

ARBITRATO E ADR NEI CONFLITTI SOCIETARI

di Nicola Soldati, avvocato, ricercatore, docente di diritto commerciale e di diritto fallimentare Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Nell'ambito delle liti di natura societaria, arbitrati e conciliazioni rivestono un ruolo fondamentale come strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Tale ruolo è stato ulteriormente magnificato a seguito della pubblicazione in Gazzetta ufficiale del 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, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366", elaborato dalla Commissione Vietti e rubricato "Nuove forme di procedura", che ha introdotto nel nostro ordinamento nuove disposizioni in tema di arbitrato e conciliazione.

Con particolare riferimento all'arbitrato, il terzo comma dell'articolo 12 aveva delegato il Governo a "prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1".

Per contro, con riferimento alla conciliazione, in base al quarto comma dell'art. 12, il Governo era chiamato "a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinnanzi 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."

Sulla base della delega ricevuta, l'Esecutivo ha, quindi, predisposto apposite norme applicabili alla materia societaria, bancaria, creditizia e di intermediazione finanziaria per offrire alle parti la possibilità di risolvere le controversie mediante il ricorso a strumenti alternativi come l'arbitrato (artt. 34-37) e la conciliazione (artt. 38-40).

Per quanto attiene al primo di questi, le norme contenute nel decreto disciplinano una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza alcuna pretesa di sostituire il modello codicistico, il quale continua a mantenere, ove non specificamente derogato, la sua piena efficacia anche in materia societaria.

La diffusione in Italia dello strumento arbitrale si è avuta soprattutto nell'ambito commerciale e, più in particolare, in ambito societario, dove nonostante la presenza di forti limiti di arbitrabilità imposti dalla giurisprudenza, si è registrata una sempre maggiore diffusione delle clausole compromissorie nell'ambito degli statuti e dei patti parasociali, tanto da poterle quasi considerare, oggi, come clausole di rito.

Ciò risulta ulteriormente dimostrato dalla costante presenza della clausola compromissoria all'interno degli statuti societari, indipendentemente dal tipo giuridico prescelto o dall'oggetto sociale¹.

Pertanto, alla luce della citata riforma, il ricorso all'arbitrato non potrà che risultare ulteriormente incrementato, anche se, per vero, ciò non rientrava a pieno nelle intenzioni del legislatore, il quale, molto più semplicemente, era interessato a deflazionare il contenzioso in sede giudiziale, come risulta ampiamente evidente nella relazione di accompagnamento ad decreto².

L'ambito di applicazione della riforma

Alla luce delle nuove disposizioni, gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis c.c., vale a dire quelle emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante, potranno, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune, ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società e gli organi sociali che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Questa esclusione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, ha suscitato alcune critiche poiché non si comprende la ragione per la quale la natura del capitale possa avere una qualche influenza sulle modalità di composizione della lite tra soci e tra soci e società, non potendo certo l'eventuale estrema diffusione del capitale societario rendere più difficilmente praticabile l'opzione arbitrale. A livello comparatistico si può evidenziare la grandissima diffusione dell'arbitrato in ambito societario anche laddove il capitale sia ampiamente diffuso tra il pubblico.

Inoltre, tale limitazione, sembrerebbe, ad una prima lettura, in contrasto con la legge n. 366/2001, la quale all'art. 12, comma 3, conferiva delega al Governo di disciplinare le clausole compromissorie “per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1” il cui rinvio, in verità, non sembra certo legittimare una esclusione di alcuni tipi di società in relazione alla partecipazione al capitale.

Al contempo, nemmeno la previsione contenuta, sempre all'interno della legge delega all'art. 4, in base alla quale le società “saranno soggette a regole caratterizzate da un maggiore grado di imperatività in considerazione del ricorso al mercato del capitale di rischio”, sembra idonea a legittimare siffatta esclusione, infatti la presenza di regole imperative avrebbe potuto

¹ SOLDATI, *Le clausole compromissorie negli statuti delle società commerciali*, Milano, 2005; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano, 1979.

² AMADEI, SOLDATI, *Il processo societario*, II ed. agg., Milano, 2004, pp. 255-256.

essere ampiamente soddisfatta dalla previsione obbligatoria in tale ambito di un giudizio secondo diritto.

L'arbitrabilità in materia societaria

In ambito societario, l'arbitrabilità delle controversie, alla luce dei principi generali, è ammessa in tutte quelle materie che possono formare oggetto di transazione, e cioè per quelle materie dove si ha la disponibilità dei diritti oggetto della controversia³. Vi è, dunque, una distinzione tra diritti disponibili e diritti indisponibili, ovvero tra diritti che sono protetti dall'ordinamento giuridico con norme dispositive in vista della tutela del potere di autodeterminazione e di disposizione del privato, e norme imperative in vista della tutela di un interesse superiore, quello pubblico⁴. In base a tale distinzione, la giurisprudenza ha posto il principio in base al quale, per stabilire se le controversie, potenzialmente insorgenti tra soci e tra soci e società, possano formare oggetto di compromesso, occorre esaminare se gli interessi coinvolti riguardano i soci come singoli, oppure si riferiscono unicamente alla società tutelata dalla legge in quanto tale; nella prima ipotesi, la controversia è liberamente arbitrabile, sulla base del presupposto che ogni socio può disporre liberamente dei diritti oggetto della disputa, mentre nella seconda ipotesi l'arbitrabilità è fermamente negata a causa dell'indisponibilità del diritto coinvolto. L'interesse sociale deve essere inteso come la somma degli interessi individuali di tutti i soci, collegati tra di loro da un elemento comune, nascente dal vincolo sociale, identificabile nella unicità dello scopo dal quale trae origine la compagine sociale stessa.

Si tratta di un interesse collettivo, indisponibile per i singoli, in quanto interesse riferito ad un gruppo unitariamente considerato che subisce una sorta di individualizzazione, tale da renderlo distinto da quello del singolo socio, inteso come persona fisica, al contrario disponibile esclusivamente per il suo titolare, la società. Pertanto, l'interesse collettivo della società, cioè l'interesse al conseguimento dell'oggetto sociale ed all'attuazione del contratto sociale, può trovare tutela piena, siccome indisponibile, esclusivamente nell'alveo della giustizia togata, essendo preclusa in tale ambito ogni arbitrabilità.

In altri termini, la natura dell'interesse coinvolto, viene utilizzata come strumento principale nell'individuazione della sfera di operatività dell'istituto arbitrale in materia societaria. Questi principi hanno fornito e forniscono ancora oggi, dopo la riforma, il parametro dell'arbitrabilità delle controversie, utilizzato dalle corti di merito e dai giudici di legittimità per valutare

³ Cass. 6 luglio 2000, n. 9022, in *Foro pad.*, 2000, I, 313.

⁴ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 3 ed., 1988, 75; distinzione ripresa anche in motivazione da Trib. Catania, 28 marzo 1998, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507.

empiricamente, caso per caso, la compromettibilità in arbitri delle controversie portate alla loro cognizione⁵.

I disposti del decreto

Il decreto legislativo 5/2003 ha precisato che non possono formare oggetto di compromesso in arbitri le controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero. In questo modo, l'art. 34, comma 5, è venuto a disciplinare una fattispecie su cui la giurisprudenza aveva avuto modo più volte di pronunciarsi con particolare riferimento alle gravi irregolarità amministrative *ex art. 2409 c.c.* (il nuovo art. 2409 c.c. prevede l'intervento del PM solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio), nonché la fattispecie relativa alle controversie nascenti dalla nomina e dalle revoca dei liquidatori *ex art. 2450 c.c.* (nuovo art. 2487 c.c. ultimo comma)⁶. Con riferimento alla denuncia al tribunale, si ritiene decisivo il rilievo per cui, essendo attribuita la legittimazione alla proposizione del ricorso anche al Pubblico Ministero (art. 2409, ultimo comma, c.c.), il procedimento deve ritenersi previsto non solo a tutela degli azionisti di minoranza, ma anche dell'interesse generale connesso alla regolare amministrazione della società⁷.

