

CONCILIAZIONE E MEDIAZIONE ALLA LUCE DELLA PROPOSTA DI DIRETTIVA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La conciliazione quale forma di ADR. – 3. I vantaggi del ricorso alla conciliazione. – 4. La necessità di una precisazione terminologica. – 5. Le diverse classificazioni delle tipologie di conciliazione. – 6. La conciliazione stragiudiziale e il ruolo delle Camere di Commercio. – 7. Il quadro di riferimento europeo. – 8. La conciliazione stragiudiziale in materia societaria e i Regolamenti attuativi: aspetti poco convincenti della disciplina. – 9. La *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*. – 10. Le iniziative interne *de iure condendo*. – 11. Conclusioni.

1. – Questo scritto prende le mosse dalla constatazione che è in atto, non solo nel nostro sistema interno, ma anche in quello comunitario, il tentativo di promuovere lo strumento della conciliazione stragiudiziale (1). Di

(1) Sul tema, per il momento, ci si limita ad indicare le più recenti pubblicazioni, molte delle quali di carattere più pratico che teorico, mancando ancora una più completa riflessione scientifica, come si avrà modo di osservare. Si rinvia quindi a: AA.VV., *Conciliazione: Prospettive a confronto*, a cura di V. Federici, Unioncamere Lombardia - Edizioni Il sole 24 Ore S.p.A., Milano 2005; Cafaro, *Le procedure arbitrali e di ADR. Casi pratici, regolamenti e tariffe degli organismi arbitrali e delle società di ADR*, Cedam, Padova 2005; Soldati, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Ipsoa, 2005; AA.VV., *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. Alpa e R. Danovi, Giuffrè, Milano 2004; De Palo, D'Urso, Golann, *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Giuffrè, Milano 2004; Cicogna, Di Rago, Giudice, *La conciliazione commerciale. Manuale teorico-pratico*, Maggioli Editore, 2004; Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in www.judicium.it (10 dicembre 2003); Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (« Alternative Dispute Resolution »)*, in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.; Di Rocco, Santi, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Giuffrè, Milano 2003; E. Minervini, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie. Il ruolo delle Camere di commercio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli

essa si discute non solo in seno alla dottrina, ma anche nel dibattito politico, con diverse iniziative *de iure condendo* che si inseriscono nel solco disegnato da quelle assunte a livello europeo, fino alla *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale* (2), presentata dalla Commissione il 22 ottobre 2004. Il fenomeno merita quindi di essere osservato più da vicino per cogliere le potenzialità dell'istituto e per valutare attraverso le scelte legislative adottate e da adottare quanto ci si possa aspettare in termini di sua affermazione.

Si può allora cominciare con una osservazione di tipo culturale, ovvero ricordando come la dottrina rilevi che parlare di conciliazione significa superare quella concezione che attribuisce un primato all'esercizio del potere giurisdizionale nella soluzione dei conflitti (3), e quindi abbandonare il *principio di priorità* della giurisdizione a favore di quello della *sussidiarietà* (4), – in base al quale l'intervento dell'autorità giudiziaria rappresenterebbe l'ultima *chance* a disposizione, alla quale far ricorso quando tutti gli altri strumenti offerti dal sistema abbiano fallito –, e promuovere il ricorso a forme di *auto-*

2003; AA.VV., *La via della conciliazione*, a cura di S. Giacomelli, Ipsa, 2003; Uzqueda, Frediani, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Giuffrè, Milano 2002; AA.VV., *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di P. Bernardini, Isdaci - Egea, Milano 2001.

(2) COM(2004) 718 definitivo, SEC(2004) 1314, e che verrà esaminata nel § 9.

(3) Luiso, *La conciliazione*, cit., 3 s., afferma che « l'idea comune è quella della *priorità della giurisdizione*, che è concetto diverso da quello della *centralità della giurisdizione*. Con quest'ultima espressione si indica un principio assolutamente ovvio, che trova fondamento negli artt. 24 e 111 Costituzione: la tutela giurisdizionale dei diritti è un'attività costituzionalmente necessaria, che il legislatore ordinario non può circoscrivere o eliminare. Con l'altra espressione invece, si indica quello stato psicologico istintivo, in base al quale – ove si presenti la necessità di tutelare un diritto – il ricorso alla giurisdizione viene invocato come il primo ed immediato rimedio ». Sul punto v. anche Caponi, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 167. Ma, più che di un fattore psicologico mi pare si tratti di un modello culturale di riferimento, tanto è vero che, con riguardo a quanto qui interessa, si parla sempre più della necessità di diffondere « la cultura della conciliazione ».

(4) Dunque, il principio di *sussidiarietà* si applicherebbe anche al processo e riguarderebbe principalmente i rapporti tra strumenti giurisdizionali e non giurisdizionali di risoluzione delle controversie: così Luiso, Sassani, *Il progetto di riforma della commissione Vaccarella: c'è chi preferisce il processo attuale*, in www.judicium.it (15 novembre 2003). Evoca il principio di *sussidiarietà* anche De Santis, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicistici e riflessi sul processo ordinario*, in *Giur. it.* 2004, 449 ss.

composizione (5) della lite, che si collocano nell'ambito dell'autonomia dei privati.

Questi strumenti sono rappresentati prima di tutto dalla *negoziazione*, che si caratterizza per il fatto che sono gli stessi destinatari delle regole di condotta ad individuarle in modo per loro vincolante, risolvendo la controversia attraverso un contratto; quindi, e quando essa si dimostra incapace di raggiungere il risultato voluto, dalla *conciliazione* che, in prima approssimazione, si può definire come quel procedimento attraverso il quale le parti cercano di individuare il contenuto dell'atto consensuale risolutivo della controversia con l'aiuto di un terzo, il conciliatore. Solo nel caso in cui questi strumenti consensuali si dimostrino incapaci di funzionare, si dovrebbe ricorrere agli strumenti *eteronomi* di risoluzione del conflitto insorto, altrimenti definiti come *aggiudicativi* (6), nei quali la soluzione è rimessa alla decisione di un terzo ed è idonea a vincolare le parti, e quindi all'*arbitrato* o, in assenza di clausola compromissoria o di compromesso, all'autorità giudiziaria. Quello descritto sarebbe il *modello di tutela dei diritti* al quale occorrerebbe far oggi riferimento per capire il fenomeno studiato e di cui si intende discutere (7).

Pare essere questo, in effetti, il contesto culturale nel quale collocare correttamente il tema della conciliazione (8), come risulta evidente a chi si è confrontato con il primo esempio di disciplina articolata offerta dal legislatore in tema di *conciliazione stragiudiziale*, rappresentato dagli artt. 38-40 del c.d. rito societario (9), sui quali ci si soffermerà rappresentando essi, seppure introdotti

(5) Si tratta di una terminologia ormai diffusa nella letteratura sul tema. Si richiama qui le definizioni di Luiso, *La conciliazione*, cit., 1, per il quale gli strumenti idonei a risolvere le controversie in materia di diritti disponibili possono essere distinti in due gruppi: quello degli strumenti *autonomi* e quello degli strumenti *eteronomi*. Gli strumenti *autonomi* si caratterizzerebbero, come già detto nel testo, per il fatto che sono gli stessi destinatari delle regole di condotta ad individuarle in modo per loro vincolante, così risolvendo la controversia; quelli *eteronomi* per il fatto che è un terzo a porre tali regole con un atto vincolante per le parti, in ragione della sua posizione istituzionale (giudice), o perché così esse hanno voluto (arbitro).

(6) V. la nota precedente.

(7) Per Luiso, *ult. loc. cit.*, si tratterebbe del più corretto ed attuale approccio al tema della tutela dei diritti.

(8) Anche per De Santis, *ult. loc. cit.*, la conciliazione appare come un fenomeno culturale realmente *alternativo* alla giurisdizione «sul quale si misura la capacità dell'ordinamento di offrire o di favorire la diffusione di strumenti efficaci e credibili di soluzione di una certa categoria di controversie».

(9) Sul tema si rinvia per il momento a Ghirga, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in *www.judicium.it* (28 febbraio 2004), scritto nel quale si è cercato di ricostruire le linee guida della riforma del diritto societario per meglio cogliere lo spirito che ha animato la

in una legislazione speciale, l'archetipo e il modello di riferimento per la futura adozione di questo strumento con portata più generale (10).

Per il momento interessa rilevare come l'aver messo a fuoco il contesto politico-culturale nel quale muoversi, consenta di liberarsi di alcuni luoghi comuni che potrebbero portare il discorso su sentieri ormai abbandonati.

2. – Ed infatti non si è ancora fatto cenno ad uno dei possibili inquadramenti della conciliazione, al quale si è, peraltro, riferito lo stesso legislatore del societario (11), che è quello che la vuole inserita tra le più usate forme di ADR.

Si suole parlare di *forme alternative di risoluzione della controversia* usando una espressione di ampio utilizzo anche in ambito italiano e che, com'è noto, trae origine dalla importazione e traduzione dell'espressione anglosassone *Alternative Dispute Resolution*, altrimenti conosciuta per mezzo dell'acronimo ADR, con la quale sono stati indicati i sistemi di risoluzione delle dispute che si distinguono rispetto a quelli azionati da un bisogno di tutela espresso ad un giudice statale (12).

riforma processuale, ed in particolare l'introduzione e la disciplina della conciliazione quale principale strumento alternativo di risoluzione delle controversie.

(10) V. *infra* il § 10 quando si parlerà delle proposte di legge in materia di conciliazione stragiudiziale.

(11) V. *infra* il § 8.

(12) La bibliografia sul tema è molto ricca; senza nessuna pretesa di completezza, oltre alle più recenti opere dedicate alla conciliazione più sopra citate (cfr. nota 1), – tra le quali in questa sede si segnala l'utile volume *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. Alpa e R. Danovi, che raccoglie molti saggi, in alcuni casi già altrove pubblicati, che meritano di essere qui ricordati, quali quello di: Danovi, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, 3 ss.; Alpa, *Le ADR dalla tutela dei consumatori alla amministrazione efficiente della giustizia civile*, 29 ss.; E. Von Hippel, *Les moyens judiciaires et parajudiciaires des consommateurs vue sous l'angle du droit comparé*, 77 ss.; Denti, *Quale futuro per la giustizia minore*, 89 ss.; Id., *Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative*, 145 ss.; Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, 155 ss.; Chiarloni, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, 101 ss.; Id., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, 177 ss.; Capponi, *Una deflazione per la giustizia civile*, 131 ss.; Taruffo, *Adeguamento delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, 197 ss.; Giovannucci Orlandi, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, 211 ss.; Severin, *What place is there for civil mediation in Europe?*, 239 ss.; Kierse, Micklitz, *Comment on the Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, 297 ss. –; si rinvia a: Schlosser, « Alternative dispute resolution » (*uno stimolo alla riforma per l'Europa?*), in *Riv. dir. proc.* 1987, 1005 ss.; Alpa, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Giust. civ.* 1994, II, 111 ss.; Delfino, *L'« ombudsman » come modello di « alternative dispute resolution » nel settore pri-*

Non è questa la sede per intrattenersi sulla storia di quel movimento di pensiero, sorto negli Stati Uniti negli anni '70, che ha portato alla creazione e alla diffusione di questi strumenti come risposta alla crisi del sistema giustizia (13). Ciò nonostante pare opportuno qui sottolineare come l'approccio attuale al tema sia più di recente mutato. Oggi si dubita, infatti, che sia corretto guardare alle forme alternative di risoluzione delle controversie come a strumenti che devono la loro ragion d'essere alla crisi della giustizia, pronte a soccorrere ad una situazione in cui l'ordinamento non è più in grado di assolvere alla richiesta di composizione delle liti insorte (14). Anzi, da più parti si

vato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, 247 ss.; Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.; Id., *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*; in *Riv. dir. proc.* 1996, 694 ss.; Id., *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. it.* 2000, 209 ss.; La China, *Riflessioni in libertà su ADR, arbitrato, conciliazione*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II, Padova 1997, I, 165 ss.; Buonfrate, Leogrande, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Riv. arb.* 1999, 375 ss.; De Palo, Guidi, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti federali degli Stati Uniti*, Milano 1999, *passim*; Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 318 ss.; Converso, *Note minime in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Giur. mer.* 2000, 719 ss.; Cuomo Ulloa, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1283 ss.; Fusaro, *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 771 ss.; Peeples, *ADR: un panorama delle alternative alla causa civile*, in *Riv. not.* 2003, 7 ss.; Nela, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1017 ss.; con riguardo alla conciliazione è utile consultare anche le seguenti voci enciclopediche: Punzi, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. del dir. Agg.*, IV, Milano 2000, 327 ss.; Santagada, voce *Conciliazione giudiziale ed extragiudiziale*, in *Dig. IV disc. priv. sez. civ. Agg.*, Torino 2000, 180 ss.; Briguglio, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. IV disc. priv. sez. civ.*, III, Torino 1988, 203 ss.; Rossi, voce *Conciliazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988. Più risalenti sono i contributi al tema di Lancelotti, voce *Conciliazione delle parti*, in *Enc. del dir.*, VIII, Milano 1961, 397 ss. e di Nicoletti, *La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963, *passim*. Per la bibliografia relativa agli strumenti alternativi previsti nel nuovo rito societario v. *infra*, il § 8.

