

33. Co-autore, "Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario, a cura di G. Alpa e T. Galletto, *"L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario"*, Editore Giuffrè, Milano, 2004.

L'ARBITRATO E LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE NEL NUOVO DIRITTO SOCIETARIO

di

TOMASO GALLETTO

SOMMARIO: A. L'ARBITRATO. - 1. Premessa. - 2. Uno sguardo d'insieme. - 3.

Il possibile oggetto delle clausole compromissorie statutarie: dalle incertezze del passato alle ambiguità del futuro. - 4. Il residuo ambito di operatività del compromesso. - 5. La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale e la sorte dell'arbitrato irrituale endosocietario. - 6. Questioni non compromettibili, validità di delibere assembleari ed impugnativa del lodo.- 7. La tutela cautelare di fronte all'arbitrato endosocietario. -8. L'arbitraggio endosocietario. –

B. LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE. - 1. Premessa. - 2. La conciliazione ed il fenomeno delle Alternative Dispute Resolution (ADR): uno sguardo d'insieme. - 3. Cenni sull'esperienza italiana: dal tentativo obbligatorio di conciliazione alle ipotesi di disciplina generale del fenomeno; le iniziative dell'autonomia privata. - 4. La conciliazione stragiudiziale nell'ambito della riforma del processo in materia di diritto societario, di intermediazione finanziaria nonché in materia bancaria e creditizia (D. Lg.vo 17 gennaio 2003 n. 5). - 5. I lineamenti dell'istituto. - 6. Il rapporto tra l'ente che amministra il tentativo di conciliazione e le parti e le responsabilità conseguenti. - 7. L'ambito della conciliazione nella materia societaria: il problema dei diritti indisponibili. - 8. Le prospettive di diffusione del tentativo di conciliazione su base volontaristica: un difficile cammino.

A. L'ARBITRATO

1. Premessa

Le controversie societarie, per tali intendendosi quelle insorgenti tra i soci, ovvero tra essi e la società ovvero in taluni casi tra la società ed i suoi amministratori, costituiscono da sempre il terreno di elezione per l'arbitrato. Come è noto, peraltro, questo terreno non è privo di insidie per l'arbitrato, che da una certa parte della giurisprudenza è sempre stato visto con disfavore, ritenendosi ingiustificata la sottrazione alla giurisdizione della

soluzione di controversie che possono riguardare questioni lato sensu riconducibili all'ordine pubblico economico.

In questa prospettiva, e pur a fronte degli innegabili vantaggi della soluzione arbitrale delle controversie endosocietarie (celerità del giudizio, riservatezza delle vicende, possibilità di avvalersi di "giudici" particolarmente esperti nella materia) chi scorra i repertori di giurisprudenza degli ultimi quarant'anni dovrà constatare che a fronte di enunciazioni di principio relativamente permissive in tema di arbitrato endosocietario - le soluzioni concretamente assegnate in tema di compromettibilità o meno nella materia considerata sono tendenzialmente restrittive.

L'impressione che si ricava da siffatta indagine è quella di una malcelata ritrosia a consentire la sottrazione al giudice togato di una rilevante parte delle controversie in materia commerciale, e ciò forse a causa della ingiustificata ma diffusa opinione che vede nella soluzione arbitrale delle controversie una sorta di giustizia ancillare e comunque meno rassicurante di quella ordinaria.

Ai pratici della materia non sfugge l'intrinseca debolezza di siffatta opinione di disfavore per la giustizia arbitrale, che proprio nell'ambito delle controversie societarie trova la più significativa smentita essendo comune esperienza la insoddisfazione crescente rispetto alla soluzione giurisdizionale dei conflitti in materia commerciale.

Non poteva quindi che essere accolta positivamente l'iniziativa contenuta nella legge di delega al governo per la riforma del diritto societario (legge 3 ottobre 2001 n. 366) volta ad ampliare la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie per la soluzione delle controversie societarie.

Ferma restando la soddisfazione per l'apertura dimostrata dal legislatore delegante verso l'arbitrato in materia societaria, non può sottacersi la perplessità suscitata dalla formulazione dell'art. 12 comma 3 della legge delega il quale, come è noto, consentiva al governo la possibilità di ipotizzare clausole compromissorie statutarie anche in deroga agli artt. 806 e 808 del c.p.c. con la precisazione che ove la controversia riguardi questioni che non possono formare oggetto di transazione il giudizio arbitrale deve necessariamente aver luogo secondo diritto con impugnabilità del lodo anche per violazione di legge.

L'attuazione della delega era quindi attesa con molto interesse, tenuto conto della infelice formulazione in parte qua della legge delega, che sembrava ammettere l'arbitrabilità di controversie intransigibili.

La pubblicazione del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5 ha posto fine alle attese, dando attuazione con il titolo V alla delega in materia di arbitrato endosocietario con effetto dal 10 gennaio 2004.

Conviene allora esaminare le scelte operate in sede di legislazione delegata.

2. Uno sguardo d'insieme.

La disciplina dell'arbitrato in materia societaria è contenuta negli artt. 34, 35 e 36 del menzionato decreto legislativo (riguardando l'art. 37 una ipotesi di arbitraggio - e non già di arbitrato - alla quale pure si farà rapido cenno nel prosieguo).

Le norme appena richiamate sono dense di disposizioni, anche innovative, tutte connotate da un minimo comune denominatore costituito dal favor per l'arbitrato.

Alcune disposizioni definiscono antiche questioni ampiamente dibattute e variamente risolte (possibilità dell'intervento nel giudizio arbitrale, della chiamata di terzi, accessibilità della domanda di arbitrato attraverso il suo deposito presso il registro delle imprese e così via); altre disposizioni assumono carattere fortemente innovativo: il riferimento è, in particolare, alla necessaria nomina di tutti gli arbitri da parte di soggetto estraneo alla società ed alla possibilità per gli arbitri di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari impugnate nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria consenta la devoluzione agli arbitri della relativa questione.

L'aspetto più controverso della delega, quello relativo alla ipotesi di arbitrabilità di controversie altrimenti intransigibili, peraltro, ha trovato una soluzione non scevra da ambiguità.

A fronte della chiara affermazione della compromettibilità delle controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale (art. 34 comma 1) e per converso della non compromettibilità di quelle nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (art. 34 comma 5), si rinvengono infatti disposizioni che consentono agli arbitri di conoscere di questioni che per legge non possono costituire oggetto di giudizio arbitrale (art. 35 comma 3 e 36 comma 1).

E' pur vero che quando gli arbitri conoscono di questioni non compromettibili il lodo è impugnabile anche per violazione di legge, indipendentemente dall'eventuale contraria previsione della clausola compromissoria, ma l'antinomia tra la possibilità per gli arbitri di conoscere questioni non compromettibili ed i principi generali nella materia non sembra agevolmente superabile.

La relazione illustrativa della riforma ha sul punto cura di precisare che l'oggetto principale della controversia per essere arbitrabile debba necessariamente essere disponibile e che la clausola possa tuttavia prevedere il potere degli arbitri di conoscere in via incidentale di questioni non compromettibili (in quanto non transigibili).

I profili salienti della riforma sin qui segnalati (e gli altri dei quali ancora non si è fatto cenno) saranno approfonditi nel prosieguo - nei limiti consentiti dall'economia del presente lavoro; qui premeva sottolineare le caratteristiche principali del sistema, per consentirne una visione di insieme.

Come si vedrà, pur essendo innegabile lo sforzo operato in sede di attuazione della delega

al fine di consentire un ampio ricorso all'arbitrato, circostanza questa che non può non essere recepita con favore, e pur dovendosi dare atto di una particolare attenzione alle esigenze operative attraverso la codificazione di opzioni interpretative emerse via via nella casistica giurisprudenziale, la nuova disciplina dell'arbitrato in materia societaria suscita talune rilevanti perplessità, delle quali si cercherà di dare conto.

3. Il possibile oggetto delle clausole compromissorie statutarie: dalle incertezze del passato alle ambiguità del futuro.

Venendo ora ad esaminare il possibile oggetto delle clausole compromissorie statutarie deve subito rilevarsi che si tratta di uno degli aspetti cruciali della materia considerata.

Nella disciplina ante riforma, infatti, l'ambito delle controversie endosocietarie compromettibili in arbitrato ha sempre formato oggetto di acceso dibattito in dottrina ed in giurisprudenza.

A fronte di una significativa diffusione di clausole compromissorie statutarie che si riferiscono genericamente a tutte le controversie derivanti dal contratto sociale si è posta la questione di individuare quali tra queste controversie dovessero ritenersi escluse dall'ambito oggettivo di operatività dell'arbitrato, in quanto coinvolgenti interessi ulteriori rispetto a quelli individuali dei soci e quindi asseritamente non compromettibili.

Il punto di partenza delle indagini in ordine alla sottoponibilità o meno di una controversia societaria ad arbitrato è sempre stato costituito dal combinato disposto dell'art. 806 cod. proc. civ. con l'art. 1966 cod. civ., a mente del quale possono essere sottoposte ad arbitrato le controversie che a loro volta possono formare oggetto di transazione e quindi le sole controversie che abbiano ad oggetto diritti che per loro natura o per espressa disposizione di legge non siano sottratti alla disponibilità delle parti.

La disponibilità del diritto sostanziale controverso assurge quindi al ruolo discriminante tra arbitrabilità o meno della vicenda e l'oggetto dell'indagine si focalizza sulla individuazione delle situazioni indisponibili che si pongono come limite all'operatività della clausola compromissoria.

In questa prospettiva, in cui vi è una diffusa - anche se censurabile - tendenza ad equiparare le situazioni indisponibili con quelle prese in considerazione da norme inderogabili, si è assistito nel tempo ad una lenta erosione dei capisaldi che la giurisprudenza aveva posto a fondamento della interpretazione restrittiva in tema di compromettibilità delle controversie endosocietarie.

Da un atteggiamento di netta chiusura nei confronti dell'arbitrato, fondato sulla tesi secondo cui qualora la controversia tendesse a coinvolgere l'interesse della società ovvero quello di altri soci o di terzi essa non poteva essere devoluta in arbitrato, la giurisprudenza ha

elaborato un orientamento meno rigido, ancorché connotato da incertezze di un certo rilievo.

Dal riconoscimento della natura contrattuale del vincolo societario è conseguito l'ampliamento del novero delle situazioni disponibili riconosciute in capo al socio, con conseguente ampliamento delle controversie arbitrabili.

Emblematico, a questo riguardo, è il percorso della giurisprudenza in tema di impugnativa delle deliberazioni assembleari: da un iniziale atteggiamento negativo, fondato sul rilievo del coinvolgimento di interessi trascendenti quelli personali dei soci, nonché sulla presunta inderogabilità della competenza del giudice ordinario che dovrebbe desumersi dalla disciplina di cui all'art. 2378 cod. civ., si è passati sin dai primi anni sessanta a fondare il discrimine nella individuazione degli interessi concretamente incisi dalla vicenda arbitrale.

Non è più la natura della controversia (impugnativa di delibera assembleare) a rendere inammissibile la soluzione arbitrale, ma è l'oggetto della deliberazione ad orientare la soluzione; nella misura in cui l'oggetto della deliberazione coinvolga gli interessi di terzi ovvero della società la materia non sarebbe arbitrabile.

Si è quindi giunti ad una valutazione caso per caso in ordine alla sottoponibilità ad arbitrato di una controversia endosocietaria, con il conseguente formarsi di una ampia e variegata casistica nell'ambito della quale non è infrequente rinvenire soluzioni tra loro contrastanti.

