

TOMASO GALLETTO

Avvocato in Genova *

**LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE NEL NUOVO DIRITTO
SOCIETARIO**

SOMMARIO: 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 Regolamento di conciliazione assistita di controversie societarie della Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea. - 7. Il rapporto tra l'ente che amministra il tentativo di conciliazione e le parti e le responsabilità conseguenti. - 8. L'ambito della conciliazione nella materia societaria: il problema dei diritti indisponibili. - 9. Le prospettive di diffusione del tentativo di conciliazione su base volontaristica: un difficile cammino.

* * *

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.

* Vice-Presidente della Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea

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 informatori 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.

In questa prospettiva, e pur in attesa dei regolamenti attuativi che consentiranno di valutare più approfonditamente l'impatto della scelta del

legislatore, si cercherà di dare conto dei principali aspetti del procedimento di conciliazione stragiudiziale tipizzato dalla novella legislativa.

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 non 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*¹.

¹ Per un inquadramento generale della materia v. MAURO RUBINO – SAMMARTANO, *Transazione assistita ovvero: dalla Mistica del Conflitto al Trionfo della Ragione*, in *Foro Padano* 2001, 2, 122.

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'arbitrato².

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*).

² Per una panoramica della materia: CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1993, I, 269 e 279; SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro It.* 1987, V, 310 e 313.

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 materia³.

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

³ V. R. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. It.*, 1997, IV, 326, per uno sguardo d'insieme sui progetti pilota nei paesi dell'Unione.

- 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 scandinavo⁴.

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

⁴ Si veda *Relazione allo schema di disegno di legge sulla disciplina della conciliazione in sede non contenziosa*, redatta dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Elio Fazzalari, istituita con D.M. del 15 dicembre 1993, in *Foro It.*, 1994, V, 285 ss..

minime garanzie procedurali, d'imparzialità e di equità del "terzo", nonché di riservatezza⁵.

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 controversie⁶.

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 (UNCITRAL) 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 [A/RES/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

⁵ Si veda Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale", pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, 8.4.2003, C 85/8 – 13; il testo riprende in parte i rilievi enunciati da G. ALPA, *Osservazioni al Libro Verde del 19 aprile 2002 relativo ai modi di risoluzione delle controversie civili e commerciali*, allo stato inedite, di cui si è potuto consultare il testo.

⁶ Il Regolamento ICC/ ADR, unitamente alla sua Guida, è pubblicato in versione italiana in *Riv. Arb.*, 2002, 609 ss.

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 competitive⁷.

ADR e procedimento giurisdizionale, quindi, si integrano e non si escludono vicendevolmente⁸.

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 legislatore⁹.

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

⁷ In questo senso si è orientata parte della dottrina più propensa a ritenere la complementarietà di queste diverse forme di soluzione delle controversie, piuttosto che a vederle quali drastica alternativa al sistema processuale attuale: MAURO RUBINO – SAMMARTANO, *Arbitrato e conciliazione nel nuovo diritto societario*, in *Il Bollettino della Corte Arbitrale Europea – Delegazione Italiana*, n. 3/2002.

⁸ In questo senso: DE PALO – D'URSO, *La procedura di conciliazione stragiudiziale professionale*, in *Diritto e pratica delle società*, 2003, 1, 77.

⁹ G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Pol. Dir.*, 1997, 403 ss..

1993, n. 580 ("Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", in *Gazz. Uff. Suppl. ordinario* 11 gennaio 1994)

In forza delle norme ivi contenute, le Camere di Commercio possono:

- i. promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali o conciliative per le controversie, sia fra imprese, sia fra imprese e consumatori ed utenti;
- ii. predisporre e promuovere contratti tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- iii. costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio e promuovere azioni per la repressione della concorrenza sleale.

Le indicate attribuzioni dimostrano che la legge n. 580/93 ha fornito le Camere di Commercio di strumenti concreti per operare nell'ambito delle controversie fra imprese che possono essere definite o conciliate con le commissioni arbitrali, costituite dalle stesse Camere di Commercio, singolarmente od in forma associata.