(13) Sulla storia di questo movimento cfr. soprattutto Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi*, cit., 158 ss.

(14) Da ultimo Luiso, *La conciliazione*, cit., 4, afferma che « la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflativo di una richiesta

fa notare che il successo di tali strumenti è tanto più assicurato in un ordinamento che presenta un efficiente sistema giustizia, tanto che è invalso l'uso di sostituire l'aggettivo « *alternative* » con quello di « *adequate* » che meglio risponderebbe alla *ratio* del ricorso ai procedimenti che si ricomprendono nella categoria (15).

In questa prospettiva la conciliazione va sempre più acquistando un suo ruolo attraverso l'attività promozionale di quanti, soprattutto alla luce dell'esperienza maturata sul campo, ne evidenziano i numerosi vantaggi; non vi è dubbio, infatti, che la riflessione scientifica sull'istituto, – che pare essere ancora in fase di elaborazione, mancando una trattazione completa e attuale delle nuove prospettive che sembrano interessare il tema –, è stata preceduta da una copiosa elaborazione proveniente soprattutto da soggetti che hanno praticato lo strumento (16).

3. – Dunque, dal punto di vista dei vantaggi offerti dal ricorso alla conciliazione, sembra opportuno sottolineare, – oltre a quello che fa leva sul fatto che la stessa consentirebbe la continuazione dei rapporti, mentre con l'adire il giudice ci si muoverebbe in una logica di agone che necessariamente porta ad un vincitore e ad un soccombente, quindi in un contesto fortemente conflittuale (17); o ancora a quello della riservatezza della conciliazione (18) o della sua

di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte ». Sul valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale dei metodi di ADR cfr. già Caponi, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 172 ss. Individuano tra le cause del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie l'incapacità dello Stato a rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia: Taruffo, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.; Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, ivi 2000, 447 ss., scritti entrambi oggi raccolti nel volume, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, già citato.

(15) Di Rocco, Santi, *La conciliazione*, cit., 21, nota 31, rinviando a Mackie, Miles, Marsh, *Commercial Dispute Resolution - an ADR practice guide*, London 1995, 7, secondo i quali piuttosto che parlare di *Alternative Dispute Resolution* sarebbe più opportuno adottare le locuzioni *Appropriate* o *Additional* o *Complementary Dispute Resolution* così da poter considerare i metodi di ADR « il canale principale ». Essi dovrebbero rappresentare un'opzione primaria per le parti che si trovano di fronte ad una controversia. Sul punto v. anche Così, *Perché conciliare*, in *La via della conciliazione*, cit., 51.

(16) V. la bibliografia più recente citata a nota 1.

(17) Si tratta di una considerazione assolutamente ricorrente nella letteratura sul tema.

(18) Anche questa è una caratteristica che costantemente viene sottolineata come requisito tipico della conciliazione, come si vedrà, suggerita anche a livello europeo.

estrema flessibilità (19); – ripetiamo, sembra opportuno sottolineare, quello del possibile *contenuto* della stessa (20).

Pare essere questo, in particolare, il vantaggio del ricorso allo strumento di cui si sta parlando e che in vario modo e con diversi gradi di consapevolezza sembra imporsi almeno in una certa parte degli studi sul tema. Alcuni esempi tratti da questi paiono illuminanti. Il primo (21) mette in luce come attraverso lo strumento conciliativo sia possibile far emergere quelle motivazioni sottostanti la pretesa (22), spesso definite in termini di bisogno, che non avrebbero la possibilità di essere considerate in caso di utilizzo di strumenti di tipo aggiudicativo, quali l'arbitrato o il ricorso all'autorità giudiziaria. Così se due soggetti si contendono l'unica arancia rimasta, la soluzione di dividerla a metà lascerebbe entrambi del tutto insoddisfatti se, investigando sui motivi che spingono gli stessi a volerla ciascuno per intero, risultasse che l'uno desidera la polpa per berne il succo e l'altro ha bisogno dell'intera scorza per preparare un dolce. L'analisi degli interessi sottostanti la singola pretesa consente, nel caso di specie, di trovare una soluzione che soddisfa entrambi i litiganti. Altri (23) ha utilizzato un esempio che forse oggi ha il sapore dell'antico, quello della controversia tra concedente e mezzadro relativa alla persistenza del rapporto di mezzadria, per rilevare come essa possa essere risolta in via eteronoma solo riconoscendo o negando al mezzadro il diritto a permanere nella detenzione dell'intero fondo. Utilizzando uno strumento di risoluzione della controversia di tipo autonomo, come la conciliazione, essa potrebbe invece essere risolta con il rilascio di una parte del fondo e la stipulazione di un contratto di comodato o di locazione rispetto ad altra parte del fondo.

Se ci si chiede quale sia la ragione di questa diversità di risultati ottenibili la si può facilmente cogliere nel fatto che nel processo civile, come in quello arbitrale, non entra, né può entrare, la valutazione circa i motivi soggettivi che spingono a far valere la pretesa e quelli che si collocano a monte dell'attività difensiva. Forse solo una valutazione in concreto della *meritevolezza della tutela richiesta* potrebbe assolvere a questo compito (24). Ma non è questa la sede

(19) Caratteristica che la vede contrapposta ai formalismi processuali, dei quali spesso però si sottovaluta la valenza garantista.

(20) Così aderendo a quanto già rilevato da Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 4.

(21) Si tratta di un esempio tratto da Cicogna, Di Rago, Giudice, *La conciliazione commerciale*, cit., 97, che è considerato l'archetipo di tutti i *case study* in materia di negoziazione.

(22) Gli autori sopra citati parlano di « interesse concreto che le parti intendono conseguire ».

(23) Luiso, *La conciliazione*, cit., 5.

(24) Sul punto ci si permette di rinviare a Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milano 2004, *passim*.

per affrontare questo complesso discorso, perché già bastano a giustificare la diversità evidenziata le osservazioni di chi (25) ha messo in luce come la ragione di essa sta nel fatto che né il giudice, né l'arbitro hanno il potere di disporre del diritto controverso, e tanto meno il diritto di disporre di situazioni sostanziali diverse ed ulteriori rispetto a quelle controverse che costituiscono oggetto del giudizio (26). Da questo punto di vista sembra, allora, che sia sul piano del *contenuto* dell'atto risolutivo della controversia che si possa maggiormente apprezzare il ricorso a strumenti quali la conciliazione.

Spesso si trova scritto che ciò che differenzia questo mezzo rispetto al ricorso al giudice o all'arbitro va individuato nel fatto che, a differenza di questi ultimi che devono accertare una situazione preesistente, l'angolo prospettico dal quale guardare la controversia per il conciliatore è quello della regolamentazione futura, non solo di una singola situazione, ma di un complesso di rapporti che legano i soggetti in conflitto (27). La conciliazione si muove quindi libera da quei principi che per i processualisti rappresentano dei dogmi, come il principio della domanda che, nella sua applicazione dinamica della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, vincola tutto lo svolgimento del processo delimitandone l'ambito oggettivo. Nel procedimento conciliativo le parti restano libere di disporre come credono dei loro diritti, ampliando o restringendo il campo della loro negoziazione alla presenza di un terzo.

Ma se questo pare essere il maggior vantaggio della conciliazione, è al-

(25) Afferma Luiso, *cit.*, 2, « la risoluzione consensuale della controversia, infatti, proviene da soggetti che hanno il *potere di disporre* delle proprie situazioni sostanziali: e non solo essi possono disporre di quella interessata alla controversia, ma anche – confronta l'art. 1965, secondo comma c.c. – di altre situazioni sostanziali ». L'autore cita Cass. 9 luglio 2003, n. 10794 che ha così statuito: « ai sensi del comma 1 dell'art. 1965 c.c., la transazione può avere ad oggetto, per la realizzazione della sua funzione, anche diritti estranei alla controversia che, con essa, si vuole evitare, con la conseguenza che essa ben può intervenire a disciplinare il rapporto patrimoniale tra coniugi, con esclusione, peraltro, dei diritti indisponibili dei contraenti ».

(26) Luiso, *ult. loc. cit.*, ne trae la conseguenza che « il contenuto dell'atto risolutivo della controversia, ove esso abbia natura autonoma, è essenzialmente *atipico*. Al contrario, l'atto risolutivo della controversia, ove esso abbia natura eteronoma, è essenzialmente *tipico*, in quanto non può avere un contenuto diverso da quello previsto dalla legge sostanziale, che regola il rapporto ».

(27) Si tratta di un'altra affermazione ricorrente nella letteratura sul tema, che spesso si trova riferita ai vantaggi offerti dal mezzo che consentirebbe di garantire la continuità delle relazioni tra le controparti anche attraverso una regolamentazione del conflitto che guardi al futuro e al complesso degli interessi in gioco. Sul punto cfr. anche Luiso, *Magistratura togata, magistratura onoraria, « altra giustizia »*, in www.judicium.it (29 gennaio 2005), 1.

trettanto certo che il suo ambito oggettivo possa riguardare solo quelle situazioni giuridiche qualificabili in termini di diritti disponibili. L'osservazione può apparire ovvia, ma tale non è di fronte a diversi tentativi di ridurre sempre più l'area di ingerenza dell'autorità giudiziaria nelle vicende private, ed in primo luogo in quelle di tipo *lato sensu* commerciali.

Quando si pensa alla possibilità di utilizzare uno strumento alternativo di risoluzione della controversia, strumento alternativo o più adeguato rispetto al giudizio espresso da un giudice statale, ci si deve innanzitutto chiedere quale sia l'oggetto della lite. Questo perché la sottrazione al giudice statale di una controversia è consentita solo entro gli stessi limiti in cui la stessa possa essere oggetto di una composizione negoziale (28).

Per questo si è ritenuto di dover dissentire da quella opinione, pur autorevolmente sostenuta, che ha cercato di dimostrare che il legislatore del societario avrebbe introdotto l'arbitrato in materia di diritti indisponibili (29); per questo

(28) Per un approfondimento del tema, affrontato con riguardo alla materia compromettibile in arbitrato dopo la riforma del diritto societario, si rinvia a Ghirga, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milano 2005, 2007 ss., – articolo che riproduce con alcune modifiche lo scritto già apparso in *www.judicium.it* sopra citato –, anche per ulteriori riferimenti bibliografici. In quella sede, oltre a denunciare una violazione del principio costituzionalmente garantito del giudice naturale, ci si è chiesti se, posto che il legislatore può stabilire la non compromettibilità in arbitrato di controversie anche per ragioni di mera opportunità (cfr. Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Foro it.* 2002, I, 1648), valga anche il contrario. Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 149, con riferimento alla legge delega di riforma del diritto societario, la legge n. 366/2001, ha affermato che una norma che consenta alle parti di ricorrere all'arbitrato volontario anche per la soluzione di controversie relative a diritti indisponibili si porrebbe in contrasto con l'art. 102 Cost. L'affermazione è confutata da Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *www.judicium.it*, (4 giugno 2003), 12, secondo il quale l'arbitrato sarebbe costituzionalmente legittimo solo se fondato su una libera scelta delle parti, e il legislatore sarebbe libero nella soluzione del problema relativo ai presupposti di legittimità di tale scelta (che si sostanzia per l'autore nella scelta di un giudice: cfr. nota seguente). Così come « il quesito di sapere se ed entro quali limiti la disponibilità della materia controversa meriti di essere inserita tra tali presupposti, è soggetto a quella stessa variabilità storica, che caratterizza tutte le scelte consentite *de iure condendo* ».

(29) Ci si riferisce alla tesi espressa da Ricci nel saggio *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 11, e della quale si è trattato nell'articolo sopra citato. L'autore, sviluppando il pensiero già altrove formulato (*La « natura » dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 263 ss.; *La « funzione giudicante » degli arbitri e l'efficacia del lodo. (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 358 ss.) sostiene che la compromettibilità può venire disgiunta dalla disponi-

crediamo non si debba incoraggiare quel tentativo di aprire la conciliazione a qualunque materia (30).

