

CAPITOLO NONO

**IL RUOLO DEL GIUDICE NELLE LITI SOCIETARIE:
DA RAPPORTO DI DOMINIO A RELAZIONE FUNZIONALE**

di

ILARIA FORESTIERI

CAPITOLO NONO

IL RUOLO DEL GIUDICE NELLE LITI SOCIETARIE: DA RAPPORTO DI DOMINIO A RELAZIONE FUNZIONALE

SOMMARIO: Premessa. – 1. La fattispecie “liti societarie”: un tentativo di classificazione. – 2. I limiti dell’intervento del giudice negli affari societari. – 3. La rilevanza degli elementi di fatto necessari per comprendere il dissidio sottostante alla controversia e le sue ragioni sostanziali. – 4. Le corti americane del Delaware: rilievi empirici dalla “Terra promessa” delle liti societarie. – 5. La specializzazione del giudice come fattore d’incentivo alla diffusione della pratica della mediazione. – 6. L’impiego della mediazione demandata per la creazione di un sistema di giustizia plasmato sui bisogni reali delle imprese. – 7. Considerazioni conclusive.

Premessa.

Il panorama produttivo mostra in questi tempi una particolare complessità, un insieme eterogeneo di fattori che pongono le imprese di fronte a nuove sfide su più livelli. La forma organizzativa maggiormente diffusa nel tessuto imprenditoriale è quella di piccola e media dimensione, con pochi soci per lo più

legati da vincoli di natura familiare e personale ¹. Con la dimensione organizzativa minima coesistono la spinta globalizzante e l'inesorabile avanzamento tecnologico che rendono lo scenario sempre più competitivo sia a livello nazionale che estero. L'impresa muove i suoi passi in un ambiente evidentemente incerto e in continuo mutamento che richiede per il successo (ma anche la conservazione) dell'iniziativa economica, oltre alle capacità connesse alla produzione di un reddito, un elevato grado di flessibilità, duttilità e resilienza. Quest'ultima può essere intesa, fra l'altro, come la capacità di reagire agli eventi con la solidità di un'architettura e di una strategia imprenditoriale adatte al cambiamento. Tra questi eventi è certamente possibile annoverare le complicazioni generatesi all'interno delle relazioni con soggetti diversi, che sono in grado di incidere negativamente sull'operatività dell'impresa fino a poterne provocare la crisi e la conseguente cessazione.

La perdurante crisi economica ha accentuato la dose di conflitto che in una certa misura è connaturata a tutte le relazioni commerciali: com'è noto l'equilibrio tra gli interessi dei diversi operatori sul mercato non può essere ripristinato dall'intervento di quella che Adam Smith definiva la "*mano invisibile*". Per sopperire a questa inefficienza la gran parte degli ordinamenti si sono dotati di un gran numero di regole formali ed hanno assegnato un ruolo centrale ai giudici, con lo scopo di rendere più solido l'ambiente istituzionale in cui operano le imprese. Tuttavia, oggi, questo meccanismo posto a presidio del corretto funzionamento del mercato si sta rivelando a sua volta inefficiente: il paradosso è rappresentato dal proliferare di norme frammentarie e intrise di tecnicismi, difficili da applicare e da interpretare. A ciò si uniscono una serie di complicazioni del sistema giustizia, in cui il protrarsi dei tempi e delle incertezze del giudizio rappresentano un costo non più sostenibile per le imprese e si traducono in un limite alla crescita dimensionale ed in una barriera

¹ Lo studio condotto dall'Osservatorio del diritto societario della Camera di Commercio di Milano ha preso in esame le consistenze numeriche delle diverse tipologie di soggetti giuridici, che esercitano attività economica nel contesto italiano, provando ad indagare tali evidenze in un arco temporale compreso tra il 2005 ed il 2010. L'obiettivo dello studio è quello di proporre una mappatura dei soggetti giuridici non quotati in Italia. L'universo delle società non cessate presenti nel periodo di riferimento è di 55.956 s.p.a. non quotate e di 1.305.705 s.r.l, mentre le s.p.a. quotate sono circa 50. Il numero dei soci delle società di capitali per le s.r.l. è predominante un numero da 1 a 3, rappresentante il 67,70% del totale, tale ipotesi è predominante anche nelle spa, con un'incidenza del 39,50% del totale. Cfr. BEDOGNI, RABITTI, BELLAVITE PELLEGRINI, BERMOLLI, MARCHETTI, MONTALENTI, PRESTI, SBISÀ e SALAFIA (a cura di), *Le diverse forme giuridiche dei soggetti economici in Italia dopo la crisi: i risultati di una ricerca*, Milano, 2012.

per l'ingresso di nuovi investitori ². I rischi connessi alle inefficienze del sistema sono stati efficacemente riassunti dall'analisi economica del diritto, che studiando il rapporto tra giustizia e impresa ha dimostrato come un sistema giurisdizionale inefficiente produce effetti negativi alimentando un progressivo clima di sfiducia da parte degli imprenditori nei confronti delle istituzioni ³.