3.2. Al momento sono inoltre all'esame del Parlamento numerose proposte volte a favorire le procedure arbitrali e conciliative; tra i disegni di legge in esame alla Commissione giustizia della Camera, se ne sottolineano alcune tra cui quella dell'On. Cola (AN) recante "Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale" (A.C. 2463) che promuove l'uso e la conoscenza della conciliazione da parte di soggetti pubblici – quali le camere di conciliazione istituite presso le camere di commercio e le camere di conciliazione presso i Tribunali – e la conciliazione stragiudiziale professionale da parte di società la cui maggioranza del capitale è conferito a soggetti iscritti agli albi degli avvocati e dei dottori commercialisti, nonché eventualmente da altre categorie individuate con decreto del Ministero della Giustizia.

Abbinata a tale proposta ve ne sono altre concorrenti quali:

- A.C. 541 "Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato" (On. Bonito ed altri) presentata il 6 giugno 2001;
- A.C. 2463 "Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale" (On. Cola ed altri) presentata il 5 marzo 2002;
- A.C. 2538 "Disposizioni per l'attuazione e il funzionamento delle Camere di conciliazione" (On. Fragalà) presentata il 19 marzo 2002;
- A.C. 2877 "Disciplina della risoluzione consensuale e negoziale delle controversie civili" (On. Mazzoni), presentata il 19 giugno 2002;
- A.C. 3559 "Disposizioni per l'istituzione di camere di conciliazione e per la promozione della risoluzione consensuale delle controversie" (On. Finocchiaro e altri), presentata il 21 gennaio 2003.

Tali iniziative legislative sono state per lo più criticate in particolare dalla dottrina sia perché strutturate in maniera disorganica e disordinata, sia perché a volte addirittura contraddittorie l'una con l'altra¹⁰.

Un'ulteriore critica è stata poi diretta alla scelta di prevedere l'obbligatorietà di molte delle più recenti ipotesi di tentativo di conciliazione introdotte; il carattere obbligatorio delle stesse priverebbe infatti la conciliazione del suo naturale presupposto; in altre parole, andrebbe a discapito del principio di libera determinazione delle parti finalizzato a raggiungere una soluzione "amichevole"¹¹.

Non si può negare che, almeno in Italia, tra i fattori che hanno determinato la ricerca di nuovi strumenti di risoluzione delle controversie, si rinvengono i sintomi di una giustizia in crisi (l'eccessiva onerosità di un giudizio, l'intasamento dell'attività dei giudici e l'estensione dei tempi necessari per giungere ad una soluzione della controversia).

Ciò nonostante, è stato osservato in dottrina che considerare i riti alternativi alla stregua di un mero correttivo deflazionistico comporterebbe il rischio di ridurre gli stessi al rango di "giustizia di second'ordine". Sarebbe invece auspicabile riconoscere la valenza autonoma di tali procedure informali nell'offrire composizione di *small claims*¹².

Ancora si è rilevato, la necessità di inquadrare questi mezzi di soluzione delle controversie in un contesto ove si possa confidare su una amministrazione della giustizia efficiente; solo così infatti si eviterebbe un uso distorto delle conciliazioni¹³.

Nel tentativo di imporre una serie di linee guida in cui inquadrare il sistema delle conciliazioni stragiudiziali, si è così pensato, de iure condendo, alla agevolazione di queste forme di ADR sia dal punto di vista processuale che dal punto di vista fiscale.

Quanto alle garanzie, le maggiori preoccupazioni sono state rivolte:

- i. alla posizione processuale delle parti, poiché infatti ciascuna di queste ADR deve garantire gli elementari diritti di difesa;
- ii. all'imparzialità e alla correttezza del procedimento: gli arbitri sono scelti o direttamente dalle parti, o dalle rispettive associazioni di categoria, o

¹⁰ In questo senso: L. RUBINO, *I procedimenti*, 469, in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003.

¹¹ Si veda, nel senso della inutilità, se non dannosità, del tentativo di conciliazione quando esso assuma i caratteri dell'obbligatorietà, MINERVINI, *Le camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, II, 945.

¹² BUONFRATE – LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, *Riv. Arbitrato*, 1999, 375 ss.