In ogni caso, ad una prima interpretazione delle norme del decreto, appare evidente, pur senza eccessi di entusiasmo, l'intenzione di superare in determinati settori gli ostacoli, fino ad oggi, imposti dalla disponibilità del diritto controverso ai fini della arbitrabilità della questione sottoposta al giudizio degli arbitri, che, come ricordato in precedenza, ha costituito e costituisce il principale ostacolo della diffusione dell'arbitrato in materia societaria⁸.

Sempre in quest'ottica, l'art. 34, comma 1, anche in considerazione dei vincoli imposti dalla legge delega, pone come presupposto che l'oggetto principale della controversia debba essere disponibile, allo scopo di ampliare il novero delle controversie arbitrabili *ex clausola compromissoria*.

Nondimeno, come si legge nella relazione al decreto, ed in base alla previsione contenuta all'art. 35, comma 1, gli arbitri potranno conoscere nel corso del procedimento *incidenter tantum* questioni non compromettibili, perciò in deroga a quanto disposto dal vigente art. 819, comma 1,

⁵ In dottrina: SOLDATI, *Le clausole compromissorie negli statuti delle società commerciali*, cit.; STESURI, *Gli arbitrati societari*, Torino, 2005; BIANCHI, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Padova, 2001; BORIO, *L'arbitrato nel diritto societario*, Milano, 1994; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, cit.

⁶ Trib. Modena, 12 maggio 2004, in *Società*, 2004, 1270, con nota di SOLDATI, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*.

⁷ App. Ancona, 14 febbraio 1998, in *Società*, 1998, 941; Trib. Taranto, 17 maggio 1996, in *Gius.*, 1996, 418; Cass. Sez. un., 23 ottobre 1961, n. 2347, in *Foro pad.*, 1961, I, 1225.

⁸ CRISCUOLO, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 46 ss.; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443.

c.p.c., “ma in armonia con scelte altrove compiute in sede di revisione organica della disciplina del codice processuale”, vale a dire, in armonia con i lavori della Commissione Vaccarella.

Il legislatore ha previsto all’art. 35, comma 3, al fine di evitare effetti potenzialmente pregiudizievoli nei confronti di soggetti terzi rispetto alla società, ovvero rispetto a soci che non costituiscono parte sostanziale della controversia insorta, che, qualora gli arbitri nella loro decisione abbiano conosciuto questioni non compromettibili, ovvero l’oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari, la decisione, anche in deroga a quanto previsto per l’arbitrato internazionale, dovrà essere resa dagli arbitri secondo diritto ed il loro sarà impugnabile anche per violazione di legge ai sensi dell’art. 829, comma 2, c.p.c.

La clausola compromissoria

La circostanza che il legislatore abbia espressamente previsto l’applicabilità dell’art. 34 alle sole clausole compromissorie, porta a ritenere che, con riferimento al compromesso arbitrale in materia societaria, continuino ad applicarsi le norme di diritto comune previste dal codice di rito.

Per contro, con riferimento ai successivi artt. 35 e 36, si ritiene che questi possano trovare applicazione analogica al compromesso, per quanto compatibili, alla luce della evidente sussistenza della medesima *ratio*. A titolo di esempio, nella pratica, sarebbe esclusa la possibilità di intervento di terzi nel procedimento ai sensi dell’art. 35, comma 1, poiché prevista esclusivamente per la clausola compromissoria, mentre resterebbe applicabile l’intervento in base alle norme processuali previste dal codice di rito.

Nelle controversie societarie possono sovente sorgere problemi circa la terzietà del collegio arbitrale rispetto alle parti. Infatti, come è noto, gli arbitri per la funzione *super partes* che sono chiamati a svolgere, funzione del tutto analoga a quella dei giudici togati, devono essere necessariamente neutrali, imparziali ed indipendenti rispetto alle parti in lite, a prescindere dal tipo di arbitrato prescelto. In quest’ottica, al fine di rafforzare la posizione di neutralità, imparzialità e di indipendenza del collegio arbitrale, il decreto, all’art. 34, comma 2, sancisce che la clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale. Tale sistema, tuttavia si differenzia nettamente, creando una vera e propria *species* di clausola arbitrale in ambito societario e, per certi aspetti, si pone in contrasto con le previsioni contenute all’interno del codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato.

Infatti, il codice di rito prevede che le modalità di nomina degli arbitri ed il loro numero debbano essere contenute nella clausola compromissoria, ovvero nel compromesso nel quale può

essere presente anche l'effettiva nomina degli arbitri. Altresì, la nomina dell'arbitro può essere contenuta nella domanda di arbitrato redatta dalla parte che vuole dare inizio alla procedura.

In particolare modo, l'art. 810 c.p.c. prevede le modalità di nomina degli arbitri, stabilendo uno schema base assai efficace, ma, al contempo, liberamente derogabile ad opera delle parti⁹ in base al quale ogni parte procede alla nomina di un arbitri ed i due così designati provvedono a quella del terzo arbitro con funzioni di presidente. Solitamente, nell'arbitrato amministrato le parti recepiscono le modalità di nomina degli arbitri contenute nel regolamento prescelto¹⁰.

Inoltre, il disposto dell'art. 809, comma 3, c.p.c., permette di ovviare alle patologie dell'accordo arbitrale riscontrabili nell'indicazione di un numero pari di arbitri, ovvero nella mancata indicazione di un qualsivoglia numero di essi¹¹ che, prima della riforma del 1994, costituivano motivo di nullità dell'accordo medesimo.

Secondo la normativa italiana, il numero degli arbitri deve essere dispari, tuttavia, nel caso in cui nell'accordo arbitrale le parti nominino un numero pari di arbitri, il terzo arbitro dovrà essere nominato nei modi previsti dall'art. 810 c.p.c., e cioè, mediante ricorso al presidente del tribunale¹². Qualora, invece, le parti non compiano alcuna indicazione sul numero degli arbitri, questo sarà di tre, i quali, in caso di diverso accordo delle parti o di mancata nomina, verranno designati facendo ancora una volta ricorso alla previsione dell'art. 810 c.p.c.

L'art. 34, comma 2, del decreto, sancendo la nullità dell'accordo che preveda la designazione degli arbitri ad opera del parti dovrebbe, comunque, riuscire a superare una problematica assai rilevante, costituita dalla potenziale presenza di una pluralità di parti in causa, e, indirettamente, quella relativa alla terzietà dei membri del collegio arbitrale¹³.

⁹ SOLDATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Milano, 2005, 51; VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, 86; DIMUNDO, *Il mandato ad arbitrare, la capacità, la responsabilità*, in Alpa (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, 466.

¹⁰ VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 87; CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Numero e nomina degli arbitri*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, 135.

¹¹ F. CARPI, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Numero e nomina degli arbitri*, cit., p. 127.

¹² Il provvedimento di nomina dell'arbitro dal parte del presidente del tribunale deve considerarsi di volontaria giurisdizione: BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 58; BRIBUGLIO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 61; FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*, in *Giur. it.*, 1951, I, 2, 617; ALLORIO, *A proposito di non impugnabilità di provvedimento presidenziale di nomina di arbitro*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, 1082.