Alla luce di quanto finora descritto, emerge con chiarezza la necessità di un intervento ponderato da parte del Governo diretto a mutare il quadro istituzionale attuale, da realizzare attraverso una serie di interventi diretti ad aiutare concretamente le imprese nella loro difficile e incerta risalita.

Fra le misure di supporto e facilitazione degli investimenti produttivi, non possono che essere ricompresi provvedimenti di modernizzazione del sistema giustizia, nell'ambito dei quali uno spazio significativo deve essere dedicato all'incentivazione delle procedure stragiudiziali di gestione dei conflitti imprenditoriali per le ragioni che vengono toccate nel corso del presente studio.

A proposito della riorganizzazione del servizio giustizia, i recenti interventi normativi si caratterizzano per l'avvio di una serie di riforme ad ampio rag-

² Il rapporto *Doing Business 2013* della World Bank Group, consultabile all'indirizzo <http://italian.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Subnational/Reports/DB13-Italia.pdf>, rileva come in Italia una disputa commerciale richiede in media 41 fasi processuali, per una durata totale di 1.400 giorni ed un costo complessivo pari al 26,2% del valore della controversia. La lentezza delle procedure giudiziarie nazionali e la connessa "imprevedibilità" delle decisioni, che risentono dei mutamenti giurisprudenziali nel corso della procedura, scoraggia quindi ogni tentativo di investimento nell'industria italiana, che già soffre di un disagio connesso alle ridotte dimensioni rispetto alla situazione internazionale.

³ Il riferimento è agli studi di LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES e VISHNY, *Corporate Governance Around the World*, 54, in *Journal of Finance*, 1999, 471 ss. Il gruppo di economisti di Harvard ha studiato la morfologia del diritto societario e commerciale degli ordinamenti di quarantanove Paesi, suddivisi a loro volta in due grandi famiglie, i sistemi di *Common Law* e di *Civil Law*. L'indagine è stata svolta al fine di analizzare i vantaggi e gli svantaggi degli strumenti di protezione offerti dai diversi ordinamenti a tutela degli investitori. Da alcuni decenni a questa parte, anche nel nostro ordinamento si registra una crescente attenzione e progressiva diffusione dei metodi della Scuola americana di *Law and Economics* (EAL) connotati da un approccio ai problemi giuridici improntato ad una valutazione delle regole legislative secondo i principi dell'analisi economica. Per quanto riguarda il diritto delle società v. DENOZZA, *Analisi economica e diritto delle società per azioni*, in ALPA (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998; BUONOCORE, *Impresa, società per azioni e mercato: "continuità" tra economia e diritto*, in A.A.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002.

gio, tra loro eterogenee, riconducibili al generico fine di ridurre i tempi del contenzioso civile e rilanciare l'economia. Il riferimento, in questo caso, è alle riforme introdotte dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98 recante il titolo «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia» e per quanto ci interessa al “*maquillage* normativo” che ha riguardato l'istituto della mediazione. Inoltre, in tema d'impresa appare utile richiamare le modifiche introdotte dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27 (che ha novellato il D.lg. 27 giugno 2003, n. 168), il quale ha istituito il Tribunale delle Imprese con l'obiettivo espresso di: *«ridurre i tempi di definizione delle controversie in cui è parte una società di medio/grandi dimensioni, aumentando in tal modo la competitività di tali imprese sul mercato»*⁴.

L'obiettivo del presente contributo è quello di esaminare la mediazione come procedura in relazione alla gestione del contenzioso da parte del Tribunale delle Imprese al fine di valutare i possibili punti di coesione. Tale collegamento potrebbe non essere colto immediatamente se si obiettasse che la mediazione ed il Tribunale delle Imprese sono stati introdotti attraverso interventi normativi pensati, anche a livello temporale, in momenti diversi. Tuttavia, lo spazio di contatto tra di essi è evidente ed è rappresentato dal perseguimento di uno stesso fine nello stesso ambito: accelerare i tempi di definizione delle controversie commerciali e rendere il servizio giustizia in tale settore più efficiente.

Il contesto del Tribunale delle Imprese ci consente di riflettere sul ruolo del giudice specializzato, per comprendere se la previsione di questa nuova figura autorevole e per di più specializzata possa rappresentare un fattore di innovazione proprio nella promozione di strumenti alternativi di risoluzione della lite e la creazione di un nuovo modello di gestione del contenzioso⁵.

⁴ Al momento della redazione del contributo, nella prospettiva di riforma della Giustizia civile (punto 3 del programma), il Governo ha dichiarato di voler intraprendere azioni dirette a migliorare l'efficienza e la qualità del sistema giustizia, in chiave di spinta economica, in particolare dando maggiore organicità alla competenza del Tribunale delle Imprese e consolidandone la specializzazione.

L'intervento normativo in forma di disegno di legge— delega è consultabile all'indirizzo <http://www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=76561>.

