

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 6 - giugno 2012

LE CLAUSOLE DI CONCILIAZIONE NEGLI STATUTI SOCIETARI

Guido Bevilacqua

LE CLAUSOLE DI CONCILIAZIONE NEGLI STATUTI SOCIETARI

Guido Bevilacqua
avvocato in Avellino

Vengono esaminate le principali problematiche che si pongono in caso di introduzione o di soppressione di clausole di conciliazione negli statuti societari, ponendo particolare attenzione all'individuazione dello spazio effettivo dell'autonomia privata in tale materia ed alle specifiche questioni che sorgono, al riguardo, a seconda del tipo di società. Si considerano, inoltre, le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione di società, nonché il rapporto tra tutela cautelare ed il procedimento di mediazione.

The paper analyses the main legal issues of the inclusion or the removal of conciliation clauses in companies' statutes, having particular regard to the identification of the space left to private autonomy and to the specific issues linked to the different types of companies. Moreover, the paper underlines the differences between the conciliation clauses and the procedure to solve conflicts in the company's management. Finally, it focuses on the relationship between precautionary measures and the mediation procedure.

Sommario

1. Il problema dei limiti all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti societari
2. La possibilità di introdurre clausole di conciliazione diverse dal modello previsto dal d.lgs. n. 28/2010
3. L'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione
4. Le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società previsto dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003
5. Il rapporto tra le clausole di conciliazione ed i procedimenti cautelari ed il procedimento sommario di cognizione

1. Il problema dei limiti all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti societari

L'introduzione di un organico sistema di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) ricalca la disciplina della conciliazione societaria contemplata dalle abrogate disposizioni del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

La riforma legislativa della materia ripresenta, difatti, senza variazioni alcune soluzioni tecniche già indicate nel previgente art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, quali: *i*) il vincolo di riservatezza del procedimento (cui fa da corollario il divieto di utilizzare nell'eventuale successivo giudizio le dichiarazioni rese dalle parti e di farne oggetto di prova testimoniale); *ii*) la tutela dell'imparzialità del conciliatore e della sua idoneità al corretto e sollecito svolgimento dell'incarico; *iii*) la previsione degli effetti dell'istanza di conciliazione; *iv*) l'attribuzione di rilevanza al comportamento tenuto dalle parti durante il tentativo di conciliazione per la decisione, nel successivo giudizio di merito, sulle spese processuali; *v*) il conferimento di efficacia processuale alle clausole di conciliazione; *vi*) la regolamentazione del verbale di conciliazione.

L'attuale disciplina positiva ha, quindi, da un lato abrogato la cd. conciliazione societaria (art. 23 del d.lgs. n. 5/2003), ma dall'altro ha assegnato efficacia generale, per qualsiasi materia conciliabile, a norme inizialmente concepite per il solo ambito societario¹.

Per quanto concerne le clausole di conciliazione stragiudiziale, è, perciò, utile esplorare le peculiari problematiche che si pongono in caso di una loro introduzione o soppressione negli statuti sociali.

A norma dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 28/2010, la clausola di conciliazione inserita in uno statuto acquista efficacia vincolante e costituisce ostacolo alla proposizione della domanda

¹ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, in BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 199-200.

giudiziale, quale condizione di procedibilità della domanda stessa².

Al riguardo, è significativo e non privo di interesse stabilire quali limiti incontri l'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti sociali.

È il caso di precisare che alle clausole di conciliazione non possono applicarsi le limitazioni imposte dal comma 5 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003, secondo cui non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, nonché la restrizione operativa contemplata dal primo comma della stessa disposizione normativa che esclude la possibilità di prevedere statutariamente arbitrati societari per le società che fanno ricorso al capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* c.c. e precisa che la controversia, per essere compromessa in arbitri, deve aver ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale: trattasi di disposizioni normative eccezionali, specificamente dettate per l'arbitrato societario ed, in quanto tali, insuscettibili di applicazione analogica.

È, tuttavia, vero che le clausole di mediazione o di conciliazione³ sono un istituto simile alle clausole compromissorie, con la differenza, però, che il mezzo a cui si impegnano non è aggiudicativo; pertanto, una volta iniziata la mediazione, le parti rimangono sempre libere di decidere se comporre o meno la controversia negozialmente oppure ricorrere al giudice o all'arbitro⁴. Inoltre, al contrario delle clausole compromissorie che comportano necessariamente il rigetto della domanda, la clausola di mediazione provoca solo un momentaneo arresto del processo ovvero uno slittamento dell'udienza⁵.

