



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI

FONDAZIONE
ARISTEIA

ISTITUTO DI RICERCA
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI



DOCUMENTI ARISTEIA

documento n. 40

*Gli strumenti alternativi di risoluzione
delle controversie: arbitrato e conciliazione
nella riforma del diritto societario*

gennaio 2004

**GLI STRUMENTI ALTERNATIVI
DI RISOLUZIONE DI CONTROVERSIE:
ARBITRATO E CONCILIAZIONE
NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO**

GLI STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE:
ARBITRATO E CONCILIAZIONE NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'arbitrato: ambito di applicazione delle norme – 2.1 Oggetto della clausola compromissoria – 2.2 Effetti della clausola compromissoria – 2.3 Nomina degli arbitri – 2.4 Disciplina del procedimento arbitrale – 2.5 Intervento e chiamata in causa – 2.6 Questioni incidentali (o pregiudiziali) non arbitrabili – 2.7 Efficacia e impugnazione del lodo – 2.8 Poteri cautelari degli arbitri – 2.9 Risoluzione di contrasti nella gestione di s.r.l. e di società personali – 3. La conciliazione stragiudiziale – 3.1 Gli organismi di conciliazione – 3.2 La procedura

1. PREMESSA

Il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante la “*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*”, anticipando la riforma del processo civile, ha introdotto un rito *ad hoc* per le controversie societarie.

Sul punto, già il progetto predisposto dalla c.d. commissione Mirone per la riforma delle società di capitali e quello elaborato dalla commissione Rovelli istituita per la revisione sistematica del diritto commerciale avevano evidenziato l’esigenza di creare giudici specializzati nella trattazione di controversie societarie e la necessità di assicurare celerità e speditezza nei procedimenti relativi alle suddette materie.

La legge n. 366/2001, come è noto, pur non avendo riprodotto le previsioni dei precedenti progetti circa la necessità di istituire sezioni specializzate nei tribunali sedi di corti d’Appello per la risoluzione delle controversie inerenti lo svolgimento dell’attività di impresa, delegava il governo ad emanare norme che, senza comportare modifiche di competenza per territorio e per materia, fossero dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione dei procedimenti (art. 12).

In quest’ottica, pertanto, vanno intese le disposizioni in materia di arbitrato e conciliazione stragiudiziale contenute rispettivamente nel titolo V e nel titolo VI del d.lgs. n. 5 /2003.

V’è da dire, infatti, che l’art. 12 della legge n. 366/2001 stabiliva, al comma 3, la possibilità per il Governo di prevedere negli statuti di società commerciali clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c. e, al comma 4, forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati.

Il legislatore delegato, dopo aver disciplinato un autonomo rito per i processi in materia societaria (*latu sensu* intesi), ha previsto tre istituti volti alla risoluzione delle controversie nelle dette materie al di fuori della giurisdizione statale e più precisamente:

- l'arbitrato, per risolvere, come notato dalla dottrina, le controversie in modo decisionale;
- la conciliazione, per risolvere in modo amichevole le controversie;
- l'arbitrato c.d. gestionale, per risolvere i soli contrasti sulla gestione della società.

Nel recepimento delle direttive della legge di delega così come sopra illustrato, parte della dottrina ha ravvisato un tentativo di avvicinare l'ordinamento interno a quelli di alcuni paesi stranieri dove si riconosce all'autonomia privata ampio spazio nella risoluzione e nella composizione delle controversie di natura commerciale (il pensiero corre all'esperienza delle ADR).

2. L'ARBITRATO: AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE NORME

L'istituto dell'arbitrato in materia societaria, nonostante le contrarie indicazioni contenute nella riforma dell'arbitrato di cui alla legge 5 gennaio 1994, n. 25, non ha conosciuto esiti favorevoli sia per le difficoltà intrinseche al procedimento arbitrale o alla formulazione delle clausole compromissorie, sia per il perdurante sfavore della giurisprudenza.

Sul tema gli artt. 34 - 37 del titolo V del d.lgs. n. 5/2003 contengono le novellate disposizioni in tema di arbitrato societario.

Come notato dai primi commentatori, quello disciplinato dal d.lgs. n. 5/2003 rappresenta un'ipotesi speciale di arbitrato in quanto limitato alle sole controversie che sorgono in materia societaria, secondo le condizioni stabilite dall'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003, che si differenzia nettamente dall'arbitrato del diritto comune di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.. In proposito la relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/2003 specifica che “... *la formulazione del testo contribuisce alla creazione di un compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale*”.

In effetti, ai sensi del comma 1 del più volte menzionato art. 34, gli atti costitutivi delle società, fatta eccezione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio di cui all'art. 2325-bis ex d.lgs. n. 6/2003, possono, tramite esplicita previsione in clausole compromissorie, devolvere le eventuali controversie tra soci ovvero tra soci e società che abbiano per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, alla conoscenza di arbitri, definendo, in questo modo, l'ambito di applicazione del “nuovo” arbitrato societario.

In merito v'è da dire, per un verso, che la disposizione concerne gli atti costitutivi di tutte le società, senza distinzione tra società personali o società di capitali, fatta eccezione per le società di cui all'art. 2325-bis, vale a dire le società emittenti azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante.

L'esclusione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio è sembrata ad alcuni ingiustificata non rappresentando la diffusione del capitale un valido motivo per discriminare i diversi tipi di società e non essendo di impedimento alla risoluzione delle controversie tra soci o tra soci e società tramite ricorso all'arbitrato.

Secondo altri, invece, l'introduzione di una simile previsione è dovuta alle caratteristiche dei soci di quelle società: soci investitori che non hanno contezza dell'atto costitutivo o dello statuto né interesse a partecipare all'amministrazione della società.

Per altro verso, occorre notare che il legislatore della riforma ha limitato l'arbitrabilità delle controversie ai soli casi in cui gli atti costitutivi delle società contengano una clausola compromissoria *ad hoc*. Ne consegue che, in base ad un'interpretazione letterale della norma, restano fuori dall'ambito di applicazione della novella gli arbitrati che non trovano fondamento in una clausola compromissoria, come ad esempio le clausole accessorie a patti parasociali o a negozi di trasferimento delle partecipazioni sociali.

2.1. Oggetto della clausola compromissoria

Come dispone il comma 1 dell'art. 34, le questioni deferibili alla conoscenza di arbitri sono solamente quelle che hanno ad oggetto diritti disponibili. La disposizione conferma, in materia societaria, un principio basilare dell'arbitrato di diritto comune e non dà attuazione alla ventilata possibilità espressa nella legge di delega di prevedere che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c. (art. 12, co. 3, della l. n. 366/2001).