⁵ Il riferimento in questo caso è al modello di “*Civil Case Management*” che si è sviluppato a partire dal 1990 negli Stati Uniti con l'introduzione del *Civil Justice Reform Act* (CJRA). I principi ispiratori di questo sistema sono: a) *Differential case management*, ovvero la trattazione della causa con *iter* procedurali differenziati a seconda della natura della controversia, del valore e della complessità della stessa e di altre variabili che possono

Come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo, il terreno della mediazione demandata, sebbene ancora in fase di sedimentazione, è certamente fecondo di potenzialità applicative: il risultato complessivo va ben al di là dei tradizionali *slogan* come la riduzione degli oneri burocratici, la semplificazione e razionalizzazione, ma si traduce in un aiuto concreto agli imprenditori rappresentato dalla riattivazione di un circuito di autonomia privata diretto alla rideeterminazione, a nuove condizioni, delle regole che governano il rapporto commerciale.

Per rendere concretamente il senso di queste ultime riflessioni, nelle pagine che seguono saranno poste in evidenza le risultanze empiriche emerse nel corso della sperimentazione svolta presso il Tribunale di Firenze, durante la quale proprio i giudici del Tribunale delle Imprese, fra i primi, hanno approfondito i risvolti pratici e teorici della mediazione demandata, ne hanno compreso le numerose potenzialità per le imprese e ne hanno fatto frequentemente impiego.

Ciò che è accaduto nel Tribunale di Firenze è perfettamente in linea con quello che si è verificato, qualche tempo prima, in altre esperienze europee ed extra europee, come in Francia, in Belgio, in Germania e nella *Chancery Court* del Delaware. Qui i Tribunali, sulla scia di un crescente interesse verso le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution* – A.D.R.), hanno avviato ambiziosi progetti pilota diretti a diffondere la pratica della mediazione demandata, offrendo soluzioni innovative per le imprese. Il risultato delle sperimentazioni ha permesso ai giudici di sviluppare un approccio multidisciplinare al conflitto, nonché di elaborare specifiche prassi operative che si sono ormai consolidate all'interno delle corti e fanno parte, a tutti gli effetti, dell'offerta di giustizia che questi paesi offrono alle imprese⁶.

assumere una rilevanza in concreto; b) promozione di un ruolo attivo del giudice per un più diretto e sollecito svolgimento della causa; c) costante e attento monitoraggio dei casi di particolare complessità; d) promozione di comportamenti collaborativi tra le parti, anche attraverso il ricorso a soluzioni conciliative della lite ed alla promozione di adeguati sistemi di *Alternative Dispute Resolution*. Cfr. KAKALIK-DUNWORTH-HILL-MCCAFFREY-OSHIRO-PACE-VAIANA, *An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica MR, 1996, 802.

⁶ Per tracciare un quadro sulla diffusione della mediazione nel contesto globale è fondamentale il contributo di HOPT-STEFFEK, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 2012; v. anche WAYNE D. BRAZIL, *Should Court-Sponsored ADR Survive?*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, V. 21, 2006, n. 2, dove viene offerta una efficace ricostruzione dei diversi programmi di implementazione delle tecniche

La necessità di un cambiamento sostanziale delle capacità di risposta del nostro sistema giurisdizionale è stata recentemente confermata dall'OCSE che, studiando l'impatto delle scelte istituzionali sull'andamento delle economie di mercato, dopo aver elencato gli elementi di disfunzione della giustizia civile indica nel ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, in particolare alla mediazione, la strada per rimettere in corsa il sistema imprenditoriale⁷.

Non meno importante è il segnale che proviene dalla CEPEJ (Commissione Europea per l'efficienza della giustizia civile del Consiglio d'Europa) che dal 2012 ha inserito il ricorso alle ADR come uno degli elementi di valutazione del sistema giudiziario.

1. *La fattispecie "liti societarie" un tentativo di classificazione.*

Nel descrivere le linee d'intervento del cambiamento auspicato, è necessario procedere innanzitutto ad una identificazione del conflitto societario e degli elementi che lo caratterizzano.

L'importanza di analizzare il tipo di relazione che sta all'origine della lite si spiega in ragione della funzione che la mediazione è chiamata a svolgere: essa mira alla continuazione del rapporto, tale fine incide sulla scelta della strategia attraverso cui intervenire, dei mezzi da adottare, nonché sui possibili esiti.

Relativamente alla fenomenologia delle liti che coinvolgono l'impresa la

di ADR nelle corti americane e del loro grado di successo. Per quanto riguarda la Germania è utile far riferimento a DENDORFER, *Mediation in Germany Structure, Status quo and Special Issues*, reperibile su www.civilmediation.org/downloads-get?id=380; J.M. VON BARGEN, *In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary. The Future of Civil Litigation*, Berlin, 2014, 77-95.