Tenute presenti le differenze, le clausole di conciliazione hanno, quindi, una certa affinità con le clausole compromissorie,

² PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziali delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, 2010, 622, n. 10.

³ Come precisa MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199, il termine mediazione o conciliazione riferito alla clausola viene utilizzato come sinonimo a prescindere dalla distinzione terminologica ex art. 1 D.lgs. 28/2010.

⁴ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199.

⁵ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 199.

soprattutto in quanto trovano matrice comune nell'istituto della transazione; anzi, in questa prospettiva, è opportuno tenere in conto che la conciliazione non è altro che una transazione normativamente procedimentalizzata⁶.

Precisato il concetto di conciliazione, è, quindi, evidente che una limitazione all'inserimento di clausole di conciliazione negli statuti sociali deve essere individuata nel disposto dell'art. 1966 c.c., che richiede la capacità delle parti di disporre dei diritti che formano oggetto della lite ed, al contempo, sancisce la nullità se i diritti oggetto della transazione stessa sono per loro natura o per espressa disposizione di legge sottratti alla disponibilità delle parti. Le analoghe disposizioni dettate in materia di arbitrato in genere (art. 806, comma 1, c.p.c.) e specificamente in materia di arbitrato societario (art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/2003), del resto, non sono altro che una particolare applicazione del sopra indicato principio generale.

2. La possibilità di introdurre clausole di conciliazione diverse dal modello previsto dal d.lgs. n. 28/2010

Nel vigore dell'abrogato art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, la dottrina riconosceva all'autonomia privata la possibilità di introdurre negli statuti clausole di conciliazione diverse da quelle previste dal legislatore delegato⁷. Si riteneva che a tali clausole non potessero ricollegarsi gli effetti propri della conciliazione societaria e, di conseguenza, il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non avrebbe costituito condizione di procedibilità della domanda ed avrebbe dato luogo unicamente ad una tutela risarcitoria da inadempimento contrattuale, senza produrre effetti sul piano processuale⁸. Non pare sussistano difficoltà a riconoscere ancora attualità a tale impostazione.

⁶ MICCOLIS, *Sub commento all'art. 40 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 842.

⁷ NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, vol. II, Bologna, 2004, 1081.

⁸ NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 1081.

La dottrina ha precisato, inoltre, che le parti possono indicare con la clausola di mediazione solo Organismi iscritti ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 28/2010⁹. Nell'ipotesi in cui la scelta ricadesse su un Organismo non iscritto rimarrebbe solo il vincolo alla mediazione, mentre l'individuazione dell'Organismo fatta dalle parti perderebbe effetto e la mediazione potrebbe, quindi, svolgersi innanzi ad uno qualsiasi degli Organismi iscritti¹⁰.

3. L'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione

Diversamente dalla espressa previsione contemplata dal comma 6 dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 per le clausole compromissorie, non esiste una regolamentazione specifica per l'introduzione e la soppressione negli statuti societari delle clausole di conciliazione.

In assenza di specifica disciplina, è chiaro che nel caso di società di persone l'introduzione e la soppressione di clausole di conciliazione, integrando una modifica statutaria, richiederanno, salvo patto contrario, il consenso di tutti i soci; per le società capitali, invece, la deliberazione su tale specifica materia spetterà all'assemblea straordinaria dei soci, che deciderà secondo le maggioranze previste dalla legge o dallo statuto.

L'introduzione e la soppressione di una clausola di conciliazione nello statuto di una società di capitali non è, inoltre, presupposto per l'esercizio del diritto di recesso del socio: una tale evenienza non è prevista né tra i presupposti inderogabili di recesso previsti per la società per azioni dal comma 1 e dal comma 3 dell'art. 2437 c.c., dal comma 4 dell'art. 2343 c.c., dal comma 2 dell'art. 2355-*bis* c.c., dall'art. 2437-*quinquies* c.c., dall'art. 2497-*quater* c.c. e dall'art. 34, comma 6 del d.lgs. n. 5/2003, né nelle due ipotesi derogabili previste dal distico normativo contemplato dal comma 2 dell'art. 2437 c.c.; analogamente, per la società a responsabilità limitata, il caso della introduzione e della soppressione di una clausola di conciliazione statutaria non è annoverato tra i presupposti inderogabili indicati per l'esercizio del diritto di recesso da parte del socio dai commi 1 e 2 dell'art. 2473 c.c., dal comma 4

⁹ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 201.