Il legislatore delegato, dunque, ha riproposto il criterio della disponibilità del diritto che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, va ricondotto alla natura dell'interesse coinvolto. In questo modo si ritiene che siano deferibili ad arbitri le controversie che ineriscano interessi privati dei soci e non anche quelle che concernano interessi della società, portatrice di un interesse collettivo, distinto da quello del singolo socio (esemplificativa, in tal senso, la decisione del Trib. Napoli, 29 marzo 2003, secondo cui non possono essere devolute alla cognizione di arbitri le controversie tra soci, o tra questi e la società, nelle quali vengano in rilievo interessi generali della società medesima, di natura pubblicistica, o che concernono violazioni di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi). Non compromettibili, inoltre, sono le questioni che investono interessi di terzi o le controversie in cui si renda necessario l'intervento del P.M..

La giurisprudenza, ad esempio ha giudicato non compromettibili le controversie inerenti l'accertamento di irregolarità nella convocazione dell'assemblea, le controversie in materia di bilancio, od anche quelle inerenti la nullità di deliberazioni per violazione di norme inderogabili.

Alla luce di ciò, occorre coordinare la disposizione recata dal comma 1 con quella del comma 5 dell'art. 34 ove si specifica che non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie in cui la legge preveda l'intervento obbligatorio del P.M..

Come avanzato da parte della dottrina, la previsione del quinto comma o è stata introdotta per interpretare e spiegare quella del comma 1 o si aggiunge alla prima. Nell'un caso le sole questioni non sarebbero

compromettibili quelle in cui è obbligatorio l'intervento in causa del P.M.; nell'altro caso, invece, non compromettibili sarebbero le questioni che non ineriscono diritti disponibili e che prevedono l'intervento del P.M..

Sul punto si nota che mentre è certo che nei casi in cui sia previsto l'intervento del P.M. la questione inerisce diritti indisponibili, altrettanto non può dirsi nel caso inverso. Dunque, l'interpretazione più coerente della disposizione in oggetto sembra essere quella che segue la lettera della norma: ogni qualvolta si renda necessario l'intervento in causa del P.M. la questione non sarà compromettibile e ogni qualvolta la questione inerisca diritti indisponibili, ancorché l'intervento del P.M. non sia obbligatorio per legge, la stessa non potrà essere deferita alla cognizione di arbitri.

Sembra allora che il comma 5, seguendo l'interpretazione resa, sia stato posto per disciplinare fattispecie su cui la giurisprudenza si è sovente soffermata, quali ad esempio, la denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c. (in merito alla quale la riforma prevede l'intervento obbligatorio del P.M. solo nei casi in cui la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, società peraltro esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003) e le controversie relative alla revoca dei liquidatori che ai sensi del novellato art. 2487, co. 4, spetta all'assemblea, ovvero in presenza di giusta causa, al tribunale su istanza dei soci, dei sindaci o del P.M.

In ultima analisi, come è dato leggere nel comma 1 dell'art. 34, la clausola compromissoria deve prevedere la deferibilità ad arbitri di tutte o di alcune controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Come argomentato da alcuni, la clausola compromissoria potrà avere ad oggetto:

- controversie relative all'esistenza o all'inesistenza, alla qualificazione, alla disciplina del rapporto sociale;
- controversie relative a diritti che nascono in occasione del rapporto sociale ma che non sono nella titolarità del socio (successione nel diritto di cui originariamente era titolare il socio).

2.2. *Effetti della clausola compromissoria*

Passando all'esame degli effetti della clausola compromissoria, il comma 3 dell'art. 34 dispone che la clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi quelli la cui qualità di socio è oggetto della controversia.

Mentre la prima parte della disposizione in oggetto non sorprende, in quanto ripropone la tesi sostenuta dalla giurisprudenza che ritiene la clausola compromissoria vincolante per tutti i soci anche per quanti acquisteranno la qualità di socio in un momento successivo all'inserimento della stessa clausola nell'atto costitutivo, la seconda parte della norma ha destato alcune perplessità.

In merito, parte della dottrina ha operato una distinzione tra l'ipotesi in cui la controversia concerne fatti estintivi della qualità di socio e l'ipotesi in cui la controversia attiene fatti acquisitivi della medesima. Nel primo caso la competenza degli arbitri non può essere messa in dubbio; nel secondo caso, invece, tale competenza esiste solamente se vi sia stata un'effettiva acquisizione della qualità di socio. Nell'ipotesi da ultimo menzionata, colui che intende contestare il lodo arbitrale che ha riconosciuto la qualità di socio, potrà

impugnarlo ai sensi dell'art. 829, co. 1, punto 4, c.p.c. sottoponendo la cognizione della questione all'autorità giudiziaria ordinaria.

Degno di nota è il comma 4 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 ove si specifica che l'atto costitutivo può prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti e che, in simili casi, a seguito dell'accettazione dell'incarico la clausola è vincolante per i soggetti menzionati.

Peraltro, affinché la clausola sia valida, occorre che in essa si faccia espressa menzione delle questioni in cui legittimati attivi o passivi siano amministratori, sindaci o liquidatori, non essendo sufficiente la semplice e generica indicazione delle controversie tra soci o tra soci e la società. Una simile clausola, inoltre, diventa efficace nei confronti degli organi citati a seguito dell'accettazione dell'incarico. Dunque, qualora l'amministratore, il sindaco o il liquidatore negasse di aver accettato l'incarico all'interno della società, si potrebbe ricreare la situazione indicata precedentemente: il soggetto interessato potrebbe impugnare il lodo arbitrale che abbia riconosciuto il suo incarico all'interno della società ai sensi dell'art. 829, co. 1, punto 4. c.p.c..

Come evidenziato dalla dottrina, la disposizione accenna solamente a liquidatori, amministratori e sindaci di società non menzionando altresì i consiglieri di sorveglianza o i consiglieri di gestione od anche i revisori di s.r.l. nominati *ex art. 2477*: in merito, si ritiene ragionevole un'interpretazione estensiva.

2.3. *Nomina degli arbitri*

Il comma 2 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 concerne le modalità di nomina del collegio arbitrale. Più precisamente, in esso si dispone che la clausola compromissoria 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. Qualora il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede legale.

La disposizione testé menzionata è di non poco momento, in quanto deroga alle disposizioni dettate dal codice di rito per l'arbitrato di diritto comune. In essa, infatti, si specifica che, pur dovendo prevedere la clausola il numero e le modalità di nomina degli arbitri, la loro nomina spetta ad un soggetto estraneo alla società, con ciò derogando sensibilmente alle disposizioni di cui all'art. 810 c.p.c. in base alle quali la nomina è lasciata all'autonomia delle parti e solo in mancanza procede il presidente del tribunale. La scelta del legislatore si giustifica con l'esigenza di evitare le note questioni che sorgono in presenza di arbitrato multipartito proprio in occasione della nomina degli arbitri, oltre a quella di assicurare effettiva terzietà degli arbitri medesimi. È noto, infatti, come nella prassi attuale il collegio arbitrale venga frequentemente a coincidere con un organo della società, oppure sia espressione della volontà assembleare.