⁷ Cfr. Rapporto OCSE 2013, *Giustizia civile: come promuoverne l'efficienza?*, reperibile all'indirizzo: www.oecd.org/eco/growth/Giustizia-civile.pdf, in cui si legge: «L'applicazione efficace della legislazione dipende innanzitutto dal sistema giudiziario. Il sistema italiano di giustizia civile è estremamente lento e costoso in confronto a molti altri Paesi dell'OCSE. Nel 2012, il governo italiano ha preso alcune misure che vanno nella giusta direzione, tra cui una maggiore specializzazione dei giudici e dei tribunali, la razionalizzazione geografica, e il filtro in appello. Occorre adottare altre riforme, relative agli incentivi e ai vincoli di avvocati, clienti e giudici, nonché misure tecniche importanti come la diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione. Incentivi per il ricorso a meccanismi di risoluzione alternativi delle controversie, come la mediazione, dovrebbero essere presi in considerazione».

prassi ricorre più frequentemente al termine “controversie commerciali”, si nota come lo stesso D.lg. n. 28/2010 non ha resistito alla tentazione di farne uso per indicare l’ambito di applicazione della relativa disciplina.

Tuttavia, la nozione di lite commerciale è omnicomprensiva e può essere estesa ad una vasta gamma di controversie nascenti dalla dinamica d’impresa: quest’ultima è solita creare un *humus* relazionale nell’ambiente in cui opera, dando vita ad una serie di rapporti che il diritto, sulla scia di una tendenza classificatoria, ordina alternativamente nella categoria dei contratti tra imprese (*b2b*) e quella dei contratti tra imprese e consumatori (*b2c*)⁸.

Le liti societarie alle quali si fa riferimento, viceversa, hanno ad oggetto un ambito diverso da quelli appena menzionati, che può esser fatto coincidere con il rapporto societario sia nella fase genetica che nella fase esecutiva del contratto associativo di società (art. 2247 c.c.).

Nel tentativo di fornire una classificazione delle liti societarie, a livello legislativo soccorrono le coordinate tracciate dall’art. 1, D.lg. n. 5/2003, norma esplicitamente richiamata dall’art. 38 dello stesso decreto, in materia di conciliazione societaria⁹. Nonché, più recentemente, il catalogo di materie conte-

⁸ Il riferimento alle controversie tra imprenditori è tanto ampio quante sono le relazioni economiche che le imprese intrecciano tra loro. Questi legami rilevano giuridicamente nella forma di contratti, ma non sono facilmente riconducibili ad una categoria unitaria. Per una più approfondita riflessione sul tema cfr. P. LUCARELLI, *La mediazione delle controversie commerciali*, in *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, 205.

⁹ Il D.lg. n. 5/2003 è stato sostanzialmente abrogato dall’entrata in vigore del D.lg. n. 28/2010. Il catalogo delle dispute in ambito societario era più scarso e aveva prevalentemente carattere esemplificativo, esso inoltre conteneva un collegamento con una serie di controversie non immediatamente riconducibili alla categoria delle liti societarie. L’art. 1, D.lg. n. 5/2003 richiamava alle lett. d), e), f) le controversie relative ai rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa. Le materie di cui al D.lg. 1° settembre 1993, n. 385, (TUB) quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio. Infine, le controversie aventi ad oggetto il credito per le opere pubbliche. Sulla conciliazione societaria *ex multis* ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 705 ss.; COSTANTINO-CABRAS, *Il processo commerciale e l’arbitrato societario*, in F. D’ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Padova, 2009, 351 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La nuova conciliazione societaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1035; MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Soc.*, 2003, 657 ss.; NASCOSI, *La conciliazione societaria a quattro anni dalla sua introduzione*, in *Riv.*

nuto nell'art. 2, l. 24 marzo 2012, n. 27 che nel delineare l'ambito di competenza del Tribunale delle Imprese riproduce quanto previsto dall'art. 3, d.lg. n. 168/2003¹⁰.

Alla luce della disciplina citata, rientrano nel concetto di liti societarie quelle relative a:

a) *rapporti societari*, ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli artt. 2445, comma 3, 2482, comma 2, 2447-*quater*, comma 2, 2487-*ter*, comma 2, 2503, comma 2, 2503-*bis*, comma 1, e 2506-*ter* c.c.;

b) *trasferimento delle partecipazioni sociali*, o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) in materia di *patti parasociali*, anche diversi da quelli regolati dall'art. 2341-*bis* c.c.;

d) aventi ad oggetto *azioni di responsabilità* promosse dai creditori delle società controllate contro le società che le controllano;

e) rapporti di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3, all'art. 2497-*septies* e all'art. 2545-*septies* c.c. Ovvero dei casi di rapporti di controllo o di direzione da contratto.

Il catalogo di controversie citato può essere ulteriormente esteso: a titolo di esempio esso ricomprende le controversie connesse all'impugnazione delle delibere assembleari e degli atti assunti dagli organi sociali¹¹; le controversie

trim. dir. e proc. civ., 2008, 585; ROMOLOTTI, *La conciliazione societaria tra profili di volontarietà e disposizioni normative*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, 20; RUBINO, *Della conciliazione stragiudiziale*, in LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario, I procedimenti*, Milano, 2003, 503 ss.

¹⁰ Il decreto n. 168/2003 ha istituito le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale. Come già detto nella nota 4, nel disegno di legge: *Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile* il Governo intende estendere la competenza del Tribunale delle Imprese ad altre materie, tra le quali la concorrenza sleale, la pubblicità ingannevole, le controversie relative alle società di persone.