¹³ CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2000, 447 ss..

dall'istituzione operante; si possono superare, così, i dubbi, le perplessità (e i pregiudizi) esistenti nei confronti dell'arbitrato obbligatorio;

- iii. ai costi; le istituzioni operanti, sovvenzionate dallo Stato, dalle associazioni di categoria nonché dai loro stessi proventi istituzionali, potrebbero offrire al pubblico una originale forma di accesso alla giustizia, abbreviando i tempi della soluzione e procurando, in definitiva, un risparmio dei costi di procedura e dei costi di assistenza.

Ciò premesso si può osservare come le procedure “aggiudicative” conducano alla pronuncia da parte del terzo di una decisione vincolante per le parti: rientrano in questa casistica sia il processo, sia l’arbitrato.

Per converso, tra i diversi tipi di procedure “conciliative” si distingue principalmente tra “conciliazione facilitativa” (*facilitative mediation*) e conciliazione valutativa (*evaluative mediation*).

Nella prima il conciliatore deve guidare la discussione delle parti finché queste non abbiano, autonomamente, trovato un punto di incontro nei rispettivi interessi; si tratta di una procedura che può risultare talvolta lenta poiché il conciliatore non può proporre alcuna soluzione di tipo impositivo.

Nella seconda ipotesi, invece, l’attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva tentando di convincere le parti ad accettarla¹⁴.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti – le quali sostanzialmente temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione¹⁵.

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

¹⁴ Per un’ampia panoramica si rinvia agli studi di F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000.

¹⁵ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall’AIA sul tema “Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie” tenutosi a Roma il 7 novembre 2002

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, purchè, ai sensi dell’art. 4 della legge n. 580/1993, abbiano provveduto ad istituire al loro interno organismi di conciliazione. Al riguardo è stato, correttamente, osservato come “non sarebbe felice la previsione di altri limiti soggettivi all’esercizio dell’attività

di conciliazione, oltre ai requisiti di indipendenza e professionalità volti a garantire l'imparzialità del conciliatore¹⁶.

E' ormai imminente l'emanazione dei due regolamenti del Ministero della giustizia destinati a disciplinare i criteri e le modalità di iscrizione nel registro degli organismi di conciliazione abilitati, l'ammontare delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici ed i criteri della approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti dagli enti privati.

In attesa di poter esaminare tali regolamenti possono tuttavia svolgersi talune osservazioni di carattere generale.

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 principi 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 esponenti di professioni regolamentate nel cui ambito esistono codici deontologici ai quali fare riferimento.

Nulla è disposto in ordine alla ammissibilità o meno di organismi di conciliazione che perseguano fini di lucro, ma è evidentemente auspicabile che in sede regolamentare si preveda l'esclusione di tale finalità che non sembra compatibile con gli obiettivi perseguiti dal legislatore; d'altra parte l'espressa qualificazione alla stregua di "indennità" dei compensi dovuti agli organismi di conciliazione (costituiti sia da enti pubblici che da enti privati) induce a ritenere che tali compensi debbano essere finalizzati al rimborso delle spese e dei costi ragionevolmente sostenuti per il funzionamento della struttura, con esclusione quindi di una remunerazione del capitale investito.

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 modalità di nomina del conciliatore che ne

¹⁶ Audizione Assonime, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, 1597

garantiscono 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 di tale regolamentazione è 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 posizioni¹⁷.

Anche per effetto di questa scelta del legislatore si pongono delicate questioni in tema di formazione adeguata dei conciliatori, in ragione del ruolo propositivo che essi debbono assumere nell'ipotesi in cui l'attività di assistenza finalizzata alla conciliazione diretta tra le parti non abbia successo.

Il primo comma della norma in esame stabilisce 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, ricomprendovisi 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 societarie¹⁸.

¹⁷ Con il recentissimo D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, il Legislatore è intervenuto (anche) nella materia considerata introducendo nell'art. 40, secondo comma, 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 valutazione valutativa, risulta così di molto ridimensionata, essendo condizionata alla congiunta richiesta delle parti.

¹⁸ Si pone giustamente il problema dell'eventuale eccesso di delega MINERVINI, *op. cit.*, 618

5.2. Incentivi fiscali e indennità di competenza dei conciliatori

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

Previsioni simili erano state introdotte in precedenti progetti tra cui quello su iniziativa dell'On. Cola (A.C. 2463 "Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale") che oltre a proporre l'esenzione totale dell'imposta di registro sul verbale di conciliazione, proponeva di ridurre della metà il contributo unificato per le spese degli atti giudiziari in favore di chiunque, nell'adire l'Autorità Giudiziaria, avesse dimostrato di aver precedentemente ed infruttuosamente esperito una procedura di conciliazione (Art. 13, rubricato "Incentivi").