¹⁰ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 201.

dell'art. 2468 c.c., dal comma 2 dell'art. 2469 c.c., dall'art. 2481-bis c.c., dall'art. 2497-*quater* c.c. e dal già richiamato art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 (disposizione dettata per tutte le società di capitali che non fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio).

L'esercizio del diritto di recesso del socio di società di capitali nell'eventualità di introduzione o soppressione di una clausola di conciliazione statutaria è, pertanto, subordinato alla presenza nello statuto sociale di una apposita convenzione.

A conclusioni identiche si giunge anche in materia di società di persone, perché l'ipotesi in esame esula da quelle previste dall'art. 2285 c.c., la norma che disciplina il recesso del socio per tale tipo di società.

4. Le differenze tra le clausole di conciliazione ed il procedimento per la risoluzione dei contrasti sulla gestione della società previsto dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003

La conciliazione stragiudiziale non va confusa con l'istituto – non abrogato – per la risoluzione dei contrasti per la gestione sociale previsto per le società a responsabilità limitata e per le società di persone dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003.

La conciliazione stragiudiziale si concretizza, difatti, in un processo caratterizzato dall'intervento di un terzo, il mediatore, essenzialmente imparziale e privo di poteri, che conduce due o più parti a ricercare una soluzione della loro lite¹¹; l'istituto contemplato dall'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003, invece, è una figura nuova, una forma di gestione alternativa per piccole società che rischiano lo scioglimento a causa di un conflitto tra le forze di controllo¹², che si contraddistingue per il fatto che viene affidata a terzi estranei una scelta ad altissimo grado di discrezionalità, com'è quella sulla gestione di una società¹³.

In via puramente teorica, ovviamente, nulla impedisce che lo statuto di una società di persone o di una società a responsabilità

¹¹ NELA, *Tecniche della mediazione delle liti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, 2003, 1017-1018.

¹² MAJORANO, *Sub commento all'art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in COSTANTINO (a cura di), *I procedimenti in materia commerciale*, Padova, 2005, 810.

¹³ MAJORANO, *Sub commento all'art. 37 del D.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 810.

limitata affidi la soluzione di un contrasto sulla gestione al procedimento di mediazione previsto dal d.lgs. n. 28/2010, ma è evidente che il procedimento di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003, che conclude con una decisione assunta da un terzo, consente in linea di massima di superare in modo più sbrigativo una situazione di stallo gestionale, senza dover attendere – come accade nella mediazione – che le parti maturino la volontà di definire i contrasti in corso.

5. Il rapporto tra le clausole di conciliazione ed i procedimenti cautelari ed il procedimento sommario di cognizione

Il d.lgs. n. 28/2010, contrariamente al precedente art. 40 del d.lgs. n. 5/2003, contiene una specifica previsione relativamente al rapporto tra il tentativo obbligatorio di conciliazione di natura convenzionale ed i procedimenti cautelari¹⁴.

Al riguardo, la specifica tematica processuale che si pone, per esigenze di carattere pratico, non può essere ignorata in fase di redazione di uno statuto sociale.

Sul punto, per quanto concerne i procedimenti cautelari, va segnalato che in generale la necessità di esperire il tentativo di conciliazione viene esclusa, considerato che la tutela cautelare rappresenta strumento d'azione necessario per l'effettiva ed immediata tutela del diritto controverso, costituzionalmente rilevante ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., quando si prospetti una situazione di pericolo nel ritardo¹⁵.

¹⁴ Sull'assenza nella disciplina contemplata dall'abrogato art. 40 del D.lgs. n. 5/2003 di una specifica regolamentazione del rapporto tra l'obbligo convenzionale di esperire il tentativo di conciliazione, si è soffermato NEGRINI, *Sub commento all'art. 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, cit., 1081 s.

¹⁵ Così, ord. Trib. Bari, sez. dist. Altamura, 18 novembre 2010, in *Giur. Mer.*, 2011, 6, 1557 e ss., con nota di AMENDOLAGINE, il quale ricorda che sul punto la Corte Costituzionale ha preso posizione con la sentenza C. Cost. n. 403 del 30 novembre 2007, secondo cui gli utenti di un servizio telefonico che intendano instaurare una controversia con l'azienda telefonica e per fondati motivi temano di subire un pregiudizio imminente ed irreparabile del loro diritto possono proporre all'Autorità Giudiziaria l'istanza cautelare senza necessariamente esperire il preliminare tentativo di conciliazione, facendo esclusivo riferimento ai provvedimenti di natura cautelare. Del resto, la connotazione marcante della tutela cautelare che, in quanto preordinata ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, per non lasciare vanificato

La questione è oggi in gran parte superata, perché il comma 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, sulla falsariga della posizione già assunta dalla Corte costituzionale, dispone espressamente che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari.