Non è evidentemente possibile in questa sede approfondire l'indagine casistica, essendo sufficiente rilevare, in estrema sintesi, che nella più recente evoluzione giurisprudenziale il confine tra arbitrabilità o meno di una controversia endosocietaria sembra doversi collocare nella incidenza o meno della controversia sugli aspetti organizzativi della struttura societaria che si ritengano appartenere all'ordine pubblico economico, come tali indisponibili. Come si vedrà nel prosieguo, peraltro, anche questo confine è mobile, nel senso che la più recente giurisprudenza sembra orientata a non enfatizzare l'inderogabilità delle norme strutturali delle società.

Nel quadro di sostanziale incertezza in ordine al possibile oggetto della clausola compromissoria statutaria desumibile dagli orientamenti della giurisprudenza, in sede di progetti di riforma del diritto societario si è posto il problema di assicurare una maggiore fruibilità della soluzione arbitrale.

Già la bozza di legge delega elaborata dalla c.d. Commissione Mirone prevedeva, all'art. 7, comma ¹¹¹⁰, la possibilità che gli statuti delle società commerciali contenessero clausole compromissorie in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c.

Le perplessità da subito sollevate rispetto alla soluzione offerta, che scardinava l'equazione tra arbitrabilità e disponibilità dei diritti controversi, non hanno impedito la reiterazione di tale soluzione nell'ambito della legge delega per la riforma del diritto societario.

La formulazione della delega, in sé ambigua, ha posto le premesse per una soluzione, in

sede di attuazione della delega, in qualche modo equivoca.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, il legislatore delegato ha da un lato cercato di tenere fermo il principio per cui l'oggetto principale della controversia arbitrabile deve essere disponibile, ma ha consentito agli arbitri di conoscere incidentalmente di questioni non compromettibili, in deroga non tanto degli articoli 806 e 808, quanto dell'art. 819, I° comma c.p.c. che come è noto impone agli arbitri di sospendere il giudizio qualora per decidere essi debbano conoscere di questioni non compromettibili.

Si è persa così l'occasione di fare chiarezza attraverso l'enunciazione delle controversie che comunque non possono formare oggetto di clausola compromissoria: l'unico caso positivamente definito è quello riferito alle controversie nella quali è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, mentre per tutto il resto permane l'incertezza che connota l'interpretazione vigente, con l'ambiguità del riferimento alla delibazione incidentale di questioni non compromettibili a cui si accompagna, quale possibile rimedio, la previsione della impugnabilità per violazione di legge del lodo che ditali questioni abbia conosciuto.

Sempre con riferimento all'oggetto della clausola compromissoria è invece positivamente risolto dall'art. 34 comma 4 il problema relativo alle controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti.

Per la verità, quanto meno con riferimento all'azione di responsabilità di cui agli artt. 2392 e segg. cod. civ. nei confronti degli amministratori di società di capitali la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, era già giunta a ritenere che la relativa controversia potesse formare oggetto di arbitrato (sia rituale, sia irrituale) evidenziando un sicuro dato normativo di riferimento, costituito dalla previsione di cui all'art. 2393 ultimo comma cod. civ., a mente del quale la società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere relativamente ad essa, sia pure con il limite della mancata opposizione di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

Non si tratta quindi di una novità in senso assoluto e tuttavia la previsione normativa è opportuna non solo perché risolve il problema dell'opponibilità ad amministratori, liquidatori e sindaci della clausola compromissoria per effetto della accettazione dell'incarico, ma anche perché sembrerebbe intesa a superare le questioni ampiamente dibattute in passato in ordine al giudice competente a conoscere delle controversie in tema di compensi agli amministratori di società di capitali.

Come è noto, dopo una serie di oscillazioni giurisprudenziali il decreto legislativo 51/98 ha attribuito alla competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti tra amministratori e società amministrate; la riconduzione di tali controversie ai rapporti di parasubordinazione di cui all'art. 409 c.p.c. pone certamente un problema di coordinamento con la nuova normativa, in quanto l'art. 808, II° comma c.p.c. assegna rigorosi limiti all'arbitrabilità della materia considerata. Qui nuovamente emerge il

problema della sottoposizione ad arbitrato di questioni avente ad oggetto diritti indisponibili, posto che l'arbitrabilità delle controversie di cui all'art. 409 non può pregiudicare la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria.

La tenuta della devoluzione ad arbitrato di siffatte controversie è quindi tutt'altro che pacifica; non è questa la sede idonea per l'approfondimento della delicata questione e tuttavia sembrava opportuno fare cenno ad essa al fine di non sottacere un rilevante profilo.

Tirando le fila del discorso sin qui condotto in ordine al possibile oggetto della clausola compromissoria occorre prendere atto che sono destinate a permanere anche de futuro talune delle incertezze ed ambiguità che oggi contraddistinguono la soluzione da assegnarsi a vicende emblematiche della conflittualità endosocietaria (quali le impugnative dei bilanci, quelle relative agli aumenti di capitale, le controversie in tema di scioglimento della società, e così via).

4. Il residuo ambito di operatività del compromesso.

Enunciati i principi introdotti dalla riforma in tema di oggetto della clausola compromissoria è opportuno interrogarsi brevemente in merito al residuo ambito di operatività del compromesso nella materia considerata.

Ancorché statisticamente meno frequente, la devoluzione in arbitrato di controversie endosocietarie mediante compromesso conserva qualche spazio di operatività ed è quindi opportuno verificare se ed in quali limiti la nuova disciplina, direttamente riferibile ad arbitrati che discendano da clausole compromissorie, possa spiegare i suoi effetti anche con riferimento al compromesso.

La lettura sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 34 - 36 del decreto legislativo induce a ritenere le nuove disposizioni non applicabili al compromesso.

Alcune disposizioni, infatti, sono ontologicamente incompatibili con una controversia già sorta; altre, nella misura in cui si pongono in deroga alla disciplina ordinaria dell'arbitrato, non sembrano poter essere applicate al di fuori dei casi in esse espressamente previsti.

La relazione alla riforma, del resto, avverte che - sulla base di una rigorosa interpretazione della legge delega - il fenomeno del compromesso deve ritenersi escluso dall'ambito di operatività delle nuove disposizioni.

Acclarato allora, sulla base delle intenzioni espresse dal legislatore della novella, che essa non intende applicarsi al patto compromissorio occorre verificare entro quali limiti sia consentito all'autonomia delle parti ricorrere al compromesso.

In questa prospettiva non è dubbio che sorgano delicati problemi nell'ipotesi in cui il compromesso riguardi una controversia in cui è parte la società e ciò in quanto la scelta di

quest'ultima di aderire o meno alla composizione della lite mediante arbitrato non è indifferente rispetto alle posizioni soggettive dei singoli soci. La scelta di aderire al compromesso potrebbe impedire ai soci estranei alla lite l'intervento, tanto ad adiuvandum quanto ad opponendum, a meno che in sede di compromesso non si ritenga possibile dare ingresso, a livello negoziale, alla specifica disciplina prevista dalla novella legislativa in materia di clausola compromissoria.

Ancora, possono nascere rilevanti problemi in ordine alla certezza delle situazioni giuridiche definite mediante compromesso.

Se si ipotizza la devoluzione in arbitrato mediante compromesso della impugnativa di una delibera assembleare, infatti, occorre porsi il problema del coordinamento della soluzione ditale controversia in sede arbitrale con quella che potrebbe scaturire dalla impugnativa in sede contenzioso ordinaria della medesima delibera da parte di altri soci.

Poiché come è noto a seguito della novella del 1994 il principio della vis atractiva del giudice ordinario rispetto all'arbitro nell'ipotesi di connessione non è più operativo, ne deriva che potrebbero in astratto coesistere paralleli procedimenti arbitrali ed ordinari riferiti al medesimo oggetto, senza che si possa assegnare prevalenza all'uno o all'altro.

Si verrebbe così a configurare una situazione palesemente confliggente con la disciplina prevista dall'art. 2378 cod. civ. (anche nel testo novellato) secondo cui tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione anche se separatamente proposte devono essere istruite congiuntamente e decise con un'unica sentenza.

Diversa sorte, per contro, dovrebbe essere assegnata al compromesso nelle liti tra soci (sempre con riferimento, ovviamente, a diritti disponibili) e probabilmente in quelle relative all'azione di responsabilità nei confronti di amministratori (e sindaci) delle società di capitali.

Ammessa la arbitrabilità ditale ultime controversie, infatti, non sembrano ravvisabili ragioni per escludere che esse possano formare oggetto di compromesso in arbitri, ancorché ciò non sia previsto in sede statutaria.

5. La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale e la sorte dell'arbitrato irrituale endosocietario.

Il legislatore delegato ha ritenuto di intervenire incisivamente introducendo un modello procedimentale dell'arbitrato societario significativamente differenziato rispetto alla previsione del codice di rito.

Deve a questo proposito rilevarsi che nella legge delega non si rinviene una espressa autorizzazione in proposito, poiché l'art. 12 comma 3 sul punto è assai laconico.

Si potrà porre un possibile profilo di incostituzionalità della attuazione della delega in

quanto l'intervento del legislatore delegato sembrerebbe eccedere i limiti di essa.

Ciò detto in ordine ai rapporti tra legge delegante ed attuazione di essa conviene ora esaminare più da vicino il nuovo modello procedimentale dell'arbitrato descritto nella novella.

Un primo profilo sul quale occorre soffermarsi riguarda il potere di nomina degli arbitri. L'articolo 34 comma II° impone infatti, a pena di nullità, che la nomina di tutti gli arbitri sia effettuata da soggetto estraneo alla società, affidando in via surrogatoria tale potere al presidente del Tribunale.

Si tratta certamente di una previsione innovativa, finalizzata a sottolineare la posizione di terzietà degli arbitri rispetto alle parti ed a superare rilevanti profili di inoperatività della clausola compromissoria nell'arbitrato con pluralità di parti ovvero a fronte di clausole compromissorie che prevedano la nomina del collegio arbitrale con voto maggioritario dell'assemblea.

Non è inutile sottolineare l'opportunità della scelta operata, essendo note le difficoltà insorte in sede di applicazione di clausola compromissoria c.d. binaria a controversie che coinvolgano plurimi centri di interesse e la opinabilità della soluzione pragmatica offerta dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui uno spontaneo raggruppamento di interessi valutato ex post potrebbe consentire l'operatività della clausola anche qualora le parti formalmente contrapposte siano più di due.

Altrettanto opportunamente le nuove disposizioni escludono che la risoluzione delle controversie endosocietarie possa essere affidata ad un organismo precostituito all'interno della compagine sociale, così superandosi la problematica relativa alla ammissibilità della devoluzione di tali controversie al Collegio dei probiviri (situazione ricorrente nell'ambito delle società cooperative) ovvero al collegio sindacale (vicenda rara, ma della quale la giurisprudenza si è dovuta occupare).

In evidente collegamento con la facoltà per i terzi (e per i soci) di intervenire nel procedimento arbitrale le nuove disposizioni prevedono che la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto sia depositata presso il registro delle Imprese e sia resa accessibile ai soci (art. 35 comma 1°).

Così disponendo il legislatore presuppone, implicitamente ma chiaramente, che la domanda di arbitrato contenga sia il petitum che la causa petendi (coerentemente a quanto disposto dall'art. 2653 ultimo comma cod. civ.) ed esclude l'ulteriore ricorso alla prassi talvolta utilizzata di introduzione del procedimento arbitrale attraverso la sola nomina dell'arbitro di elezione della parte, con riserva di successiva formulazione dei quesiti.