Ed infatti il ruolo della conciliazione, allorché siano coinvolti diritti indisponibili, è del tutto diverso (31) perché le parti non hanno per definizione il potere di autocomporre la controversia e l'atto negoziale eventualmente e comunque da esse stipulato sarebbe radicalmente nullo (32).

bilità del diritto, ove si sia disposti ad accettare il fatto che la convenzione arbitrale abbia come oggetto la mera scelta di un giudice diverso da quello offerto dallo Stato, e che pertanto l'operazione negoziale si limiti a questo solo aspetto dello strumento arbitrale. Sul punto merita di essere ricordato che la legge 14 maggio 2005, n. 80, « *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, deleghe al governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali* » contiene, come si evince dal titolo, la delega al governo per la riforma, tra l'altro, della disciplina dell'arbitrato. In essa si prevede quale criterio direttivo « *la disponibilità dell'oggetto come unico e sufficiente presupposto dell'arbitrato, salva diversa disposizione di legge* ». Sul punto cfr. Ricci, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 955 s., che esprime critiche nei confronti della scelta operata dal legislatore italiano che si confermerebbe riluttante ad ammettere l'arbitrato anche in materia indisponibile; Punzi, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, ivi, 967 ss., per il quale tale scelta sarebbe necessitata dal rispetto delle norme costituzionali ed in particolare dell'art. 102 Cost. Al criterio ha dato attuazione il novellato art. 806, come dettato dall'art. 20 del d.lgs. n. 40 del 2006. In esso la regola in materia di controversie arbitrabili è formulata in negativo, nel senso che si afferma espressamente che si possano far decidere da arbitri controversie « *che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge* », divieto che sembra allora riferito a materia disponibile, ma sottratta comunque alla compromettibilità in arbitrato.

(30) Si trova così affermato che nell'ordinamento italiano esiste un limite di tipo formale all'esperimento della conciliazione dato dalla disponibilità dei diritti in oggetto, ma che la conciliazione in sé potrebbe essere validamente e potenzialmente utilizzata per qualsiasi tipo di controversia: v. Cicogna, Di Rago, Giudice, *La conciliazione commerciale*, cit., 62 s.

(31) Cfr. Luiso, *La conciliazione*, cit., 5. che a proposito della *mediazione familiare*, tema di cui in questa sede non ci si può occupare, osserva come la funzione della stessa sia più quella di prevenire comportamenti illeciti o comunque inopportuni, che non quella di porre fine ad una controversia.

(32) Così già Luiso, *ult. loc. cit.*, il quale osserva come dalla disciplina della transazione si possa evincere con evidenza che il naturale ed ovvio limite al potere negoziale delle parti è costituito dalla indisponibilità del diritto, ma anche che è nulla la transazione relativa ad un contratto illecito. Ciò legittima il dubbio se vi siano spazi ulteriori, oltre a quello dei diritti indisponibili, riservati alla risoluzione giurisdizionale delle controversie, e così sottratti vuoi alla composizione negoziale, vuoi anche in virtù del rinvio contenuto

4. – Abbiamo fino ad ora parlato di *conciliazione*, ma è venuto il momento di effettuare una precisazione di carattere terminologico, che introduca poi al tema delle diverse tipologie riconducibili all'istituto. Spesso, infatti, si trova utilizzata l'espressione *mediazione*, il che impone un chiarimento.

Salvo quanto nel prosieguo si dirà a proposito della conciliazione stragiudiziale societaria, al momento il nostro sistema non conosce una definizione normativa di *conciliazione*, anche se questo è il termine che più correttamente è stato usato con riferimento al fenomeno di cui si sta discutendo. Esso corrisponde a quello che nel mondo anglosassone è indicato con l'espressione *mediation*; ma l'utilizzo della sua traduzione nel nostro ordinamento è stata considerata fonte di equivoci in presenza di una previsione normativa, quale l'art. 1754 del codice civile, che definisce come mediatore « *colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza* ».

In ambito privatistico, che è quello di cui ci si occupa (33), si è fatto quindi generalmente ricorso al termine *conciliazione*. Con esso si è intesa la soluzione concordata di una controversia insorta tra due o più parti, raggiunta attraverso l'opera di un terzo qualificato, sia esso un giudice o altro soggetto, e volta a perseguire un risultato soddisfacente per entrambe le parti.

Se questa è l'accezione più comune di conciliazione, altrettanto diffusa è la considerazione che con il termine conciliazione si possa alludere sia al risultato della stessa, sia all'attività che può condurre a quel risultato. Dal punto di vista strutturale si può infatti distinguere la dimensione procedurale e l'aspetto sostanziale, il « tentativo di conciliare, inteso come procedimento, finalizzato alla ricerca di una soluzione della lite fondata sul consenso, e la conclusa conciliazione, atto che pone fine alla lite, ristabilendo tra le parti una situazione di assenza di conflitto » (34). Questi due momenti nei quali si può scomporre il fenomeno conciliativo si prestano ad alcune puntualizzazioni. Con riferimento al primo aspetto si può evidenziare una differenza della conciliazione rispetto all'arbitrato. Ed infatti mentre la nullità del procedimento arbitrale è causa di invalidità del lodo, il mancato rispetto delle regole del procedimento di conciliazione non costituisce ragione di invalidità dell'eventuale accordo raggiunto tra le parti (35). Con riguardo alla conciliazione come risultato, è noto che la

nell'art. 806 c.p.c. alla composizione arbitrale delle controversie. Sul punto cfr. Festi, *Clausola compromissoria e contratto illecito*, in *Corr. giur.* 1997, 1446.

(33) Sulla mediazione penale si rinvia per tutti a Mannozi, *La giustizia senza spada, Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano 2003 e al volume a cura della stessa autrice *Mediazione e diritto penale*, Giuffrè, Milano 2004.

(34) Così Rossi, voce *Conciliazione*, cit., 1.

(35) Cfr. Luiso, *La conciliazione*, cit., 6, il quale osserva che mentre l'art. 829

maggior dottrina attribuisce natura negoziale alla soluzione conciliativa della controversia, discutendosi se sia configurabile un autonomo negozio giuridico qualificabile come negozio di conciliazione (36). Così si afferma che la conciliazione non costituirebbe una figura negoziale a sé, ma indicherebbe una serie di negozi suscettibili di essere utilizzati per fornire alla controversia uno sbocco convenzionale. La conciliazione rappresenterebbe una sorta di sintesi verbale per designare quei negozi idonei a definire un conflitto giuridico, individuati nella transazione, nel riconoscimento, nella rinuncia (37).

Ma il vero elemento caratterizzante del fenomeno conciliativo andrebbe cercato al di fuori del contenuto negoziale del suo risultato. Il *quid pluris* della conciliazione rispetto ai diversi negozi impiegati per definire la lite andrebbe, infatti, individuato nel fatto che l'atto negoziale con il quale si pone fine alla controversia viene posto in essere nell'ambito di un procedimento preordinato a tale scopo e alla presenza di un terzo, investito del compito di coadiuvare le parti nella composizione del conflitto tra loro insorto (38).

Su questa struttura di base del fenomeno conciliativo si innestano le variabili storiche e di diritto positivo che originano le diverse fattispecie conciliative presenti nel nostro ordinamento, che possono essere variamente classificate in base a criteri che danno vita a diverse combinazioni.

5. – Così è a tutti certamente noto che si può distinguere la *conciliazione giudiziale* da quella *stragiudiziale* a seconda che il terzo a cui è affidata l'attività conciliativa sia o meno un organo del potere giudiziario (39). Con rife-

c.p.c., nel disciplinare l'impugnazione per nullità, elenca una serie di vizi che possono sempre essere fatti valere, nonostante qualsiasi contraria pattuizione antecedente alla pronuncia del lodo – il che dipenderebbe dal fatto che le parti sono vincolate alla decisione arbitrale, in quanto questa sia emessa nel rispetto delle regole che ne disciplinano la formazione – nel caso del procedimento conciliativo, il rispetto delle regole, invece, non rilevarebbe perché le parti sono vincolate all'atto che decide la controversia solo dopo che ne hanno conosciuto il contenuto.

(36) Sul punto v. per tutti Rossi, *cit.*, 2, ove richiami alla dottrina classica.

(37) V. nota precedente.

(38) V. per tutti Rossi, *ult. loc. cit.* Punzi, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, *cit.*, 328, osserva come la conciliazione si differenzi dall'arbitrato perché la soluzione della controversia non è deferita alla decisione di un terzo, ma anche dalla transazione perché questa si perfeziona con il mero incontro della volontà delle parti, mentre la conciliazione richiede sì l'accordo di esse, ma con la presenza e l'intervento sollecitatore di un terzo.

(39) Briguglio, voce *Conciliazione giudiziale*, *cit.*, 205, preferisce questa distinzione a quella che vede nella conciliazione extragiudiziale quella che si svolge al di fuori del processo e che svaluta la presenza o meno di un organo del potere giudiziario. Per l'autore, infatti, l'attività del giudice prestata in sede conciliativa rappresenta esercizio

rimento a quella giudiziale si possono al riguardo citare gli artt. 183, 185 (40), 420 del codice di procedura civile, l'art. 16 del d.lgs. n. 5 del 2003 sul rito societario (41).

Si distingue poi una *conciliazione preventiva*, da una *successiva*, a seconda del rapporto cronologico con l'inizio del processo (42), distinzione che in relazione alla conciliazione giudiziale può precisarsi o sostituirsi con la distinzione tra *conciliazione in sede non contenziosa*, per la quale si può citare l'art. 322 del codice di procedura civile che disciplina la fattispecie davanti al giudice di pace (43), o *conciliazione in sede contenziosa*, la quale ultima può

della funzione giurisdizionale e più precisamente di quella funzione giurisdizionale *sui generis* e a sé stante indicata come giurisdizione conciliativa e collocata tra quella contenziosa e quella volontaria.

(40) La legge 14 maggio 2005, n. 80 [di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, il c.d. decreto sulla competitività (cfr. nota 30), come modificata dalla legge 17 agosto 2005, n. 168, di conversione del decreto legge 30 giugno 2005, n.115, dalla legge 28 dicembre 2005, n. 263 e dal decreto legge 30 dicembre 2005, n. 271] ha introdotto una serie di modifiche alle norme del codice di procedura civile, che risulta così novellato in numerose parti. Per quanto riguarda la trattazione della causa, sono stati sostituiti gli artt. 180, 183, 184 e 185. Nel testo dell'art. 183 scompare il riferimento testuale al tentativo di conciliazione: nel comma 3° si prevede che il giudice istruttore fissi una nuova udienza se deve procedersi a norma dell'art. 185. Questa norma, rubricata *Tentativo di conciliazione* dispone che « il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione ». Il giudice non è quindi più obbligato a procedere all'interrogatorio libero delle parti, la cui funzione è confermato essere anche quella di stimolarle ad una conciliazione; lo farà solo se richiesto congiuntamente dalle stesse.

(41) Sulla conciliazione giudiziale nel nuovo rito societario cfr.: Briguglio, in *La riforma delle società, Il processo*, a cura di B. Sassani, Giappicchelli, 2003, sub art. 16, 165 ss.; Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *www.judicium.it*, (30 marzo 2003), 11 ss.; Sassani, Tiscini, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.* 2003, II, 49; Costantino, *Il nuovo processo commerciale: la cognizione ordinaria in primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 427; Trisorio Liuzzi, *Il nuovo rito societario: il procedimento di primo grado davanti al tribunale*, in *www.judicium.it*, (13 giugno 2003), 34; Bove, *Il processo dichiarativo societario di primo grado*, *ivi*, (1 dicembre 2003), 18; Carratta, *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Zanichelli, Torino 2004, sub art. 16, 459 ss.; Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1035 ss.

(42) Briguglio, voce *Conciliazione giudiziale*, cit., 205.

(43) Santagada, voce *Conciliazione giudiziale ed extragiudiziale*, cit., 181, ricorda che l'art. 322 c.p.c., « novellato dall'art. 31 della legge 374/1991, che ha accorpato in un unico articolo il dettato dei precedenti artt. 321 e 322 relativi al giudice conciliatore, de-

intervenire non solo durante, ma nello svolgimento e all'interno del processo pendente (44).