In realtà le agevolazioni ipotizzate erano ancora più allettanti (deducibilità dal reddito imponibile ai fini IRPEG e IRPEF delle spese del procedimento) ma l'opposizione del Ministero delle Finanze è prevalsa sull'interesse al risparmio dei costi della giustizia, che in definitiva, è alla base del decreto legislativo¹⁹.

Ad ogni modo, 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.

In merito, è stato segnalato come tale disposizione sembri legittimare tra l'altro il deposito di atti e documenti quali quelli di origine tecnico – peritale anche in via informale; è evidente in tale scelta la volontà di snellire il procedimento: documenti che prima d'ora erano proponibili solo in forma giurata, con i conseguenti oneri economici, potranno essere depositati in carta libera²⁰.

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.

Peraltro anche in merito a questa scelta, si rinvengono precedenti iniziative nelle proposte di legge; la proposta dell'On. Finocchiaro (A.C. 3559), infatti, aveva previsto (art. 3 "Costi, spese ed esenzioni relativi al procedimento di conciliazione") l'esenzione dell'imposta per i verbali di valore inferiore a 50.000 euro²¹.

¹⁹ Esprime il proprio scetticismo nei confronti di tali "timide" agevolazioni fiscali MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, contributo pubblicato sul sito www.judicium.it

²⁰ Si veda in argomento: L. RUBINO, *I procedimenti*, op. cit., 484

²¹ Come è stato osservato nel corso della Audizione Assonime "l'esenzione proposta dall'art. 39, comma 2, - pari a 25.000 euro – non è coerente con quella già prevista per i processi3 verbali di conciliazione, fissata (allora) in cento milioni di lire dall'art. 9, comma 9, della legge n. 488 del 1999 (*Audizione Assonime*, Roma 7 novembre 2002, in *Riv. Soc.* 2002, 1598.

A ciò avuto riguardo, viene spontaneo domandarsi come mai una riforma finalizzata ad incentivare tecniche alternative di risoluzione delle controversie in materia societaria, pur avendo annunciato importanti sgravi fiscali per agevolarne la diffusione, abbia invece stabilito una così bassa soglia oltre la quale l'imposta di registro sarà normalmente dovuta.

Il timore per nulla remoto è che, per evitare il pagamento dell'imposta di registro, le parti decidano di indicare nel verbale di conciliazione un importo inferiore al reale con l'intento di scendere al di sotto della soglia dei 25.000 euro; si tratterebbe in pratica di un meccanismo simile a quello adottato nelle aule giudiziarie ove le parti coinvolte, piuttosto che redigere un verbale di conciliazione innanzi al giudice, preferiscono procedere all'estinzione del giudizio e contrattare in via riservata una proposta transattiva²².

E' infine previsto che con decreto del Ministero venga determinato l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle di indennità degli enti che richiederanno l'iscrizione nel registro di cui all'art. 38, 1° comma. Tali tabelle, allegate al regolamento di procedura potranno essere rivalutate ogni tre anni sulla base della variazione, verificatasi nel triennio precedente, dell'indice ISTAT per le famiglie di operai ed impiegati.

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

²² Tale problematica è messa in luce da L. RUBINO, *I procedimenti*, op. cit., 485.

nell'eventuale successivo processo, né possono essere oggetto di prova testimoniale.

E' il caso di evidenziare che esistono alcuni rischi derivanti da una tutela indiscriminata della riservatezza, come quello ad esempio di favorire comportamenti scorretti delle parti che potrebbero utilizzarla come strumento per scopi dilatori²³.

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 giorni²⁴.

In merito, il Regolamento di conciliazione assistita di controversie societarie della Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea (per il cui commento v. infra § 6) ha previsto una durata di sessanta giorni con la facoltà del Comitato Esecutivo della Sezione Conciliazione di prorogarlo di non oltre trenta 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 conciliazione²⁵.