Fortemente innovativa è evidentemente la previsione dell'intervento di terzi nel procedimento arbitrale, con il superamento ope legis delle perplessità che sul punto sono sempre state sollevate, giungendosi prevalentemente alla soluzione negativa

sostanzialmente per le stesse ragioni per le quali si dubitava della operatività della clausola compromissoria nell'arbitrato multiparte, almeno nella misura in cui il meccanismo di elezione degli arbitri non consentisse a ciascuna parte la nomina di un arbitro di propria elezione.

La formulazione dell'art. 35 II° comma sconta poi un evidente difetto di coordinamento tra la bozza presentata dal Consiglio dei Ministri e quella definitivamente licenziata, che ha introdotto il limite temporale dell'intervento dei terzi o dei soci nel procedimento arbitrale "fino alla prima udienza di trattazione" originariamente non previsto.

Limitatamente ai soggetti che rivestano la qualità di soci è ammesso l'intervento su istanza di parte e l'intervento per ordine del giudice (qui, dell'arbitro): sotto quest'ultimo profilo la previsione normativa è quanto mai opportuna allo scopo di consentire un effettivo contraddittorio in vicende che possano incidere anche indirettamente sugli interessi di soggetti inizialmente non coinvolti nella procedura arbitrale.

Si dispone altresì l'applicabilità dell'art. 820 comma II° del codice di procedura civile nel caso di intervento di terzi (o di altri soci) nel procedimento arbitrale; se ne desume che anche in questo caso gli arbitri possono prorogare per una sola volta e per non più di 180 giorni il termine per il deposito del lodo.

Di grande rilievo si rivelano ulteriori previsioni riferite al (nuovo) procedimento arbitrale in materia societaria.

Tale è certamente la disposizione contenuta all'art. 35 comma III° ai sensi della quale in questo procedimento non trova applicazione l'articolo 819 1° comma del codice di procedura civile. Nel silenzio della legge delega emerge con evidenza il carattere fortemente innovativo della previsione derogatoria dell'ordinaria disciplina e che consente agli arbitri di conoscere incidentalmente di questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale.

Qui il vulnus ai principi consolidati nella materia è molto evidente ed è conseguenza della difficoltà in cui si è trovato il legislatore delegato a fronte della possibilità consentita dalla legge delega di derogare al disposto degli artt. 806, 808 c.p.c.

Gli arbitri potranno quindi deliberare in via incidentale questioni relative a diritti indisponibili senza dovere, come per il passato, sospendere in tale ipotesi il giudizio arbitrale sino al passaggio in giudicato della sentenza che risolve la questione incidentale.

L'impugnabilità per violazione di legge, nonostante qualsiasi contraria previsione delle parti del lodo nel cui ambito gli arbitri abbiano conosciuto di questioni non compromettibili è evidente frutto della preoccupazione suscitate dalla deroga consentita al disposto dell'art. 819 I° comma c.p.c. Il controllo di legittimità riservato alla sede della eventuale impugnazione del lodo dovrebbe consentire, nelle intenzioni del legislatore delegato, il riequilibrio del sistema.

Così operando, peraltro, si finisce per rimettere all'autonomia privata la scelta di sottoporre o meno al controllo di legittimità la soluzione assegnata agli arbitri a questioni relativi a diritti indisponibili: se il lodo non è impugnato nei termini di cui all'art. 828 c.p.c. la decisione resta stabilizzata, ancorché essa si fondi sulla soluzione in via incidentale di questioni non compromettibili contrarie a norme imperative.

In questa prospettiva si evidenziano i limiti della opzione accolta sul punto dal legislatore delegato e trovano conferma le preoccupazioni e le critiche che da più parti sono state avanzate.

L'ulteriore previsione secondo cui il lodo è sempre impugnabile, ancorché si tratti di arbitrato internazionale, per erroes in procedendo (art. 829 I° comma c.p.c.) e per revocazione e opposizione di terzo (nei limiti indicati dall'art. 831 c.p.c.) non sembra aggiungere particolari novità, salvo che per l'arbitrato internazionale.

La disposizione secondo cui le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società (art. 35 comma IV°) si rivela criptica, nel senso che non è chiaro a quali fattispecie essa intenda riferirsi: se la società è parte del procedimento la disposizione risulta pleonastica, mentre se essa non è parte del procedimento si può dubitare della coerenza sistematica di una disposizione che renda opponibili le statuizioni arbitrali a soggetto estraneo al procedimento.

Forse sarebbe stato più opportuno prevedere il potere degli arbitri di disporre l'intervento ex art. 107 c.p.c. anche nei confronti della società, invece di limitare tale potere al solo intervento coatto dei soci.

E' opportuno a questo punto interrogarsi in ordine ai rapporti fra il nuovo modello procedimentale dell'arbitrato in materia societaria introdotto dalla novella e l'arbitrato irrituale.

In questa prospettiva, nei limiti imposti dalle finalità della presente indagine, non può sottacersi il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale non può fondarsi su di una pretesa funzione sostitutiva di quella del giudice che sarebbe attribuita agli arbitri rituali, ma andrebbe ricercata nella diversità degli effetti che possono essere attribuiti alla statuizione degli arbitri rituali, e cioè all'efficacia esecutiva equiparabile a quella della sentenza che l'ordinamento assegna soltanto al lodo rituale.

In altri termini la devoluzione di una controversia in arbitrato, sia esso rituale o irrituale, si colloca all'interno del settore dell'autonomia privata e non interferisce con l'esercizio della giurisdizione, sicché coerentemente si ritiene che nel rapporto tra arbitrato e giudice ordinario non si ponga mai né una questione di giurisdizione, né una questione di competenza, ma più radicalmente una questione di rinuncia all'azione giudiziaria.

Così opinando si finisce inevitabilmente per svalutare le differenziazioni che usualmente si

ritenevano operanti tra arbitrato rituale ed irrituale, autorizzando l'ipotesi che dubita della sopravvivenza stessa dell'arbitrato irrituale.

L'ipotesi è certamente suggestiva ma non mancano segnali che inducono ad affrontarla con grande cautela: il riferimento è alla recente pronuncia della Corte Costituzionale che riconosce nell'arbitrato rituale un procedimento previsto dal codice di rito per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto attraverso un giudizio che sotto questo profilo non si differenzia da quello attribuito al giudice ordinario, di tal che deve ritenersi ammissibile per gli arbitri rituali sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale (Corte Cost. 28 novembre 2001 n. 376), ma anche al riferimento all'arbitrato "non rituale" contenuto nella novella che dimostra l'emersione anche a livello normativo del fenomeno dell'arbitrato irrituale. Ha quindi ragione di porsi la questione della sorte dell'arbitrato irrituale endosocietario.

La scelta operata dal legislatore delegato non è affatto chiara, in quanto - pur rinvenendosi nella relazione illustrativa l'indicazione che le nuove disposizioni disegnano "una compiuta species arbitrale" - non è dato comprendere se il modello di arbitrato previsto sia l'unico ritenuto compatibile con la materia societaria ovvero se le nuove norme procedurali siano destinati ad incidere "inderogabilmente" soltanto con riferimento all'arbitrato rituale, lasciando impregiudicati i pur rilevanti profili della ammissibilità dell'arbitrato irrituale nella materia considerata.

Molte delle disposizioni procedurali definite inderogabili dall'art. 35 depongono nel senso che il legislatore abbia voluto ipotizzare l'esclusivo ricorso all'arbitrato rituale nella materia considerata: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla disciplina dell'intervento, alla deroga all'applicazione all'art. 819 I° comma c.p.c., alla obbligatoria decisione secondo diritto nei casi indicati dall'art. 36 e così via.

L'art. 36 comma 5, peraltro, dispone che la devoluzione della controversia ad arbitrato "non rituale" non preclude la tutela cautelare; tale disposizione, non è priva di rilievo anche ai fini della soluzione da assegnarsi al quesito relativo alla ammissibilità, dopo la riforma, dell'arbitrato irrituale in materia societaria.

Infatti, se il legislatore avesse ritenuto ammissibile il solo arbitrato rituale, del tutto pleonastica si rivelerebbe la previsione della ammissibilità della tutela cautelare, posto che l'art. 669 quinquies c.p.c. non consente dubbi in proposito.

Dovrebbe allora ritenersi che il legislatore abbia avuto in mente la possibilità di introdurre negli statuti societari clausole compromissorie per arbitrato irrituale.

Il condizionale è peraltro d'obbligo per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza; in ogni caso anche se si optasse per la sopravvivenza di un residuo spazio di operatività dell'arbitrato irrituale endosocietario non potrebbe non rilevarsi che tale spazio di operatività sarebbe comunque assai angusto. La maggior parte delle controversie, infatti,

risulterebbe in concreto devolvibile solo in arbitrato rituale: le impugnative di delibere assembleari, ad esempio, possono essere decise soltanto da arbitri che giudichino secondo diritto e con lodo impugnabile per violazione di legge, il che è palesemente incompatibile con la devoluzione di siffatta controversia in arbitrato irrituale.

6. Questioni non compromettibili, validità di delibere assembleari ed impugnativa del lodo.

Si è vista in precedenza la soluzione che è stata adottata nel dare concreta attuazione al principio contenuto nella legge delega di possibile deroga al divieto di sottoporre ad arbitrato controversie relative a diritti indisponibili. Conviene ora domandarsi come operi tale soluzione con riferimento alla materia della validità di delibere assembleari che statisticamente è la più ricorrente nell'ambito delle controversie societarie.

Proprio con riferimento a tale problematica, come è noto, si sono originate talune tra le maggiori incertezze rinvenibili in dottrina ed in giurisprudenza. Come si è avuto modo di ricordare in precedenza a posizioni inizialmente e pregiudizialmente contrarie all'ammissibilità di sottoporre ad arbitrato questioni connesse con la validità di delibere assembleari si è nel tempo contrapposta una posizione meno rigida, incentrata sulla ricerca di un criterio scriminante tra arbitrabilità e non arbitrabilità di siffatte controversie fondato sull'oggetto delle deliberazioni; si è sostenuto che nella misura in cui le deliberazioni assembleari siano destinate ad incidere su interessi collettivi, come tali autonomamente tutelati dell'ordinamento, la validità di esse non possa che essere sindacata dal giudice ordinario.

Un possibile criterio discretivo è stato anche individuato con riferimento al rimedio astrattamente previsto a fronte dei vizi della delibera impugnata: ove sia prevista l'annullabilità della deliberazione la questione è stata ritenuta arbitrabile, mentre non arbitrabile è stata ritenuta la controversia sulla nullità della deliberazione.

Argomentando poi dalla residualità delle ipotesi di nullità delle delibere assembleari, ricondotte dall'art. 2379 cod.civ. sostanzialmente alle ipotesi di illiceità e/o impossibilità giuridica del loro oggetto si è potuto ampliare notevolmente l'area delle questioni arbitrabili; mediante un diverso percorso argomentativo, fondato non più sulla disponibilità dell'oggetto della delibera, quanto piuttosto sulla disponibilità del diritto all'impugnativa, si è giunti al medesimo risultato ampliativo dell'area di arbitrabilità delle controversie. Nel variegato panorama delle opinioni e della pronunce giurisdizionali l'ultimo vero baluardo all'arbitrabilità è stato eretto a difesa delle deliberazioni relative al bilancio di esercizio. In questa ipotesi, anche in conseguenza della nota pronuncia delle Sezioni Unite sulla rilevanza della violazione dei principi che regolano la formazione del bilancio di esercizio (Cass. Sez. Un. 21 febbraio 2000 n. 27), si ritiene comunemente che dalla inderogabilità delle norme di cui occorre fare applicazione consegua la non arbitrabilità della relativa

controversia per indisponibilità dei diritti che ne formano oggetto.