Pertanto, il terzo cui viene conferito il potere di nomina dovrà essere estraneo alla società, disinteressato alle sorti sociali, non in conflitto di interessi. La terzietà del soggetto assume fondamentale importanza, tanto più nei casi in cui la controversia abbia come parte la società medesima. Per questo motivo si è ritenuto che la norma non consenta in nessun caso che un'associazione di categoria possa procedere alla nomina degli

arbitri, in quanto vincolata agli stessi interessi di cui è portatrice la società. Più adatta a ricoprire l'importante ruolo di cui sopra sembra, invece, una camera arbitrale come quella istituita presso ogni camera di commercio.

Come dispone il legislatore della riforma, la clausola compromissoria deve conferire al soggetto estraneo alla società il potere di nomina degli arbitri a pena di nullità. È discusso se la nullità investa l'intera clausola compromissoria ovvero solo la parte relativa alla nomina degli arbitri *ex art. 1419, co. 2, c.c.*. Sembra preferibile quest'ultima interpretazione, visto il tenore letterale della disposizione, per cui la nullità involgerebbe solamente la parte della clausola compromissoria relativa alla nomina degli arbitri.

2.4. *Disciplina del procedimento arbitrale*

L'art. 35 del d.lgs. n. 5/2003 reca la disciplina inderogabile del procedimento arbitrale. La norma, più specificatamente, si articola su diversi livelli, prevedendo:

- la pubblicità della domanda di arbitrato;
- l'intervento di terzi;
- la cognizione *incidenter tantum*;
- le disposizioni sul lodo;
- la tutela cautelare in sede di arbitrato.

Per quanto attiene al primo punto, il comma 1 del citato art. 35 dispone espressamente che la domanda di arbitrato proposta dalla società o nei suoi confronti è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci.

In via preliminare va notato che il legislatore ha reso necessaria questa forma di pubblicità solamente per le domande di arbitrato promosse dalla società o contro la società e non anche per quelle inerenti a controversie tra soci. La disposizione, visti i molteplici interessi tutelati nelle controversie concernenti la società, risulta finalizzata a consentire ai soci l'intervento nel procedimento arbitrale.

La pubblicità, come recita la norma, si effettua tramite il deposito della domanda arbitrale nel registro delle imprese. L'assenza di precipue disposizioni sulle conseguenze in cui si potrebbe incorrere in caso di mancata pubblicità, ha indotto alcuni a ritenere che si tratti di semplice pubblicità-notizia.

2.5. *Intervento e chiamata in causa*

Ai sensi del comma 2 art. 35 del d.lgs. n. 5/2003, nel procedimento arbitrale che sia stato promosso a seguito di clausola compromissoria, l'intervento volontario dei terzi a norma dell'art. 105 c.p.c., l'intervento di altri soci su istanza di parte, ai sensi dell'art. 106, nonché l'intervento di altri soci per ordine del giudice *ex art. 107 c.p.c.*, sono ammessi fino alla prima udienza di trattazione.

La disposizione è di non poco rilievo atteso che nell'ambito del procedimento arbitrale la questione circa l'ammissibilità dell'intervento è stata definitivamente risolta con l'ammissione del solo intervento

volontario, mentre l'intervento *iussu iudicis* è stato ritenuto inammissibile anche nel caso in cui il terzo fosse vincolato dall'accordo compromissorio.

Come si evince da un'interpretazione letterale della norma in esame, il legislatore ha utilizzato termini diversi per indicare l'intervento volontario e l'intervento coatto, distinguendo altresì i soggetti che possono intervenire nel procedimento arbitrale nell'uno o nell'altro caso. Con riguardo al primo, infatti, si parla di intervento di terzi, mentre con riguardo al secondo si parla di intervento di altri soci.

Orbene, per quanto concerne l'intervento volontario, occorre stabilire quali siano i terzi che possono intervenire durante il procedimento. Sono terzi tutti coloro i quali, sebbene non siano parti originarie nel procedimento arbitrale, sono comunque legati ad esse: in altri termini il legislatore delegato ha voluto tutelare quanti, in seguito alla promozione di un procedimento arbitrale relativo a liti inerenti vicende sociali, possano essere interessati all'esito della controversia, ancorché siano soggetti diversi dai soci o dalla società e non siano vincolati dalla clausola compromissoria statutaria.

L'art. 35, co. 2, del d.lgs. n. 5/2003, dispone che l'intervento è consentito fino alla prima udienza di trattazione, il riformatore ponendo in questo modo precisi limiti. La disposizione merita alcune precisazioni.

A ben vedere, per un verso, il terzo che può proporre nuove domande e introdurre nel procedimento nuovo materiale probatorio incontra il limite temporale prima indicato. Per altro verso, viene necessariamente prevista nell'arbitrato una prima udienza di trattazione, che, come notato dai primi commentatori della disposizione, dovrà essere determinata secondo le regole del procedimento di cognizione di cui all'art. 183 c.p.c..

Inoltre, relativamente all'intervento coatto, su istanza di parte o dell'arbitro stesso, la riforma del diritto societario ne limita l'ammissibilità alla sola ipotesi della chiamata in causa di soci che sono necessariamente parti della clausola compromissoria. Non si rinviene riferimento alcuno a sindaci o amministratori né a terzi. Ad alcuni la disposizione in esame è sembrata limitativa nella parte in cui si riferisce solamente alla chiamata in causa di soci e non anche della società medesima che potrebbe venir chiamata in causa su istanza di parte o su ordine dell'arbitro in una controversia insorta tra soci.

Il comma 2 dell'art. 35 si chiude con la previsione dell'applicabilità in caso di intervento volontario o coatto delle disposizioni di cui all'art. 820, co. 2, c.p.c.. In altri termini, il termine per la pronuncia del lodo, in virtù dell'entrata "in causa" dell'interveniente che comporta un allargamento della materia del contendere, può essere prorogato dall'arbitro per una sola volta e per non più di centoottanta giorni.

2.6. *Questioni pregiudiziali non arbitrabili*

Altra innovazione è quella recata dall'art. 35, comma 3, in cui il legislatore delegato ha previsto l'inapplicabilità dell'art. 819, co. 1, c.p.c., nel procedimento arbitrale.

Quest'ultima disposizione, come è noto, esclude dall'ambito della cognizione arbitrale le eventuali controversie incidentali che per legge non possono formare oggetto di arbitrato: il codice di rito, infatti, impone agli arbitri di sospendere il procedimento affinché la questione incidentale venga decisa dall'a.g.o..

Nel caso di arbitrato societario da clausola compromissoria, al sorgere di una questione incidentale l'arbitro non sarà tenuto a sospendere il procedimento arbitrale avendogli il legislatore delegato attribuito la possibilità di conoscere le stesse questioni.