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

²³ Un ampio riferimento sulla tematica si rinviene negli studi di F. CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 2000, 4, 1283 ss.

²⁴ SOLDATI, *La conciliazione societaria: ambito e modalità di applicazione*, in *Contratti*, 2003, 3, 318

²⁵ MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 5/2003, 663.

produce con la domanda giudiziale quando alla domanda segue la pronuncia della sentenza²⁶.

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 1° 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.

Si ritiene peraltro che la riforma non si debba giustificare alla luce di una voluta equiparazione tra domanda giudiziale e istanza di conciliazione, ma piuttosto nel senso di incentivare coloro che desiderano utilizzare la conciliazione stragiudiziale; infatti il tempo utilizzato per trovare una soluzione della

²⁶ Sul tema, il contributo di SASSANI – TISCINI, *Il nuovo processo societario*, 16, pubblicato su www.judicium.it.

controversia in via extragiudiziale non comporta alcun pregiudizio nel caso di successivo passaggio ad un giudizio ordinario, come invece sarebbe avvenuto in mancanza di esplicita previsione.

A ben vedere, il beneficio in esame viene concesso sia che la conciliazione giunga a buon fine, sia nel caso opposto; infatti anche nel caso di esito negativo, la decadenza riprende a decorrere non già dalla data di presentazione dell'istanza di conciliazione, bensì dalla data di deposito del verbale di fallita conciliazione presso la segreteria dell'organismo di conciliazione.²⁷

5.6. La conclusione del procedimento: il verbale di conciliazione

Richiamata la distinzione tra i diversi tipi di conciliazione, si può comprendere come il legislatore italiano abbia fatto una sorta di *collage* tra i due diversi metodi compositivi della “conciliazione facilitativa” (*facilitative mediation*) e della “conciliazione valutativa” (*evaluative mediation*); è stato infatti previsto che il conciliatore “assista” le parti assumendo, in una prima fase, il ruolo del mediatore, senza cioè poter proporre una soluzione.

In contrapposizione con questa lettura, è stato fatto notare come il legislatore non disciplini propriamente lo svolgimento del procedimento, così che sembrerebbe lasciata al conciliatore la libertà, entro i limiti stabiliti dalle norme del regolamento di procedura, di agire come meglio crede per favorire l'incontro delle parti²⁸.

Infatti, solo “*ove le parti non raggiungano un accordo*” la conciliazione passa da facilitativa a valutativa e il conciliatore potrà/dovrà quindi enunciare la proposta ritenuta più opportuna per venire incontro alle aspettative di entrambe le parti che, a loro volta ed in caso di rifiuto della stessa, potranno indicare la loro posizione definitiva ovvero i punti su cui sono ancora disposti a transigere²⁹.

Tali dichiarazioni verranno dunque annotate nel verbale di fallita conciliazione di cui sarà consegnata copia alle parti qualora ne abbiano fatto richiesta.

Il conciliatore da altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione.

A ciò avuto riguardo, appare chiara l'eccezionalità della norma che costituisce una deroga sostanziale al principio di riservatezza su cui è basato il procedimento di conciliazione.

Infatti, solo in caso di mancata conciliazione, si potrà nel relativo verbale, esporre le motivazioni che hanno impedito il raggiungimento di un compromesso;

²⁷ In questi termini cfr. L. RUBINO, *I procedimenti*, *op.cit.*, 508

²⁸ E' di questa opinione MINERVINI, *op. cit.* 2003, 5, 661

²⁹ A seguito del D. Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 la proposta del conciliatore è subordinata alla congiunta richiesta delle parti, con conseguente ridimensionamento dell'opzione esercitata con il D. Lgs. 5/2003 a favore della c.d. mediazione valutativa.

queste informazioni saranno le uniche cui potrà fare riferimento il giudice togato nell'eventuale successivo giudizio.

Il verbale di conciliazione, sia che il procedimento abbia portato buoni frutti, sia nel caso di fallimento, deve riportare, ai sensi del comma 7, le indicazioni necessarie all'esatta individuazione dell'organismo che ha condotto la conciliazione, con particolare riguardo agli estremi della iscrizione nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia ai sensi dell'art. 38, 1° comma; è certamente anche questa una garanzia di affidabilità, soprattutto nel caso in cui nel corso della conciliazione si realizzino irregolarità che potranno poi essere valutate secondo quanto disposto dai codici di comportamento degli organismi di conciliazione.