La novella affronta la delicata problematica con metodo innovativo: essa dispone infatti che quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari gli arbitri debbano decidere sempre secondo diritto con lodo impugnabile per violazione di legge (art. 36 comma 1).

Ancora si dispone che se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera (art. 35 comma 5).

Non è dubbio che dalla riforma emerga una soluzione positiva, in via generale, in ordine alla questione della arbitrabilità delle controversie sulla validità di delibere assembleari e se a tale constatazione si aggiunge quella, ulteriore, della riconosciuta possibilità per gli arbitri di risolvere in via incidentale questioni non compromettibili non è difficile immaginare che possano ritenersi arbitrabili anche le controversie per la cui soluzione occorre decidere su questioni attinenti ai principi di redazione del bilancio di esercizio. Anche le deliberazioni aventi ad oggetto aumenti o riduzioni del capitale sociale potranno, a maggior ragione, essere sottoposte ad arbitrato. L'arbitrato a cui si fa riferimento non potrà che essere di tipo rituale, plasmato secondo le regole procedurali inderogabilmente previste dalla novella.

Particolarmente innovativa, ancora, è la prevista facoltà per gli arbitri di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera davanti ad essi impugnata.

Qui la scelta del legislatore opera uno strappo a principi consolidati in quanto la indubbia natura cautelare della sospensione dell'efficacia della delibera impugnata (desumibile anche dal testo novellato dell'art. 2378 cod.civ.) avrebbe dovuto ricondurre la vicenda nell'ambito di applicazione dell'art. 818 c.p.c. a mente del quale gli arbitri non possono concedere sequestri né altri provvedimenti cautelari; sul punto la relazione afferma che tale opzione di rango processuale appare assolutamente funzionale alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario, senza affrontare funditus la delicata questione (che pure la relazione enuncia) relativa alla incoercibilità del provvedimento cautelare reso dagli arbitri.

Non è questa la sede per approfondire la questione, ma non è difficile immaginare le difficoltà operative che possono conseguire a un provvedimento cautelare in sé non coercibile.

7. La tutela cautelare di fronte all'arbitrato endosocietario.

Si è già visto in precedenza che la novella si occupa della tutela cautelare affermando che la devoluzione della controversia endosocietaria ad arbitrato, anche non rituale, non preclude

l'attivazione di tale tutela davanti al giudice ordinario, fermo restando il potere per gli arbitri di sospendere l'efficacia della deliberazione impugnata.

Qui è evidente l'intenzione del legislatore di prendere posizione sull'annoso problema dell'ammissibilità della tutela cautelare in controversie devolute ad arbitrato irrituale, sposando la tesi positiva maggioritaria in dottrina e che sembra aver trovato l'avallo della Corte Costituzionale (Corte Cost. ordinanza 5 luglio 2002 n. 320).

Richiamando le considerazioni in precedenza svolte sulla possibile sopravvivenza dopo la novella dell'arbitrato irrituale endosocietario (e specialmente il dato ricavabile dalla relazione secondo cui si sarebbe creato una compiuta species arbitrale, una sorta di "*tertium genus*" tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale) è lecito domandarsi se la previsione legislativa in commento abbia una effettiva utilità, al di là della enunciazione del principio.

Se è vero, come sembra debba ritenersi per espressa indicazione del legislatore, che l'arbitrato endosocietario ammesso dalla riforma costituisce un procedimento ad hoc, dotato di autonomia, il richiamo all'arbitrato non rituale risulta fuorviante.

La soluzione positiva in ordine alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale infatti, è certamente da salutare con favore, anche perché bene interpreta le indicazioni desumibili dalla recente pronuncia della Consulta, ma è in qualche modo equivoca per la sede in cui è stata introdotta, in quanto sembra in contraddizione con l'indicazione secondo cui con la novella si sarebbe individuato una species di arbitrato che di per sé non può essere ascritto all'uno o all'altro dei modelli sin qui conosciuti (arbitrato rituale- arbitrato irrituale).

8. L'arbitraggio endosocietario

Dispone l'art. 37, sotto la rubrica risoluzione di contrasti sulla gestione di società, che nell'ambito delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possa prevedersi il deferimento ad uno o più terzi dei contrasti che insorgano tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni relative alla gestione della società.

Si reputa ammissibile una decisione di secondo grado davanti ad un collegio e la previsione che i soggetti chiamati a dirimere tali contrasti gestionali possano dare indicazioni vincolanti anche sulle questioni collegate con quelle espressamente deferite. Si prevede infine che la decisione sia impugnabile a norma dell'art. 1349 comma 2° del cod.civ.

Si tratta evidentemente non tanto di un arbitrato (che la relazione definisce arbitrato c.d. "economico") quanto di un arbitraggio, che si svolge integralmente nell'ambito del diritto sostanziale; e la riprova di ciò la si rinviene proprio nella previsione dell'impugnabilità della decisione ai sensi dell'art. 1349 2° comma cod. civ., ammessa soltanto nell'ipotesi in cui risulti la malafede dell'arbitratore.

B. LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

1. Premessa.

La composizione amichevole delle controversie, meglio nota come conciliazione stragiudiziale, è un fenomeno ampiamente conosciuto ed utilizzato nella prassi ed il ricorso ad essa è generalmente incoraggiato dai legislatori non soltanto ai fini deflattivi del contenzioso civile e commerciale, ma anche quale strumento di controllo sociale nell'ambito dei rapporti tra privati caratterizzati da un forte squilibrio, a danno della parte economicamente più debole, nelle effettive possibilità di ottenere adeguata tutela dei propri diritti attraverso l'accesso alla giustizia ordinaria.

Soltanto negli ultimi decenni, peraltro, il generico interesse per la soluzione negoziata dei conflitti nella materia civile e commerciale ha formato oggetto di una serie di iniziative sia a livello statale, che a livello internazionale, finalizzate a dare un nuovo impulso alle tecniche di soluzione stragiudiziale dei conflitti tra privati.

La necessità di individuare strumenti di tutela degli interessi dei consumatori alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria e connotati da snellezza di procedura e costi accessibili, così come l'interesse delle imprese al ricorso a metodi di composizione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere, altrimenti destinate a sfociare in costosi e complessi procedimenti giurisdizionali, hanno indotto, a livello europeo, l'esigenza di ricercare una armonizzazione delle discipline vigenti in materia nei vari paesi attraverso l'individuazione di obiettivi comuni, condivisi a livello politico.

Si è così avviato, per iniziativa della Commissione Europea, un ampio dibattito sulla necessità di adottare eventualmente disposizioni comuni in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale, che ha preso le mosse dalla pubblicazione nell'aprile 2002 di un "Libro Verde" relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

Il Comitato economico sociale europeo nel dicembre 2002 ha espresso il proprio parere sulle questioni poste dalla Commissione individuando la strada della raccomandazione quale la più appropriata per l'approccio generale al problema, con riserva di suggerire il ricorso ad una direttiva sulla base dei risultati conseguenti alla raccomandazione alla scadenza di un periodo temporale di tre anni dalla adozione di quest'ultima.

Nel parere del Comitato sono lucidamente individuate le esigenze alle quali occorre dare risposta nella materia considerata ed i principi informativi del possibile intervento comunitario, sottolineandosi la necessità che i procedimenti di soluzione stragiudiziale delle controversie siano improntati ai principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità (nel senso di equidistanza della posizione del conciliatore rispetto alle parti) e di riservatezza. Il Comitato ha altresì sottolineato la necessità della uniformazione del valore giuridico degli accordi di conciliazione stragiudiziale delle controversie e la

indispensabilità di una formazione professionale dei terzi incaricati di assistere le parti nella negoziazione dei loro accordi, anche attraverso l'introduzione di un codice deontologico europeo al quale debbano uniformare la loro condotta coloro che si propongono di promuovere professionalmente la soluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale.

La recente iniziativa del nostro legislatore, volta a promuovere la conciliazione stragiudiziale nell'ambito del nuovo diritto societario, si colloca quindi nel quadro evolutivo che nella materia considerata si sta attualmente sviluppando a livello europeo.

Sulla opportunità di promuovere iniziative finalizzate a offrire alle parti, anche nella materia societaria, strumenti di soluzione delle controversie alternativi al ricorso al giudice ordinario non sembra possa fondatamente dubitarsi; si può semmai discutere sulla efficacia pratica della soluzione adottata, quanto meno nell'ottica del perseguimento dell'effetto deflattivo delle controversie societarie.

Prima di procedere all'esame dei lineamenti della conciliazione stragiudiziale in materia societaria è peraltro opportuno fare breve cenno al più ampio fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie ed alla pregressa esperienza che - nell'ambito del nostro ordinamento - si è avuta relativamente ai tentativi di conciliazione delle controversie, nonché alle ipotesi di disciplina generale del fenomeno che sono attualmente pendenti davanti alle Camere; scelta dettata non tanto da esigenze meramente descrittive del generale contesto del fenomeno, quanto finalizzata ad individuare le radici comuni sulle quali si innesta l'iniziativa in commento.

2. La conciliazione ed il fenomeno della Alternative Dispute Resolution (ADR): uno sguardo d'insieme.

L'acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution) viene generalmente utilizzato per indicare una gamma di strumenti di soluzione dei conflitti di natura contenziosa affermatasi a partire dagli anni '70 nel Nord America e poi successivamente penetrati nella cultura giuridica europea sino a destare l'interesse delle istituzioni comunitarie.

2.1. Le ragioni che negli anni hanno spinto alla ricerca di una valida alternativa al sistema giudiziario americano si possono individuare in taluni fattori quali la crescente litigiosità, i costi rilevanti, l'incertezza dei diritti, la durata dei processi e la rigidità del sistema; è principalmente per tali "handicap giudiziari" che da tempo in molti paesi, anche di matrice non anglosassone, si sono registrate iniziative volte alla costituzione di nuovi organi per comporre le liti tramite programmi di arbitraggio, giudizi arbitrali, procedure di conciliazione etc..

In tutti questi casi viene usata la sigla ADR per individuare ogni possibile forma di risoluzione delle controversie che si contrapponga al sistema giurisdizionale ufficiale.

Tuttavia, è anche grazie al sostegno delle istituzioni giudiziarie che negli Stati Uniti la

maggior parte degli Stati ha dell'Unione adottato leggi sulla mediazione.

Nel 1993 le ADR hanno fatto ingresso nelle Regole Federali come procedure speciali con un ruolo finalizzato ad aiutare a risolvere la controversia ove a ciò autorizzate dalla legge o da regole introdotte dal tribunale locale.

In aggiunta, nel 1998 è stato introdotto *l'Alternative Dispute Resolutions Act*, convertito in legge nel 1999, cui ha fatto seguito, nel 2001, *l'Uniform Mediation Act* redatto dalla *National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws*.

Nei richiamati testi normativi il conciliatore viene inquadrato come quel soggetto che assiste le parti nel corso di un processo di negoziazione diretto a raggiungere un accordo; tale accordo tuttavia deve tenere nella massima considerazione i desideri e gli interessi di ciascuno.