¹³ Tale impostazione è stata seguita anche dalla giurisprudenza maggioritaria formatasi dopo l'entrata in vigore del nuovo processo societario: Trib. Catania, 26 novembre 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1131, con nota di SANGIOVANNI, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*; Trib. Bari, 21 gennaio 2005, inedita; Trib. Udine, 4 novembre 2004, in *Società*, 2005, 777, con nota di SOLDATI, *Clausole compromissorie statutarie e questioni di diritto transitorio*; Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 10, 80 con nota di SOLDATI, *Validità della clausola compromissoria statutaria nel periodo transitorio*; Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, n. 2, 73, con nota di SOLDATI, *Nullità della clausola compromissoria statutaria a seguito di mancato adeguamento*; Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. merito*, 2004, 1699; Trib. Trento, 11 febbraio 2004 in *Nuovo dir.*, 2005, n. 4, 275, con nota di SOLDATI, *Ambito di applicazione dell'arbitrato societario ex art. 34 del D.Lgs n. 5/2003 e disciplina transitoria*; contra: Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Corr. merito*, 2005, 759.

Infatti, con riferimento all'arbitrabilità soggettiva, l'attuale giurisprudenza ha più volte evidenziato come il collegio arbitrale venga spesso a coincidere con un organo della società quale il collegio sindacale, ovvero il collegio dei probiviri, oppure risulti essere di espressione assembleare. Dottrina e giurisprudenza si sono spesso interrogate sulla validità di una tale scelta. Il collegio sindacale, benché nominato dalla maggioranza assembleare, si mantiene in una posizione nettamente autonoma rispetto alla maggioranza assembleare che lo ha eletto, tanto da essere soggetto solamente alla legge. Quindi, non sembrerebbero, *prima facie*, esservi problemi in ordine al compimento delle funzioni arbitrali da parte di questo organo societario. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nell'affermare la nullità della clausola compromissoria che riservi ai sindaci il potere di dirimere le controversie sorte in qualità di arbitri. Infatti, essendo l'organo sindacale parte integrante della struttura societaria, con poteri di iniziativa suoi propri, verrebbe meno l'imprescindibile requisito della imparzialità del collegio arbitrale¹⁴. Nemmeno la nomina all'unanimità del collegio sindacale sarebbe sufficiente a salvare dalla nullità la clausola compromissoria.

Nelle società cooperative è differente la posizione del collegio dei probiviri il quale, secondo una parte della dottrina¹⁵, avrebbe il precipuo scopo di dirimere le controversie tra soci e tra soci e società come un vero e proprio collegio arbitrale, con pronunce aventi valore di lodo arbitrale, mentre, secondo altra parte della dottrina¹⁶, avrebbe solamente un ruolo di organo societario a tutti gli effetti e che, in quanto tale, esprimerebbe la volontà della società, attraverso decisioni aventi valore endosocietario tali da rendere definitive le decisioni degli altri organi societari.

Al pari del collegio sindacale, il collegio dei probiviri, aderendo al primo orientamento, può presentare seri problemi di terzietà rispetto agli amministratori ed alla società, essendo espressione della maggioranza assembleare, benché nelle società cooperative non si risenta del principio

¹⁴ GUIDOTTI, *Le limitazioni imposte agli organi sociali aventi funzioni di arbitri (anche con riferimento alla riforma delle società di capitali)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 13; SOLDATI, *Collegio sindacale e nullità della clausola compromissoria*, in *Diritto e pratica delle società*, n. 17, 2001, 64; SACCANI, *Designazione degli arbitri per la risoluzione di controversie sociali*, in *Società*, 1992, 324; MARCINKIEWICZ, *Terzietà degli arbitri di controversie sociali*, in *Società*, 1991, 1238; ROVELLI, *Competenza degli arbitri nella risoluzione delle controversie sociali*, in *Società*, 1991, 761; MARENGO, *Società e sindaci-arbitri: validità della clausola compromissoria*, in *Giur. merito*, 1987, I, 790; SILINGARDI, *Clausola compromissoria, statuto di società cooperativa e sindaci arbitri*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 126; Cass. 29 maggio 2001, n. 7350, in *Diritto e pratica delle società*, n. 17, 2001, pag. 62; Cass. 21 giugno 1996, n. 5778, in *Notariato*, 1997, 223; Trib. Milano, 21 aprile 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 66; Cass. 30 maggio 1997, n. 4831, in *Società*, 1997, 1283; Cass. 7 ottobre 1991, n. 10444, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1072.

¹⁵ SOLDATI, *Clausole per deferire le controversie ai probiviri nelle cooperative*, in *Diritto e pratica delle società*, 2001, 50; PAOLUCCI, *La compromettibilità delle controversie in materia di cooperative e di consorzi*, in *Società*, 2000, 1427; ROSI, *Ancora sulla validità della clausola compromissoria contenuta nello statuto di società cooperativa*, in *Riv. arb.*, 1992, 263; ROVELLI, *Limiti di validità della clausola compromissoria per le controversie sociali*, in *Società*, 1991, 1112; PROTETTI, *Funzioni arbitrali del collegio dei probiviri nella cooperativa*, in *Società*, 1990, 459; DONNINI, *Devoluzione ai probiviri delle controversie tra soci*, in *Società*, 1989, 473; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, cit., 143.

plutocratico come nelle società per azioni, anche alla luce dell'opposto principio "una testa un voto" ed alla luce delle limitazioni di deleghe in assemblea. Ciò ha comportato necessariamente un ridimensionamento delle funzioni di tale organo, tanto da delimitarne notevolmente l'operatività nell'ambito precipuo della risoluzione delle controversie, imponendo, di sovente, il ricorso allo stesso come una questione di procedibilità rispetto ad ogni azione avanti gli arbitri, ovvero l'autorità giudiziaria ordinaria. Ne consegue che il collegio dei probiviri, secondo un'autorevole giurisprudenza, seppure isolata, ricoprirebbe un ruolo endosocietario di composizione dei conflitti, compiendo la delicata funzione di riesame delle decisioni degli altri organi sociali (amministratori e sindaci), rendendole di fatto impugnabili solamente dopo tale atto¹⁷.

L'ambito di applicazione

Un aspetto particolarmente importante della riforma del processo societario è data dal suo ambito di applicazione, che risulta essere notevolmente più ampio rispetto a quello della riforma c.d. "sostanziale" (d. lgs. 6/2003). Infatti, il d. lgs. n. 5 del 2003, come previsto dall'art. 1, comma 1, lett. a), trova applicazione con riferimento a tutti i "rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative". Ciò sta a significare che si applica anche alle società di persone e, quindi, non solamente ai modelli oggetto dell'intervento riformatore¹⁸. Questa circostanza risulta ulteriormente confermata anche dai disposti della legge delega che, all'art. 12, comma 3, parla espressamente di "società commerciali"¹⁹.

Anche se tutto ciò può apparire ovvio, alla luce della ricostruzione della volontà del legislatore, è assolutamente necessario sottolineare un aspetto di vitale importanza per la validità delle clausole compromissorie contenute all'interno degli statuti delle società, che fino ad oggi non è stato sufficientemente evidenziato.

Come ricordato in precedenza, queste, in base all'art. 34, comma 2, del decreto dovranno prevedere sotto pena di nullità che la nomina dell'arbitro o degli arbitri debba avvenire ad opera di un soggetto esterno rispetto alla società. Dal punto di vista pratico, le società a responsabilità

¹⁶ FERRARA J., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, VIII ed., Milano, 1992, 867; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, VIII ed., 1991, 491; STELLA RICHTER, *Sulla clausola di riferimento delle controversie sociali al collegio dei probiviri*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 19.