¹¹ A favore della deferibilità in arbitri delle azioni di impugnazione delle deliberazioni assembleari *ex multis*, cfr. COSTANTINO-CABRAS, in *Il Processo commerciale e l'Arbitrato societario*, cit., 292. Un diverso orientamento, invece, sostiene che tali tipi di controversie

in materia di compensi degli amministratori e per quanto riguarda le fattispecie fondate su di un rapporto contrattuale di collegamento tra società, anche le vicende negoziali che si instaurano tra le società ¹².

Ad avviso della dottrina, il concetto di lite societaria rimane immutato in relazione alla veste societaria adottata per l'esercizio dell'iniziativa economica, secondo il tipo delle società di persone o di capitali; né assume rilevanza la natura dello scopo perseguito come lucrativo, mutualistico o consortile; infine non incide il fatto che la società si atteggi come società di fatto o come società occulta ¹³.

Pur volendo proseguire nel tentativo di definire la fattispecie liti societarie, emerge con evidenza la multiforme complessità del fenomeno societario che consente di sostenere la difficoltà di giungere ad una classificazione omogenea. Il profilo appena evidenziato, quindi, rende queste tipologie di controversie particolarmente idonee alla mediazione: in tale sede la trattazione delle problematiche connesse alla vita associativa non è tipizzata, ma può essere tanto ampia quanto più è estesa la volontà dei soggetti di indagare possibili aggiustamenti del loro accordo. Lo spettro di applicazione della mediazione in ambito societario, infatti, ha come unico limite quello della indisponibilità dei diritti (conformemente a quanto previsto dall'art. 2, comma 1, d.lg. n. 28/2010) ¹⁴.

possono essere devolute ad arbitri solo quando il vizio sia sanabile e non in ipotesi di impossibilità o illiceità dell'oggetto (cfr. ZUCCONI-GALLI-FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 484 ss.).

¹² Per un'esautiva rassegna del contenuto dell'art. 2, l. 24 marzo 2012, n. 27 cfr. SANDULLI *La competenza del Tribunale delle Imprese in materia societaria*, in *Il nuovo diritto delle società*, n. 8/2013, 8 ss.

¹³ In tal senso CAPO, *Mediazione finalizzata alla conciliazione e controversie societarie*, in VITOLO (a cura di), *Mediazione e arbitrato nel sistema dei rapporti giuridici d'impresa*, Napoli, 2012, 75 ss.

¹⁴ Riguarderebbero diritti disponibili tutte le controversie relative ai rapporti sociali, indipendentemente dal fatto che attengano alla violazione di norme inderogabili, così ZOPPINI, *I diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. società*, 2004, 1178 ss.

2. I limiti dell'intervento del giudice negli affari societari.

Una volta chiarito l'oggetto di riflessione, è possibile procedere a descrivere gli elementi che caratterizzano le liti societarie prestando particolare attenzione ai limiti che discendono da una trattazione esclusivamente giudiziale delle stesse.

Le controversie societarie traggono, frequentemente, origine dalle divergenze che insorgono tra i soci relativamente alla gestione sociale o ai loro rapporti personali e si manifestano come vicende complesse e mutevoli. Tale circostanza discende dalla natura strettamente relazionale del rapporto societario dove la coesione degli interessi e l'incontro delle volontà dei soci assumono un ruolo determinante per il successo dell'iniziativa imprenditoriale¹⁵. Per queste controversie il sistema giurisdizionale si rivela spesso inadeguato nel tentativo di mediare interessi contrastanti per mezzo di regole oggettive che, se da un lato presentano il vantaggio di conferire certezza allo svolgimento dei rapporti tra soci, da sole non sono sufficienti a rimediare alle conseguenze negative che il conflitto produce per l'impresa.

Nel caso in cui sorgano contrasti insuperabili tra soci, la difficoltà è data, soprattutto, dai limiti propri del metodo assembleare il quale presenta delle rigidità intrinseche e fornisce un sistema di protezione (basato sull'azione giudiziale volta ad ottenere una tutela reale e risarcitoria che si colloca, inoltre, in una prospettiva *ex post*), inefficiente soprattutto quando ricorre la necessità di assumere decisioni rapide per superare situazioni di crisi dell'impresa¹⁶.

¹⁵ I contratti di società rientrano nella categoria dei contratti relazionali in cui vi è una parziale definizione dei comportamenti e ripartizione dei risultati. Tali contratti sono caratterizzati da una fisiologica incompletezza alla quale l'ordinamento tenta di supplire attraverso meccanismi di *governance*. Questi stabiliscono come le regole fissate originariamente nel contratto possano essere modificate o specificate al verificarsi di eventi imprevisi. Tra tali meccanismi riveste un ruolo centrale il ricorso al sistema giudiziario, che permette di controllare *ex post* l'adempimento del contratto e di fornire un'interpretazione dell'accordo originariamente stipulato dalle parti. La teoria dei contratti relazionali si è sviluppata inizialmente presso gli studiosi americani cfr. *ex multis* MCNEIL CAMPBELL, *The relational theory of contract: selected works of Ian MacNeil*, London, 2001. Sul tema dei contratti incompleti in generale v. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; sulle conseguenze economiche connesse all'incompletezza dei contratti una particolare importanza è rivestita dallo studio di WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, Milano, 1987.