Sussiste, tuttavia, il problema di stabilire cosa il legislatore voglia intendere per «*provvedimenti urgenti e cautelari*». Secondo attenta dottrina con il termine «provvedimenti cautelari» si dovrebbero ricomprendere oltre ai provvedimenti cautelari in senso stretto, fondati sul *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, tutti quelli *ex* Libro IV, titolo I, capo III, c.p.c.¹⁶ Mentre con il termine «provvedimenti urgenti» dovrebbero intendersi quelli in riferimento ai quali la necessità ed il bisogno sono ritenuti esistenti dal legislatore a prescindere dai presupposti per la tutela cautelare¹⁷. In tal modo, tra i procedimenti urgenti andrebbero ricompresi anche, a mo' di esempio, l'ordinanza di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro *ex* art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300, l'ordinanza provvisoria *ex* art. 147 del codice delle assicurazioni private ed il decreto motivato di repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28, l. 20. maggio 1970 n. 300, il decreto motivato di repressione dei comportamenti discriminatori tra i sessi previsto dall'art. 38 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Molto probabilmente, poi, sono ricompresi tra i «provvedimenti urgenti» anche i provvedimenti per ingiunzione ed i procedimenti possessori, tuttavia, anche al fine di evitare dubbi interpretativi, il legislatore delegato ha deciso di occuparsi di tali ipotesi in modo specifico al comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. 28/2010¹⁸. In considerazione della ampia formula prescelta dal legislatore, quindi, per quanto concerne la materia societaria, deve ritenersi che la necessità di esperire il tentativo di conciliazione sia da

l'accertamento del diritto, costituisce strumento fondamentale ed inerente a qualsiasi sistema processuale, anche indipendentemente da una previsione espressa, era già stata affermata da C. Cost. n. 190/1985, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297.

¹⁶ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 185, il quale ricorda anche che la natura cautelare dei provvedimenti di istruzione preventiva è stata affermata anche da C. Cost. n. 26/2010, nonché da C. Cost. n. 144/2008.

¹⁷ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 185 s.

¹⁸ MINELLI, *Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*, cit., 186.

escludersi in tutti i casi di procedimenti cautelari ed urgenti, quali a mo' di esempio: la revoca giudiziale dell'amministratore di società di persone prevista dall'art. 2259 c.c., la revoca del liquidatore di società di persone ai sensi dell'art. 2275 c.c., la sospensione della delibera di esclusione del socio dettata dall'art. 2287, comma 2, c.c., la sospensione delle delibere assembleari di cui all'art. 2378 c.c., la revoca dell'amministratore di s.r.l. in caso di gravi irregolarità previsto dal comma 3 dell'art. 2476 c.c., l'opposizione dei creditori alla costituzione di un patrimonio separato ai sensi del comma 2 dell'art. 2447-*quater* c.c. e il procedimento dettato dall'art. 2409 c.c. per la denuncia di gravi irregolarità di amministratori e sindaci e l'applicazione dei provvedimenti conseguenti.

A diverse conclusioni, invece, deve giungersi nel caso di procedimento sommario di cognizione. Introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 di riforma del processo civile, tale forma processuale richiama quella apparentemente omologa già rinvenibile nel sistema processuale nell'abrogato art. 19 del d.lgs. n. 5/2003, previsto per il rito processuale in materia societaria. Come il precedente omologo previsto dalle abrogate norme sul cd. processo societario, anche il procedimento sommario di cognizione non può essere considerato un rito cautelare non essendo finalizzato ad una reale ed efficace tutela di un diritto da far valere in un futuro giudizio di merito¹⁹. Di conseguenza, allo stesso non possono essere applicate le conclusioni, sopra già richiamate, a cui è pervenuta la Corte costituzionale nel negare l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per i procedimenti cautelari.

¹⁹ Cfr. ord. Trib. S. Maria Capua Vetere, sez. dist. Aversa, 1 marzo 2005, in DE GIOIA - TEDESCHI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Forlì, 2009, 19.