Nota è la distinzione tra *conciliazione facoltativa* e *conciliazione obbligatoria*, dove naturalmente l'obbligatorietà riguarda il procedimento e non il risultato, e può esplicitarsi secondo gradi diversi. Si è così messo in luce come l'obbligatorietà della conciliazione può comportare un dovere imposto *tout court* all'organo e assistito dalla momentanea improponibilità o improcedibilità dell'azione giudiziaria relativa, ovvero un dovere condizionato al riscontro ampiamente discrezionale di determinati presupposti, ovvero ancora un semplice onere delle parti di richiedere l'esperimento del tentativo di conciliazione a pena di improponibilità o improcedibilità dell'azione giudiziaria (45).

Disciplinano tentativi obbligatori di conciliazione l'art. 46 della legge 3 maggio 1982, n. 203, recante *Norme sui contratti agrari*; gli artt. 410 - 412 *bis* c.p.c. in materia di controversie di lavoro e gli artt. 65 - 66 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, e dunque in materia di controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni; l'art. 10 della legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di controversie relative ai contratti di subfornitura; l'art. 194 *bis* della legge 22 aprile 1941, n. 633, così come inserito dall'art. 35 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in materia di diritto d'autore. Disciplinano un tentativo facoltativo di conciliazione gli artt. 38 - 40 del d.lgs. n. 5 del 2003 in materia di rito societario sui quali poi ci si soffermerà.

Altra distinzione, non da tutti accolta, è quella che fa leva sulla *generalità* o *specificità* della materia, e quindi se il tentativo di conciliazione possa o meno riguardare in linea di principio controversie aventi qualunque oggetto (46).

manda la conciliazione preventiva (*conciliazione in sede non contenziosa*) al giudice di pace "competente per territorio secondo le disposizioni della sezione III, capo I, titolo I, del libro primo". La disciplina sarebbe rimasta peraltro sostanzialmente immutata, tanto che la conciliazione preventiva risulterebbe ancor oggi connotata dagli stessi caratteri distintivi riconosciuti all'attività del conciliatore: la generalità e la facoltatività. L'autrice a nota 5 ricostruisce il dibattito che ha portato a tale innovazione legislativa. È interessante riportare, in considerazione dei discorsi che più oltre si affronteranno, l'affermazione secondo la quale « il processo di conciliazione preventiva è del tutto autonomo rispetto a quello contenzioso, la cui instaurazione è meramente eventuale ... di tutta l'attività svolta in fase conciliativa, relativa all'allegazione e alla precisazione dei fatti, all'allegazione ed all'esperimento delle prove, non resta alcuna traccia nel processo successivo ».

(44) Briguglio, *ult. loc. cit.*

(45) Briguglio, voce *Conciliazione giudiziale*, cit., 205.

(46) Briguglio, *cit.*, 206, per il quale sarebbe meglio parlare in relazione all'organo terzo, di *funzione conciliativa generale o speciale*.

Si parla infine di *conciliazione delegata*, con riferimento a quella affidata dal giudice ad un soggetto estraneo, come nel caso dell'art. 198 del c.p.c., ovvero quando è necessario esaminare documenti contabili e registri e il giudice istruttore ne dà incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti (47). È la legge stessa ad affidare al consulente tale compito nel caso del nuovo art. 696 *bis* (48).

Quelle riportate sono le classificazioni del fenomeno studiato più comuni e note. Si tratta ora di vedere se, concentrando l'attenzione, come già anticipato, sulla conciliazione stragiudiziale, che più si presta a seguire il *trend* normativo, non sia necessario apportare alle stesse alcuni correttivi.

6. – Non si può affrontare il tema della conciliazione stragiudiziale senza cominciare con il ricordare il ruolo svolto al riguardo dalle Camere di commercio (49). La legge 29 dicembre 1993, n. 580, recante il *Riordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*, che ha attribuito alla stesse poteri di regolamentazione del mercato (50), dispone all'art. 2, com-

(47) Sul punto v. da ultimo Frediani, *La conciliazione nella C.T.U.*, Giuffrè, Milano 2004, *passim*.

(48) La norma, introdotta dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, più volte citata, è rubricata « *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite* ». Su di essa ci si permette di rinviare a Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 822 ss. Peraltro e per i discorsi che si andranno a fare, giova sottolineare come nel dettato dell'art. 696 *bis* si sia evitato di dare rilevanza alle posizioni espresse dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione al fine della regolamentazione delle spese del processo e anche ai fini dell'applicazione dell'art. 96 c.p.c. nell'eventuale giudizio susseguente l'accertamento tecnico.

(49) Sul punto v. soprattutto E. Minervini, *La conciliazione giudiziale delle controversie. Il ruolo delle Camere di Commercio*, cit., *passim*. È interessante riportare i dati statistici forniti dal Servizio di conciliazione della Camera arbitrale nazionale e internazionale di Milano. Nel periodo compreso tra il 1998 ed il 2003, la Camera Arbitrale di Milano ha gestito 1295 procedimenti di conciliazione. Nel 2004 sono state depositate 260 domande di conciliazione, di cui 159 *business to consumer* e 101 *business to business*. Il 49% di tali domande ha registrato l'adesione della controparte al tentativo di conciliazione; il 39% la mancata adesione; nel 14% dei casi si è raggiunto un accordo transattivo prima di aderire alla richiesta di procedimento conciliativo; nel 2% dei casi l'attore ha ritirato la propria domanda. Il valore medio dei procedimenti è stato di Euro 49.286,00. La durata media dei procedimenti è stata di 39 giorni. Dei 108 incontri di conciliazione svoltisi nel corso dell'anno, 91 sono sfociati in un accordo pienamente raggiunto, 2 in un accordo parziale, 15 in un mancato accordo.

(50) L'art. 2 comma 4° di tale legge dispone che le Camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possano oltre che promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali o conciliative, come subito nel testo, « b) *predisporre e promuov-*

ma 4°, che « *Le Camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possano tra l'altro: a) promuovere la costituzione di Commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti* ». Essa avrebbe così ratificato l'operato ormai consolidato di molte Camere di commercio, che da tempo avevano costituito camere arbitrali e conciliative che, fino al 1993, erano rimaste prive di riscontri normativi (51). Tale legge si sarebbe mossa nell'ottica di facilitare l'accesso alla giustizia di soggetti deboli, quali i consumatori e le piccole imprese, in una prospettiva di contenimento dei tempi e dei costi, e di semplificazione delle procedure, specie con riguardo alle controversie di scarso valore, ossia alla micro-conflittualità tra imprese e tra imprese e consumatori (52). Inoltre è stato detto che, con la stessa, il legislatore mirava a realizzare un effetto deflativo dell'amministrazione della giustizia ordinaria (53).

Di fatto la previsione normativa non è rimasta una dichiarazione di principio, perché alla legge citata hanno fatto seguito altri provvedimenti legislativi che espressamente richiamano le commissioni conciliative istituite dalle Camere di commercio. Si tratta più precisamente dell'art. 2, comma 24° della legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*; dell'art. 10, comma 1°, della legge 18 giugno 1998, n. 192, recante *Disciplina della subfornitura nelle attività*

vere contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti; c) promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti ». Riferisce E. Minervini, *cit.*, 9 s., che la norma è stata criticata dalla dottrina in quanto generica e non priva di ambiguità. De Nova, *Considerazioni introduttive*, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di C.M. Bianca e G. Alpa, Padova 1996, 304, la giudica « norma in bianco »; Antonini, *Le Camere di Commercio, il controllo delle clausole « vessatorie » e le clausole « inique »* ex L. 580/93, in *Clausole « vessatorie » e « abusive »*, a cura di U. Ruffolo, Milano 1997, 154, le riconosce carattere « sibillino ». Sui poteri di regolazione del mercato così riconosciuti alle Camere di commercio, le quali sarebbero dovute diventare le garanti della correttezza delle regole del gioco tra imprese e tra imprese e consumatori, e quindi del corretto funzionamento del mercato, v. per tutti E. Minervini, *cit.*, e la bibliografia dall'autore riportata alle note 4 e 5.

(51) Così E. Minervini, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie*, *cit.*, 13. Si tratterebbe di una constatazione diffusa in dottrina: cfr. nota 19 della p. appena citata.

(52) E. Minervini, *cit.*, 14.

(53) Cfr. per tutti Quinto, *Camere di commercio e conciliazione nelle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori*, Roma 1997, 13; Perrini, *Il ruolo delle Camere di commercio*, in *La conciliazione, Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, *cit.*, 44.

produttive; dell'art. 3, commi 2°, 3°, e 4° della legge 30 luglio 1998, n. 281, recante *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*; dell'art. 4, comma 5°, della legge 29 marzo 2001, n. 135, recante *Riforma della legislazione nazionale del turismo*; dell'art. 38, comma 2°, del d.lgs. 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'art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*; dell'art. 7 della legge 6 maggio 2004, n. 129, recante *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, che contiene un espresso riferimento alla conciliazione stragiudiziale societaria, da ultimo richiamata dall'art. 27 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, mentre l'art. 2 della legge 14 febbraio 2006, n. 55 in materia di patto di famiglia, richiama gli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 5 del 2003.

È sulla disciplina della conciliazione stragiudiziale societaria che si concentrerà l'attenzione, non potendo passare in rassegna tutte le fattispecie citate, se non per evidenziare la mancanza di sistematicità del legislatore, il quale sembra fino ad oggi non aver perseguito un disegno unitario (54). Si è affermato al riguardo che l'utilizzo della conciliazione camerale non sembra la conseguenza di scelte programmatiche, ma il frutto di iniziative dettate da fattori contingenti, osservando come appare governata dal caso la preferenza che il legislatore accorda ora per l'obbligatorietà, ora per la facoltatività del tentativo di conciliazione, ora per la natura contrattuale del verbale di conciliazione, ora per il suo valore di titolo esecutivo, ora per la sospensione dei termini per agire in giudizio nelle more del tentativo di conciliazione, ora per la decorrenza degli stessi e così via (55).

D'altro canto sarebbe mancata una linearità da parte del legislatore anche nel perseguire il rafforzamento della conciliazione camerale, posto che è stata rilevata (56) l'incongruenza con la quale la legge del 31 luglio 1997, n. 229, recante *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*, ha prescelto come via ordinaria di risoluzione delle controversie il ricorso a procedure conciliative, senza lasciare spazio a quella camerale, prevista invece dalla legge n. 481 del 1995,

(54) Per supportare l'affermazione basta confrontare il diverso contenuto delle norme sopra citate. Si è peraltro detto che con le stesse il legislatore avrebbe costituito una legislazione « promozionale » con una valorizzazione dell'art. 2, comma 4°, lett. a) della legge n. 580 del 1993: così Vigoriti, *Il rifiuto del processo civile*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 1999, 241 ss.

(55) Così E. Minervini, *Le Camere di commercio e la conciliazione della controversia*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., 365.

(56) E. Minervini, cit., 366.

che è la legge generale in tema di autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (57).

Ma se si osserva il *trend* normativo non si può non rilevare come l'ampliamento della conciliazione camerale non possa essere considerato solo in termini *quantitativi*, come maggior estensione dei settori interessati alla stessa, ma anche in termini *qualitativi*, non essendo più solo riservata a controversie di tipo bagatellare, ma essendo essa prevista come possibile soluzione di liti che possono avere una forte importanza economica come quelle societarie (58).

7. – Questo ampliamento della portata della conciliazione e del suo ambito applicativo, registratosi nel nostro ordinamento interno, sembra seguire l'evoluzione che la materia ha subito in sede europea (59). È noto come il miglioramento dell'accesso dei consumatori alla giustizia sia stato uno dei principali obiettivi perseguiti dalla Commissione nell'ambito della formulazione di una politica volta alla tutela dei consumatori (60). Più precisamente, l'obiettivo perseguito è stato quello di facilitare la risoluzione delle controversie in materia di consumo, garantendo ai consumatori non solo l'accesso alla giustizia in senso stretto, ma altresì un effettivo esercizio dei propri diritti, ovviando ai problemi che derivano dalla sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo del suo regolamento giudiziale (61).

(57) Così Patroni Griffi, *Tipi di autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna 1996, 33.

(58) Così E. Minervini, *cit.*, 367 ss., il quale auspica, peraltro, un riordino della materia della conciliazione camerale attraverso una sorta di legge quadro che incoraggi l'attività delle Camere di commercio, e si preoccupi da un lato di istituire gli opportuni incentivi, specie fiscali, e dall'altro di imporre il rispetto delle garanzie fondamentali (imparzialità del conciliatore, tutela del contraddittorio ecc.), magari subordinando l'esecutività del verbale di conciliazione, al rispetto di tali garanzie. Si tratta di quanto già suggerito da Chiarloni, *La conciliazione stragiudiziale*, *cit.*, 700.; Id., *Stato attuale*, *cit.*, 460.