¹⁶ Più dettagliatamente sull'argomento v. ANGELICI, *Note in tema di procedimento assembleare*, in *Riv. notariato*, 2005, I, 706 ss.; ID. *La riforma delle società di capitali. Le-*

In queste circostanze, per assicurare la continuazione dell'attività sociale è necessario che l'impresa disponga di strumenti in grado di garantire una (ri)negoziatura delle volontà dei soci, in modo da evitare che l'impresa resti in balia delle spinte dei soci antagonisti in grado di degenerare, irrimediabilmente, in atti di disgregazione se non correttamente composte tra loro.

In assenza di strumenti di composizione delle divergenti volontà, l'assetto organizzativo si troverà esposto al pericolo di non riuscire ad esprimere decisioni, di dare luogo a decisioni contraddittorie, di porre in essere decisioni irresponsabili, il che, nel caso di un contratto di società, equivale all'impossibilità dello svolgimento in comune dell'impresa per il conseguimento dello scopo comune.

Gli sforzi della legge per ovviare a tale problema sono quelli di reprimere e contenere i comportamenti opportunistici che sono fonte del dissidio tra soci, rimandando all'intervento dell'autorità giurisdizionale la funzione di individuare la responsabilità del conflitto e il suo rimedio¹⁷.

In virtù dell'ampiezza del campo d'intervento concesso al giudice negli affari societari, egli può condizionare in maniera determinante le sorti delle im-

zioni di diritto commerciale, Padova, 2006, 129 ss.; CIVERRA, *L'assemblea dei soci nelle società di capitali – Delibere e invalidità*, Milano, 2011; SACCHI, *Tutela reale e tutela obbligatoria della minoranza*, in CAMPOBASSO (diretto da COLOMBO-PORTALE), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum, Torino, 2007, 135.

¹⁷ L'art. 2378, comma 4, c.c., nell'ipotesi di impugnazione delle delibere assembleari, prevede espressamente «*all'udienza, il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione eventualmente suggerendo le modificazioni da apportare alla deliberazione impugnata e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza*». Da tale norma emerge chiaramente il *favor* normativo per la risoluzione conciliativa delle controversie insorte nella dinamica delle relazioni societarie. Tuttavia, la disposizione in questione non si riferisce ad un vero e proprio procedimento conciliativo, ma ad una mera proposta o suggerimento da parte del giudice diretto a sanare i vizi della delibera. Cfr. LUCARELLI, *La mediazione delle controversie commerciali*, cit., 221.

Com'è stato osservato da autorevole dottrina, (PORTALE, *Minoranze di blocco e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des judges»*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 161), qualora il voto decisionale dell'assemblea venga integralmente sostituito attraverso un intervento incisivo del giudice, si giungerebbe ad una soluzione del tutto insoddisfacente. Infatti, la delibera, anziché formarsi in assemblea, troverebbe perfezionamento *ex nunc* in sede giudiziale, soprassedendo al procedimento di formazione della volontà sociale che vede, normalmente, coinvolti in prima persona i soci.

Sulla scorta di queste considerazioni, emerge con evidenza l'adeguatezza di uno strumento come la mediazione nell'ambito dei conflitti societari: essa, attribuendo un più incisivo valore all'autonomia dei soci, lascia inalterati i principi posti a presidio del meccanismo decisorio.

prese: è la diretta conseguenza dell'attività che il giudice è chiamato a svolgere nell'ambito del giudizio, traducendo il dettato normativo astratto nella regola del caso concreto, con l'effetto di indirizzare i comportamenti degli associati e determinare, inesorabilmente, la regola di governo della loro relazione. Tuttavia, questa attività presenta un limite legato al fatto che il giudice è chiamato a decidere la controversia in base alle regole processuali dettate dall'ordinamento, le quali consentono di prendere cognizione solo di alcuni fatti e comportamenti che spesso hanno poco, o nulla, a che fare con le ragioni sostanziali del dissidio ¹⁸.

Per maggiore concretezza si passa a descrivere alcune ipotesi di controversie societarie che più frequentemente investono il giudice ¹⁹.

Un primo caso è quello dell'impugnazione del bilancio d'esercizio: i bilanci delle società, basati su criteri di calcolo matematico, si prestano alle imperfezioni. Frequentemente sulla base di queste, il socio in conflitto con altri soci sceglie di far valere le irregolarità del bilancio non tanto per assicurarsi che i calcoli siano corretti, ma per ostacolare gli altri soci e lo stesso funzionamento della società. In tale circostanza, peraltro, l'oggetto del giudizio è la correttezza contabile del bilancio, in relazione ai principi di legge applicabili e non i motivi, le vere ragioni in base alle quali è sorta una complicazione nella relazione tra i soci ²⁰.