Come notato da alcuni, l'innovazione è stata possibile in virtù di quanto previsto dall'art. 12, comma 3, della legge di delega dove, relativamente all'esigenza di una pronuncia secondo diritto – e non secondo equità – venivano prese in considerazione controversie attinenti “*questioni che non possono formare oggetto di transazione*”.

Per quanto attiene l'aspetto specifico della compromettibilità di questioni incidentali non compromettibili, occorre segnalare le disposizioni di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 5/2003. In essa, invero, si stabilisce che, ancorché la clausola compromissoria autorizzi gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri devono necessariamente decidere secondo diritto con lodo impugnabile ai sensi dell'art. 829, co. 2, c.p.c. quando per decidere la controversia siano venuti a conoscenza di questioni non compromettibili. Come notato in precedenza, anche in ciò il decreto delegato ha recepito le indicazioni della legge di delega che prevedeva, allorché la clausola compromissoria attenesse questioni che non potessero formare oggetto di transazioni, un arbitrato secondo diritto e l'impugnabilità del lodo anche per violazione di legge.

2.7. *Efficacia e impugnazione del lodo*

In merito all'efficacia del lodo arbitrale, il comma 4 dell'art. 35 dispone che le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società.

Secondo alcuni, la disposizione va intesa nel senso che la società è terza rispetto al procedimento arbitrale. L'ipotesi inversa, vale a dire dell'efficacia rispetto ai soci del lodo pronunciato nei confronti della società, è sottointesa per un giudizio di superfluità, come si esprime la relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/2003 “... *che si è ritenuto di poter altrimenti riferire all'eventuale dettato normativo*”.

Per quanto concerne la disciplina dell'impugnazione del lodo, invece, occorre fare riferimento alle disposizioni recate dall'art. 34, comma 3, e dall'art. 36, comma 1.

Nel primo articolo, il legislatore delegato ha disposto che il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'art. 838 c.p.c., a norma dell'art. 829, comma 1, c.p.c. e dell'art. 831 c.p.c..

Nel secondo articolo, come precedentemente anticipato, si dispone che quando gli arbitri abbiano dovuto conoscere una questione pregiudiziale ai fini della decisione della controversia principale, essi devono decidere secondo diritto e con lodo impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 2, c.p.c.. Stessa cosa nel caso in cui l'oggetto della controversia sia costituito dalla validità delle deliberazioni assembleari.

La disposizione di cui all'art. 35, comma 3, deroga unicamente alle regole dettate in materia di arbitrato internazionale ex art. 838 c.p.c., in quanto per l'arbitrato interno l'impugnazione per nullità ex art. 829, comma 1, c.p.c., la revocazione e l'opposizione di terzo sono sempre ammessi.

La disposizione contenuta nell'art. 36, comma 1, invece, si applica nelle ipotesi in cui il lodo arbitrale si fonda su questioni incidentali effettivamente conosciute dagli arbitri, dal momento che il controllo sugli *errores in iudicando* non si limita alla questione pregiudiziale ma si estende a tutto il lodo. Infine, occorre notare che lo stesso art. 36, comma 2, estende l'applicabilità della previsione di cui al comma 1 anche ai casi di lodi emessi in sede di arbitrato internazionale, derogando in questo modo alla disciplina di cui all'art. 838 c.p.c..

2.8. *Poteri cautelari degli arbitri*

Rilevante e innovativa è la disposizione recata dal comma 5 dell'art. 35. In esso, infatti, si prevede espressamente che: *“la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera”*.

La citata disposizione si mostra come una delle più interessanti del nuovo modello di arbitrato societario. Invero, in essa si sono disposti due nuovi principi: l'uno attinente la possibilità di ricorrere alla tutela cautelare, *ante causam* o *in causa*, nell'ambito del procedimento arbitrale anche irrituale; l'altro concernente la possibilità che gli arbitri, quando la controversia abbia ad oggetto la validità di delibere assembleari, possano disporre la sospensione dell'efficacia della delibera.

Relativamente al primo aspetto (adozione di misure cautelari *ex art. 669-quinquies*) degna di nota è la previsione dell'applicabilità delle misure cautelari anche ad arbitrati irrituali che fino alla nota pronuncia della Corte Costituzionale del 5 luglio 2002 (ord. n. 320) era controversa. Il legislatore delegato, pertanto, prevedendo la tutela cautelare anche per l'arbitrato irrituale, ancorché limitatamente alle forme di arbitrato societario, ha concretamente aderito alle indicazioni della Consulta.

Per quanto concerne il secondo aspetto, la tutela cautelare concessa dal decreto delegato si risolve in un'inibitoria dell'efficacia della deliberazione assembleare (il provvedimento in questione è quello previsto dall'art. 2478), così che la deliberazione medesima non produce i suoi effetti. Nel testo di riforma si specifica altresì che l'ordinanza cautelare disposta dall'arbitro non è reclamabile, così da escludere qualsiasi possibile intervento giurisdizionale nel procedimento arbitrale in corso. Secondo alcuni, in presenza del rimedio processuale dell'impugnazione del lodo per violazione di norme di diritto, la disposizione sarebbe stata introdotta al fine di snellire il procedimento e per evitare ulteriori complicazioni nella procedura. Secondo altri, invece, la detta precisazione è superflua, in quanto anche in mancanza, sarebbe stato impossibile sostenere la reclamabilità delle ordinanze emesse in via cautelare dagli arbitri e conseguentemente individuare un giudice preposto alla trattazione del reclamo.

La disposizione testé menzionata, però, crea un ulteriore problema. Ci si chiede, infatti, se il conferimento in capo all'arbitro del potere di adottare le misure cautelari si sostituisca a quello dell'autorità giurisdizionale ordinaria ovvero se concorra con quello.

Secondo parte della dottrina esiste quanto meno un lasso di tempo, ricompreso tra il momento della proposizione della domanda e quello della costituzione del collegio arbitrale, in cui il provvedimento cautelare può essere direttamente richiesto all'autorità giudiziaria in base all'applicazione analogica dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. (norma che, come noto, dispone che in pendenza di giudizio arbitrale ovvero se la controversia è oggetto di clausola compromissoria o è compromessa in arbitri, i provvedimenti cautelari vanno richiesti al giudice che sarebbe stato competente a conoscere del merito). Secondo altri è innegabile che si potrebbe comunque verificare la situazione in cui la domanda di adozione di misure cautelari venga proposta prima al giudice ordinario, e da esso decisa con ordinanza reclamabile al collegio, e successivamente proposta dinanzi agli arbitri: al verificarsi di una simile ipotesi gli arbitri potrebbero pronunciarsi in merito ad una istanza di sospensione rigettata in primo grado o in sede di reclamo dall'a.g.o. ma mai potrebbero revocare o modificare l'ordinanza di sospensione concessa dal tribunale.

