anche riportare gli estremi dell'iscrizione, nel regi-

rità formale, viene omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo che ha curato la conciliazione. Esperate dette formalità, il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale <sup>(150)</sup>. Ovviamente, siffatto titolo esecutivo potrà successivamente essere reso esecutivo nell'Unione, sempre per effetto del menzionato art. 57 del regolamento n. 44/2001.

ERMENEGILDO MARIO APPIANO

---

stro tenuto presso il Ministero della Giustizia, dell'organismo che l'ha condotta (art. 40, comma 7, d. lgs. 5/2003, cit.).

<sup>(150)</sup> Art. 40, comma 8, d. lgs. 5/2003, cit.