Un altro esempio. Tra le controversie societarie più frequenti rinveniamo quelle aventi ad oggetto le azioni di responsabilità verso gli amministratori. In

¹⁸ Una dettagliata riflessione sul ruolo che il giudice e la tutela giurisdizionale sono chiamati a svolgere per garantire il funzionamento degli organismi societari è svolta da GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008; con riferimento più generalmente ai contratti commerciali di durata, LUCARELLI-RISTORI, *Il corso degli affari nel tempo. La relazione commerciale fra crisi di cooperazione e governo negoziale del cambiamento*, di prossima pubblicazione.

¹⁹ Nel primo semestre 2013, la tipologia di contenzioso più frequente presso il Tribunale delle Imprese di Milano è stata: impugnazioni di delibere assembleari; cause in materia di rapporti societari, in gran parte controversie in tema di cessione di partecipazioni e controversie relative a compensi pretesi dai titolari di cariche sociali; altri istituti di diritto societario, controversie in tema di finanziamenti soci e di recesso soci; opposizione dei creditori alla fusione. Cfr. RIVA CRUGNOLA, *L'impresa innanzi al Tribunale delle imprese*, intervento effettuato nel corso della Giornata Europea della giustizia civile dedicata al rapporto tra giustizia e impresa, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, Milano, 25 ottobre 2013, 7 ss.

²⁰ Fra l'altro, il giudice, per giungere ad una decisione, molto spesso ha bisogno di integrare le proprie competenze nominando un consulente tecnico, con l'effetto di rallentare ed aumentare notevolmente le spese del giudizio.

questi casi, com'è noto, trova applicazione la c.d. *Business Judgement Rule* in base alla quale il giudice non può sindacare l'opportunità o la convenienza delle scelte compiute dall'amministratore nell'esercizio delle proprie mansioni. In altri termini, l'organo giudicante nello svolgimento della funzione decisoria incontra un limite rappresentato dal divieto di sindacare nel merito le scelte discrezionali dei gestori, potendo solo verificare che esse siano state assunte con modalità rispettose dei vincoli imposti dalla legge ed in particolare nel rispetto del canone della diligenza²¹.

Non si possono ignorare, infine, le controversie sorte in occasione dell'esercizio del diritto di recesso da parte di uno o più soci. È noto che ciascun socio ha diritto a disinvestire in presenza di determinati presupposti, tuttavia, possono verificarsi ipotesi di recesso particolarmente controverse che impegnano il giudice in una lunga e intensa attività processuale. È il caso del recesso su "giusta causa", per il quale la stessa giurisprudenza ha confermato che si tratta per lo più di uno strumento posto in essere da un socio con l'intento di reagire ad un comportamento illegittimo degli altri soci tale da incrinare la reciproca fiducia²².

²¹ Il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione è da tempo solennemente affermato dalla nostra giurisprudenza di legittimità: si V. *ex multis*, Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Giur. it.*, I, 1966, 401; Cass., 16 gennaio 1982, n. 280, in *Giust. civ.*, 1983, I, 603; Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Soc.*, 1997, 1389; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Riv. notariato*, 2004, 1571 ss. Per i presupposti e le modalità operative della regola, v. BLOCK-BARTON-RADIN, *The business judgment rule, Fiduciary duties of Corporate Directors*, NY, 1998, 18 ss.; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in COLOMBO-PORALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 248, "la diligenza costituisce un criterio idoneo a determinare l'esatta prestazione dovuta, (...) essa contribuisce a precisare il contenuto dell'obbligazione, mettendone in risalto le modalità"; CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino 2002; DACCÒ *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *Analisi Giuridica Economica*, 2003, 188 ss. DELLA CASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contratto e impresa*, 1999; EISEMBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto Americano*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 621 ss.

²² Cfr. Cass., sez. I, 10 settembre 2004, n. 18243, in *Foro it.*, 128, n. 4/2005, in senso contrario A. Milano, 25 ottobre 1991, in *Soc.*, 1992, 1073, che prevede che il dissidio insanabile sia un caso di scioglimento della società e non valga invece come giusta causa di recesso. Per una più approfondita analisi dell'istituto del recesso in ambito societario si vedano DELLI PRISCIOLI, *L'uscita volontaria del socio dalle società di capitali*, Milano, 2005; GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000; GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORALE, 6, I,

Dalle osservazioni appena svolte – sebbene di carattere prevalentemente descrittivo – si osserva come nella gran parte delle controversie societarie le questioni fatte valere in giudizio hanno per lo più carattere economico e rappresentano solo l'aspetto esteriore di quella che è, in realtà, la crisi della relazione associativa determinata dal venir meno della fiducia nei confronti dei gestori o degli altri soci. In ragione delle regole processuali che informano il giudizio, molti aspetti necessari per comprendere il conflitto reale sono destinati a rimanere sullo sfondo, oppure non possono formare oggetto del sindacato del giudice. A ciò si aggiunge il fatto che le parti, considerato il contesto istituzionale e impersonale in cui sono coinvolte, avvertono una forma di pudore nell'espore i propri punti di vista, considerati dagli stessi consulenti per lo più irrilevanti al fine di impostare una strategia difensiva di successo. Il giudice, dal suo canto, può ritenere inutile spingersi a ricercare quanto non sia già scritto negli atti processuali considerato il suo circoscritto ambito di intervento. In questa prospettiva, se la singola controversia sottoposta all'attenzione del giudice non rappresenta altro che la punta di un conflitto più ampio che affligge il corretto svolgimento della relazione societaria, l'assenza di questa considerazione da parte del giudice è idonea a compromettere l'efficienza della decisione giudiziale che, dando prevalenza ai soli aspetti emersi nel corso del giudizio, difficilmente riuscirà a toccare i veri interessi delle parti.