(59) Sul tema cfr.: Danovi, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, *cit.*, 3 ss.; Severin, *What place is there for civil mediation in Europe?* *ivi*, 239 ss.; Lapenna, *L'opera dell'Unione Europea. La politica dell'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze*, *cit.*, 31 ss.; Di Rocco, Santi, *La conciliazione*, *cit.*, 335 ss.; Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2003, 743 ss.; Licini, *Alternative dispute resolution (ADR): aspettative europee ed esperienze USA, attraverso il libro verde della Commissione europea, e la sapienza di un giurista mediator americano*, in *Riv. not.* 2003, 1.

(60) Cfr. per tutti Lapenna, *ult. loc. cit.*

(61) Così quasi testualmente Lapenna, *cit.*

Al riguardo si possono ricordare la Comunicazione della Commissione *Piano di azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno* del 14 febbraio 1996 (62), la quale ha fatto seguito al Libro Verde della Commissione in tema di *Accesso dei consumatori alla giustizia e di risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico* del 16 novembre 1993 (63), e più di recente la *Raccomandazione della Commissione riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo* del 30 marzo 1998 (64) e con la stessa data la *Comunicazione della Commissio-*

(62) Comunicazione della Commissione COM(96)0013 - C4-0195/96.

(63) Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles 16 novembre 1993 COM (1993) 576. Su di esso cfr. Martinello, *Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia; appunti per un'analisi critica*, in *Doc. giust.* 1994, 340 ss.; Id., *Accesso dei consumatori alla giustizia. I risultati del progetto pilota del Comitato Difesa consumatori promosso dalla Commissione CEE*, in *Doc. giust.* 1996, 1500 ss.; Capponi, *Il libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia*, in *Doc. giust.* 1994, 361 ss.; Gasparinetti, *Consumatori-utenti e giustizia civile nel Mercato Unico. Un dibattito aperto*, in *Doc. giust.* 1994, 330. Il Libro verde definisce l'accesso alla giustizia come un diritto dell'uomo ed una condizione per l'operatività effettiva di qualsiasi ordinamento giuridico, ivi compreso quello comunitario. Cfr. anche i seguenti documenti raccolti in appendice nel volume *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., 657 ss.: *Risoluzione del 22 aprile 1994 sul Libro verde della Commissione concernente l'accesso dei consumatori alla giustizia e alla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico (C3-0493/93); Parere del Comitato delle Regioni in merito al Libro verde: l'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico (CdR 47/94 in G.U. 6 agosto 1994, n. C 217); Parere del Comitato economico e sociale in merito al « Libro verde: l'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico »; Risoluzione del Parlamento del 14 novembre 1996, n. A-0355/96, G.U. n. C362 del 2 dicembre 1996 sulla Comunicazione della Commissione « Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno ».*

(64) Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles 30 marzo 1998 SEC (1998) 576 def. La raccomandazione riguarda le procedure che, a prescindere dalla loro denominazione, conducono ad una soluzione della controversia attraverso l'intervento attivo di un terzo che prende formalmente posizione su una soluzione; non riguarda le procedure spesso designate come « mediazione ». In essa si raccomanda che tutti gli organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno come competenza la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo rispettino i seguenti principi: principio di indipendenza; principio di trasparenza; principio del contraddittorio; principio di efficacia; principio di legalità; principio di libertà; principio di rappresentanza.

ne sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (65); ancora, la *Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo* (66) e in pari data la *Comunicazione Ampliare l'accesso dei consumatori alla risoluzione alternativa delle controversie* (67).

Ma il tema del ricorso alla conciliazione assume in sede comunitaria nuovo spessore con la pubblicazione del *Libro verde del 19 aprile 2002 relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale* (68), il cui obiettivo era quello di avviare un'ampia consultazione degli ambienti interessati su un certo numero di questioni di ordine giuridico. In esso si afferma che il rinnovato interesse all'interno dell'Unione Europea per i modi alternativi di risoluzione delle controversie (69) in campo civile e commercia-

(65) Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles 30 marzo 1998 COM (1998) 198 def., la quale indica tre vie possibili « per migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia: la semplificazione e il miglioramento delle procedure giudiziarie, il miglioramento della comunicazione tra gli operatori economici professionali e i consumatori e le procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di consumo. Queste tre vie, lungi dal costituire metodi alternativi, sono assolutamente complementari. Tuttavia una fondamentale differenza separa la prima via dalle altre due: mentre la prima si situa nel contesto tradizionale della risoluzione giudiziale delle controversie e intende migliorare i sistemi esistenti, le altre due fanno uscire, nella misura del possibile, le controversie dal contesto giudiziario ». Con tale Comunicazione la Commissione ha varato due iniziative volte a migliorare la situazione esistente in materia di accesso dei consumatori alla giustizia, una delle quali si presenta sottoforma di « una raccomandazione volta a individuare una serie di principi applicabili al funzionamento degli organi extragiudiziali (esistenti o da creare) per la risoluzione delle controversie in materia di consumo ».

(66) 2001/310/CE. Essa raccomanda a tutti gli organi terzi responsabili delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, che si adoperano per risolvere una controversia facendo incontrare le parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo, che siano garantiti nella procedura i seguenti principi: imparzialità, trasparenza, efficacia, equità.

(67) COM2001/161 def. In essa si prende atto dell'esistenza di numerose fattispecie di risoluzione alternativa delle controversie alle quali tutte vanno estesi i principi e le garanzie comuni che ne assicurano l'imparzialità, la trasparenza, l'efficacia e l'equità.

(68) Si può leggere in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., 866 ss.

(69) Viene usato per la prima volta, rispetto ai documenti sopra ricordati, l'acronimo ADR che sta per *Alternative Dispute Resolution*, che tende sempre più universalmente ad imporsi nella pratica. Il Libro verde non utilizza invece in maniera sistematica le espressioni più diffuse nelle legislazioni nazionali quali *mediazione* e *conciliazione*.

le (70) risponde a tre ordini di ragioni. In primo luogo ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi di ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato. In secondo luogo l'ADR è oggetto di una particolare attenzione negli Stati membri, traducendosi spesso in iniziative di carattere legislativo. Infine l'ADR rappresenta una priorità politica per le istituzioni dell'Unione Europea, alle quali spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo e la loro qualità.

La Commissione ha così promosso una consultazione pubblica su questo Libro verde, che aveva come obbiettivo quello di raccogliere le osservazioni generali degli ambienti interessati, nonché le risposte alle domande formulate, che riguardavano elementi determinanti del processo di ADR, quali le questioni delle clausole di ricorso all'ADR, il problema dei termini di prescrizione, l'esigenza di riservatezza, la validità dei consensi, l'efficacia degli accordi scaturiti dall'ADR, la formazione dei terzi, il loro regime di responsabilità.

Il Comitato economico sociale europeo l'11 dicembre 2002 ha espresso il proprio parere sulle questioni poste dalla Commissione (71), individuando le esigenze alle quali occorre dare risposta nella materia considerata ed i principi informatori del possibile intervento comunitario, e sottolineando la necessità che i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie siano improntati ai principi di imparzialità, di trasparenza, di efficacia, di equità, nel senso di equidistanza del conciliatore rispetto alle parti, e di riservatezza.

Il Comitato ha altresì sottolineato la necessità dell'uniformazione del valore giuridico degli accordi di conciliazione stragiudiziale delle controversie e l'indispensabilità di una formazione professionale dei terzi incaricati di assistere le parti nella negoziazione dei loro accordi, anche attraverso l'introduzione di un codice deontologico europeo al quale debbono uniformare la loro condotta coloro i quali si propongono di promuovere professionalmente la soluzione stragiudiziale delle controversie in materia civile e commerciale (72).

(70) Si precisa alla nota 4 che sono escluse dall'ambito di applicazione del Libro verde le questioni relative ai diritti indisponibili e che interessano l'ordine pubblico, quali un certo numero di disposizioni del diritto delle persone e di famiglia, del diritto della concorrenza, del diritto del consumo, che in effetti non possono costituire oggetto di ADR.

(71) 2003/C/85/02. Il comitato individua la strada della Raccomandazione come la più appropriata per l'approccio generale al problema.

(72) In *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., 914 ss., si può leggere il *Parere espresso dall'European Consumer Law Group* sul Libro verde.

È in questo contesto che occorre collocare la disciplina della conciliazione stragiudiziale contenuta negli artt. 38 - 40 del d.lgs. n. 5 del 2003 della quale ora ci occuperemo, limitatamente ad alcuni aspetti che ci paiono i più interessanti, rinviando agli ormai numerosi contributi della dottrina per una trattazione più completa del tema (73).

8. – Cominciamo con il ribadire che presupposto non sempre espresso per l'utilizzazione della conciliazione è che si tratti di materia disponibile. Nel caso della conciliazione stragiudiziale, di cui agli artt. 38 - 40 (74), anche se essa sembra poter avere ad oggetto tutte le controversie sorte sulle materie di cui all'art. 1 del decreto in commento, lo si ricava dall'inquadramento sistematico dell'istituto (75). Ed infatti e pur trattandosi nel caso di specie di *conciliazione amministrata* – così definendosi quella societaria in cui le parti accettano la proposta di una determinata istituzione che offre al pubblico un'organizzazione e un regolamento per lo svolgimento di tentativi di conciliazione, così distinguendosi dalla *conciliazione ad hoc*, in cui lo svolgimento del tentativo è sorretto da una struttura elementare creata volta per volta (76) –, ricondotta ad un contratto atipico misto nel quale sarebbero presenti elementi dell'appalto di servizi (art. 1655 c.c.) e dell'opera intellettuale (art. 2230 c.c.) (77), non vi è dub-

(73) Li si vedano citati alla nota seguente.

(74) Sulla conciliazione stragiudiziale nel nuovo rito societario cfr.: Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, cit., 14 ss.; Id., in *La riforma delle società*, cit., sub artt. 38-40, 357 ss.; Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, cit., 171 ss.; Caponi, Romualdi, in *La via della conciliazione*, cit., 159; Luiso, in *La via della conciliazione*, cit., 227 ss.; Di Roco, Santi, *La conciliazione*, cit., 303 ss.; Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione societaria*, cit., 1054 ss.; Galletto, *La conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, in *La risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit., 371 ss.; Bartolomucci, *La conciliazione stragiudiziale nella riforma del diritto societario*, *ivi*, 405 ss.; E. Minervini, *La conciliazione*, cit., 61 ss.; Id., *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le soc.* 2003, 657 ss.; Negrini, in *Il nuovo processo societario*, cit., sub artt. 38-40, 1043 ss.; Rubinio *La riforma del diritto societario. I procedimenti (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, sub artt. 30-40, 493 ss.; De Santis, *La conciliazione in materia societaria*, cit., 449 ss.; Bisignani, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie, e del mercato finanziario. Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, a cura di G. Alpa e T. Galletto, Giuffrè, Milano 2004, sub artt. 38-40, 261 ss.

(75) Sull'ambito della conciliazione in materia societaria e sul problema dei diritti indisponibili cfr. Galletto, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 401 ss.

(76) Così quasi testualmente Caponi, Romualdi, *La via*, cit., 152.

(77) Caponi, Romualdi, *cit.*, 154, che gli attribuiscono il *nomen* di *contratto di amministrazione di conciliazione*.

bio che la stessa agisca sul piano negoziale, incontrando gli stessi limiti dell'autonomia privata in materia di diritti indisponibili.

Gli artt. 38, 39 e 40 del Titolo VI del d.lgs. n. 5/2003 si occupano in effetti della conciliazione stragiudiziale amministrata (78), in quanto affidata ad enti registrati e solo in quanto svolta presso gli stessi, destinataria dei benefici e delle regole di efficacia previste. Con tali norme il legislatore ha inteso, come si legge nella Relazione, disciplinare l'accesso ai sistemi di ADR organizzati da Enti pubblici e privati in condizioni 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.

Di fronte a questo impianto di norme che, non vi è dubbio, svolgano una funzione promozionale rispetto allo strumento conciliativo, la disciplina complessiva contenuta nel d.lgs. n. 5/2003 suscita alcune perplessità di fondo sulle quali pare opportuno soffermarsi.