Nel modello proposto, la figura del conciliatore si limita a favorire il dialogo tra le parti operando in modo da farle arrivare ad un accordo. In questo senso la conciliazione costituisce il mezzo più idoneo a promuovere l'autonomia delle parti.

Poiché le parti spesso non sono in grado di superare da sole quegli ostacoli, soprattutto di tipo comunicativo, che impediscono di raggiungere un accordo, l'intervento del conciliatore assume rilevanza determinante grazie alle sue capacità di *negotiation* che costituiscono oggetto di ampio studio in numerose scuole di formazione americane (tra cui a titolo esemplificativo i *corsi di formazione organizzati dall'American Arbitration Association*).

Inoltre, le ragioni di economia e celerità sopra menzionate hanno fatto sì che praticamente in tutti gli Stati della Unione esistano programmi di mediazione in relazione ad una svariata serie di contesti, comprensivi di uffici statali finalizzati specificatamente alla diffusione della *mediation*.

A ciò avuto riguardo, va tuttavia ricordato come con il termine ADR si individuino molteplici possibilità operative quali la *arbitration* (ove la decisione è demandata a un terzo), la *mediation* (ove il terzo ha solo poteri di assistenza alla conciliazione delle parti), il *mini - trial* (una sorta di processo sommario), il *rent - a - judge* (ove le parti “affittano” un ex giudice particolarmente competente), la c.d. *arb - med* che è una combinazione tra *arbitration* e *mediation* ove le parti concordano che se la mediazione non avrà successo si darà luogo all'arbitrato.

Filo conduttore delle citate forme di soluzione delle controversie è la conservazione dei rapporti commerciali e professionali fra le parti che potrebbero essere compromessi irrimediabilmente da un approccio giudiziale alla controversia.

Se il sistema contenzioso si basa infatti su un procedimento di tipo aggiudicativo intervenendo su una situazione ormai esaurita nel passato, i metodi alternativi di soluzione mirano a preservare il rapporto esistente tra le parti, adottando regole minime e, per quanto possibile, uniformi.

2.2. Sulla scorta dell'esperienza nordamericana, la Commissione delle Comunità Europee il 19 aprile 2002 ha presentato - come si è già ricordato - un Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (Bruxelles, 19 aprile 2002, COM [2002] 196 *def*).

Il Libro Verde prende spunto dal settore più sviluppato in materia, vale a dire quello dell'accesso alla giustizia da parte dei consumatori; seguendo tale traccia, la Commissione richiama la direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

In argomento la Commissione ha anche adottato due raccomandazioni che stabiliscono alcuni principi applicabili alle procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di diritto dei consumatori.

La prima raccomandazione adottata il 30 marzo 1998 riguarda le procedure che conducono ad una soluzione della controversia attraverso l'intervento attivo di un terzo che prende formalmente posizione su una soluzione; inoltre vengono previsti i sette principi minimi per la creazione ed il funzionamento delle tecniche di ADR (G.U., L/115 del 17 aprile 1998, pag. 31).

La seconda raccomandazione, del 4 aprile 2001, riguarda invece le procedure che si limitano a un semplice tentativo di ravvicinare le posizioni delle parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo (G.U., L/109 del 19 aprile 2001, pag. 56).

Tuttavia il Libro Verde, pur richiamando i suddetti lavori, non circoscrive l'analisi e le proposte alle sole controversie tra i consumatori e i professionisti, ma esamina ad ampio raggio tutte le tecniche per la definizione di questioni, ivi comprese quelle di diritto societario, che siano assoggettabili alla risoluzione extragiudiziale.

Le ragioni di tale pubblicazione vanno ricercate in primis nel beneficio che i metodi di ADR hanno apportato in materia di accesso alla giustizia, ma anche al fatto che l'ADR è oggetto di particolare attenzione da parte degli Stati Membri che, in taluni casi, hanno avviato iniziative legislative in materia.

Non da ultimo, l'ADR rappresenta una priorità politica per le istituzioni dell'Unione che hanno il dovere di garantirne il livello qualitativo e lo sviluppo in ciascuno Stato Membro.

Tra le novità prese in esame dalla Commissione si rileva che mentre i precedenti documenti facevano riferimento solo alla *conciliazione*, il Libro Verde introduce anche la tecnica della *mediazione*, distinguendo (anche se la distinzione è possibile in teoria, meno facile nella prassi) tra procedimenti in cui il terzo avvicina le parti ad una soluzione che esse stesse, alla fine della procedura, scelgono di condividere, dalla tecnica in cui è il terzo che suggerisce la soluzione alle parti e cerca di convincerle ad accettarla, apportandovi via via le correzioni necessarie perché la soluzione sia finalmente condivisa.

Il Libro Verde prevede inoltre la possibilità che queste procedure siano inserite nel procedimento giudiziale, e apre, tra le altre, le questioni relative:

- alla vincolatività delle clausole introduttive delle ADR
- ai termini di prescrizione
- ai requisiti di "qualità" degli organismi deputati a trattare le ADR
- al "riconoscimento" degli organismi da parte dei pubblici poteri
- alla riservatezza
- alla validità del consenso
- agli effetti della procedura di ADR
- alla responsabilità degli organismi

In effetti, quello che in generale caratterizza il ricorso alle ADR è la predominanza del suo carattere consensuale.

In questo senso la Commissione ha previsto la possibilità che le parti di un rapporto commerciale possano prevenire l'insorgere di una eventuale lite, inserendo una clausola contrattuale diretta a risolvere la questione utilizzando una procedura ADR.

Qualora invece le parti non avessero previsto alcuna clausola, rimarrebbe comunque la libertà di convenire su un accordo di ADR, dopo l'insorgenza di una controversia, con o senza l'aiuto del giudice.

Inoltre, similmente a quanto avvenuto nell'ordinamento italiano, è stata posta la questione della portata di tali clausole, in particolare nel caso in cui vi sia uno squilibrio del rapporto di forze tra le parti del contratto (si potrebbe ipotizzare il caso del socio - dell'azionista di minoranza - rispetto alla società).

A tutto ciò avuto riguardo, è evidente l'importanza del Libro Verde quale documento finalizzato alla determinazione di una concreta disciplina della materia a livello comunitario; ed è in quest'ottica che la Commissione ha ritenuto doveroso fare tesoro dei precedenti lavori in relazione ad altri settori quali il diritto del consumatore, il diritto di famiglia ed il diritto del lavoro.

2.3. Alcuni paesi della Comunità Europea hanno peraltro da tempo introdotto soluzioni conciliative con funzioni di filtro rispetto alla giurisdizione ordinaria (Germania e Francia), ovvero modelli di tutela differenziata extraprocessuale (Regno Unito e Paesi Bassi), privilegiando in certi casi il ricorso ad organismi arbitrali (Spagna e Portogallo) ovvero il ricorso a "un sistema di vasi comunicanti tra procedure giurisdizionali e paragiurisdizionali" come nel modello scandinavo.

Nel lavoro della Commissione viene fatto notare che, allo stato attuale, le ADR si presentano come una nozione di carattere generale che forma oggetto di terminologie alquanto varie e, talvolta, non precise.

Per questa ragione è stato auspicato che venissero predisposte le basi per uno sviluppo di tali procedure in un contesto di massima sicurezza tale da garantire le minime garanzie procedurali, d'imparzialità e di equità del "terzo", nonché di riservatezza.

2.4. La Camera di Commercio Internazionale (ICC) ha recentemente adottato un regolamento (in vigore dal 1° luglio 2001) individuato quale Regolamento ICC/ ADR volto a disciplinare un procedimento amministrato di soluzione stragiudiziale delle controversie.

Il Regolamento, che si caratterizza per la sua ampia flessibilità che consente di uniformarsi alle specifiche esigenze delle parti, propone quale tecnica ordinaria di conciliazione - salva diversa opzione delle parti - la mediazione intesa quale tecnica di composizione in cui il terzo agisce quale "facilitatore" che aiuta le parti ad una composizione negoziata della controversia, senza esprimere alcuna posizione rispetto al merito della controversia.

Le parti, peraltro, possono optare per diverse tecniche di conciliazione quale la valutazione del terzo, il mini-processo, altre tecniche o combinazioni di più tecniche di composizione.

Il Regolamento si completa con l'individuazione di quattro clausole alternative di ricorso all'ADR tra le quali le parti possono scegliere la più confacente alle loro esigenze.

2.5. Un più recente contributo all'affermazione delle tecniche di ADR proviene dalla Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (UNCITP.AL) che, con una risoluzione adottata dalla Assemblea Generale il 24 gennaio 2003, ha approvato il testo di una legge modello in tema di conciliazione internazionale (*Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nations Commission on International Trade Law - Official Records of the General Assembly, Fifty - seventh Session, Supplement No. 17 [AIRES/57/18], annex I*) che ha riscosso amplissimo favore.

A tutto ciò avuto riguardo, come risulta intuibile, il denominatore comune delle citate iniziative si rinviene nell'informalità, riservatezza e nella adattabilità ad ogni situazione proprie delle ADR.

Come accade per l'arbitrato, si può osservare che anche la conciliazione ha origini principalmente convenzionali. Essa si basa sulla partecipazione personale delle parti in conflitto, e consente alle parti di farsi assistere da un difensore.

Occorre poi l'intervento di un terzo che si faccia carico della procedura, e, quindi, occorre la scelta - fatta *intuitu personae* - di un soggetto che possieda le caratteristiche tipiche di un conciliatore o di un arbitro (come, peraltro, di ogni giudice) e cioè sia imparziale e neutrale

rispetto alle parti e alla materia del loro contendere.

La procedura deve essere inoltre confidenziale e portare ad una soluzione. Qui iniziano le distinzioni, perché vi sono procedure che portano ad un giudizio vero e proprio, procedure che si risolvono in una transazione, altre che si risolvono in una mediazione, altre in un arbitraggio, e così via.

3. Cenni sull'esperienza italiana: dal tentativo obbligatorio di conciliazione alle ipotesi di disciplina generale del fenomeno; le iniziative dell'autonomia privata.

3.1. Nell'ambito della esperienza italiana non sono ignote ipotesi di tentativi di conciliazione amministrati anche in sede non contenziosa, spesso connotati dalla obbligatorietà del loro esperimento.

Si riscontrano così tentativi di conciliazione esperibili davanti al Giudice di pace (art. 322 c.p.c.), che ripropongono l'istituto della conciliazione in sede non contenziosa prevista dall'originario testo del codice di procedura come esperibile davanti al giudice conciliatore, e tentativi di conciliazione obbligatoria previsti in materia di contratti agrari, in materia di lavoro, di locazioni, di sub-fornitura e così via.

Non essendo possibile in questa sede approfondire l'indagine su di essi sarà sufficiente osservare l'assenza di un modello unitario di (possibile) conciliazione stragiudiziale connotandosi le varie ipotesi tipizzate dal legislatore per la disomogeneità delle procedure e degli effetti della raggiunta conciliazione.

Infatti, talune procedure debbono essere svolte davanti allo stesso giudice chiamato poi a decidere il merito della controversia, altre debbono essere esperite davanti a soggetti estranei all'ordinamento giudiziario; in alcuni casi l'accordo di conciliazione può conseguire gli effetti del titolo esecutivo ed in altri casi si può giungere alla formulazione, da parte del conciliatore, di una ipotesi di accordo rispetto alla quale le parti debbano esprimere la loro definitiva posizione.

