

BREVI NOTE AL MODELLO DI LEGGE UNIFORME UNCITRAL SULLA CONCILIAZIONE/MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE COMMERCIALI INTERNAZIONALI.

Dopo vari anni di gestazione in seno alla Commissione UNCITRAL, il *Modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione¹ delle controversie commerciali internazionali²* ha ricevuto l'approvazione da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite³. Finalizzato a promuovere l'armonizzazione delle leggi nazionali su tale materia, esso va così ad affiancare le *Regole conciliative UNCITRAL⁴*, adottate nel 1980 per creare un sistema procedurale cui le parti possano volontariamente richiamarsi quando intendono disciplinare l'attività di un terzo che interviene per aiutarle a raggiungere una transazione.

Va subito evidenziato che il *Modello di Legge UNCITRAL* si applica a qualunque caso in cui un terzo neutrale (singolo individuo o collegio) viene incaricato

¹ I termini “mediazione” e “conciliazione” vengono utilizzati come sinonimi, giacché nei vari Stati sussiste una certa confusione terminologica.

² Da ora, per brevità: il “*Modello di Legge UNCITRAL*”.

³ Nazioni Unite, Assemblea Generale, Risoluzione A/RES/57/18, adottata il 19 novembre 2002. La pubblicazione del *Modello di Legge UNCITRAL* verrà accompagnata da un'apposita *Guide to Enactment* esplicativa, al momento non disponibile sul sito internet di tale organizzazione internazionale (www.uncitral.org). In dottrina, si registra il commento di BESROUR, RIM, *CNUDCI-loi type sur la conciliation commerciale internationale*, in *La Semaine Juridique Édition Générale*, No 5, p. 185 (*JurisClasseur*, Paris, 29 gennaio 2003).

⁴ Da ora, per brevità: le “*Regole UNCITRAL*”, adottate il 4 dicembre 1980 dall'Assemblea Generale con Risoluzione 35/52, su cui G. PARRA-ARANGUREN, *El Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 1980)*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (Universidad Central de Venezuela, Caracas), 1995, p.125-135.

di promuovere la composizione amichevole di una lite in materia commerciale tra parti appartenenti a paesi diversi, a prescindere dalla metodologia da lui prescelta per aiutare i litiganti ad accordarsi.

Ciò consente di valorizzare su un piano di pari dignità le molteplici quanto eterogenee esperienze maturate in materia⁵, il cui comune denominatore è costituito dai presupposti su si fonda il loro funzionamento e che, nel contempo, costituiscono la ragione del loro successo: la volontarietà, in quanto le parti sono sempre libere di decidere se partecipare agli incontri ovvero di interromperli definitivamente in qualsiasi momento, senza subire pregiudizio alcuno; l'assoluta neutralità rispetto agli strumenti contenziosi a disposizione dei litiganti, conservando questi ultimi la piena libertà di adire come e quando credono i giudici o gli arbitri competenti; l'imparzialità del terzo conciliatore/mediatore; la riservatezza, fondamentale per consentire alle parti di esprimersi liberamente durante gli incontri, eliminando il timore che le dichiarazioni rese in tale contesto possano successivamente ritorcersi contro in sede giudiziaria.

Senza alcuna pretesa di esaustività, pare bene tentare un raggruppamento schematico di dette esperienze. Un primo insieme è dato dalle tecniche riconducibili alla conciliazione/mediazione "maieutica" o "facilitativa", dove il terzo neutrale promuove solo il dialogo tra i litiganti, inducendoli sì a riflettere pacatamente, ma ben

⁵ Per la bibliografia nonché lo studio delle esperienze in tema di procedure volte alla conciliazione/mediazione extragiudiziaria delle liti (solitamente definite con il termine *A.D.R.*, *Alternative Dispute Resolutions*, traducibile in: Sistemi Alternativi di Soluzione delle Controversie), mi permetto di rinviare al mio scritto *Mediation e processo civile*, pubblicato su *questa Rivista*, 2002, p.1, nonché alla recente interessante opera di P.L. NELA, *Tecniche di mediazione delle liti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p.1017. La ricerca elaborata da M. HAYENS, L. HAYENS, L.S. FONG, *La mediazione – Strategie e tecniche per la risoluzione positiva dei conflitti*, Roma, 2003, può invece considerarsi una pietra miliare nell'elaborazione di una teoria scientifica sui processi di conciliazione/mediazione.

guardandosi dall'esercitare qualsiasi interferenza sulle loro valutazioni in merito al possibile oggetto dell'accordo. Nel secondo insieme rientra la conciliazione/mediazione "valutativa", in cui il terzo neutrale si spinge anche a formulare proposte circa il contenuto stesso dell'eventuale transazione. Una variante a quest'ultimo sistema è rappresentata dalle esperienze costituenti il terzo insieme, caratterizzate dalla circostanza che, ancor prima dell'inizio degli incontri, una delle parti spontaneamente si obbliga ad accettare la proposta che verrà ipotizzata dal terzo neutrale, mentre l'altro litigante rimane sempre libero di aderirvi o respingerla.