In caso di esito positivo, il conciliatore e le parti procedono alla sottoscrizione di apposito verbale di cui potrà essere richiesta copia che, come sopra ricordato, non potrà essere divulgata nel suo contenuto, stante il dovere di segretezza previsto dal comma 1 e 5.

Accogliendo gli auspici espressi dalla dottrina in ordine alla vincolatività dell'accordo conciliativo³⁰, il legislatore ha previsto che il verbale in questione sia sottoposto al Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione; quindi, esperito un controllo di sola regolarità formale, il verbale viene omologato e acquista valore di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.³¹

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)³².

³⁰ In questo senso cfr. G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Pol. Dir.*, 1997, 403 ss.

³¹ In ordine agli effetti dell'accordo di conciliazione si era posta a livello Comunitario la questione relativa a quale efficacia debba essere assegnata a tale atto "*inter partes*" che il più delle volte risulta essere una transazione, le formule conciliative vengono ritenute dal Libro Verde della Commissione ascrivibili al genere della "transazione". Al momento, tuttavia, solo alcuni Stati membri riconoscono valore di titolo esecutivo alla transazione risultante nel verbale conclusivo di una ADR. Tra questi Stati, il Libro Verde ricorda la Francia e la Germania; quest'ultima, conformemente a quanto stabilito dall'art. 794, paragrafo 1, del codice di procedura civile tedesco, dispone il riconoscimento della transazione, da parte della amministrazione giudiziaria del Land, qualora la procedura ADR sia stata conclusa davanti ad un organismo riconosciuto.

³² Per una lucida ricostruzione delle questioni in materia cfr. PROTO-PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro. It.*, 2003, V, 117 ss.

5.6. Il comportamento delle parti.

Il comportamento assunto dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione assume rilievo ai fini dell'eventuale giudizio.

Infatti se il 1° comma è dedicato a garantire la riservatezza del procedimento ed il 3° a limitare la possibilità di pubblicità delle motivazioni alla base di una mancata conciliazione, il 5° comma, compatibilmente con quanto stabilito in materia di giudizio ordinario dal codice di procedura civile, conferisce al giudice il potere di valutare il comportamento assunto dalle parti ai fini della liquidazione delle spese processuali.

La novità sta nel fatto che il giudice può valutare l'utilità del ricorso al giudizio ordinario e quindi arrivare persino a condannare la parte vittoriosa nel merito - la quale non soddisfatta del risultato già raggiunto nella conciliazione, aveva dato inizio al processo ordinario - al pagamento delle spese processuali quale "penalità" per avere "inutilmente ricorso alla giustizia togata"³³.

In questo senso la riforma introduce una significativa eccezione al principio della soccombenza che regola il pagamento delle spese giudiziali.

Pur tuttavia non si può non ricordare come la riforma possa anche essere letta nel senso di voler indurre le parti ad accettare le proposte formulate dal conciliatore, attraverso la minaccia di riflessi negativi sul successivo procedimento giudiziario³⁴.

Il meccanismo sopra descritto rischierebbe dunque di pregiudicare alla radice la creazione di quel clima di collaborazione delle parti che costituisce il presupposto necessario per la buona riuscita della conciliazione.

5.8. 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

³³ L. Rubino, *I procedimenti*, op. cit. 503.

³⁴ In questo senso: BORTOLOTTI, *La conciliazione stragiudiziale nelle controversie societarie*, in Atti del convegno promosso dall'AIA sul tema "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie" tenutosi a Roma il 7 novembre 2002, 89

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 Regolamento di conciliazione assistita di controversie societarie della Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea.

Nel luglio 2003 è stato approvato dalla Delegazione Italiana della Corte Arbitrale Europea il regolamento di conciliazione finalizzato alla iscrizione della Delegazione Italiana tra gli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del Decreto 5/2003.

Il regolamento è inteso a disciplinare la conciliazione "domestica", ovvero tra parti residenti o domiciliate in Italia o che comunque abbiano concordemente deciso di fare amministrare il tentativo di conciliazione dalla Delegazione Italiana della Corte; in caso di controversia "internazionale" si rinvia all'apposito regolamento di conciliazione amministrata della Corte.