Infine un'ultima notazione. La bozza dei decreti correttivi ai d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e n. 6, prevede che i dispositivi dell'ordinanza di sospensione e delle sentenze che decidono su eventuali impugnazioni (del lodo) devono essere iscritte nel registro delle imprese a cura degli amministratori. La *ratio* della novellata disposizione sembra essere la medesima posta alla base dell'obbligo di deposito della domanda di arbitrato sancito dal comma 1 dell'art. 35.

2.9. *Risoluzione di contrasti nella gestione di s.r.l. o di società personali*

L'art. 37 ex d.lgs n. 5/2003 introduce nel sistema processualciviltistico una figura giuridica che la relazione illustrativa allo stesso decreto definisce "*arbitrato c.d. economico*".

L'istituto, che come è dato leggere nella citata relazione, si deve annoverare tra quelli che non dirimono direttamente controversie ex art. 806 c.p.c., è diretto a risolvere contrasti gestionali sorti all'interno di società personali o al nuovo modello di s.r.l., in cui "*... il potere di amministrazione può essere fortemente disarticolato con corrispondente incremento delle possibilità di conflitto*" (così espressamente la relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/2003).

Come è noto, uno dei sistemi adottati nella prassi contrattuale per superare situazioni di stallo decisionale (*dead-lock*) in ordine alla gestione societaria consiste nella previsione, tramite apposite clausole statutarie, di deferire la cognizione di simili eventuali controversie ad un collegio di arbitri.

In via preliminare si pone un'importante questione: occorre accertarsi se la disposizione di cui all'art. 37 risponda o meno alle direttive della legge delega. In questo caso, allora, andrà verificato l'eccesso di delega in presenza del quale la norma potrebbe essere dichiarata incostituzionale.

Secondo la relazione illustrativa, la previsione dell'arbitrato c.d. economico appare consentito dalle principali direttive della legge n. 366/2001, vale a dire dagli artt. 1 e 2, oltre che non vietato dall'art. 12. Sul punto occorre notare come la legge di delega limiti il campo di intervento del governo alle società di capitali e cooperative, non facendo menzione alcuna delle società personali (art. 1 e 2 della l. n. 366/2001); mentre semmai è il comma 1, lett. a), dell'art. 12 a legittimare l'intervento del legislatore delegato anche nell'ambito

delle società di persone nella parte in cui autorizza il governo ad emanare norme dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti nella materia del diritto societario *latu sensu* inteso.

Inoltre, se è pur vero che l'art. 12 della legge di delega non contiene alcun divieto espresso in relazione all'opportunità di prevedere questa forma di risoluzione dei contrasti gestionali sorti all'interno della società, la stessa disposizione non prevede alcunché che autorizzi il Governo a disciplinare la materia *de qua*. Dato questo che ha fatto propendere alcuni per l'eccesso di delega.

Tutto ciò posto, è comunque innegabile che il nuovo istituto presenti elementi di spiccato interesse per gli interpreti e gli operatori, come si dimostrerà nelle pagine a seguire.

Passando all'analisi della norma, l'art. 37 dispone che gli atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con cui siano deferite ad uno o più soggetti terzi i contrasti sorti tra coloro che detengono il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società (comma 1).

La norma prevede, poi, che la decisione dei soggetti indicati sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e secondo le modalità stabilite nello statuto (comma 2). In essa si dispone, inoltre, che gli atti costitutivi possono altresì prevedere che il soggetto o il collegio chiamati a dirimere i contrasti possano dare indicazioni vincolanti anche su questioni collegate con quella loro espressamente deferita (comma 3).

L'art. 37, infine, dispone che la decisione resa è impugnabile a norma dell'art. 1349, comma 2, c.c. (comma 4).

Un'immediata lettura della norma impone, innanzitutto, la qualificazione della natura dell'istituto in essa delineato. In altri termini occorre stabilire se nel caso della fattispecie di cui all'art. 37 si tratti di arbitrato o di arbitraggio.

Seppure nel primo senso deponga la collocazione della disposizione, in quanto inserita nel titolo V del d.lgs. n. 5/2003 dedicato, appunto, all'arbitrato, la dottrina maggioritaria sostiene che si sia in presenza di un tipico esempio di arbitraggio, preceduto da un contraddittorio, in quanto l'oggetto precipuo del giudizio non è una controversia giuridica bensì una controversia economica. In questo senso depono, del resto il richiamo all'art. 1349 c.c. contenuto nel comma 4 dell'art. 37.

In secondo luogo, per quanto concerne l'ambito di applicazione del nuovo istituto, il comma 1 dell'art. 37 precisa che solamente gli atti costitutivi di società personali o di società a responsabilità limitata possono contenere clausole che deferiscono eventuali controversie sulla gestione della società a terzi. In altri termini restano escluse dall'ambito di applicazione della disposizione le altre società di capitali e le società cooperative. La scelta del legislatore delegato sembra fondarsi sul presupposto che nei tipi sociali da ultimo menzionati difficilmente si verificano situazioni di stallo decisionale viste le tipiche modalità con cui viene esercitata la gestione della società (consiglio di amministrazione o amministratore unico).

Nelle società di persone, di contro, pur essendo concessa l'adozione del sistema congiuntivo di amministrazione, il modello tipico è quello disgiuntivo: l'amministrazione spetta a tutti i soci disgiuntivamente ovvero a più soci disgiuntivamente e, in questo caso, ciascun socio amministratore ha

diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia intraprendere prima che sia compiuta. La decisione sull'opposizione viene in questo caso rimessa alla deliberazione della maggioranza di tutti i soci.

Qualora, invece, si opti per l'amministrazione congiuntiva, per il compimento degli atti è necessario il consenso di tutti i soci amministratori.

Risulta evidente, dunque, come per le società a base personalistica si possano verificare frequentemente, nell'una o nell'altra ipotesi di amministrazione, situazioni di stallo decisionale, vuoi per l'opposizione, vuoi per il mancato consenso di uno degli amministratori.

Orbene, analoghe motivazioni valgono per la novellata s.r.l. in quanto il legislatore della riforma, notoriamente, ha previsto nell'art. 2475, comma 3, la possibilità che l'atto costitutivo della società preveda per essa un sistema di amministrazione disgiuntiva od uno di amministrazione congiuntiva.

Continuando nell'analisi dell'art. 37, il legislatore tace circa la forma della clausola compromissoria per arbitrato gestionale limitandosi a stabilire che essa deve essere contenuta negli atti costitutivi della società. In merito, alcuni hanno ritenuto che la clausola compromissoria possa essere contenuta anche in un atto separato, a condizione che essa presenti gli stessi requisiti di forma richiesti per lo statuto cui risulta connesso da collegamento negoziale.

Per quanto attiene al procedimento vero e proprio, poche sono le indicazioni del legislatore.