Quanto sopra detto, circa il campo di applicazione del *Modello di Legge UNCITRAL*, non dovrebbe venire smentito dalla circostanza che esso consente al terzo conciliatore/mediatore di formulare proposte per una soluzione transattiva della lite sottopostagli⁶. A ben vedere, infatti, si tratta della previsione di una mera facoltà, il cui inserimento risponde solo all'esigenza di legittimare la pratica della conciliazione/mediazione "valutativa". Conseguentemente, non sorge alcuna difficoltà per chi segue la metodologia "maieutica" o "facilitativa", giacché basterà non avvalersi di simile facoltà.

Al contrario, le *Regole UNCITRAL* paiono piuttosto propendere per la conciliazione/mediazione "valutativa", giacché tendono a richiedere al terzo neutrale di esprimere una proposta transattiva, una volta che egli abbia acquisito una propria opinione sui fatti oggetto di controversia⁷.

⁶ Art.6, comma 4, del *Modello di Legge UNCITRAL*: "The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposal for a settlement of the dispute".

⁷ Art.7 delle *Regole UNCITRAL*: "(1) The conciliator assists the parties in an independent and impartial manner in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute. (2) The conciliator will be guided by principles of objectivity, fairness and justice, giving consideration to, among other things, the rights and obligations of the parties, the usages of the trade concerned and the circumstances surrounding the dispute, including any previous business practices between the parties.

Merita poi sottolineare che il *Modello di Legge UNCITRAL* non vuole disciplinare i tentativi di conciliazione esperiti da giudici o arbitri nel corso dei procedimenti contenziosi loro deferiti⁸. La spiegazione di ciò è solo parzialmente riconducibile al motivo che l'attività di tali organi è solitamente regolata dalle norme di legge nazionale in materia di procedura civile, le quali – qualora andassero modificate per conformarle a quanto previsto dal *Modello* – potrebbero costituire fonte di forti resistenze, sì da ostare alla sua adozione. L'altra ragione di detta esclusione consiste verosimilmente nella profonda differenza di fondo, esistente tra l'azione conciliativa svolta dai giudici o dagli arbitri e quella del terzo neutrale, rinvenibile non tanto nelle tecniche di mediazione applicate, quanto nello specifico contesto in cui si svolge la loro azione⁹. Difatti, le parti di un processo non sono affatto “libere” di decidere se prendere parte al procedimento contenzioso (l'assenza pregiudica la capacità di difendersi e può condurre alla condanna in contumacia) e, tanto meno, di esprimersi senza remore (ad ascoltarle, infatti è proprio chi deciderà la controversia con effetto vincolante, qualora non intervenga la transazione).

(3) *The conciliator may conduct the conciliation proceedings in such a manner as he considers appropriate, taking into account the circumstances of the case, the wishes the parties may express, including any request by a party that the conciliator hear oral statements, and the need for a speedy settlement of the dispute. (4) The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute. Such proposals need not be in writing and need not be accompanied by a statement of the reasons therefor.*” Articolo 13, comma 1, delle medesime: “(1) *When it appears to the conciliator that there exist elements of a settlement which would be acceptable to the parties, **he formulates** the terms of a possible settlement and submits them to the parties for their observations. After receiving the observations of the parties, the conciliator may reformulate the terms of a possible settlement in the light of such observations.*”(grassetto e sottolineatura da me aggiunti). In effetti, le disposizioni citate (ed in particolare l'art.13, comma 1) tendono a spingere il terzo conciliatore/mediatore, che agisce seguendo le regole procedurali formulate dall'UNCITRAL, ad indicare ai litiganti una proposta transattiva che non si limita a riassumere i punti di incontro raggiunti dai litiganti, ma lascia spazio all'introduzione dell'elaborato personale del terzo stesso.

⁸ Art.1, comma 9, lett. a), del *Modello di Legge UNCITRAL*.