¹⁷ App. Milano, 26 giugno 1990, in *Società*, 1990, 1502; App. Milano, 12 aprile 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 66; Cass. 21 ottobre 1980, n. 5635, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 42.; in dottrina: DI SABATO, *Manuale delle società*, III ed., Torino, 1990, 665; FERRI, *Le società*, in *Trattato di Diritto civile*, III ed., Torino, 1987, 100.

¹⁸ CRISI, *Considerazioni sull'arbitrato in materia societaria tra ritualità e irritualità nel quadro della riforma del processo societario di cui al d. lgs., n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 146.

limitata, le società per azioni e le società cooperative, ciascuna secondo le tempistiche scandite dal legislatore delegato, dovranno procedere all'adeguamento degli statuti, e, quindi, alla modifica delle clausole compromissorie allo scopo di evitare, appunto, la loro nullità, ove prevedano un meccanismo di nomina degli arbitri in capo direttamente alle parti, sulla base del modello disegnato dal codice di rito all'art. 810.

Ma il fatto da sottolineare è che gli statuti delle società di persone non dovranno essere sottoposti per legge a modifiche, con la conseguenza che le clausole compromissorie ivi contenute potrebbero risultare nulle per le ragioni sopra esposte. Sarà quindi necessario procedere ad una modifica di tale clausole al fine di non frustrare la volontà delle parti di dirimere le controversie insorte mediante lo strumento arbitrale, così come originariamente previsto nel contratto sociale.

I soggetti dell'arbitrato

Un notevole impatto pratico avrà la previsione contenuta al quarto comma dell'art. 34 in base alla quale gli atti costitutivi potranno prevedere nella clausola compromissoria una legittimazione attiva e passiva in capo ad amministratori, sindaci e liquidatori. Più precisamente tali soggetti potranno attivare od essere convenuti in procedure arbitrali, sia in proprio che in relazione alle funzioni svolte. I presupposti per l'applicabilità della norma sono due: la previsione di tali liti all'interno della clausola compromissoria e la semplice accettazione dell'incarico.

Questa previsione normativa è destinata ad avere un notevole impatto sull'attuale giurisprudenza, infatti, l'arbitrabilità delle controversie in materia di responsabilità degli amministratori e di loro revoca²⁰ ha costituito e costituisce una delle questioni più ampiamente dibattute; sul punto, la posizione dottrinale²¹ e giurisprudenziale²² non è del tutto univoca. Il legislatore, contemplando le figure di amministratori, sindaci e liquidatori, ha però tralasciato di prevedere l'applicazione dell'istituto arbitrale ai componenti dei consigli di gestione e di sorveglianza contemplati dall'art. 2409 *octies*, c.c. per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, ed ai componenti del consiglio di amministrazione ed ai componenti del comitato per il

¹⁹ Trib. Trento, 8 aprile 2004, cit.

²⁰ Trib. Cagliari, 17 novembre 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1998, 749; Trib. Trieste, 12 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 818, con nota di RONCO, *Revoca dell'amministratore di società personale*; Trib. Padova, 20 giugno 1989, in *Foro pad.*, 1989, I, 237; Pret. Sestri Ponente, 2 marzo 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 2356; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, 3349; *contra* Trib. Catania, 28 marzo 1998, cit.

²¹ CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002, 177; FRÈ, *Società per azioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e C. Branca, Bologna-Roma, 1982, 520; FERRI, *Le Società*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1987, 717; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, cit., p. 78.

²² Trib. Catania, 20 aprile 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507; Cass. 2 settembre 1998, n. 8699, in *Società*, 1999, 432; App. Milano, 14 gennaio 1992, in *Società*, 1992, 655; Trib. Milano, 2 dicembre 1982, in *Società*, 1983, 631; Trib. Torino, 13 giugno 1966, in *Riv. dir. comm.*, 1967, II, 469; Cass. 11 agosto 1972, n. 2681, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1933, con nota di FERRI, *Arbitrato libero e responsabilità degli amministratori nei confronti della società*; App. Milano, 19 dicembre 1958, in *Giust. civ.*, 1959, I, 937.

controllo sulla gestione per le società che hanno adottato il sistema monista, ed al revisore di società a responsabilità limitata *ex art. 2477 c.c.*. Tuttavia, poiché in base alla previsione contenuta all'art. 223 *septies* disp. att. c.c. le previsioni riguardanti amministratori e sindaci trovano applicazione in quanto compatibili anche a questi ultimi organi, si può ritenere che non vi siano dubbi sull'applicabilità della clausola arbitrale *ex art. 34* anche agli organi dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo e ciò anche in considerazione del fatto che sono chiamati a svolgere funzioni per certi aspetti equivalenti a quelle dei soggetti esplicitamente indicati nella norma²³.

Altresì, in base alla previsione del terzo comma dell'articolo in parola, la clausola compromissoria è vincolante per tutti i soci "inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia". In questo modo, il legislatore, avallando la tesi sostenuta in giurisprudenza²⁴, è venuto a spazzare via ogni dubbio in merito alla vincolatività della clausola nei confronti dei nuovi soci, superandosi la problematica relativa alla applicabilità dell'art. 1341 c.c. al contratto di società.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 34 del decreto prevede che le modifiche dell'atto costitutivo relative all'introduzione od alla soppressione di una clausola compromissoria debbano essere approvate con una maggioranza che rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale, fatta salva la possibilità per i soci assenti o dissenzienti di esercitare il diritto di recesso nel termine di novanta giorni. Tale norma viene ad equiparare la clausola compromissoria ad una qualsiasi altra clausola statutaria la cui soppressione o introduzione richiede particolari maggioranze in sede di assemblea straordinaria.

Per contro, il diritto di recesso accordato al socio assente o dissenziente, viene ad introdurre una nuova fattispecie di recesso solitamente legato alla modifica di essenziali aspetti strutturali ed organizzativi della società. Ciononostante, la previsione dell'art. 34 si pone in sintonia con la volontà del legislatore delegante di consentire ai soci ulteriori ipotesi di recesso, basti pensare, anche alla facoltà di recedere in caso di proroga della durata della società.

La disciplina del procedimento arbitrale

Anche il procedimento arbitrale²⁵ è stato oggetto di interventi ad opera del legislatore delegato. *In primis* è stato imposto il deposito presso il registro imprese della domanda di arbitrato

²³ PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 1.

²⁴ Cass. 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, 3298; Cass. 11 ottobre 1960, n. 2640, in *Giur. it.*, 1961, 1, 909, con nota di GENOVESE, *Clausola vessatoria in un contratto di società?*; *contra* Trib. Torino, 23 gennaio 1986, in *Giur. piem.*, 1986, 137.

²⁵ FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 444.

proposta dalla società, ovvero contro la società²⁶. Tale norma viene a tipizzare, per la prima volta in un ambito processuale, l'atto introduttivo del procedimento arbitrale nella domanda di arbitrato²⁷. La riforma del 1994²⁸ si era limitata ad introdurre la facoltà di utilizzare la domanda di arbitrato, quale atto di parte, mediante il quale promuovere un procedimento arbitrale, regolandone gli aspetti sostanziali e processuali (art. 2943 e 2945 c.c.)²⁹.

Ciononostante, ancora oggi, molti arbitrati nascono attraverso la nomina degli arbitri, e, solo dopo l'avvenuta composizione del collegio arbitrale, le parti procedono allo scambio delle relative memorie. Ora il primo comma dell'art. 35, applicabile, come detto, sia agli arbitrati nascenti da clausole compromissorie che da compromessi, viene a sottrarre alle parti la facoltà di scegliere le modalità di attivazione della procedura imponendo, come unico atto, la domanda di arbitrato. Dal punto di vista pratico, la nuova norma avrà una notevole portata e permetterà di rendere più omogenea la fase introduttiva di ogni arbitrato. Pertanto, la domanda di arbitrato non dovrà più contenere la nomina dell'arbitro di parte, bensì solamente la richiesta all'organo deputato alla nomina di procedere alla designazione dell'arbitro unico, ovvero dell'intero collegio arbitrale.