In primo luogo, non viene indicato a chi spetti la legittimazione attiva. Senz'altro agli amministratori visto che i contrasti devoluti alla cognizione dei terzi involgono contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione, come espressamente indicato dall'art. 37, comma 1.

In secondo luogo, la nuova disciplina è carente nella parte relativa alle modalità di nomina dei terzi prescelti. Infatti, se per un verso si indica il numero dei terzi scelti per la decisione (uno o più), per altro verso non si specifica se, qualora si opti per una composizione collegiale dell'organo decidente, essi debbano essere in numero dispari. Inoltre non vengono indicati eventuali requisiti – sia di professionalità, sia di terzietà – necessari per la nomina. Sul punto il decreto delegato specifica solamente che il prescelto per la risoluzione sia un terzo, nulla aggiungendo. In altri termini la norma, a differenza di quanto previsto in merito alla nomina degli arbitri, non specifica se il terzo debba essere anche estraneo alla società. Alcuni hanno sostenuto che il terzo debba essere comunque estraneo alla compagine societaria dal momento che se esso fosse un socio, nell'assumere la decisione, si intrometterebbe necessariamente nelle scelte gestionali.

La lettera della norma e il confronto con la formula impiegata nell'art. 34, comma 2, dettato in proposito della nomina dell'arbitro, al contrario, induce a ritenere che il soggetto in discussione debba essere solamente terzo rispetto allo stallo decisionale e non anche rispetto alla società.

Relativamente al *modus operandi* dei terzi e al procedimento, il decreto delegato non contiene precisazioni. Pertanto saranno le disposizioni statutarie a prevederne le relative formalità. La riforma si è limitata a disporre che gli atti costitutivi possano prevedere:

- che la decisione resa dai terzi sia reclamabile davanti ad un collegio, nei termini e secondo le modalità stabilite dagli statuti;

- che il soggetto ovvero il collegio, in caso di reclamo, possa fornire indicazioni vincolanti per gli amministratori anche su questioni collegate a quelle espressamente deferitegli.

Da ultimo si è previsto che la decisione sullo stallo decisionale è impugnabile a norma dell'art. 1349, comma 2, c.c..

Come si evince dal tenore letterale della norma, è stata prevista la possibilità di reclamo contro la decisione del terzo (o terzi) prescelto innanzi ad un collegio nei termini e con le modalità previste nello statuto. Il reclamo, dunque, non è disciplinato dal decreto delegato, bensì è lasciato all'autonomia delle parti la regolamentazione delle condizioni.

Degna di nota, poi, sembra essere la previsione recata dal comma 3 dell'art. 37 in cui viene previsto che gli atti costitutivi delle società possono attribuire ai soggetti o al collegio chiamati a decidere sui contrasti decisionali sia in "primo grado" che in sede di reclamo la facoltà di fornire indicazioni vincolanti per gli amministratori anche su questioni connesse con quelle espressamente deferitegli.

La disposizione necessita di alcune precisazioni.

Mentre da un lato si riconosce ai terzi o al collegio la facoltà di decidere in modo vincolante su questioni connesse a quelle loro deferite ma sempre attinenti alla gestione societaria, dall'altro lato la lettera della norma induce a sostenere che tale facoltà non spetti solo in relazione a simili questioni, bensì che sia generalmente riconosciuta ai terzi o al collegio previa indicazione dell'atto costitutivo. Induce ad una simile interpretazione la presenza dell'avverbio "anche" nella formulazione della disposizione: o, infatti, si è in presenza di una svista oppure il legislatore delegato ha voluto riconoscere ai terzi scelti per la risoluzione dei contrasti gestionali la facoltà di fornire indicazioni vincolanti per gli amministratori.

Ad ogni modo la disposizione vincola gli amministratori al *decisum* dei terzi o del collegio che in questo caso si sostituiscono, a ben vedere, ai primi.

L'art. 37 si conclude con la previsione dei mezzi di impugnazione delle decisioni sui contrasti gestionali.

Il comma 4, come anticipato, stabilisce che la decisione resa ai sensi dell'articolo in commento, è impugnabile ai sensi dell'art. 1349, comma 2, c.c..

La relazione illustrativa al d.lgs. n. 5/2003 specifica, sul punto, che accogliendo i rilievi pervenuti dalla commissione giustizia della Camera "... *si è prescritta l'impugnabilità per «mala fede» della risoluzione del contrasto quando affidata al «mero arbitrio» del terzo*".

Dalla lettera della norma si evince che l'impugnazione prevista dal comma 4 possa venire esperita sia verso la decisione resa ai sensi del comma 1, sia verso la decisione resa in sede di reclamo, ai sensi del comma 2. Pertanto, anche quando l'atto costitutivo preveda la reclamabilità della decisione, è lasciata al soccombente la scelta tra esperire il reclamo ovvero proporre direttamente l'impugnazione qualora sia consentito. Ciò che contraddistingue l'un rimedio dall'altro, infatti, è che il legislatore ha previsto solo per l'impugnazione della decisione un preciso motivo: l'art. 37, infatti, prevede che il *decisum* dei soggetti prescelti per la risoluzione della situazione ingenerante il c.d. stallo gestionale sia impugnabile solamente a norma del comma 2 dell'art. 1349 c.c., vale a dire solo quando il terzo abbia deciso in mala fede. Pertanto, l'apprezzamento del terzo è sottratto a qualsiasi controllo nel merito della decisione e la parte interessata può impugnare la decisione solo

dimostrando che esso ha agito intenzionalmente a suo danno. In tal caso, come precisato dalla giurisprudenza (Cass. 2 febbraio 1999, n. 858), assume rilievo, ai fini dell'impugnazione, l'elemento psicologico del terzo il quale, tradendo la fiducia conferitagli, agevoli volontariamente e consapevolmente gli interessi di una delle parti non essendo sufficiente, ai fini dell'impugnazione, che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza.

3. LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Il titolo VI del d.lgs. n. 5/2003 contiene in tre articoli (art. 38 - 40) la disciplina della conciliazione stragiudiziale.

Come a tutti noto, l'istituto della conciliazione non ha finora conosciuto ampio utilizzo ancorché numerosi provvedimenti legislativi ne abbiano previsto l'esperimento: si pensi, a titolo esemplificativo, alla conciliazione prevista nell'ambito delle controversie di lavoro (artt. 410 ss. c.p.c.), ovvero a quella in materia di subfornitura (l. n. 192/1998), od anche alla conciliazione introdotta nell'ambito delle controversie agrarie (l. n. 203/1982). Si pensi, inoltre, alla l. n. 580/1993 che ha attribuito alle camere di commercio la possibilità di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori ed utenti, ovvero alle leggi n. 192 e 281/1998 che hanno imposto alle Camere di commercio, ancora inerti, la creazione di camere conciliative.