⁹ M. HAYENS, L. HAYENS, L.S. 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*”.

Chiarito ciò, pare utile concentrare l'attenzione sui punti più significativi del *Modello di Legge UNCITRAL*: le regole di condotta richieste al conciliatore/mediatore nonché la tutela della riservatezza di tutto quanto emerge nel corso delle procedure in questione.

Quanto al primo aspetto, viene riconosciuta al terzo conciliatore/mediatore la facoltà di condurre gli incontri nel modo che egli ritiene più opportuno, a meno che le parti pattuiscano diversamente. Egli deve comunque preoccuparsi di trattare in modo corretto ed imparziale i litiganti¹⁰, tenendo però conto delle specifiche circostanze del caso sottopostogli. Quest'ultima specificazione sembra forse avvallare la tesi che, qualora ravvisi uno sbilanciamento forte tra i litiganti (ad esempio, sul piano psicologico ovvero su quello della preparazione giuridica), il terzo conciliatore/mediatore possa agire per tentare di riequilibrare la situazione, curando tuttavia di non perdere o compromettere la propria neutralità. Come intervenire in concreto, resta comunque oggetto di forte dibattito¹¹. L'imparzialità, dunque, si conferma essere uno degli aspetti più delicati della materia, tanto da spingere anche la

¹⁰ Art.6, comma 3, del *Modello di Legge UNCITRAL*, il cui testo; nella versione inglese, statuisce “*In any case, in conducting the proceedings, the conciliator shall seek to maintain fair treatment of the parties ...*”; in quella francese “*Dans tous les cas, le conciliateur s'efforce, dans la conduite de la procédure, d'accorder aux parties un traitement équitable et, ...*”; in quello spagnolo “*En cualquier caso, el conciliador procurará dar a las partes un tratamiento equitativo, ...*”

¹¹ Le ipotesi prefigurate sopra nel testo risultano piuttosto differenziate, comprendendo: situazioni estreme, in cui una parte appaia assolutamente incapace di reggere la discussione (nel qual caso M. HAYENS, L. HAYENS, L.S. FONG, *op. cit.*, p.46, ritengono che il conciliatore/mediatore debba interrompere l'incontro e suggerire a chi in difficoltà di richiedere l'assistenza di uno psicologo ovvero di un consulente legale, in base alla necessità); situazioni – invece molto frequenti nella prassi – in cui uno dei litiganti tenti di persuadere l'altro prospettandogli velatamente il rischio di subire, a causa del conflitto, conseguenze pregiudizievoli non strettamente collegate alla materia del contendere, senza tuttavia spingersi a formulare minacce rilevanti sotto il profilo penale o civile (secondo i citati autori, *ibidem*, pp.71 e 108, in queste ultime circostanze il compito del conciliatore/mediatore consiste semplicemente nell'interrompere mediante adeguate tecniche comunicative il “*gioco di potere*” messo in atto da chi incute timore, riequilibrando così la posizione delle parti).

Commissione della Comunità Europea a dedicarci in tempi piuttosto recenti due apposite raccomandazioni¹².

Secondo la disciplina sancita nel *Modello di Legge UNCITRAL*, il terzo conciliatore/mediatore è autorizzato ad effettuare incontri separati con le parti in lite, i quali costituiscono un elemento solitamente caratterizzante le varie tecniche esistenti in materia nonché essenziale per il successo dell'attività conciliativa¹³. La scelta, fatta nel *Modello*, è favorire al massimo la libertà di azione di chi conduce gli incontri, impedendogli di non divulgare all'altro litigante solo quelle informazioni, ricevute durante la sessione separata, che il dichiarante abbia espressamente chiesto di mantenere riservate. Non va comunque dimenticato che le tecniche più raffinate suggeriscono allo stesso conciliatore/mediatore di chiedere sempre se e cosa egli possa divulgare di quanto comunicatogli nel corso delle sessioni separate, al fine di assicurare le parti e favorire conseguentemente l'accrescere della loro confidenza nei suoi confronti.

Quanto alla tutela della riservatezza, è utile ribadire la sua stretta ed inscindibile funzionalità al buon esito degli incontri di conciliazione/mediazione. Da un canto, il *Modello di Legge UNCITRAL* impone a chi conduce gli incontri (nonché alle persone che lo assistono, ad esempio per i servizi di segreteria) di non divulgare a terzi nulla di quanto venuto a conoscenza nello svolgimento del proprio compito, a

¹² 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 *GUCE* L109 del 19 aprile 2001, p.56; 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 *GUCE* L115 del 17 aprile 1998, p.31. A tali atti, si è recentemente aggiunto il *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione della controversie in materia civile e commerciale*, presentato il 19 aprile 2002: COM (2002) 196 def.