Sicuramente la più innovativa tra le norme introdotte all'art. 35, è costituita dalla possibilità di fare ricorso alla tutela cautelare anche nell'ambito di una procedura arbitrale irrituale³⁰. Sul punto, la giurisprudenza, quasi in modo univoco, si era espressa ripetutamente in senso negativo³¹. La nuova previsione deve essere letta come una dimostrazione del legislatore di volere procedere ad un superamento della distinzione tipicamente italiana tra i due tipi di arbitrato, già in parte espressa dalla Suprema corte in recenti sentenze³² con le quali si è venuto ad affermare che sia l'arbitrato rituale, alla pari di quello irrituale, ha natura privata, "configurandosi sempre la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione

²⁶ La norma prevede altresì che la domanda depositata è accessibile ai soci. Occorrerà verificare *in vivo* le modalità con le quali il registro imprese renderà disponibile la domanda. Viene da chiedersi se il deposito presso il registro imprese dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, al pari di ogni altro deposito al registro imprese sia conoscibile ai terzi in base al regime di pubblicità notizia previsto per tutti gli atti depositati. Se così fosse, rischierebbe di essere intaccata una delle principali caratteristiche dell'arbitrato che è data proprio dalla riservatezza della procedura.

²⁷ SOLDATI, *Impugnazione di delibera assembleare mediante domanda di arbitrato societario*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 1, 2004 pag. 55

²⁸ BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in Carpi (a cura di) *Arbitrato*, Bologna 2001, 217 ss.

²⁹ PADOVINI, in TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, Padova, 1994, p. 290 ss.; DE NOVA, in BERNARDINI, DE NOVA, NOBILI, PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994, 121 ss.; MARENGO, in BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 121 ss.

³⁰ Tra le tante si segnalano: Trib. Bologna, 23 giugno 1997, in *Dir. fall.*, II, 753; Trib. Torino, 14 aprile 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 556; Trib. Bologna, 13 gennaio 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, 797; Trib. Reggio Emilia, 26 luglio 1996, in *Foro it.*, 1998, I, 1326; Cass. 25 novembre 1995, n. 12225, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 897; Cass. 6 novembre 1984, n. 5601, in *Mass.*, 1984; *contra*: Trib. Roma, 7 agosto 1997 e Trib. Torino, 31 ottobre 1996, in *Giur. it.*, 1998, 2070.

³¹ Occorre evidenziare che, a seguito della legge 14 maggio 2005, n. 80, all'art. 669 *quinquies* sono state aggiunte le parole "anche irrituali" con la conseguenza che le limitazioni fino ad oggi imposte dalla giurisprudenza maggioritaria all'utilizzo delle misure cautelari in arbitrato irrituale sono destinate ad essere considerate superate a far tempo dall'entrata in vigore delle nuove norme.

³² Cass. 13 aprile 2001, n. 5527, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 786; Cass. Sez. un. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*.

dello Stato e come opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico, secondo il "*dictum*" di soggetti privati".

Infine, agli arbitri sarà affidato il potere di sospendere, con ordinanza non reclamabile, l'efficacia della delibera assembleare impugnata innanzi a loro. Tale potere cautelare, concesso però limitatamente alla impugnazione delle delibere assembleari, rientra tra quei poteri che per lungo tempo gli operatori del settore hanno cercato di conferire agli arbitri per rendere il loro ruolo più forte e maggiormente incisivo dal punto di vista operativo, rispetto all'attuale posizione caratterizzata dalla completa assenza di poteri di *imperium*.

Da ultimo, molto interessante, e di notevoli potenzialità³³ appare la previsione contenuta all'art. 37 del decreto, la quale viene ad introdurre una forma di "arbitraggio c.d. economico" per la risoluzione di contrasti sulla gestione di società³⁴. Tale strumento, per espressa previsione di legge, potrà essere utilizzato limitatamente alle società a responsabilità limitata ed a quelle di persone. Attraverso tale disposizione, che inevitabilmente porterà a qualche ulteriore fraintendimento tra la figure dell'arbitrato e quella dell'arbitraggio, il legislatore delegato ha voluto introdurre la possibilità, pur sempre in un ambito di grande autonomia statutaria, di fare ricorso ad uno strumento *ad hoc* per dirimere i contrasti tra gli amministratori, nascenti dalle decisioni da adottare nell'ambito della gestione della società. Del resto, l'opzione verso forme compositive delle divergenze negli indirizzi di gestione si conforma, non soltanto ad un'aspirazione già emersa nei lavori della Commissione Mirone nella scorsa legislatura, ma anche e soprattutto ai nuovi modelli di società, a cominciare da quello della s.r.l., in cui il potere di amministrazione potrà essere fortemente disarticolato, con corrispondente incremento delle possibilità di conflitto. Da ultimo, il quanto comma dell'art. 37, alla stessa stregua dell'art. 1349 c.c., prevede l'impugnabilità per "mala fede" della risoluzione del contrasto quando questa sia affidata al "mero arbitrio" del terzo.

La conciliazione

Per quanto attiene alle forme di conciliazione, come si legge nella relazione di accompagnamento, il legislatore delegato ha inteso "sull'abbrivio di precedenti esperienze *de jure condendo* e in adesione a numerose proposte ancora all'esame del Parlamento - disciplinare

³³ FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 444.

³⁴ GUIDOTTI, *L'arbitraggio gestionale nelle società di persone e nelle società a responsabilità limitata*, in *Notariato*, 2005, 33; SOLDATI, *L'arbitrato economico per la soluzione dei contrasti sulla gestione della società*, in *Dir e prat. soc.*, n. 21, 2004, 22; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 431; FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 444; MORERA, *L'"arbitraggio" per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *Analisi giur. dell'econ.*, 2003, 313; CORSINI, *La risoluzione dei contrasti nell'amministrazione sociale mediante "arbitrati gestionale"*, in *Società*, 2003, 1209; ANGIONI, *L'arbitrato societario*, in Farina, Ibba, Racugno, Serra (a cura di), *La nuova s.r.l. Prime letture e proposte interpretative*, Milano, 2004, 485.

l'accesso a sistemi di *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". La conciliazione è a tutti gli effetti uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo sia al giudice che all'arbitro³⁵. E' uno strumento abbastanza nuovo per il nostro ordinamento, poiché nella sua essenza è assai diverso dal modello disegnato dal legislatore del codice di procedura civile del 1942.

Il nostro codice di rito prevede varie ipotesi di conciliazione che devono o possono essere esperite dal giudice o dal consulente tecnico, ma purtroppo la caoticità del processo civile, nella quasi totalità dei casi, non consente un adeguato uso della conciliazione, che rimane bloccata *in fieri* in un semplice tentativo, spesso destinato a naufragare anche per volontà delle stesse parti in lite.

Dal punto di vista sistematico, la conciliazione, come prevista disciplinata dal codice di procedura civile, può essere suddivisa in tre fattispecie differenti: quella che avviene prima di un procedimento contenzioso arbitrale o giudiziario³⁶; quella endoprocedurale, che avviene nel contesto di un procedimento arbitrale o giudiziario³⁷ e quella *praeter* procedimentale che avviene del tutto al di fuori di un qualsivoglia procedimento arbitrale o giudiziario³⁸.