La scarsa utilizzazione di questo strumento si deve imputare probabilmente a molteplici fattori. In primo luogo osta alla diffusione della conciliazione l'attuale assetto processuale che prevede il tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità per il giudizio ordinario: il fallimento del tentativo costringe le parti ad adire il giudice ordinario, motivo per cui la conciliazione stessa è intesa dai più come un inutile ritardo per l'avvio del processo. In secondo luogo, la scarsa diffusione dello strumento alternativo si deve alla nostra cultura giuridica che, nei rapporti tra privati ed in particolare tra imprese, predilige la giustizia ordinaria a quella alternativa.

Tutto ciò posto, il d.lgs. n. 5/2003 concede ampio spazio all'istituto della conciliazione stragiudiziale disciplinando, come si legge nella relazione illustrativa al decreto, *"... l'accesso a sistemi di risoluzione alternativa delle controversie organizzati da enti pubblici e privati, in condizione di concorrenza paritaria e sotto il controllo del ministero 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 (ante causam – ipotesi in cui risulta disciplinata la serie degli effetti della domanda di conciliazione sui termini di prescrizione e decadenza – ovvero lite pendente) e l'attribuzione di un favorevole trattamento fiscale, sia pure con limitazioni idonee ad evitare che lo strumento sia adattato a finalità elusive"*.

La riforma pertanto ha espressamente disciplinato:

- gli organismi di conciliazione (art. 38);

- le agevolazioni fiscali connesse al procedimento di conciliazione (art. 39);
- il procedimento di conciliazione (art. 40).

Da ultimo, si noti che la l. n. 366/2001 delegava il governo a prevedere forme di conciliazione anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati che dessero garanzia di serietà ed efficienza e che fossero iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia.

3.1. Gli organismi di conciliazione

L'art. 38, come anticipato, si occupa degli organismi di conciliazione.

Si riconosce ad enti pubblici o privati che diano adeguate garanzie in termini di serietà ed efficienza la possibilità di costituire organismi deputati alla gestione di un tentativo di conciliazione. Simili organismi, viene altresì precisato, devono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia. Ai fini dell'iscrizione nel registro, l'organismo di conciliazione, unitamente alla domanda di iscrizione deve depositare un proprio regolamento di procedura di cui è tenuto a comunicare in epoca successiva le eventuali variazioni. Al regolamento, inoltre, vanno allegati le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti privati approvate sempre con regolamento ministeriale.

I criteri e le modalità di iscrizione nel registro sono determinati dal Ministero della Giustizia con regolamento da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della l. 23 agosto 1988, n. 400 entro novanta giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2003, vale a dire entro novanta giorni dal 1° gennaio 2004. Nel decreto, inoltre, dovranno essere indicati i criteri per la formazione e la revisione del registro e quelli per l'iscrizione, nonché le cause di sospensione e di cancellazione degli iscritti. Posizione preferenziale rispetto agli altri enti viene riconosciuta alle camere di commercio che ottengono l'iscrizione di diritto nel summenzionato registro degli organismi di conciliazione costituiti ai sensi dell'art. 4 della citata l. n. 580/1993, mentre gli altri enti sono assoggettati alla valutazione discrezionale del ministero.

Sul tema sono opportune alcune precisazioni.

In primo luogo, degna di nota è la previsione per cui la conciliazione compete esclusivamente ad organismi che possono essere creati da enti pubblici o privati e non anche da persone fisiche. Se da un lato non si comprende una simile limitazione, dall'altro lato, come peraltro notato dalla dottrina, le modalità di svolgimento della conciliazione non potranno essere scelte dalle parti ma saranno imposte dal regolamento proprio di ciascun organismo di conciliazione.

In secondo luogo, è opportuno evidenziare come quello delineato dall'art. 38 sia un tentativo di conciliazione facoltativo, in quanto, come espressamente prevede la norma, esperibile solamente su istanza di parte.

3.2. Il procedimento di conciliazione

Gli artt. 39 e 40 contengono le disposizioni inerenti il procedimento di conciliazione.

Il primo dei due, in particolare, reca le disposizioni sulle agevolazioni fiscali che dovrebbero incentivare il ricorso alla conciliazione stragiudiziale.

Nell'art. 39 si specifica che tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Il verbale di conciliazione, inoltre, è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro. Tale ultima disposizione è parsa a parte della dottrina palesemente incongrua, visto che ai sensi dell'art. 9, comma 9, della l. 23 dicembre 1999, n. 488 (legge finanziaria per l'anno 2000), sono esenti dall'imposta di registro i processi verbali di conciliazione giudiziale di valore non superiore a 100.000.000 di lire (euro 51.645,69).

Passando all'esame dell'art. 40, va osservato che nella detta norma sono contenute le disposizioni più interessanti dettate sulla materia.

Il comma 1 della norma dispone che i regolamenti di procedura elaborati dagli organismi di conciliazione debbono prevedere la riservatezza del procedimento e le modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Dal tenore letterale della citata disposizione emerge la premura del legislatore di assicurare la riservatezza del procedimento e l'idoneità del conciliatore ad espletare l'incarico, sebbene si rimetta ai regolamenti elaborati dai singoli organismi di conciliazione individuarne i contenuti nello specifico. In altri termini saranno gli organismi di conciliazione a stabilire tramite i propri regolamenti (dei quali, come accennato, si prevede il deposito presso il Ministero della giustizia unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, ai sensi dell'art. 38) i criteri e i requisiti necessari per la nomina dei conciliatori; con l'ovvia conseguenza che presentando ogni organismo il proprio regolamento i parametri assunti a base della nomina potranno essere notevolmente differenti da regolamento a regolamento.

I restanti commi dell'art. 40 disciplinano compiutamente il procedimento di conciliazione in senso stretto. In via preliminare, va osservato che, al fine di incentivare il ricorso allo strumento della conciliazione, il comma 4 dell'art. 40 opera l'equiparazione sul piano degli effetti sostanziali e processuali tra domanda giudiziale e istanza di conciliazione laddove si prevede che *“dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, l'istanza di conciliazione proposta agli organismi istituiti a norma dell'art. 38 del presente decreto produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. La decadenza è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione”*.

Pertanto, l'istanza di conciliazione interrompe la prescrizione ed impedisce la decadenza producendosi un effetto interruttivo protratto nel tempo simile a quello che si verifica in seguito alla proposizione di una domanda giudiziale. Se poi il tentativo di conciliazione fallisce la decadenza riprende a decorrere dalla data del deposito del verbale di fallita conciliazione redatto dal conciliatore e non già dalla data dell'istanza di conciliazione.

Passando all'analisi delle ulteriori disposizioni della norma in commento, si deve distinguere, in linea generale, tra casi in cui il tentativo di conciliazione riesca e casi in cui il tentativo fallisca.