¹³ Art.7 del *Modello di Legge UNCITRAL*.

meno che i litiganti pattuiscono diversamente¹⁴. Sembrerebbe allora lecito pensare che ciò dovrebbe comportare anche l'insorgere di un corrispondente diritto al segreto professionale, in capo al conciliatore/mediatore ed ai suoi eventuali assistenti. Dall'altro, con riferimento a quanto emerso nel corso delle procedure di conciliazione/mediazione, ne viene specificamente vietata l'utilizzazione come prova in qualsiasi tipo di procedimento contenzioso¹⁵. Tale divieto, posto dal *Modello*, si riferisce sia all'impiego di documentazione, sia alla chiamata del conciliatore/mediatore e dei suoi assistenti a deporre come testi, qualora ciò abbia lo scopo di introdurre a fini probatori in un giudizio: le posizioni espresse dalle parti, in merito alla loro volontà di partecipare alla procedura di conciliazione/mediazione nonché alle condizioni cui esse sarebbero state disposte a concludere un accordo transattivo; le ammissioni o le dichiarazioni rese dai litiganti circa i fatti controversi; le proposte formulate dal conciliatore/mediatore e la determinazione assunta al riguardo dalle parti; qualsiasi documento creato esclusivamente ai fini della procedura conciliativa.

L'operatività delle summenzionate disposizioni subisce però alcune limitazioni nel *Modello di Legge UNCITRAL*. Il dovere di riservatezza ed il divieto all'utilizzare come prova le risultanze degli incontri di conciliazione/mediazione non valgono infatti in due precise circostanze¹⁶. In primo luogo, quando la divulgazione è imposta dalla legge. Come si apprende dalla lettura dei lavori preparatori¹⁷, dovrebbe

¹⁴ Art.9 del *Modello di Legge UNCITRAL*.

¹⁵ Art.10 del *Modello di Legge UNCITRAL*.

¹⁶ Art.9 (nel finale) e 10 (comma 3) del *Modello di Legge UNCITRAL*.

¹⁷ REPORT OF THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW ON ITS THIRTY-FIFTH SESSION (17-28 June 2002), *General Assembly, Official Records, fifty-seventh session, Supplement n.17 (A757/18)*, pagg.11-14 (commento agli artt.10 e 11 del *Progetto di Modello di Legge UNCITRAL*, la cui numerazione è cambiata nel testo definitivo).

tuttavia trattarsi di un'ipotesi da interpretarsi restrittivamente, ravvisandone la sussistenza solo in presenza di una specifica disposizione legislativa in materia¹⁸, situazione cui non sarebbero equiparabili gli ordini dati dall'autorità giudiziaria sulla base di norme generali dell'ordinamento giuridico nazionale. In secondo luogo, la divulgazione di dette informazioni è ammessa quando servano per ottenere l'esecuzione forzata dell'accordo transattivo concluso dalle parti.

Va tuttavia chiarito che i fatti dichiarati e la documentazione mostrata durante gli incontri di conciliazione/mediazione non diventano *di per sé* inutilizzabili come prove, per il solo fatto di essere stati comunicati in tale particolare sede. Il *Modello di Legge UNCITRAL* prevede, infatti, che ciò possa costituire oggetto di prova nei