Si può cominciare dal riferimento all'*imparzialità* che sembra tradire la funzione solitamente riconosciuta al conciliatore (79). Si è detto che il conciliatore non deve giudicare, ma aiutare le parti ad individuare una soluzione della controversia insorta sulla base di una valutazione delle opposte posizioni, compiuta più in termini di convenienza che di stretto diritto (80). Una soluzione alla quale le parti dovrebbero pervenire sentendola come propria e che consenta una composizione della controversia nell'ambito della quale non sia possibile individuare un vincitore ed un soccombente. Anche laddove al conciliatore venga richiesto di valutare le pretese delle parti e di formulare una proposta di accordo, si deve ritenere che a tale accordo le parti pervengano comunque sulla base di una loro libera adesione.

Ora, se anche si considera che non al primo modello (81), quello della

(78) Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione societaria*, cit., 1057, afferma che non si possono escludere « forme di conciliazione *semi-amministrate*, ossia gestite da enti organizzati, ma – al pari di quanto spesso avviene in materia arbitrale – affidate a conciliatori scelti dalle parti, i quali dovranno comunque operare secondo il regolamento dell'organismo conciliativo ».

(79) Il comma 1° dell'art. 40 dispone che i regolamenti di procedura devono prevedere le modalità di nomina del conciliatore che « *ne garantiscano l'imparzialità* ». De Santis, *La conciliazione*, cit., 454, osserva che l'art. 40 impone il rispetto di una serie di principi « "minimali" per un verso annoverabili all'idea del giusto processo come fissato dall'art. 111 cost. (imparzialità del conciliatore e ragionevole durata della procedura) per altro verso riconducibili alla speciale finalità dell'istituto (professionalità del conciliatore, riservatezza del procedimento) ».

(80) Si rinvia sul punto alla dottrina specialistica più volte citata.

(81) La distinzione tra modello *facilitativo* e modello *valutativo*, riproposta nel testo, proviene dalla dottrina nordamericana che le fa corrispondere approcci e strategie diverse da parte del terzo. Per riferimenti bibliografici cfr. Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione societaria*, cit., 1058, nota 65.

conciliazione facilitativa (82), ma al secondo, quello della *conciliazione valutativa* (83), sembrava essersi ispirato il legislatore del rito societario (84), ciò non toglie che l'imparzialità sia una prerogativa richiesta a colui che è chiamato a giudicare, mentre nel caso del conciliatore sarebbe più corretto parlare di *neutralità*, o di *equidistanza* come a livello europeo. Il che risolverebbe il dubbio altrimenti legittimo della copertura costituzionale della garanzia dell'imparzialità anche per il conciliatore, con il conseguente tema della sua possibile riconsolazione (85), ponendosi semmai il problema della eventuale impugnazione

(82) In questo tipo di modello conciliativo, il conciliatore non esprime delle valutazioni in ordine alla fondatezza o meno delle posizioni dei contendenti, ma cerca invece di stimolare la loro capacità di elaborare valide alternative alla controversia insorta: così Di Rocco, Santi, *La conciliazione*, 123. Per altre definizioni della conciliazione facilitativa cfr.: Uzqueda, in *La via della conciliazione*, cit., 95; Caponi, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 167; Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 9.

(83) In questo tipo di modello conciliativo, invece, al conciliatore viene chiesto di valutare le pretese delle parti, e di formulare una proposta di accordo, rispetto alla quale le parti mantengono la loro libertà di adesione: così Uzqueda, *ult. loc. cit.*; cfr. anche Di Rocco, Santi, *ult. loc. cit.*; Caponi, *ult. loc. cit.* Questo modello viene definito da Luiso, *ult. loc. cit.*, *aggiudicativo* perché imporrebbe al conciliatore di valutare la fondatezza delle rispettive pretese, al fine di formulare una proposta il cui contenuto dipende dall'opinione che il conciliatore si è fatto circa le posizioni delle parti. Il conciliatore ricercherà la soluzione giusta per la controversia.

(84) Così Caponi, Romualdi, in *La via della conciliazione*, cit., 160; Luiso, *ivi*, 327; Caponi, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 172; Giovannucci Orlandi, *Primi spunti sulla conciliazione extragiudiziale nelle controversie societarie*, in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Atti del convegno organizzato dall'AIA, Roma 7 novembre 2002, 2003, 124; Galletto, *La conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, cit., 388. Cuomo Ulloa, *La nuova conciliazione*, cit., 1060 nota 68, aderisce a questo inquadramento della conciliazione extragiudiziale societaria, ma precisa che il modello di conciliazione valutativo descritto dalla dottrina nordamericana appare più complesso e articolato. Per Bartolomucci, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 454 s., il modello inizialmente adottato dal legislatore del societario sarebbe stato un terzo modello di conciliazione « un modello a doppio binario che ritiene prioritario il raggiungimento di accordo spontaneo tra le parti, che chiede al conciliatore il compimento di tutti gli sforzi necessari per realizzarlo e, solo nel caso di oggettiva impossibilità, la formulazione di una proposta che sia il frutto della sua autonoma iniziativa e valutazione in quanto soggetto terzo *super partes* ». La scelta era comunque criticabile perché basata su un assunto errato, ovvero che « il conciliatore debba necessariamente svolgere un ruolo valutativo, proponendo alle parti una soluzione che ritiene migliore ».

(85) Luiso, *ult. loc. cit.*, afferma che poiché il conciliatore può trovarsi a dover esprimere un giudizio, la sua terzietà assume lo stesso rilievo di quella del giudice e dell'arbitro. Miccolis, in *La riforma delle società*, cit., 365, esclude, invece, che l'imparzialità del conciliatore possa essere assicurata dalle norme poste a garanzia dell'imparzialità del giudice (artt. 51 e 52 c.p.c.) e dell'arbitro (art. 815 c.p.c.).

negoziale della conciliazione raggiunta attraverso un conciliatore non neutrale (86).

Si diceva che il modello al quale si è ispirato il legislatore pareva essere quello della *conciliazione valutativa*, almeno prima delle ultime modifiche apportate alla norma dal d.lgs. n. 37 del 2004 (87). In effetti il comma 2° dell'art. 40, nella sua prima versione, stabiliva, per il caso di mancato raggiungimento di un accordo, che il procedimento conciliativo si concludesse con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti indicava la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali era disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dava atto in un apposito verbale, come della mancata adesione di una delle parti all'esperimento del tentativo di conciliazione (88).

I risvolti poco convincenti della disciplina attevano a quanto previsto nel comma 5° dell'art. 40 per il caso di non raggiunto accordo, in quanto si disponeva che la mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore fossero valutate dal giudice ai fini della decisione delle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (89). Disciplina criticabile

(86) Così Miccolis, *ult. loc. cit.*

(87) « *Modifiche ed integrazioni ai decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003 recanti la riforma del diritto societario, nonché al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo n. 385 del 1° settembre 1993 e al testo unico dell'intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998* », pubblicato in *G.U.* del 14 febbraio 2004, n. 37, suppl. ord. n. 24. Sul nuovo modello di conciliazione cfr. Bartolomucci, *La conciliazione*, cit., 460 ss. Sulle ultime modifiche apportate dal legislatore cfr. anche Negrini, in *Il nuovo processo societario*, cit., sub art. 40, 1063 ss.; Sassani, Tiscini, in *La riforma delle società. Aggiornamento commentato. Diritto sostanziale e processuale*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro e B. Sassani, Giappicchelli, Torino 2004, sub art. 40, 224 ss.

(88) Nella proposta del conciliatore Luiso, in *La via della conciliazione*, cit., 237, vede un giudizio che fa acquisire a tutto il procedimento conciliativo una connotazione aggiudicativa. Il conciliatore potrà e dovrà cercare gli elementi che stabiliscano chi ha ragione e chi ha torto « in modo di essere in grado di fare una proposta secondo giustizia e non secondo convenienza, come nel modello facilitativo ».

(89) Il giudice era infatti chiamato a valutare comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza da lui pronunciata al fine di escludere in tutto o in parte la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che aveva rifiutato la conciliazione, che poteva essere condannato altresì al rimborso delle spese sostenute dal soccombente. Parametro di riferimento di questa operazione non era il contenuto della proposta di conciliazione, ma le posizioni delle parti, valutate non rispetto alla stessa proposta, ma a quello che era il contenuto della sentenza. Dunque non pareva corretto dedurre che nella proposta fosse insito un vero e proprio giudizio, il che avrebbe fatto acquisire alla procedura una connotazione aggiudicativa, con la conseguenza di dover valutare il requisito della imparzialità del conciliatore alla stessa stregua di quello del giudice o dell'arbitro:

perché se la conciliazione stragiudiziale vuole avere una qualche speranza di affermarsi nella prassi applicativa, deve operare sul solo piano del tentativo negoziale, senza che possa avere delle ricadute sull'eventuale futuro giudizio (90).

così Luiso, in *La via della conciliazione*, cit., 238. Oltre al fatto che i parametri valutativi utilizzati dal conciliatore sarebbero stati diversi da quelli di stretto diritto utilizzati dal giudice, essendo proprio questo uno dei possibili vantaggi offerti dal ricorso a questo strumento alternativo di risoluzione delle controversie: la possibilità di valutare il conflitto insorto tenendo conto del sistema di interessi sotteso allo stesso e non vincolando la possibile soluzione all'applicazione di norme di stretto diritto. Per queste ragioni non mi convince la ricostruzione offerta da Luiso, cit., 237, della proposta del conciliatore in termini di giudizio. Non vedo perché la proposta non debba essere formulata sulla base della « convenienza », secondo le caratteristiche tipiche dell'istituto, invece che della « giustizia ». Ma sul punto, dello stesso autore, cfr. *Magistratura togata, magistratura onoraria, « altra giustizia »*, cit., 1 ss. Quanto all'interpretazione della norma in commento l'autore afferma che « se è stata la parte vittoriosa a rifiutare una proposta del conciliatore che, nella sostanza, gli avrebbe dato quello che poi ha ottenuto nel processo giurisdizionale, allora il giudice potrà compensare le spese, o anche condannare la parte vittoriosa a pagare, in tutto o in parte, le spese alla parte soccombente. Se è stata la parte soccombente a rifiutare una proposta del conciliatore che, nella sostanza, riconosceva alla controparte quello che poi quest'ultima ha ottenuto nel processo giurisdizionale, allora vi potrà essere la condanna per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c ». Per Luiso si sarebbe così applicato, in relazione alle spese e ai danni, il criterio della *causalità*, intendendosi per colui che ha dato causa alla controversia giurisdizionale chi abbia rifiutato una proposta conciliativa coincidente con quella che sarà poi la decisione della controversia. Per Miccolis, in *La riforma delle società*, cit., 366 s., la fattispecie di cui all'art. 40, comma 5°, avrebbe presupposto in realtà una soccombenza parziale, ossia un parziale accoglimento della domanda. Non sarebbe infatti ragionevole ritenere che il legislatore si sia voluto riferire al caso dell'attore che chiede 100 e che abbia rifiutato una proposta conciliativa del convenuto per 100 o 99, per poi ottenere dal giudice con sentenza 100, o al convenuto vincitore che rifiuti una proposta conciliativa formulata dall'attore soccombente per 0 o 1, per poi ottenere dal giudice il rigetto integrale della domanda. L'autore critica questa disciplina che finirebbe con il punire l'attore ostile alla conciliazione, favorendo il convenuto che, anziché formulare offerta reale per l'importo in questione, si rende semplicemente disponibile a sottoscrivere un atto avente valore di titolo esecutivo per il medesimo importo. In considerazione di ciò Miccolis esprime la sua preferenza per soluzioni che prevedano un'ammenda o una sanzione amministrativa a carico dell'attore che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative.

(90) Il legislatore ha invece ritenuto di disincentivare atteggiamenti ostili alla conciliazione. Sul punto cfr. Miccolis, in *La riforma delle società*, cit., 366. Una proposta estrema *de iure condendo* è quella formulata da Proto Pisani, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.* 2003, V, 117, e definita « variante piuttosto spinta della conciliazione valutativa » da Caponi, *La conciliazione stragiudiziale*, cit., 173. Si tratterebbe di affidare obbligatoriamente per legge ad un collegio presieduto da un terzo imparziale e integrato da rappresentanti delle parti il tentativo di conciliazione di

Ora non sembra che questi rilievi possano considerarsi superati alla luce del più recente e già ricordato intervento legislativo operato sull'art. 40 del d.lgs. n. 5 del 2003 (91), che ha modificato il primo periodo del comma 2° della norma citata. Essa, dopo la novella, così dispone: « *Se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione, ove non sia raggiunto un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione, ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare* » (92).