A parte l'ipotesi del tentativo di conciliazione davanti al Giudice di pace, sostanzialmente tutti i tentativi di conciliazione tipizzati dal legislatore sono connotati dalla obbligatorietà del loro esperimento ai fini della proponibilità o procedibilità della domanda in sede giudiziale.

Si tratta pertanto di ipotesi in cui viene mortificato l'elemento essenziale che unifica il fenomeno delle ADR, e cioè la volontarietà del ricorso a questi modi alternativi di soluzione delle controversie.

A ben vedere, quindi, non sembra potersi affermare, in linea generale, che il nostro ordinamento disciplini effettive ipotesi di procedimenti volontari di soluzione alternativa

delle controversie in sede stragiudiziale, sempre fatta eccezione per l'ipotesi di cui all'art. 322 c.p.c. la quale storicamente non ha peraltro mai riscosso un significativo successo.

Né può affermarsi che il fenomeno dell'arbitrato, anche del tipo irrituale nella misura in cui oggi possa ritenersi una sostanziale differenziazione di questo rispetto a quello rituale, sia in qualche modo riconducibile al fenomeno della soluzione stragiudiziale delle controversie nella accezione oggi comunemente accolta e connotata non solo dalla volontarietà del ricorso alla procedura ma anche e soprattutto della non vincolatività dell'esito del tentativo di conciliazione.

Nell'arbitrato infatti si giunge ad una pronuncia aggiudicativa alla quale le parti, quanto meno a livello negoziale, sono obbligate a conformarsi e tale aspetto esclude che esso possa ascriversi nel pur amplissimo *genus* della conciliazione stragiudiziale delle controversie.

A ciò avuto riguardo, deve prendersi anche atto negli ultimi dieci anni di taluni sforzi del legislatore per agevolare l'ingresso di queste procedure "alternative" nell'ordinamento italiano.

Come è stato osservato, il termine alternativo potrebbe suonare competitivo rispetto alla decisione della controversia; in realtà le due procedure dovrebbero essere considerate più *complementari* che competitive.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente.

Ciò premesso, sarebbe ingeneroso considerare l'esperienza italiana delle ADR come una *tabula rasa*, così come sarebbe superficiale l'espressione di un giudizio completamente negativo sull'atteggiamento del legislatore.

Non si possono, infatti, ignorare le tecniche di conciliazione obbligatoria già previste in via legislativa in materia di sub - fornitura, tutela del consumatore, rapporti di lavoro, rapporti agrari, rapporti locatizi, alle quali già si è fatto cenno.

Devono poi essere ricordate le iniziative assunte in via privata, tra le quali si segnalano, in materia societaria, l'attività delle Camere di conciliazione istituite presso la Corte Arbitrale Europea e la Camera Arbitrale di Milano, oltre che, nelle altre materie previste dalla legge, l'attività delle camere arbitrali e di conciliazione presso la Corte d'appello di Roma, presso le Camere di commercio, le iniziative dell'Unioncamere, le iniziative dell'Istituto per la diffusione della cultura arbitrale (Isdaci).

Un ruolo importante destinato ad ulteriori sviluppi appartiene inoltre alle Camere di commercio di cui è stato disposto il riordino con la legge 29 dicembre 1993, n. 580 ("Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura" in *Gazz. Uff. Suppl. ordinario* 11 gennaio 1994).

4. La conciliazione stragiudiziale nell'ambito della riforma del processo in materia di diritto societario, di intermediazione finanziaria nonché in materia bancaria e creditizia (D. Lg.vo 17 gennaio 2003 n. 5).

La legge 3 ottobre 2001, n. 366 aveva conferito delega al Governo per la riforma del diritto societario, ed in particolare ai sensi dell'art. 12, comma 4, il Governo è stato delegato “a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia”.

In attuazione di detta delega, il Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003, recante: "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia", ha dedicato il Titolo VI alla disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Come emerge dalla Relazione al Decreto, “si è inteso - sull'abbrivio di precedenti esperienze *de jure condendo* e in adesione a numerose proposte ancora all'esame del Parlamento - disciplinare l'accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (c.d.: ADR) organizzati da enti pubblici e privati, in condizioni di concorrenza paritaria e sotto il controllo del Ministro della Giustizia, presso il quale devono essere compiuti gli adempimenti che abilitano allo svolgimento del servizio la cui promozione avviene attraverso l'ampliamento dei canali di accesso al medesimo e l'attribuzione di un favorevole trattamento fiscale, sia pure con limitazioni idonee ad evitare che lo strumento sia adattato a finalità elusive”.

E' su questi presupposti che è stata dunque varata la riforma che, è bene sottolinearlo, ha colto altresì l'opportunità di distinguere radicalmente l'istituto della conciliazione giudiziale da quello della conciliazione stragiudiziale.

5. I lineamenti dell'istituto.

5.1 Il ricorso alla conciliazione presso organismi specializzati

Gli articoli 38-40 del D. Lg.vo 5/2003 disciplinano vari aspetti della conciliazione stragiudiziale nella materia considerata.

Il legislatore delegato ha optato per la soluzione, della quale si è discusso nell'ambito del Libro Verde Comunitario, della creazione di un sistema di riconoscimento da parte dei pubblici poteri dei terzi abilitati ad amministrare i tentativi di conciliazione nella materia considerata.

Accanto a tale opzione si è ritenuto di sollecitare la concorrenzialità tra enti pubblici e enti privati nella amministrazione delle procedure conciliative, abbandonando l'impostazione previgente che privilegiava la costituzione di organismi di conciliazione soltanto

nell'ambito di enti pubblici (come ad esempio era avvenuto nella materia della sub fornitura con l'affidamento delle procedure di conciliazione alle Camere di Commercio).

Le Camere di commercio sono state peraltro automaticamente riconosciute idonee a gestire procedimenti di conciliazione stragiudiziale, purché, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 580/1993, abbiano provveduto ad istituire alloro interno organismi di conciliazione.

Ai fini dell'ottenimento della abilitazione alla amministrazione di procedure conciliative, conseguente alla iscrizione nell'apposito registro, gli enti pubblici e privati che aspirino a tale abilitazione debbono, ai sensi di legge, offrire garanzie di serietà ed efficienza.

I richiamati requisiti evocano i princìpi che sono comunemente ritenuti indispensabili ai fini della configurazione delle garanzie procedurali minime di una procedura di conciliazione stragiudiziale.

Tra questi vi è innanzitutto la competenza, intesa nel senso della padronanza delle tecniche essenziali della procedura conciliativa, conseguita attraverso la formazione professionale dei soggetti chiamati ad assistere le parti nel tentativo di conciliazione, la trasparenza intesa nel senso della accessibilità in qualsiasi stadio della procedura a tutte le informazioni necessarie alle parti, nonché l'efficacia intesa nel senso di facilità di accesso alla procedura e costo contenuto di essa.

Particolare rilievo potrà assumere, in questa prospettiva, la riconducibilità degli organismi di conciliazione agli enti esponenziali di professioni regolamentate nel cui ambito esistono codici deontologici ai quali fare riferimento.

Per quanto concerne i regolamenti di procedura che debbono essere depositati presso il Ministero dagli organismi di conciliazione che aspirino alla iscrizione nel registro, la normativa prevede che essi debbano assicurare la riservatezza del procedimento e modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Fermi questi requisiti essenziali si prevede altresì una specifica disciplina del procedimento di conciliazione alla quale debbono uniformarsi i regolamenti di procedura.

L'aspetto più rilevante ditale regolamentazione era costituito senza dubbio dalla opzione del legislatore per il modello della mediazione valutativa, e cioè quello in cui in mancanza di un accordo direttamente raggiunto tra le parti il conciliatore formula una proposta sulla quale le parti debbono esprimere le proprie definitive posizioni.

Con il recente decreto legislativo 6/2/2004 n. 37 il legislatore è intervenuto (anche) nella materia considerata, introducendo nell'art. 40, comma 2, del D.Lgs. 5/2003, all'inizio, le parole "Se entrambe le parti lo richiedono".

La possibilità per il conciliatore di formulare una proposta, secondo il modello della mediazione valutativa, risulta così di molto ridimensionata, essendo condizionata alla

congiunta richiesta delle parti.

Il primo comma della norma in esame stabilisce poi che gli enti pubblici e privati, rispondenti ai requisiti sopra esaminati, possono gestire tentativi di conciliazione nelle materie indicate nell'art. 1 del decreto.

In estrema sintesi, le materie in cui è destinata ad operare la conciliazione stragiudiziale "amministrata" riguardano i rapporti societari in senso lato (ivi comprese le azioni di responsabilità, i trasferimenti di partecipazioni ed i patti parasociali), i contratti del mercato finanziario e taluni profili del diritto bancario e del credito per le opere pubbliche.

L'ambito di applicazione della conciliazione stragiudiziale coincide pertanto con quello del nuovo diritto processuale societario ed il ricorso ad esso è incentivato, come si vedrà, da taluni benefici fiscali e stimolato dalla attribuzione della forza di titolo esecutivo al verbale di conciliazione, una volta che esso sia stato omologato dal Presidente del Tribunale.

E' stato peraltro evidenziato in dottrina un possibile profilo di eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

La previsione di "forme di conciliazione", nel testo della legge delega n. 366 del 2001, era limitato alla "materia societaria" che - peraltro - non esaurisce l'ambito di applicazione del nuovo processo societario, ricomprendendosi anche la materia della intermediazione finanziaria, quella bancaria e quella del credito per le opere pubbliche.

In questa prospettiva effettivamente il decreto 5/2003 estende l'ambito di applicazione della conciliazione amministrata a tutte le materie indicate all'art. 1 di esso, e quindi anche alle materie non strettamente societarie.

5.2. Incentivi fiscali

Risalta la volontà del legislatore di incentivare l'utilizzo della conciliazione stragiudiziale, prevedendo taluni vantaggi dal punto di vista fiscale.

Il testo della riforma stabilisce che tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni ulteriore tassa.

Una seconda agevolazione stabilisce che l'imposta di registro, cui è soggetto il verbale di conciliazione, dovrà essere corrisposta solo oltre il limite di valore di 25.000 euro. Tale agevolazione è particolarmente rilevante perché invece che calcolarsi sul valore della controversia, con l'entrata in vigore della riforma, elemento di calcolo dell'imposta sarà esclusivamente il verbale di conciliazione, ovvero il valore indicato quale frutto dell'accordo delle parti.

5.3 Il principio della riservatezza del procedimento

La tutela della riservatezza - per opinione unanime - costituisce un elemento essenziale per

il successo della conciliazione stragiudiziale.

Le parti dovranno essere libere di (ed anzi debbono essere incentivate a) enunciare la propria posizione al conciliatore senza alcun timore che dalle informazioni da esse fornite possano derivare pregiudizi per la soluzione della controversia.

E' del resto indispensabile che le parti, nei loro colloqui separati con il conciliatore, offrano tutti gli elementi conoscitivi del problema, ivi compresi quelli che potrebbero riverberarsi negativamente sulla soluzione della controversia, perché solo così il terzo sarà in grado di orientare utilmente la negoziazione.

In questa prospettiva, molto opportunamente, si esclude l'utilizzabilità in qualsiasi sede delle informazioni e delle dichiarazioni assunte nell'ambito del procedimento di conciliazione.

L'art. 40, comma III, del Decreto dispone infatti, salva l'eccezione prevista relativamente alla posizione assunta rispetto alla proposta avanzata dal conciliatore, che le dichiarazioni delle parti non possono essere utilizzate nell'eventuale successivo processo, né possono essere oggetto di prova testimoniale.