Nei paesi di *Common law* la conciliazione viene intesa come qualcosa di assai diverso rispetto a quella conosciuta nel nostro Paese ed è uno strumento di componimento delle

³⁵ BALSAMO, *Conciliazione e arbitrato: riflessioni critiche*, in *Rass. Forense*, 1999, 543; BUONFRATE, LEOGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.*, 1999, 375; MAFFUCCINI, *Conciliazione e arbitrato: appunti sul progetto Folena*, in *Questione Giustizia*, 1999, 696; UGONA, *La conciliazione in sede non contenziosa. La meno conosciuta ed utilizzata delle competenze del Giudice di pace*, in *Giur. piem.*, 1997, 24; PUNZI, *Conciliazione ed arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1028; BERTOZZI, SAMBUCINI, *Conciliazione e arbitrato*, in *Dir. e prat. lav.*, 1992, 751; PICONE, *Arbitrato sportivo e conciliazione extragiudiziale*, in *Riv. dir. sport.*, 1991, 15; MASSA, *La conciliazione nel processo civile riformato*, in *Questione Giustizia*, 1991, 730.

³⁶ CECHELLA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 446; LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, 375; MANNA, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e ricorso per decreto ingiuntivo*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 237; MOLFESE, *La comparizione personale delle parti ovvero del procuratore per il tentativo di conciliazione nelle cause trattate dal giudice onorario aggregato*, in *Nuovo Dir.*, 1999, 17; TORTOLINI, *Sulla obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le domande riconvenzionali nelle controversie sui contratti agrari*, in *Dir. e giur. agr.*, 1998, 82; ORLANDO, *Criteri per l'esperimento del tentativo di conciliazione di una controversia agraria*, in *Dir. e giur. agr.*, 1996, 378.

³⁷ GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 196; CICCOTTI, *Contributo all'autonoma qualificazione della conciliazione giudiziale dal negozio transattivo*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 413; SASSANI, *Conciliazione giudiziale, volontà delle parti e pretese clausole di stile*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 852; BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civ.*, vol. III, Torino, 1988, 203; LANCELLOTTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 844.

³⁸ CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694.

controversie veramente efficace e potenzialmente idoneo ad essere utilizzato nei più diversi settori di applicazione³⁹.

Negli ultimi anni in Italia la conciliazione è stata al centro di numerosi interventi legislativi volti principalmente ad introdurre un elemento deflattivo dell'attuale e del futuro contenzioso. Tuttavia, al pari dell'arbitrato, la conciliazione non deve affatto essere intesa come un strumento per risolvere i problemi di una giustizia ordinaria "in panne", poiché la sua reale portata va ben oltre il semplice alleggerimento dei compiti della giustizia ordinaria. Solamente quando la conciliazione "sarà praticata" con competenza e professionalità, ma soprattutto quando si sarà diffusa una vera e propria cultura della conciliazione, allora diventerà uno strumento di risoluzione delle controversie di straordinaria importanza ed efficacia.

I motivi per i quali la conciliazione potrà avere nel nostro Paese quel successo che già ha avuto all'estero sono dati, in particolare modo, dal fatto che consente di addivenire ad esiti compositivi delle controversie meno convenzionali e tendenzialmente più soddisfacenti e remunerativi per le parti. Infatti, ove la conciliazione abbia esito positivo, non dovrebbero esistere né vinti, né vincitori, ma solo due o più parti che hanno raggiunto un accordo totalmente soddisfacente.

In questi ultimi anni, la produzione legislativa⁴⁰ e le proposte di legge⁴¹ hanno esaltato il ruolo della conciliazione, forse anche in modo eccessivo rispetto alla ancora minima diffusione di una vera cultura dello strumento medesimo.

³⁹ DE PALO, GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; RESNICK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 699; GAGGERO, *I modelli alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di common law*, in *Doc. Giustizia*, 1994, 375.

⁴⁰ Legge 6 maggio 2004, n. 129 (Norme per la disciplina della affiliazione commerciale); Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366); Legge 1 agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti); Delibera Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni n. 182/02/Cons, in G.U. 18 luglio 2002, n. 167 (Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti); Decreto Ministero dei Lavori Pubblici 2 dicembre 2000, n. 398 (Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni); Legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa); D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni); Legge 30 luglio 1998, n. 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti); Legge 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive); Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59); D.P.R. 19 settembre 1997, n. 318 (Regolamento per l'attuazione di direttive comunitarie nel settore delle telecomunicazioni); Legge 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo); Legge 14 novembre 1995, n. 481. (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità); Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici.)

⁴¹ MAFFUCCINI, *Conciliazione e arbitrato: appunti sul progetto Folena*, cit., 696; AULETTA, *Le misure di alternative dispute resolution allo studio del Ministero di Grazia e Giustizia*, in *Contratto e Impresa*, 1997, 1257.

La norma chiave che ha aperto la strada alla diffusione della conciliazione nel nostro ordinamento è stata la legge 580/93 che attribuito fondamentali competenze in materia conciliativa alle Camere di commercio, affermando all'art. 4 che: "le Camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori ed utenti".

Successivamente, i molti interventi legislativi che si sono susseguiti, nella previsione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, demandati agli sportelli o camere di conciliazione creati presso le Camere di Commercio, prima tra tutte la legge 192/98⁴², la legge 281/98⁴³ e la L. 29 marzo 2001, n. 135⁴⁴, nonché, più di recente, il decreto legislativo 5/2003⁴⁵, e la L. 6 maggio 2004, n. 129⁴⁶ hanno imposto di fatto alle Camere di Commercio, che non si erano ancora attivate, la creazione immediata di commissioni conciliative *ad hoc*.

Gli organismi di conciliazione

Le ragioni che dovrebbero portare le parti a decidere di risolvere le controversie in materia societaria per mezzo di una conciliazione sono molteplici, ma, in particolare, l'opzione per la conciliazione amministrata da organismi, vuoi enti pubblici, vuoi soggetti privati, trova la sua origine nella necessità, soprattutto nelle materie oggetto del decreto, di un sistema compositivo rapido ed efficace e che, al contempo, permetta la continuazione del rapporto tra le parti dopo la risoluzione del conflitto.

La soluzione consigliabile, soprattutto nella prima fase di applicazione, è quella di ricorrere alla conciliazione amministrata da organismi pubblici, primi tra tutti le Camere di commercio, la quale permette di ovviare a questi problemi attraverso strutture ed operatori che sono organizzati *ad hoc* per la gestione e lo svolgimento di procedure conciliative⁴⁷.

Infatti, come è noto, a livello nazionale all'interno di tutte le Camere di Commercio sono già operanti sportelli o camere di conciliazione con uno o più regolamenti, le quali sono dotate

⁴² Legge 18 giugno 1998, n. 192, in G.U. 22 giugno 1998, n. 143, recante: "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive".

⁴³ Legge 30 luglio 1998, n. 281, in G.U. 14 agosto 1998, n. 189, recante: "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti".

⁴⁴ Legge 29 marzo 2001, n. 135, in G.U. 20 aprile 2001, n. 92, recante: "Riforma della legislazione nazionale del turismo".

⁴⁵ Decreto legislativo n. 5 del 17 ottobre 2003, in G.U. 22 gennaio 2003, suppl. ord., n. 17, recante "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366".