Mi pare che risulti evidente, dal confronto con il precedente testo, che la novità sta tutta nell'aver subordinato la formalizzazione della proposta del conciliatore alla richiesta delle parti. Sembrerebbe, in altre parole, che le parti debbano esprimere il consenso all'adozione del cosiddetto modello *valutativo*, nel quale, come si è visto, al conciliatore viene chiesto di formulare una proposta. Se così è occorre allora ridimensionare l'affermazione secondo la quale il legislatore del societario, nell'introdurre la conciliazione stragiudiziale cosiddetta amministrata, avrebbe optato per il modello *valutativo*. Pare invece che il ricorso a tale strumento alternativo di risoluzione della controversia, disciplinato dagli artt. 38 e seguenti, lasci ancora aperta la scelta per le parti di concordare il tipo di intervento che le stesse richiedono al conciliatore.

Ma il vero nodo problematico posto dalla norma, come novellata, è se, in assenza della richiesta delle parti, e dunque in mancanza della proposta del conciliatore, si applichi ugualmente il comma 5° dell'art. 40. Non mi sembra possano esservi dubbi sul fatto che il giudice sia chiamato a valutare, nell'eventuale successivo giudizio, ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., la mancata comparizione di una delle parti. Del resto il conciliatore deve dare atto, ai sensi del comma 2° dell'art. 40, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte al tentativo di conciliazione.

Quello che non è chiaro è se il conciliatore debba verbalizzare comunque

una serie di controversie, individuate per materia e valore, e in caso di esito negativo di consentire al collegio di emanare una decisione allo stato degli atti che accerti il diritto, con possibilità di pervenire, in caso di accoglimento dell'istanza, alla formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale di origine privata.

(91) V. p. 21 e nota (87).

(92) Per Bartolomucci, *La conciliazione*, cit., 461, il modello di conciliazione societaria sarebbe stato del tutto stravolto non tanto perché sarebbe stato eliminato il collegamento tra conciliazione fallita e processo civile successivamente instaurato, ma perché tale collegamento sarebbe strettamente connesso alla libera volontà delle parti.

le definitive posizioni delle parti, ovvero le condizioni alle quali sarebbero disposte a conciliare, anche nel caso in cui non abbia formalizzato la sua proposta in quanto ciò non gli sia stato richiesto; perché se è vero che esse sembrano, nel comma 2° della norma, doversi rapportare al contenuto della proposta stessa, ai fini dell'applicazione del comma 5°, il giudice è chiamato a valutare comparativamente queste posizioni e il contenuto della sentenza. In altre parole, ciò che sembra rilevare non è la proposta del conciliatore, che potrebbe anche mancare, ma sono le posizioni assunte dalle parti davanti al conciliatore. Una diversa interpretazione lascerebbe alle parti la scelta se applicare o meno, nel successivo ed eventuale giudizio, una sanzione di carattere processuale che non sembra possa rientrare nella loro disponibilità (93).

Non si può allora che concludere sul punto osservando come la modifica così introdotta non sia in grado di eliminare quei dubbi sull'efficacia dello strumento che la norma già poneva, e che miglior soluzione sarebbe stata quella di non consentire in alcun modo l'utilizzo, nel futuro ed eventuale processo, di ciò che è accaduto in sede conciliativa, tenendo rigorosamente separati i due contesti.

Espressi questi dubbi sulla disciplina dettata dal legislatore del societario

(93) Per Bartolomucci, *La conciliazione*, cit., 461, « la condizione essenziale alla quale il conciliatore potrà formulare una proposta e verbalizzare le posizioni delle parti e il giudice, a sua volta, potrà valutare (ai sensi del comma 5°) il loro comportamento e le loro dichiarazioni di mancata adesione alla proposta formulata dal conciliatore è che vi sia la concorde volontà delle parti ». Sulle possibili interpretazioni della norma v. Negrini, *cit.*, sub art. 40, 1069, secondo il quale, quella per cui in caso di mancanza della concorde richiesta delle parti verrebbe meno non solo l'obbligo del conciliatore di formulare la sua proposta, ma anche il dovere delle parti di indicare le proprie condizioni per l'accordo, sarebbe troppo ampia. Nel successivo giudizio mancherebbe il parametro con cui valutare ai fini delle spese il comportamento tenuto in sede di conciliazione. *Contra*: Sassani, Tiscini, *cit.*, 225, secondo i quali la definitiva posizione di ciascuna delle parti sarebbe subordinata alla proposta del conciliatore. Non vi sarebbe spazio per una presa di posizioni delle parti in assenza della proposta del conciliatore « semplicemente perché esse sono chiamate a prendere posizione solo sulla proposta avanzata dal conciliatore ». Questa interpretazione non pregiudicherebbe la *ratio* del comma 5° dell'art. 40 in quanto « la posizione assunta dalle parti innanzi al conciliatore » non necessariamente coinciderebbe con quella susseguente alla formulazione da parte del conciliatore stesso della propria proposta. « Essa potrebbe più genericamente consistere nelle dichiarazioni delle parti messe a verbale nel corso del tentativo di conciliazione. Sicché, in sede di giudizio il giudice conserva ampio potere di trarre considerazioni dalla lettura del verbale di mancata conciliazione tale da indurlo a disporre sulle spese di giudizio in un senso o nell'altro ». Secondo gli autori sottrarre alle parti l'obbligo di prendere posizione in assenza di una loro richiesta congiunta sarebbe più conforme alla *ratio* della modifica, la quale subordinerebbe alla richiesta di parte l'attivazione del meccanismo.

in materia di conciliazione stragiudiziale, prima di abbandonare il tema occorre cominciare a sciogliere la riserva formulata quando si è riproposta la più nota e diffusa classificazione dell'istituto in esame. Si ricorderà che in quella sede si era indicata, quale ulteriore linea di indagine, quella di verificare se la stessa possa considerarsi ancora attuale alla luce dei più recenti interventi legislativi interni e, anche se *in fieri*, comunitari.

Al riguardo assume importanza innanzitutto il *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5* (94). Esso infatti, al suo art. 1, contiene delle definizioni, tra le quali, alla lett. *d*), quella di « *conciliazione* ». L'istituto posto ad oggetto delle nostre osservazioni viene definito in questi termini: « *il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscano la composizione autonoma* ». Siamo qui di fronte alla prima definizione normativa di conciliazione stragiudiziale, la quale sembra, peraltro, echeggiare quella di *mediazione* offerta dalla Proposta di Direttiva in materia, di cui ora occorre occuparsi per poter comprendere appieno il problema terminologico, che non è solo tale, sottendendo realtà diverse.

9. – Prima di affrontare la questione terminologica, pare però opportuno segnalare i punti della Relazione che accompagna la Proposta (95), che sembrano confermare alcune delle considerazioni che fino ad ora abbiamo svolto.

Innanzitutto in essa si pone in rilievo che, se un migliore *accesso alla giustizia* ha sempre rappresentato uno degli obiettivi chiave della politica UE, esso « *dovrebbe includere la promozione dell'accesso ad adeguate procedure di risoluzione delle controversie per i privati e le imprese, e non soltanto la possibilità di accedere al sistema giudiziario* ». Come dire, riconoscimento che il sistema giustizia di uno Stato membro non può non prevedere accanto al possibile ricorso all'autorità giudiziaria, forme alternative di risoluzione delle controversie (96). La necessità di un quadro giuridico stabile sulla interazione tra

(94) Assunto con decreto del Ministro della Giustizia, 23 luglio 2004, n. 222. Ad esso ha fatto seguito il *Regolamento recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'art. 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*, assunto con decreto del Ministro della Giustizia, 23 luglio 2004, n. 223.

(95) Dà notizia della Proposta di direttiva *Int'l Lis 2004/2005, 9*.

(96) La Relazione prosegue affermando che « *La direttiva oggetto della proposta contribuisce a questo obiettivo agevolando l'accesso alla risoluzione delle con-*

mediazione e procedimenti civili, si afferma, « *potrebbe contribuire a porre la mediazione su un piede di parità con i procedimenti giudiziari quando i fattori connessi alla specifica controversia giocano il ruolo più significativo per le parti nella determinazione della scelta del mezzo di risoluzione della controversia* ».

La Commissione afferma di credere nelle potenzialità della conciliazione quale strumento di risoluzione delle controversie e come accesso alla giustizia per privati ed imprese che presenta indubbi vantaggi: si tratterebbe di « *un modo più veloce, più semplice ed economicamente più efficiente di risolvere le controversie, che consente di prendere in considerazione una gamma più ampia di interessi delle parti, con una maggiore possibilità di raggiungere un accordo che sarà rispettato su base volontaria e che preserva una relazione amichevole e sostenibile tra esse* ». Sono qui concentrate quelle caratteristiche dello strumento da noi già evidenziate, compreso il riferimento alla pluralità di interessi che possono essere fatti oggetto del procedimento in esame, e che bene mette in luce quella sua peculiarità già individuata sul piano del *contenuto* dello stesso.

Ma nella Relazione che accompagna la Proposta di Direttiva vi è anche espressa quella consapevolezza, più di recente acquisita, sul ruolo degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, che appunto più che *alternativi* ai procedimenti giudiziari e indipendentemente dalla loro caratteristica di poter alleggerire la pressione sul sistema giudiziario, si presentano come i più *adeguati*. Così la Commissione vede nella mediazione « *uno dei diversi mezzi di risoluzione delle controversie disponibile in una società moderna e che può essere il più idoneo per alcuni tipi di controversie* ».

Venendo ora al contenuto della Proposta, essa dopo aver precisato nel suo art. 1 l'obiettivo e l'ambito di applicazione (97), contiene all'art. 2 alcune definizioni che qui meritano di essere ricordate. Si è infatti obbligati a confrontarsi, in particolare, con la definizione che la Proposta di Direttiva offre di mediazione: « *il termine mediazione indica qualunque procedimen-*

troverisie attraverso due tipi di disposizioni: in primo luogo, quelle volte a garantire un'efficace relazione tra la mediazione ed i procedimenti giudiziari, istituendo una normativa minima comune nella Comunità relativamente ad un certo numero di aspetti fondamentali della procedura civile. In secondo luogo, fornendo ai tribunali degli stati membri strumenti efficaci per promuovere attivamente l'utilizzo della mediazione, senza tuttavia rendere la mediazione obbligatoria o soggetta a sanzioni specifiche ».

(97) Dispone l'art. 1: « *1. L'obiettivo della presente direttiva è quello di facilitare l'accesso alla risoluzione delle controversie promuovendo il ricorso alla mediazione e garantendo un'efficace relazione tra mediazione e procedimenti giudiziari. 2. La presente direttiva si applica in materia civile e commerciale* ».

to, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia sono assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia, indipendentemente dal luogo in cui il procedimento è stato intrapreso dalle parti, suggerito o ordinato da un tribunale o prescritto dalla legge nazionale di uno Stato membro ». La Proposta contiene una precisazione che obbliga a tornare sulla terminologia usata nel sistema interno. Essa prosegue infatti alla lett. a) dell'art. 2 affermando che il termine non comprende « *i tentativi messi in atto dal giudice al fine di giungere ad una soluzione transattiva nell'ambito del procedimento giudiziario oggetto della vertenza* ».

Se volessimo uniformarci al linguaggio usato in sede comunitaria dovremmo allora riservare il termine di *conciliazione* a quell'attività prestata dal giudice nell'ambito del procedimento giudiziale che si svolge innanzi allo stesso, usando quello di *mediazione* con riferimento invece all'attività svolta dal terzo al di fuori del processo per agevolare le parti nella ricerca di una soluzione consensuale della lite. Non si tratterebbe però solamente di una precisazione terminologica perché al diverso linguaggio si potrebbero far corrispondere realtà differenti, rispondenti ad esigenze diverse e a criteri normativi non omogenei.

La Proposta, sul presupposto che « *garantire una relazione efficace tra la mediazione ed i procedimenti giudiziari contribuirà comunque indirettamente a promuovere anche la mediazione* » (98), prevede al suo art. 3 quella che noi chiameremmo *mediazione delegata*, ovvero la possibilità per il tribunale investito di una causa di invitare le parti a ricorrere alla mediazione allo scopo di dirimere la controversia (99).

La Proposta di Direttiva, dopo essersi occupata della garanzia della qualità della mediazione (100) e dell'esecuzione degli accordi transattivi (101), e prima

(98) Così la Relazione che accompagna la Proposta di Direttiva. V. anche la nota precedente.

(99) La norma aggiunge che « *Il tribunale può, in ogni caso, richiedere alle parti di partecipare ad un incontro informativo sul ricorso alla mediazione* ».