5.4. I termini di durata delle procedura.

Quanto ai tempi della procedura, il dettato appare vago e di scarsa incisività, tenuto anche conto che, per esempio, nel prevedere l'obbligatorietà del preventivo ricorso alla conciliazione stragiudiziale, la legge n. 281/98 in tema di subfornitura si limita ad indicare un limite di trenta giorni decorsi i quali le parti possono rivolgersi al giudice ordinario ovvero ad una camera arbitrale.

Il progetto di legge n. 3559 (Finocchiaro) prevede all'art. 2 comma 7, una durata del procedimento di 60 giorni; il periodo tuttavia può essere protratto fino a novanta giorni in caso di accordo in tal senso delle parti.

Al momento, si può ipotizzare, nel silenzio del decreto ed alla luce dei regolamenti e della legislazione vigente, una durata dei procedimenti gravitante tra i trenta e i sessanta giorni.

5.5 Istanza di conciliazione: prescrizione e decadenza

L'art. 40, quarto comma, prevede un ulteriore elemento che dovrebbe incentivare l'uso della conciliazione stragiudiziale; il legislatore ha infatti sostanzialmente equiparato sul piano degli effetti sostanziali e processuali la domanda giudiziale e l'istanza di conciliazione.

Quest'ultima infatti producendo gli effetti previsti dall'art. 2943 e 2945, 2° comma, interrompe la prescrizione e impedisce il maturarsi della decadenza, facendo sì che si realizzi un effetto interruttivo - protratto, analogo a quello che si produce con la domanda

giudiziale quando alla domanda segue la pronuncia della sentenza.

L'istanza di conciliazione produce i suoi effetti non dal momento del suo deposito presso l'organismo di conciliazione, bensì da quello della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione.

Ci si deve peraltro domandare se tali effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza conseguono soltanto nell'ipotesi in cui la clausola di conciliazione sia contenuta nel contratto o nello statuto, ovvero se essi possano operare anche nell'ipotesi di iniziativa unilaterale di conciliazione.

La presenza di una clausola di conciliazione è richiesta soltanto ai fini della operatività della causa di sospensione del procedimento giudiziario (art. 40 comma VI) ed il mancato richiamo alla presenza della clausola nella disposizione relativa agli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza (art. 40 comma IV) dovrebbe consentire l'interpretazione secondo *cui* anche dalla iniziativa unilaterale possano conseguire i richiamati effetti.

Se questa risulterà l'interpretazione preferibile, si corre il rischio di consentire ad una sola delle parti di incidere sulla decorrenza dei termini processuali e sostanziali ordinariamente previsti per il ricorso alla tutela giurisdizionale, alimentando un possibile uso distorto del tentativo di conciliazione a scopi meramente dilatori.

La soluzione più ragionevole sarebbe stata quella di prevedere che, in difetto di clausola di conciliazione inserita nel contratto o nello statuto, soltanto l'istanza di conciliazione congiuntamente proposta dalle parti ad un organismo abilitato ai sensi dell'art. 38 possa conseguire gli effetti interruttivi della prescrizione e impeditivi della decadenza indispensabili al fine di un utile esperimento del tentativo di conciliazione.

In questo senso, del resto, dispone il Regolamento ICC/ADR della Camera di Commercio Internazionale (in vigore dal ¹⁰ luglio 2001) prevedendo che qualora manchi il previo accordo (e cioè la clausola di conciliazione) l'istanza debba essere avanzata da tutte le parti "congiuntamente"; in difetto è necessaria una esplicita manifestazione di adesione delle altre parti.

L'espressa previsione normativa è stata comunque opportuna poiché risolve un problema da tempo oggetto di studio; si riteneva infatti che la domanda di conciliazione stragiudiziale, stante la tassatività delle ipotesi di prescrizione previste dall'art. 2943 cod. civ. non producesse effetto interruttivo della prescrizione.

5.6. La conclusione del procedimento

Come si è già avuto modo di evidenziare il legislatore, che in un primo momento aveva aderito all'opzione favorevole alla conciliazione valutativa, prevedendo che in caso di

mancato raggiungimento di accordo tra le parti il conciliatore fosse abilitato a formulare una proposta rispetto alla quale le parti, ove disaccordo permanesse, dovevano indicare la propria definitiva posizione (art. 40, comma 2, nel testo originario), ha successivamente mutato opinione ridimensionando grandemente il favor per la mediazione valutativa, ora subordinata ad una congiunta richiesta delle parti.

In questa prospettiva possono ipotizzarsi sostanzialmente quattro diverse ipotesi di conclusione del procedimento conciliativo.

La prima è quella in cui le parti raggiungano un accordo e sottoscrivano conseguentemente il relativo verbale di conciliazione.

La seconda è quella in cui le parti, perdurando il disaccordo tra loro, congiuntamente richiedano al conciliatore di formulare una proposta rispetto alla quale ciascuna parte indica la propria definitiva posizione.

La terza è quella in cui, perdurando il disaccordo tra le parti, non vi sia la richiesta congiunta al conciliatore di formulare una proposta.

La quarta infine è quella in cui una delle parti si sottragga al procedimento di conciliazione.

Quanto alla prima ipotesi la normativa dispone che della positiva conclusione della conciliazione si dia atto in apposito verbale sottoscritto dalle parti e dal conciliatore prevedendosi altresì che tale verbale, una volta omologato dall'autorità giudiziaria, acquisisca valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Si tratta con ogni probabilità dell'aspetto più innovativo, con il quale il legislatore prende posizione netta sul problema - assai discusso - della formazione di titoli esecutivi stragiudiziali. Per la verità anche il lodo arbitrale rituale acquista l'efficacia del titolo esecutivo, una volta omologato, ma le ipotesi di titolo esecutivo stragiudiziale sono assai limitate (v, art. 474 C.P.C.).

Nella previsione legislativa il verbale di conciliazione doveva formare oggetto di omologa con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione che ha amministrato la procedura; il regolamento (decreto del Ministero della Giustizia 23 luglio 2004 n. 222) ha parzialmente modificato la previsione legislativa, prevedendo che dell'esito positivo della conciliazione conclusa per il tramite dell'organismo di conciliazione deve essere redatto apposito verbale da trasmettere senza ritardo al responsabile del Registro il quale, su istanza di parte, lo trasmette al presidente del Tribunale ai fini dell'omologazione (art. 8, comma 2, del citato decreto).

La norma regolamentare suscita qualche perplessità in quanto da un lato introduce un obbligo di trasmissione del verbale di conciliazione al responsabile del Registro in assenza di una previsione legislativa e, da altro lato subordina all'istanza di parte il procedimento di omologazione, che nella previsione legislativa non appariva rimesso all'iniziativa di parte.

Non è chiara la finalità della citata disposizione regolamentare, della quale comunque può sin d'ora segnalarsi l'inutile complicazione che ad essa consegue.

Il verbale di conciliazione positiva, infatti, in originale, deve essere trasmesso al responsabile del Registro il quale, se richiesto da una delle parti, lo trasmette all'organo giudiziario competente per l'omologazione, ovvero - almeno così deve desumersi dalla norma - lo trattiene presso di sé.

Da un lato l'originale del verbale di conciliazione è comunque destinato a viaggiare, si suppone per posta, dal luogo dove ha sede l'organismo di conciliazione a Roma e, dall'altro, se una delle parti lo richiede è destinato nuovamente a fare il percorso inverso, dal momento che competente all'omologazione è il presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione.

Ammesso e non concesso che il regolamento possa prevedere un obbligo di trasmissione del verbale in originale al responsabile del Registro, il quale ne diventa l'unico depositario, non può non evidenziarsi l'inutile complicazione che il regolamento ha previsto.

Se l'esigenza di conoscere, si ipotizza a fini statistici, l'esito dei procedimenti di conciliazione può apparire meritevole di apprezzamento, sarebbe stato sufficiente prevedere l'invio al responsabile del Registro di una copia autentica del verbale di conciliazione positiva, senza le inutili complicazioni alle quali si è fatto cenno. Per la verità lo stesso obiettivo sarebbe stato conseguibile, con maggiore rispetto non solo della disposizione legislativa, ma anche della riservatezza che dovrebbe essere assicurata, prevedendosi l'invio di una comunicazione certificativa dell'avvenuta conciliazione.

Se l'esigenza fosse stata poi quella di dare certezza all'organo giudiziario deputato alla omologazione del verbale che l'organismo che ha amministrato la procedura sia effettivamente abilitato a farlo, la pubblicità dei registri degli organismi autorizzati alla conciliazione costituisce sufficiente presidio (al più poteva prevedersi l'esibizione di un certificato di iscrizione nel Registro).

Nella diversa ipotesi in cui le parti non raggiungano un accordo, ma ritengano congiuntamente di sollecitare l'intervento propositivo del conciliatore è prevista la predisposizione di un verbale di fallita conciliazione nel quale ciascuno indica la propria definitiva posizione rispetto alla proposta del conciliatore ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare.

Ditale verbale rilasciata copia alle parti che la richiedano e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice successivamente adito ai fini della regolazione delle spese giudiziali.

Si dispone invero che il giudice possa, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo, escludere tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione ovvero

possa anche condannano in tutto o in parte al rimborso delle spese sostenute dal soccombente.

In questo senso la riforma introduce una significativa eccezione al principio della soccombenza che regola il pagamento delle spese giudiziali e costituisce uno strumento di persuasione ai fini deflattivi del contenzioso ordinario. La scelta di rimettere alla concorde volontà delle parti la formulazione da parte del conciliatore di una proposta ha grandemente depotenziato l'effetto della norma, in quanto è evidente che chi non abbia serie intenzioni conciliative bene si guarderà dal richiedere al conciliatore la formulazione di una proposta, nella consapevolezza che una sua mancata adesione ad essa può avere effetti negativi sulla regolazione delle spese nel futuro contenzioso.

Nell'ipotesi in cui le parti non raggiungano un accordo conciliativo né richiedano congiuntamente l'intervento propositivo del conciliatore si deve presumere, nel silenzio della legge, che il procedimento si concluda con un verbale di fallita conciliazione (d'altra parte in questo senso prevedono i regolamenti degli organismi di conciliazione). Nessuna conseguenza, anche quanto alla regolazione delle spese processuali nel futuro contenzioso, deriva dalla mancata conciliazione nell'ipotesi ora esaminata.

Per quanto concerne infine l'ipotesi in cui una delle parti si sottragga al procedimento di conciliazione valgono, quanto alle possibili conseguenze sulle spese processuali del futuro contenzioso, le stesse regole dettate relativamente alla mancata adesione alla proposta del conciliatore; occorre tuttavia ricordare che soltanto nell'ipotesi in cui una parte si fosse obbligata all'esperimento del tentativo di conciliazione la sua mancata partecipazione ad esso può trovare sanzione, sia pure nei limiti sopra indicati, mentre in ogni altra ipotesi in considerazione della facoltatività del procedimento di conciliazione deve ritenersi che una parte evocata davanti a un organismo di conciliazione abbia facoltà di non partecipare al procedimento senza alcun pregiudizio.

5.7. Le clausole di conciliazione nei contratti e negli statuti

Infine la riforma si occupa del caso in cui l'espletamento del tentativo di conciliazione sia previsto come obbligatorio in un contratto o nella clausola statutaria della società.

Rispetto alla disciplina dell'arbitrato prevista negli artt. 34 - 37, risalta il mancato richiamo alle società che facciano ricorso al mercato del capitale di rischio.