⁴⁶ Legge 6 maggio 2004, n. 129, in G.U. 24 maggio 2004, n. 120, recante "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

⁴⁷ Per una rassegna dei regolamenti di conciliazione amministrata si veda: A.M. BERNINI, SOLDATI, *Codice della conciliazione e dell'arbitrato*, Milano, 2002.

di strutture ed uffici *ad hoc*, nonché di un elenco di conciliatori già formati, per fornire a tutti coloro che ne facciano richiesta idonei strumenti alla risoluzione dei conflitti. Inoltre, per facilitare ulteriormente l'accesso alla conciliazione, molte Camere di commercio hanno provveduto a predisporre formulari di domande e risposte di conciliazione che debbono essere considerati quali linee guida per la predisposizione degli atti, piuttosto che uno stretto vincolo in capo alle parti.

E' importante ricordare, però, che tali enti non svolgono direttamente funzioni di conciliatori. Questi, molto più semplicemente, provvedono, oltre che alla gestione logistica e segretariale del procedimento, sulla falsariga del lavoro svolto dalle cancellerie dei nostri tribunali, anche alla ricezione della domanda, all'assunzione di decisioni su aspetti organizzativi, amministrativi e sostanziali della procedura. Conseguentemente, il primo dei vantaggi che viene offerto è quello della trasparenza, soprattutto per quanto concerne la nomina dei conciliatori, ma, più in generale, sull'intero procedimento.

Nella prima fase di attuazione della legge le Camere di commercio avranno senza dubbio un ruolo di primaria importanza proprio in considerazione del fatto che, come detto in precedenza, risultano già oggi strutturate ed organizzate per la nomina dei conciliatori e per la gestione dei procedimenti. Tale ruolo risulta ulteriormente magnificato dall'art. 38, comma 2, il quale ha previsto che le Camere di Commercio che hanno costituito organismi di conciliazione hanno diritto di ottenere l'iscrizione degli stessi nel registro tenuto dal Ministero della giustizia.

Il decreto legislativo, all'art. 38, rubricato "Organismi di conciliazione", disciplina, in primo luogo, proprio gli organismi deputati a gestire le domande di conciliazione e le relative procedure, prevedendo che questi, organizzati in forma di enti pubblici o privati, possano richiedere l'iscrizione in un registro, che verrà predisposto *ad hoc* presso il Ministero di giustizia, qualora diano garanzie di serietà ed efficienza. Con i Decreti ministeriali 222 e 223 del 24 luglio 2004 sono stati determinati i criteri e le modalità per l'iscrizione di tali organismi presso il ministero, nonché quelli per la formazione e la gestione dell'elenco dei conciliatori. Gli organismi di conciliazione saranno tenuti a provvedere anche alla predisposizione di un proprio regolamento e delle relative tariffe.

La previsione contenuta nel decreto legislativo in esame rientra a pieno nell'alveo delle proposte di legge oggi pendenti in Parlamento con riferimento agli enti amministratori. Infatti, da un esame comparato di tali proposte con il decreto in parola, si può ipotizzare una futura ripartizione di tali organismi in tre gruppi.

Il primo è costituito dagli sportelli o camere di conciliazione già costituite presso ogni Camera di commercio; il secondo da organismi privati, già in parte operanti, che comunque

dovranno adeguarsi alle direttive impartite dal Ministero della giustizia e, da ultimo, alle camere di conciliazione da costituirsi in ogni distretto di tribunale presso l'ordine degli avvocati.

Il ricorso alla conciliazione consente alle parti anche di ottenere dei vantaggi dal punto di vista fiscale, infatti l'art. 39⁴⁸ prevede che tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti del procedimento sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura⁴⁹. Previsioni di contenuto equivalente erano già state introdotte in altri progetti di legge, primo tra tutti, il Progetto di legge Cola del 2002.

Inoltre, il verbale di conciliazione va esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro, da calcolarsi sulla base del verbale di conciliazione e non della domanda o delle domande formulate dalle parti. Quest'ultima previsione dettata, come si legge nella relazione di accompagnamento, al precipuo scopo di evitare che la conciliazione venga utilizzata a fini elusivi per evitare che attraverso l'attivazione di controversie simulate si potesse giungere a realizzare in sede conciliativa un assetto di interessi eguale a quello che si potrebbe avere mediante atti, ovvero contratti soggetti ad imposta di registro proporzionale. In ogni caso, anche senza ricorrere ad una controversia simulata le parti avrebbero comunque interesse a risolvere una controversia mediante la conciliazione, anziché mediante una transazione che, ove prevedesse in capo ad una delle parti il pagamento di una somma di denaro, andrebbe soggetta a una imposta nella misura del tre per cento.

Tuttavia, il legislatore nell'intento di evitare possibili patologie nell'utilizzo dello strumento conciliativo in sede societaria, pare essersi dimenticato che in un altro recente provvedimento normativo, che ha introdotto il contributo unificato, ha previsto l'esenzione dell'imposta di registro dei verbali di conciliazione giudiziale di valore non superiore a 100 milioni di lire⁵⁰. Appare evidente, quindi, una notevole differenza tra le due norme, di cui non si può che auspicarsi una *reductio ad unum* delle soglie di applicazione con innalzamento di quella prevista per la conciliazione societaria.

Il vero punto nodale della conciliazione stragiudiziale prevista dal decreto legislativo è costituito dall'art. 40 che disciplina in modo approfondito il procedimento, fornendo un panorama completo di quelli che sono i cardini fondamentali da rispettarsi in ogni conciliazione, anche per il tramite dei regolamenti di cui gli enti andranno a dotarsi.

⁴⁸ FERRARA, *Regime fiscale di favore per la soluzione negoziale delle controversie*, in *La conciliazione stragiudiziale societaria*, in Le monografie di Diritto e pratica delle società, n. 1, 2004, 40.

⁴⁹ Tuttavia i documenti prodotti o esibiti nel corso del procedimento che risultino irregolari con l'imposta di bollo che avrebbe dovuto essere assolta fino dall'origine, non rientrano nell'ambito dell'esenzione di cui alla norma in commento. In ogni caso, però l'ente amministratore non ha alcun obbligo di inviarli all'Agenzia delle entrate per la loro regolarizzazione.

⁵⁰ Come previsto dall'art. 9 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e successive modificazioni ed integrazioni.

In primo luogo, nella predisposizione dei regolamenti dovranno essere sempre e comunque salvaguardati la completa riservatezza della procedura e l'imparzialità nella nomina dei conciliatori. Tali principi sono assolutamente imprescindibili, vuoi per la credibilità dello strumento, vuoi per la credibilità dell'ente che andrà a gestire la procedura conciliativa. A livello comparatistico, ogni regolamento sia nazionale che internazionale prevede tali principi e sanziona in modo ferreo il loro mancato rispetto.

La credibilità dello strumento conciliazione nella sua globalità, e, quindi, non solo nell'ambito delle materie oggetto della riforma in esame, potrebbe essere gravemente minata allorché, fino dai primi momenti del suo utilizzo, il rispetto di tali principi venisse pretermesso o calpestato da enti o conciliatori scarsamente professionali e deontologicamente scorretti.

La figura del conciliatore è assolutamente fondamentale per la buona riuscita della procedura ed il suo ruolo è assai più delicato e complesso rispetto a quello di un giudice, ovvero a quello di un arbitro. In ogni caso, dovrà essere garantita la totale imparzialità neutralità ed indipendenza del conciliatore rispetto alle parti in lite⁵¹.

In base agli attuali regolamenti di conciliazione, tali requisiti deontologici dovrebbero essere assicurati o da un controllo dell'ente sul comportamento del soggetto designato, ovvero tramite la sottoscrizione da parte del conciliatore di una apposita dichiarazione denominata "dichiarazione di indipendenza".

Per quanto attiene, invece, alla nomina dei conciliatori, l'art. 40, comma 1, prevede che siano i regolamenti a disciplinarne le modalità. Alle luce delle esperienze note, la nomina avviene ad opera di Commissioni create *ad hoc* in base ai regolamenti delle strutture a cui si presenta la domanda.