(100) Ad essa è dedicato l'art. 4 che così dispone: « *1. La Commissione e gli Stati membri promuovono ed incoraggiano lo sviluppo di un codice di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione, nonché l'ottemperanza al medesimo, sia a livello nazionale che a livello comunitario, nonché qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. 2. Gli Stati membri promuovono e incoraggiano la formazione dei mediatori allo scopo di consentire alle parti della controversia di scegliere un mediatore in grado di gestire la mediazione in modo efficiente secondo le attese delle parti* ».

(101) Prevede l'art. 5 che gli Stati membri garantiscano che, su richiesta delle parti, « *un accordo transattivo raggiunto in seguito ad una mediazione possa essere confer-*

di disciplinare i termini di prescrizione e di decadenza (102), pone dei limiti ai mediatori nel rendere testimonianza o fornire prove nei procedimenti civili in relazione ad alcune circostanze che attengono a quanto accaduto in sede di mediazione (103). Essa non contiene, invece, alcuna indicazione in merito al rilievo che le proposte del mediatore possono avere nel successivo ed eventuale giudizio di merito.

Al riguardo, se la definizione di mediazione sembra presupporre quale modello di strumento preso in considerazione quello di tipo *facilitativo*, nell'art. 6 si fa più volte riferimento alla *proposta del mediatore* che è tipica

mato tramite sentenza, decisione, dichiarazione di autenticità o qualunque altra modalità da un tribunale o da una autorità pubblica che renda l'accordo esecutivo similmente ai provvedimenti giudiziari emessi in base al diritto nazionale, purché l'accordo non sia contrario al diritto europeo e al diritto nazionale dello Stato membro ove la richiesta è presentata».

(102) Ad essi è dedicato l'art. 7 il quale prevede che « 1. *Il decorso di qualsivoglia termine di prescrizione o decadenza rispetto alla controversia oggetto della mediazione è sospeso qualora, successivamente al sorgere della controversia: a) le parti esprimano il loro accordo in merito al ricorso alla mediazione, b) il ricorso alla mediazione sia ordinato da un tribunale, oppure c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorga ai sensi del diritto nazionale di uno Stato membro. 2. Quando la mediazione si conclude senza il raggiungimento di un accordo transattivo, il termine riprende a decorrere a partire dalla data in cui entrambe le parti o il mediatore dichiarano che la mediazione è conclusa o di fatto la abbandonano. Il termine si proroga in ogni caso almeno di un mese dalla data in cui esso ricomincia a decorrere, a meno che si tratti di un termine entro il quale deve essere intrapresa un'azione al fine di evitare che una misura provvisoria o similare cessi di avere effetto o sia revocata».*

(103) Esse sono così indicate nell'art. 6: a) l'invito di una parte ad intraprendere la mediazione o il fatto che una parte intendesse partecipare alla mediazione; b) opinioni espresse o suggerimenti di una parte della mediazione rispetto ad una possibile definizione della controversia; c) dichiarazioni o ammissioni rese da una parte nel corso della mediazione; d) proposte del mediatore; e) il fatto che una parte abbia espresso la sua volontà di accettare una proposta di accordo del mediatore; f) un documento predisposto esclusivamente ai fini della mediazione. La norma si applica anche ad ogni altro soggetto coinvolto nell'amministrazione di servizi di mediazione. Essa dopo aver escluso che le comunicazioni delle informazioni relative alle circostanze indicate possano essere ordinate da un tribunale o da un'altra autorità giudiziaria, e che se tale informazione è offerta come prova deve essere dichiarata inammissibile, pone delle eccezioni. Tale informazione può infatti essere comunicata o ammessa come prova a) nella misura in cui essa è necessaria al fine dell'applicazione o dell'esecuzione dell'accordo transattivo raggiunto quale risultato diretto della mediazione; b) per superiori considerazioni di ordine pubblico, in particolare se richiesta per assicurare la protezione di minori e per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona; oppure c) se il mediatore e le parti sono d'accordo.

invece di quello *valutativo*. Resta il fatto che molto opportunamente non si prevede alcuna rilevanza di quanto accaduto nel corso del tentativo di mediazione nell'eventuale e successivo giudizio promosso per la stessa controversia, tenendo rigorosamente separati i due ambiti. Questo è vero certamente con riferimento alla disciplina delle spese, che non viene infatti presa in considerazione nella Proposta di Direttiva, diversamente dal nostro sistema interno; mentre con riferimento alla possibilità di fare oggetto di prova quanto accaduto in sede di mediazione, essa sembra contemplarlo nel caso in cui vi sia l'accordo del mediatore e delle parti. C'è da domandarsi se si tratti di quell'accordo che le parti debbono raggiungere sul tipo di modello di mediazione al quale ricorrere con il consenso del mediatore, chiamato in alcuni casi ad esprimere delle proposte che potrebbero allora tra l'altro rilevare nell'eventuale e successivo giudizio.

10. – Agli stessi dubbi espressi sul punto in materia di conciliazione stragiudiziale societaria si espongono anche i criteri contenuti in materia nello schema di disegno di legge recante delega al governo per l'attuazione di modifiche al codice di procedura civile, presentato dalla Commissione Vaccarella, approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 ottobre 2003 (104), il cui art. 57 indica quello della previsione di strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie secondo forme e modalità di mediazione non obbligatoria (105). La relazione è esplicita nell'aderire al modello di conciliazione/mediazione laddove si riferisce a « *forme di risoluzione consensuale della controversia, favorite dall'intervento di un terzo, conciliatore o mediatore, che sia in grado di condurre le parti fino ad un punto di incontro soddisfacente per entrambe* ». In quest'ottica sarebbe stato apprezzabile la scelta di evitare ogni accenno agli eventuali effetti che il mancato raggiungimento dell'accordo avrebbe nel successivo eventuale giudizio. Ma così non è in quanto in materia di spese l'art. 11, dopo aver offerto quale criterio per la disciplina delle stesse il principio della soccombenza, fa salva la facoltà per il giudice di derogarvi, sulla base di esplicita motivazione, « *sia compensandole, sia ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che abbia, tuttavia, causato o mantenuto in vita la lite, eventualmente rifiutando ragionevoli proposte conciliative* ». Non è contemplata, invece, una valutazione ai fini della responsabilità aggravata. La stessa norma esclude peraltro che si possano utilizzare gli atti e le dichiarazioni della procedura di conciliazione come fonte di prova, anche indiretta, in un eventuale successivo giudizio.

(104) Presentato alla Camera dei deputati il 19 dicembre 2003: atto Camera 4578, assegnato il 27 gennaio 2004 alla Commissione Giustizia della Camera.

(105) Sulla norma cfr. Bartolomucci, *cit.*, 481.

Con riferimento a questa prospettiva *de lege ferenda*, – che dà spazio alla clausola conciliativa, prevedendo la sospensione del processo da parte del giudice per un breve tempo; che contempla una disciplina dell'interruzione o della sospensione dei termini processuali e sostanziali quale effetto dell'istanza di conciliazione; che dispone la valenza di titolo esecutivo per il verbale di conciliazione, previo controllo formale da parte del giudice; – occorre segnalare la possibile introduzione della conciliazione delegata, sul modello presente in altri ordinamenti vicino al nostro quale quello francese (106) e altresì nella Proposta di Direttiva sopra commentata.

Si prevede infatti che il giudice, ove non vi sia opposizione di alcuna delle parti, possa sospendere, per breve tempo, il procedimento, invitando le parti stesse ad esperire un tentativo di conciliazione presso un soggetto iscritto nell'apposito registro.

Molti altri sono i disegni di legge in materia (107). Mi limito in questa sede a ricordare la proposta di legge n. 5492 *Disposizioni per la promozione della conciliazione stragiudiziale* presentata dall'onorevole Cola il 15 dicembre 2004, che dichiaratamente si inserisce in un contesto normativo mu-

(106) Il *Nouveau Code de procédure civile* contempla due diversi istituti: la *conciliation* e la *médiation*. Alla *conciliation* sono dedicati gli artt. 127-131, il primo dei quali dispone che « *Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance* ». La *médiation* è disciplinata dagli artt. 131-1 - 131-15. Nella prima norma si afferma che « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance* ». Sull'esperienza francese cfr.: Guillaume, Hofnung, *La médiation*, Parigi 1995.

(107) Si possono qui ricordare le iniziative parlamentari sulla conciliazione stragiudiziale professionale, all'esame di un apposito Comitato ristretto presso la Commissione Giustizia della Camera dei deputati: atto C/541 (On. Bonito ed altri) « *Norme concernenti la conciliazione e l'arbitrato* », presentato il 6 giugno 2001; atto C/2538 (On. Fragalà) « *Disposizioni per l'istituzione e il funzionamento delle Camere di conciliazione* », presentato il 19 marzo 2002; atto C/2463 (On. Cola ed altri) « *Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale* », presentato il 5 marzo 2002 e infine l'atto C/2877 (On. Mazzoni) « *Disciplina della risoluzione consensuale e negoziale delle controversie civili* », presentato il 19 giugno 2002; a questi va aggiunto l'atto n. 1551 « *Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale* », di iniziativa del Sen. Costa, presentato il 27 giugno 2002, e l'atto n. 3559 (On. Finocchiaro), presentato il 21 gennaio 2003. Questi progetti di legge, esaminati dal Comitato ristretto al fine della redazione di un testo unificato, sono confluiti in un testo base che è quello presentato dall'On. Cola. L'esame del provvedimento è tuttora in sede referente presso la Commissione Giustizia. Per l'esame di queste iniziative legislative cfr. Bartolomucci, *La conciliazione*, cit., 483 ss.

tato dalla entrata in vigore della conciliazione stragiudiziale societaria e dalla Proposta di direttiva di cui sopra si è riferito. Non stupisce quindi che essa estenda a tutte le controversie civili e commerciali in materia di diritti disponibili la disciplina della conciliazione societaria (art. 3), offra una definizione di conciliazione (art. 2) che corrisponde a quella del Regolamento sopra riportata (108), che tra l'altro recepisce le indicazioni provenienti a livello internazionale e contempla la *conciliazione stragiudiziale raccomandata dal giudice* (art. 4), fattispecie che darebbe attuazione a quanto previsto all'art. 3 della Proposta di Direttiva.

11. – Chiudiamo con qualche breve osservazione. In questo scritto si è cercato di fare il punto su un istituto ancora poco studiato dai teorici, e invece molto discusso dai pratici. Nella trattazione del tema si è scelto di portare l'attenzione soprattutto sulla questione dei rapporti tra conciliazione e/o mediazione ed eventuale giudizio ordinario perché mi pare che sia su questo piano che si possa giocare un futuro di successi per l'istituto e una più sicura divulgazione della cultura conciliativa.

Si tratta di piani che devono restare separati perché se non vi è dubbio che la promozione della conciliazione e/o mediazione si colloca nel contesto di un nuovo sistema di tutela dei diritti, che certamente valorizza la ricerca di soluzioni rimesse alla libera volontà delle parti ed alla loro capacità di autodeterminarsi e quindi di scegliere autonomamente le regole per loro vincolanti, dall'altro non è pensabile che il processo e i suoi principi si pieghino a questa esigenza.

Basti pensare all'affermazione assolutamente diffusa secondo la quale nel procedimento conciliativo non troverebbe applicazione il principio del contraddittorio. Come consentire che la proposta del conciliatore, formatasi senza il rispetto di questo principio cardine del sistema processuale possa avere una qualche rilevanza nel successivo e futuro processo? Mi pare che la questione sia piuttosto delicata e meriti di essere attentamente ponderata. Così come mi pare sistematicamente poco accettabile far dipendere dalla volontà delle parti l'applicazione di una sanzione processuale.

Dunque molte sarebbero le questioni che meriterebbero una più attenta considerazione. Ma volendoci per il momento limitare ad una valutazione della conciliazione solo in termini di efficacia e capacità di affermazione nelle relazioni sociali, mi sembrerebbe che tutta quella enfasi che accompagna il requisito della riservatezza tipico della procedura conciliativa, mal si concili con la possibilità che di quanto accaduto nell'ambito di essa si possa tener conto davanti ad un giudice.

(108) Si tratta del *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 17* sul quale cfr. *supra*.

Vero è piuttosto che l'affermazione della conciliazione presuppone il mutamento di mentalità soprattutto da parte degli operatori giuridici e forse e prima ancora di chi li forma. È in questo campo allora che ci si può forse impegnare pensando ad una integrazione delle materie giuridiche insegnate nelle Università, che sull'esempio americano, contempli anche lo studio delle forme alternative di risoluzione delle controversie.

MARIA FRANCESCA GHIRGA
Professore straordinario
nell'Università dell'Insubria