In estrema sintesi gli aspetti più significativi di tale regolamento possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

Innanzitutto il regolamento si adegua alla previsione normativa di cui all'art. 40 della riforma, prevedendo una ipotesi di conciliazione valutativa, nel senso che ove le parti non raggiungano un accordo il conciliatore formulerà una propria proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare.

Si tratta di una scelta necessitata e funzionale a consentire alle parti di far valere, nel successivo eventuale giudizio, i limitati effetti che in ordine al regime delle spese processuali possono conseguire da un ingiustificato rifiuto delle condizioni di conciliazione.

Il regolamento disciplina altresì le vicende relative al rifiuto di conciliazione sia in assenza di un valido patto tra le parti in tal senso, sia nell'ipotesi in cui il patto di conciliazione effettivamente rinvii al regolamento ma la parte non richiedente rifiuti di partecipare alla conciliazione.

Viene anche risolta la questione relativa alla esistenza di un patto di conciliazione multiparte nell'ipotesi in cui non tutti i soggetti coinvolti accettino di partecipare alla conciliazione: in questo caso essa potrà svolgersi tra le parti che concordemente lo richiedono anche se altre parti hanno rifiutato di parteciparvi.

La scelta del conciliatore deve avvenire tra i nominativi iscritti nell'elenco di conciliatori predisposti dalla Corte e per quanto possibile assecondando le indicazioni che le parti hanno l'onere di effettuare al momento della domanda di conciliazione ovvero in sede di prima risposta in sede alla domanda.

Il procedimento di conciliazione, disciplinato da norme acceleratorie, prevede che il conciliatore possa richiedere alle parti, anche per iscritto, qualsiasi chiarimento necessario ed anche l'esibizione di documenti; che siano rese dichiarazioni scritte da parte di soggetti indicati dalle parti o dal conciliatore.

Il ruolo attivo del conciliatore è assicurato dalla specifica norma regolamentare secondo cui il conciliatore deve

- dedicare il proprio impegno a valutare e a capire le opinioni contrastanti delle parti;

- stabilire un dialogo costruttivo tra le parti,

- avere un ruolo attivo nella definizione della lite, ascoltando attentamente i commenti delle parti, incontrare le parti separatamente, discutere con esse le rispettive posizioni incoraggiandole ad esprimere, in modo appropriato, le loro proposte per la soluzione, tentare di conciliare le opinioni espresse e proporre – alla fine della discussione – la propria soluzione;

- tenere riunioni con entrambe le parti, in particolare all'inizio e alla fine della procedura.

Sono altresì disciplinate le ipotesi di ricusazione del conciliatore e di rinuncia al procedimento.

La durata della procedura, scandita da termini intermedi acceleratori, non potrà eccedere ordinariamente i sessanta giorni dal ricevimento della richiesta di

conciliazione, con facoltà per l'organismo di conciliazione di concedere una sola proroga non superiore ad ulteriori trenta giorni.

La tabella delle indennità riferite sia all'attività del conciliatore sia ai diritti amministrativi, allegata al regolamento, disciplina i costi della procedura.³⁵

7. 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 servizi³⁶.

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.

³⁵ La tabella prevede una serie di scaglioni di valore della controversia e parte da un minimo di 220 euro di compenso a conciliatore e 80 euro di diritti amministrativi per le controversie di valore sino a 4.000 euro per giungere, per controversie tra i 13,5 milioni di euro e 15 milioni di euro ad indennità di 33.600 euro per il conciliatore e di 9.900 euro per i diritti amministrativi.

³⁶ Per una ricognizione della varie teorie, anche con riferimento agli ordinamenti stranieri ed all'arbitrato internazionale amministrato cfr. A.M. BERNINI *L'arbitrato amministrato*, Padova 1996, 27 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il Diritto dell'Arbitrato*, terza edizione, Padova 2002, 460 ss.

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 .

8. 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.³⁷

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.

³⁷ Per una interessante ricostruzione dei profili connessi all'ambito oggettivo dell'arbitrabilità nelle controversie societarie cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La Convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 2003, 929 ss.

9. 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.