¹⁸ Come spiegato nella nota n.2 al primo comma dell'art.1 del *Modello di Legge UNCITRAL*, esso è stato strutturato in modo tale da essere utilizzabile – qualora il legislatore nazionale lo ritenga (e fermo restando che non sussiste alcun obbligo giuridico ad imporne l'adozione) – anche per disciplinare le procedure di conciliazione/mediazione per le controversie commerciali aventi carattere puramente interno. In tale ottica, ci si può chiedere se gli obblighi di riservatezza, previsti dal *Modello* stesso (esaminati nel testo), siano compatibili con le linee di riforma del nostro diritto processuale civile, ove sembra si stia prefigurando l'introduzione e la disciplina dei servizi di conciliazione resi da soggetti estranei all'ordinamento giudiziario. Vale allora la pena di ricordare che questi ultimi hanno già ricevuto una sommaria regolamentazione in occasione della riforma del diritto processuale societario (Titolo VI del Dlgs. 17 gennaio 2003, n.5, su cui: MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le Società*, 2003, n.5, p.657), che pare essere il laboratorio di studio per quella più ampia di tutta la procedura civile. L'art.40, comma 2, di detto decreto legislativo conteneva una previsione che comprometteva seriamente la riservatezza di tutto il procedimento conciliativo: “*Il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungano un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedono. ...omissis ...*”. Ci si poteva domandare, allora, se tale situazione rientrasse nella deroga prevista dal *Modello di Legge UNCITRAL* ai citati art.9 (nel finale) e 10 (comma 3), secondo cui le proposte formulate dal conciliatore/mediatore e le posizioni espresse al riguardo dalle parti possono essere rivelate e costituire oggetto di prova, quando ciò venga disposto dalla legge. A prescindere dalla risposta cui si fosse pervenuti al riguardo, restava comunque da capire se la scelta fatta dal legislatore italiano risultasse effettivamente opportuna, giacché di fatto pregiudicava gravemente – minandone proprio i presupposti – il buon funzionamento dei meccanismi conciliativi, che invece avrebbe voluto promuovere (su questo punto, mi permetto di rinviare nuovamente al mio scritto *Mediation e processo civile*, cit.). Questo problema è stato fortunatamente risolto mediante la recente modifica introdotta con il d. lgs. 6 febbraio 2004, n.37 (in *G.U.* del 14 febbraio 2004, n.37, *Suppl. Ord.* n.24), ove si è previsto che il verbale di fallita conciliazione venga redatto solo se entrambe le parti lo richiedono.

giudizi aventi carattere contenzioso, a condizione che non venga lì introdotto utilizzando come “cavallo di Troia” la procedura di conciliazione/mediazione ed i soggetti da essa coinvolti¹⁹.

Sempre nell’ottica di salvaguardare la riservatezza, è stato previsto il divieto (corrispondente ad un’idea assolutamente ovvia per le tecniche esistenti nella materia in esame) per il terzo conciliatore/mediatore di ricoprire il ruolo di arbitro o giudice in qualsiasi giudizio instaurato tra le parti in merito ai fatti portati a sua conoscenza, a meno che queste ultime lo consentano²⁰.

Prima di concludere, sembra utile dedicare ancora qualche parola su come il *Modello di Legge UNCITRAL* tratta un particolare aspetto dei rapporti tra procedura di conciliazione/mediazione e strumenti contenziosi, e precisamente l’impegno (ormai presente nella prassi della contrattualistica internazionale) assunto dalle parti di non ricorrere ai secondi se non dopo avere esperito la prima. Nel *Modello* è riconosciuta la validità di simili accordi²¹, facendo sì discendere – in caso di loro violazione – l’obbligo di assicurarne l’effettività in capo agli arbitri o ai giudici nazionali “frettolosamente” aditi dai litiganti (e cioè senza aver previamente posto in essere la procedura di conciliazione/mediazione pattuita ovvero senza averne atteso la conclusione²²), ma con un’importante limite, rappresentato dal fatto che le parti devono restare comunque libere di richiedere le misure necessarie per salvaguardare l’esistenza dei loro diritti oggetto di controversia.

¹⁹ Art.10, comma 5, del *Modello di Legge UNCITRAL*.

²⁰ Art.12 del *Modello di Legge UNCITRAL*.

²¹ Art.13 del *Modello di Legge UNCITRAL*.

²² Il *Modello di Legge UNCITRAL* contiene anche le norme per stabilire quando possa considerarsi iniziata (art.4) nonché conclusa (art.11) una procedura di conciliazione/mediazione.

Tale riserva appare significativa, giacché le clausole solitamente redatte nella prassi prevedono un generale impegno delle parti a ricorrere alla conciliazione/mediazione prima di iniziare qualsiasi procedimento giudiziale o arbitrale, senza tuttavia specificare che ciò non pregiudica la loro possibilità di avvalersi della tutela in via cautelare. Interpretando una clausola così scritta, si potrebbe forse giungere alla pericolosa conclusione che le parti – allo scopo di non inasprire gli animi e predisporre il terreno più favorevole al successo delle trattative sulla transazione – abbiano voluto estendere l’impegno in questione anche alla richiesta delle misure d’urgenza, la cui capacità di risultare efficaci verrebbe pertanto gravemente pregiudicata dal decorso del tempo occupato dalla procedura di conciliazione/mediazione.

ERMENEGILDO MARIO APPIANO