Altro interessante aspetto oggetto di modifica in sede di approvazione dello schema di decreto legislativo è dato dalla disposizione contenuta nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 40, in base al quale le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento arbitrale non possono essere utilizzate in sede di prova testimoniale. Tale previsione assommandosi a quella che tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nemmeno nell'ambito del procedimento al di fuori della fase istruttoria consente una buona "blindatura" della conciliazione, da più parti auspicata in sede di approvazione del decreto.

⁵¹ Nel D.M. 222 del 2004 i conciliatori vengono individuati come: "le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo".

La procedura di conciliazione

Al fine di potere risolvere una controversia nell'ambito delle materie previste dal decreto legislativo al titolo IV, sono previste due diverse possibilità. La prima è costituita dall'introduzione all'interno dei contratti e degli statuti di una clausola che preveda appunto il ricorso alla conciliazione in caso di lite. Ciò costituisce, senza dubbio, una interessante novità, soprattutto in ambito societario, infatti, fino ad oggi, gli statuti assai raramente hanno fatto riferimento alla conciliazione come strumento per la risoluzione delle controversie, privilegiando il ricorso alle procedure arbitrali. Tuttavia, occorre sottolineare come la conciliazione e l'arbitrato non siano assolutamente tra loro incompatibili, anzi il secondo non è altro che la logica conseguenza del mancato raggiungimento di un accordo in sede conciliativa.

Nella prassi, in ogni caso, sarebbe opportuno prevedere all'interno dei patti sociali due clausole, una conciliativa ed una arbitrale, tra di loro separate. Infatti, la predisposizione di un'unica clausola, seppur ammissibile in astratto dal punto giuridico, potrebbe risultare troppo complessa ed articolata, rischiando di esporre le società a problemi operativi di non poco momento, in caso di applicazione *in vivo* di tale clausola, e ciò anche alla luce della riforma in parola.

A titolo di esempio, non sarebbe assolutamente consentito ai conciliatori di svolgere anche funzioni arbitrali, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, senza violare i più elementari canoni deontologici e regolamentari.

La seconda modalità concessa alle parti per accedere alla conciliazione è data dall'incontro delle volontà comune di utilizzare tale strumento per la composizione del conflitto. Gli attuali regolamenti, per facilitare ed ampliare il ricorso alla conciliazione, danno alla parte interessata la possibilità presentare la propria domanda di conciliazione ad un ente amministratore il quale procede ad invitare la parte convenuta a partecipare alla procedura.

In base a quanto previsto dall'art. 40, comma 6, qualora tale clausola di conciliazione sia inserita all'interno del contratto o statuto di una società, in mancanza dell'esperimento del tentativo di conciliazione, la parte convenuta potrà sollevare la relativa eccezione nel proprio primo scritto difensivo. In tale ipotesi, il giudice sarà tenuto a sospendere il procedimento pendente innanzi a lui, fissando un termine, da trenta a sessanta giorni, per il deposito dell'istanza di conciliazione avanti ad un organismo di conciliazione.

In caso di mancato deposito dell'istanza, la parte interessata avrà la possibilità di riassumere il procedimento innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Per contro, qualora il tentativo di conciliazione non riesca, il verbale di conciliazione dovrà essere allegato all'istanza

di riassunzione. Come norma di chiusura si prevede, comunque, che, in ogni caso, la causa di sospensione del procedimento ordinario si intende cessata ai sensi dell'art. 297, comma 1, c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

L'art. 40 non fornisce alcuna disciplina di raccordo tra le disposizioni in tema di conciliazione e quelle in tema di arbitrato. Tuttavia, sembrerebbe logico presupporre che le norme dianzi esaminate trovassero applicazione anche nell'ambito di un procedimento arbitrale, salvo non volere affermare che, in presenza di un contratto o di uno statuto che contenga sia la clausola di conciliazione che quella arbitrale, l'attivazione della procedura arbitrale consenta di superare completamente la fase conciliativa. Se ciò fosse vero, la conseguenza sarebbe che le parti vedrebbero frustrata la possibilità di fare ricorso alla procedura di conciliazione, non avendo gli arbitri alcun potere di sospendere il procedimento arbitrale, ma solo di dichiarare la domanda non procedibile.

Altresì, in sede di prima lettura, appare di difficile raccordo con la nuova disciplina del processo societario, in particolare con gli artt. 8, 9 e 10, la norma contenuta all'art. 40, comma 6, in base alla quale il giudice sospende il procedimento attivato innanzi a lui su istanza della parte nella propria prima difesa, fissando un termine per il deposito dell'istanza di conciliazione.

Infatti, proprio il fatto che solamente dopo il deposito dell'istanza di fissazione d'udienza il giudice prende visione della causa, sta a significare che una parte potenzialmente potrebbe sollevare l'eccezione di conciliazione, mai in precedenza adombrata, nonostante le parti tra di loro si siano già scambiate più memorie e repliche prima del deposito di tale istanza di fissazione, e ciò, quindi, prima di presentarsi davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Da ultimo, per quanto attiene agli effetti processuali, in base alla previsione contenuta all'art. 40, comma 4, l'istanza di conciliazione proposta innanzi agli organismi competenti porta ai medesimi effetti della domanda giudiziale e della domanda arbitrale ai fini dell'interruzione della prescrizione. Tuttavia, qualora la conciliazione abbia esito negativo, la domanda in sede arbitrale o in sede ordinaria dovrà essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di mancata conciliazione.

Per quanto attiene alla durata del procedimento, nel silenzio del decreto, alla luce dei regolamenti e della legislazione vigente, si può facilmente ipotizzare che questa sia tra trenta ed i sessanta giorni, infatti, attualmente una conciliazione deve essere conclusa nell'arco di una riunione, al massimo due, ovvero in quel diverso termine previsto della legge (30 giorni nella legge sulla subfornitura, 60 giorni nella legge sui consumatori).

Ai sensi dell'art. 40, comma 8, la conciliazione, in caso di esito positivo, con un verbale sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Tale verbale è suscettibile di ottenere efficacia di titolo

esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, mediante omologazione con decreto da parte del Presidente del Tribunale del circondario ove ha sede l'ente che ha amministrato la conciliazione.

Nell'ipotesi in cui il tentativo di conciliazione abbia esito negativo (art. 40, comma 2) poiché le parti non raggiungono un accordo, il procedimento si conclude, su istanza congiunta delle parti stesse, con una proposta rispetto alla quale ciascuna di esse indica la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali sarebbe disposta a conciliare. Il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione di tali posizioni ed è tenuto a rilasciarne copia alla parte che ne faccia richiesta. Altresì, in apposito verbale il conciliatore darà atto della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione.

Tale verbale di mancata conciliazione è particolarmente importante poiché il giudicante potrà valutare nel giudizio promosso innanzi a lui ai fini della decisione sulle spese processuali, anche a titolo di responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c. Ciò sta a significare che il giudice potrebbe escludere in tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice e/o condannarla al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, qualora ritenga che abbia rifiutato in modo ingiustificato la conciliazione.

Questo metodo sanzionatorio, già peraltro presente anche nella Proposta di legge Bonito, appare in stridente contrasto con l'originario modello di conciliazione di stampo anglosassone, a cui all'inizio il nostro legislatore ha fatto riferimento per introdurre anche nel nostro ordinamento questo prezioso strumento di composizione delle controversie e rischia di disincentivare il ricorso alla conciliazione, frustrando sul nascere l'intento deflativo sul contenzioso del legislatore.