In merito al primo punto, il legislatore si è premurato di precisare, al comma 8 dell'art. 40, che venga redatto un separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale di avvenuta conciliazione, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto dal Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

La norma, dunque, prevede che il verbale di avvenuta conciliazione venga omologato dal tribunale; sul punto, però, il legislatore non si è soffermato con la dovuta attenzione. In effetti, nulla è precisato circa il procedimento di omologazione: né il soggetto che deve depositare il processo verbale al fine di ottenerne la detta omologazione (il conciliatore o le parti?), né le modalità con cui esso si debba svolgere. Si dispone solamente che l'omologazione sia effettuata dal presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione e che essa consista in un mero accertamento della regolarità formale del verbale. Dunque, sembrando escluso qualsiasi controllo sostanziale del verbale di conciliazione, non si dovrebbe trattare di una vera e propria omologazione, bensì di una semplice verifica della regolarità formale del processo verbale e del tentativo di conciliazione in esso verbalizzato. Il Presidente del tribunale, pertanto, dovrà verificare che il tentativo di conciliazione sia avvenuto nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5/2003, vale a dire che:

- la controversia rientri tra quelle indicate nell'art. 1 del d.lgs. n. 5/2003
- l'organismo di conciliazione sia stato costituito secondo le modalità indicate nel menzionato art. 38, comma 1 e comma 3
- dal verbale risultino la sottoscrizione della parti e del conciliatore.

Oggetto di verifica, inoltre, dovrà essere, ai sensi del comma 7 dell'art. 40, l'indicazione nel processo verbale degli estremi dell'iscrizione dell'organismo di conciliazione nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia.

Come notato dalla dottrina, una volta omologato, il verbale di conciliazione produce i medesimi effetti di una sentenza resa dall'a.g.o.. L'art. 40, dispone, infatti, che il verbale omologato acquista efficacia di titolo esecutivo non solo per l'espropriazione forzata ma anche per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Per quanto concerne l'aspetto del fallimento del tentativo di conciliazione, il comma 2 dell'art. 40 dispone espressamente che *“il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungano un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alla quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedano. Il conciliatore dà altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione”*.

Occorre osservare che la norma in esame sembra disciplinare due distinte ipotesi, ancorché riconducibili al comune presupposto del fallimento del tentativo di conciliazione.

La prima è quella delineata nel primo capoverso del comma 2 che si verifica quando le parti non raggiungono un accordo in sede di conciliazione. La seconda, invece, è quella descritta nell'ultimo capoverso del comma 2 che si realizza in caso di mancata adesione di una delle parti all'esperito tentativo di conciliazione.

Al verificarsi della prima ipotesi, la riforma impone al conciliatore di formulare una proposta rispetto alla quale ciascuna parte indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni cui è disposta a conciliare. Di simili posizioni il conciliatore dà atto in un apposito verbale di fallita conciliazione del quale viene rilasciata copia alle parti che lo richiedano.

Al ricorrere della seconda ipotesi, invece, mentre si dispone espressamente che il conciliatore debba indicare in apposito verbale la fallita conciliazione per mancata adesione di una delle parti, non si riconosce alla parte stessa il diritto di ottenere copia del verbale medesimo; non emergono però ostacoli ad un'interpretazione estensiva della previsione prima illustrata in forza della quale anche nel caso da ultimo menzionato le parti possono chiedere copia del verbale di fallita conciliazione.

Relativamente al verbale di fallita conciliazione, v'è da dire che le dichiarazioni in esso riportate sono inutilizzabili nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, né possono essere oggetto di prova testimoniale, ai sensi del comma 3 dell'art. 40. Unico riflesso che il verbale di fallita conciliazione produce è quello previsto nel comma 5 dell'art. 40 per cui sia la mancata comparizione di una delle parti sia le posizioni assunte innanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale giudizio successivo ai fini della decisione sulle spese processuali anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.. Come precisa la disposizione *de qua*, il giudice, procedendo ad una valutazione comparativa tra le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza resa, può escludere in tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione e può condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso di quelle sostenute dal soccombente. Così disponendo, la norma consente al giudice di valutare ai fini della decisione sulle spese processuali il comportamento anche in base a criteri di responsabilità aggravata. In altri termini, il giudice può escludere in tutto o in parte a favore della parte vincitrice la ripetizione delle spese sostenute ovvero condannarla al rimborso di quelle sostenute dalla parte soccombente qualora ravvisi nel suo comportamento un'ipotesi di responsabilità aggravata, ovvero un'ipotesi in cui la parte vincitrice abbia agito con dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

Come notato dalla dottrina, quella del comma 5 rappresenta una disposizione volta a incentivare il ricorso alla conciliazione anche da parte di coloro che si siano mostrati esitanti e riluttanti.

Il comma 6 dell'art. 40, poi, attiene all'ipotesi in cui l'espletamento del tentativo di conciliazione sia previsto in un contratto ovvero nello statuto della società. Qualora il tentativo non venga esperito, il giudice su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, può disporre la sospensione del procedimento davanti a lui stabilendo un termine, dai trenta ai sessanta giorni, per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione o davanti all'organismo indicato dal contratto o dallo statuto. Nello stesso comma si dispone, poi, che il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine stabilito. Se il tentativo di conciliazione non riesce, all'atto di riassunzione va allegato

il verbale di fallita conciliazione di cui al comma 2. La causa di sospensione si intende cessata, in ogni caso, a norma dell'art. 297 c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

La disposizione su riportata prevede un caso di sospensione non necessaria, in quanto subordinata all'istanza di parte proposta nella prima difesa, che trova la sua giustificazione nel mancato esperimento del tentativo di conciliazione. Conseguentemente, se la parte non solleva l'eccezione nella sua prima difesa, il processo prosegue e il vizio derivante dalla mancata istanza di conciliazione si sana.

Differentemente, una volta sospeso il processo da parte dell'a.g.o. si potranno verificare le seguenti ipotesi:

- l'istanza di conciliazione non viene presentata nel termine fissato dal giudice e ricompreso tra trenta e sessanta giorni: il processo può essere riassunto da ciascuna parte che vi abbia interesse entro sei mesi;
- l'istanza di conciliazione è presentata e la conciliazione riesce: il processo si estingue;
- l'istanza di conciliazione è presentata ma la conciliazione non riesce: il processo viene riassunto e all'atto di riassunzione deve essere allegato il verbale di fallita conciliazione;
- l'istanza di conciliazione viene presentata ma la conciliazione non riesce e il processo non è riassunto entro il termine di sei mesi: il processo si estingue;
- l'istanza di conciliazione è presentata ma il tentativo di conciliazione non si conclude entro sei mesi: in questo caso la causa di sospensione si intende cessata e il processo può essere riassunto entro ulteriori sei mesi a norma dell'art. 297, primo comma, c.p.c..

FONDAZIONE ARISTEIA – Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti

Via Torino 98 – 00184 Roma

Tel. 06/4782901 – Fax 06/4874756 – www.aristeia.it