A questa prima considerazione, sembra potersene aggiungere una seconda: infatti, mentre le società quotate non possono prevedere tra le clausole del proprio statuto la devoluzione in arbitri delle controversie insorgenti; relativamente al rapporto sociale possono invece predisporre il richiamo al tentativo di conciliazione stragiudiziale.

Infatti, l'art. 1 del decreto, cui fa rinvio il secondo comma dell'art. 38, nello stabilire l'ambito di applicazione della riforma *ratione materiae*, non ne limita l'applicabilità in alcun modo,

così estendendone la portata sino a comprendere le società per azioni quotate in borsa.

La principale modalità di attivazione della conciliazione deriva proprio dalla presenza di una apposita clausola.

Soltanto in questa ipotesi il legislatore ha ritenuto che possano riverberarsi effetti sul procedimento giudiziario, comportando la sospensione del processo, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, finalizzata all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Si prevede in tale ipotesi la fissazione da parte del giudice di un termine (non inferiore a 30 e non superiore a 60 giorni) per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione (che deve intendersi abilitato ex art. 38) ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto.

Nell'ipotesi di mancato deposito dell'istanza nel termine fissato il processo può essere riassunto così come nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione ed in ogni ipotesi la sospensione del processo non può eccedere il termine di sei mesi dal provvedimento di sospensione.

Tra le possibili opzioni il legislatore ha quindi scelto di escludere che l'iniziativa unilaterale di ricorso ad un tentativo di conciliazione stragiudiziale possa incidere sul corso del processo ordinario e la scelta è certamente da condividersi non potendosi escludersi a priori che la volontà unilaterale di promuovere un tentativo di conciliazione possa nascondere scopi dilatori, come aveva del resto rilevato il Comitato economico sociale europeo nel menzionato parere del dicembre 2002.

D'altra parte la scelta del legislatore non esclude che con il consenso delle parti si possa giungere ad un risultato analogo, essendo a questo proposito noto che le parti possono provocare una sospensione volontaria del processo per un periodo non superiore a quattro mesi (art. 296 c.p.c.).

6. Il rapporto tra l'ente che amministra il tentativo di conciliazione e le parti e le responsabilità conseguenti.

La previsione di organismi deputati ad amministrare il tentativo di conciliazione impone la necessità di accennare il problema connesso alla natura del rapporto che si instaura tra le parti della procedura conciliativa e l'organismo che la amministra, nonché quello con il terzo conciliatore e le responsabilità che conseguono alla instaurazione di tali rapporti.

Quanto ai rapporti tra organismo e parti si ripropongono le questioni - da tempo oggetto di indagine in dottrina - relative alla esperienza degli arbitrati amministrati, che sotto questo profilo non si differenziano rispetto alle procedure di conciliazione amministrata.

Non sembra esservi dubbio in ordine alla natura contrattuale del rapporto che si instaura tra

le parti e l'ente che amministra la procedura, ma si discute a quale specifica categoria contrattuale esso sia ascrivibile, ovvero se ad esso debba riconoscersi il carattere della atipicità.

Secondo alcuni il rapporto in discussione sarebbe ascrivibile al mandato senza rappresentanza, secondo altri si tratterebbe di un contratto d'opera al quale non sarebbero peraltro estranei taluni aspetti del mandato e dell'appalto di servizi.

Non è evidentemente possibile in questa sede affrontare il tema, assai complesso, della qualificazione del rapporto tra organismo di conciliazione e parti ma non vi è dubbio che - quale che sia la soluzione da assegnarsi a tale problema - dal rapporto scaturiscono obbligazioni reciproche, il cui inadempimento o inesatto inadempimento può costituire fonte di responsabilità.

Più precisamente la violazione dell'obbligo di riservatezza ovvero la mancanza di imparzialità o di professionalità nella gestione della procedura possono certamente costituire fonte di responsabilità dell'organismo di conciliazione nei confronti delle parti del procedimento.

Anche il terzo conciliatore potrebbe incorrere in responsabilità conseguenti ad una mancata o inesatta prestazione.

Di questi problemi si è discusso nell'ambito del più volte citato Libro Verde Comunitario, rilevandosi che gli stati membri non sembrano possedere norme specifiche relative alla responsabilità dei mediatori o conciliatori e tuttavia osservandosi che la creazione di un regime di responsabilità ad hoc potrebbe avere, se ponesse misure troppo vincolanti, effetti negativi sulla utilizzazione dell'istituto della conciliazione assistita.

Il Comitato Economico e Sociale Europeo, per parte sua, ha sottolineato l'inopportunità di dettare regole speciali in materia di responsabilità dei terzi conciliatori e/o degli organismi che amministrano la conciliazione, ma nel contempo ha indicato quale punto essenziale la previsione che i terzi (cioè i conciliatori) stipulino una assicurazione di responsabilità civile o a titolo personale o per il tramite dell'organismo che li ha designati, sottolineando ancora che l'obbligatorietà della assicurazione dovrebbe risultare nel futuro codice deontologico europeo destinato ai terzi che partecipano a procedure di ADR.

In sintonia con la raccomandazione europea il regolamento ha previsto che l'istanza di iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione debba essere accompagnata dalla produzione di polizza assicurativa di importo non inferiore a euro 500.000,00 per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione (art. 4, comma 3 lett. b, del citato D.M. 23 luglio 2004 n. 222).

7. L'ambito della conciliazione nella materia societaria: il problema dei diritti indisponibili.

L'ambito della conciliazione nella materia societaria incontra evidentemente i limiti derivanti dalla eventuale indisponibilità dei diritti e delle pretese oggetto di contestazione tra le parti, con conseguente possibile invalidità degli accordi conciliativi raggiunti tra le parti a seguito dell'intervento del terzo.

Tali accordi, infatti, avranno tendenzialmente natura transattiva e ad essi saranno pertanto applicabili le sanzioni di nullità comminate dall'art. 1966 cod.civ. per l'ipotesi in cui i diritti oggetto dell'accordo siano per loro natura o per espressa disposizione di legge sottratti alla disponibilità delle parti.

In questa prospettiva risalta la figura professionale del conciliatore, il quale deve essere in grado di percepire la possibile invalidità dell'accordo raggiunto dalle parti e di suggerire le opportune modifiche idonee ad evitare la sanzione di nullità dell'accordo conciliativo.

E' probabilmente questo uno degli aspetti più delicati della conciliazione stragiudiziale in materia societaria e di diritto dei mercati finanziari, dove i confini della disponibilità dei diritti oggetto di controversia sono variabili in ragione dei mutevoli orientamenti giurisprudenziali in materia e dove si pongono, ad esempio, questioni connesse alla redazione dei bilanci di esercizio ovvero alla violazione delle regole dei mercati finanziari nelle quali la tutela dell'ordine pubblico economico incide profondamente sull'autonomia dei privati.

La disponibilità del diritto sostanziale controverso assurge quindi al ruolo discriminante della liceità dell'oggetto dell'accordo conciliativo.

La questione meriterebbe un ampio approfondimento, dovendosi distinguere le categorie dei diritti indisponibili e quelle delle norme imperative le quali non dovrebbero ritenersi in sé indisponibili, ma imporrebbero un esercizio del diritto conformato alla disciplina inderogabile.

Ancora occorrerebbe distinguere tra la transigibilità della controversia e l'oggetto della transazione, poiché soltanto nell'ipotesi in cui quest'ultimo riguardi norme inderogabili l'eventuale esercizio dell'autonomia delle parti in senso difforme alla disciplina inderogabile comporterebbe la nullità della transazione ex art. 1972 c.c..

Nell'ambito della conciliazione, inoltre, la questione della indisponibilità dei diritti in essa implicati, con conseguente impossibilità di transazione, si pone in maniera parzialmente diversa rispetto all'arbitrato.

Nell'arbitrato in materia societaria, infatti, anch'esso disciplinato dalla riforma, gli arbitri possono conoscere, sia pure incidentalmente, di diritti indisponibili, mentre nella conciliazione, che tendenzialmente sfocia in una transazione, i limiti di disponibilità dei diritti sono più rigidi.

Occorrerà inoltre tenere conto degli orientamenti giurisprudenziali, in verità non univoci, che circoscrivono l'ambito delle controversie in materia societaria che possono formare oggetto di disposizione da parte dei soci escludendo quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

Saranno in ogni caso escluse dall'ambito oggettivo di applicazione della conciliazione le controversie societarie nelle quali è previsto l'intervento necessario del Pubblico Ministero, similmente a quanto è previsto in tema di arbitrabilità.

Una particolare attenzione dovrà pertanto essere posta dagli organismi di conciliazione sia nella eventuale scelta del terzo conciliatore, sia nella formazione continua dei soggetti chiamati a svolgere tale funzione e nella verifica costante della idoneità di essi all'adempimento dell'incarico.

L'eventuale diniego di omologa del verbale di conciliazione in ragione della nullità dell'accordo che abbia ad oggetto diritti indisponibili può certamente costituire fonte di responsabilità sia per il conciliatore, sia per l'organismo che lo abbia individuato.

A maggior ragione costituirà fonte di responsabilità l'eventuale rilievo successivo della nullità dell'accordo di conciliazione nell'ipotesi in cui, confidando sulla validità di tale accordo, una delle parti abbia rinunciato all'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale e quest'ultima non sia ulteriormente proponibile a causa del decorso del termine decadenziale eventualmente previsto dall'ordinamento.

8. Le prospettive di diffusione del tentativo di conciliazione su base volontaristica: un difficile cammino.

Le considerazioni in precedenza svolte in ordine a vari profili dell'istituto della conciliazione stragiudiziale specialmente nell'ambito societario consentono di formulare un giudizio prognostico improntato a doverosa cautela sulle prospettive di successo della conciliazione.

La diffusione delle tecniche di conciliazione, infatti, dipende dal grado di confidenza che rispetto ad esse maturi nei settori professionali maggiormente interessati alla gestione di conflitti (avvocati, commercialisti e, in qualche misura, notai).

E' pertanto condizione imprescindibile per il successo dell'istituto che le tecniche di conciliazione entrino a far parte del bagaglio culturale degli operatori del diritto, attraverso la loro illustrazione (quanto meno) nelle scuole di specializzazione ed in quelle gestite dai Consigli degli Ordini degli Avvocati.

Dovrà analogamente procedersi alla diffusione della conoscenza dell'istituto da parte degli operatori economici, e ciò potrà avvenire per il tramite delle associazioni di categoria.

Il non felice esito di (quasi) tutte le formule di tentativo di conciliazione sinora introdotte nell'ordinamento non ha certo contribuito ad alimentare il desiderio di fare ricorso a questa nuova tecnica di soluzione non contenziosa delle controversie.

Occorre quindi non solo avere cura della formazione dei soggetti chiamati a gestire la conciliazione ma, anche e soprattutto dimostrare nella pratica la convenienza economica di tale scelta.

Il problema di fondo è pertanto quello di creare una “cultura” della conciliazione stragiudiziale che la affranchi dalle (talvolta ben giustificate) remore degli operatori ad avvalersene.

Il legislatore della riforma societaria si è posto in questa direzione, incoraggiando l'utilizzazione di tecniche negoziali di soluzione delle controversie.

Non è dubbio che il percorso verso una diffusa utilizzazione della conciliazione assistita presenti notevoli asperità, ma l'obiettivo più importante, quello di creare un quadro di riferimento normativo nel cui ambito possa svilupparsi l'iniziativa dei privati, può ritenersi conseguito.