3. *La rilevanza degli elementi di fatto necessari per comprendere il dissidio sottostante alla controversia e le sue ragioni sostanziali.*

Quanto finora detto, circa l'individuazione dei fattori che suggeriscono di considerare la risoluzione giudiziale delle controversie come il mezzo meno efficace per la gestione delle controversie societarie, è stato confermato da un prezioso studio realizzato da un gruppo di ricercatori diretto da Luca Enriques²³. L'analisi è stata condotta con lo scopo di riflettere sulle modalità di definizione delle controversie societarie da parte dei giudici attraverso l'esame di un campione di provvedimenti resi dal Tribunale di Milano.

Il piano dell'indagine è stato diviso su due fronti, l'uno che presta partico-

Torino, 1993, 185; FICO, *Lo scioglimento del rapporto societario: recesso, esclusione e morte del socio*, Milano, 2012

²³ Cfr. L. ENRIQUES, *Do Corporate Law Judges Matter? Some evidence from Milan*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, 765 ss.

lare attenzione al contenuto delle decisioni, l'altro che lascia sullo sfondo gli elementi sostanziali al fine di comprendere il modo in cui il giudice si rapporta al fatto tutte le volte in cui è chiamato a decidere una controversia. Le pronunce sono state esaminate considerando la frequente pretestuosità delle azioni intraprese da soci per danneggiare altri soci e cercando di comprendere se l'attitudine del giudice fosse quella di decidere unicamente in base a schemi formalistici di giudizio, o se esso fosse disposto ad effettuare una valutazione complessiva del dissidio che tenesse conto di tutti gli elementi che hanno determinato l'incrinarsi della relazione societaria. I rilievi della sperimentazione hanno dimostrato che il giudice, molto spesso, applicando schemi formalistici di giudizio si è rivelato incapace di conoscere le connotazioni reali del conflitto a causa degli stessi criteri giuridici che governano il processo ed il modo in cui le norme processuali consentono all'interprete di individuare e dare rilevanza ai fatti ²⁴.

Dall'analisi delle sentenze è emerso che esse risultavano connotate da un eccessivo formalismo e dalla preminenza degli aspetti giuridici su quelli pratici. Tutti i fatti e gli antefatti che costituiscono le ragioni reali del dissidio assumono, eventualmente, la sola funzione di fare da cornice alla motivazione della sentenza. In base a quanto rilevato dagli studi di Enriques, lo scollamento tra il dato fattuale e gli elementi sostanziali all'interno della decisione è stato definito come una forma di "indifferenza" del giudice nei confronti delle ragioni reali del dissidio sotteso alla controversia. Lo studio conclude affermando che la possibilità di individuare soluzioni efficienti ai problemi che affliggono gli organismi societari dipende da una ricostruzione realistica del caso da porre alla base della decisione. In essa il contrasto tra fatti del conflitto e fatti della controversia deve essere il più possibile attenuato e tradursi nella specifica realtà dei rapporti che caratterizzano una determinata impresa societaria in un dato contesto economico.

I dati raccolti da Luca Enriques, dunque, dimostrano che il conflitto nato all'interno di una relazione tra soci non è riconducibile alla sola violazione fatta valere in giudizio, ma affonda le sue basi in un contesto relazionale eterogeneo in cui entrano a far parte una pluralità di interessi. Affinché si realizzi un cambiamento del modo in cui le controversie societarie sono trattate in

²⁴ Ad avviso della dottrina processualista, le norme fungono da griglie di selezione dei fatti e delimitano la porzione di conflitto reale che entra a far parte della controversia oggetto del giudizio. Su questi aspetti V. CSABA VARGAS, *The Mental Transformation of the facts into a Case*, in *ARSP*, 1991, 58 ss.; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 67 ss.

giudizio, è necessario che il sapere dell'organo giudicante non si arresti ai soli concetti giuridici ma approfondisca anche gli aspetti economici ed extra-giuridici del conflitto. È chiaro come ciò sia possibile solo ove venga inaugurata una nuova fase, quella in cui l'attività del giudice non è diretta unicamente a fornire soluzioni plasmate su di una passiva applicazione della legge, ma a far sì che si generino soluzioni pratiche innovative in grado di preservare e migliorare l'efficienza dell'iniziativa imprenditoriale.

4. *Le corti americane del Delaware: rilievi empirici dalla "Terra promessa" delle liti societarie.*

Allo scopo di fornire un esempio di giustizia, diretta a rispondere efficacemente ai problemi che affliggono le imprese, appare utile far riferimento ad alcune esperienze straniere, come lo stato americano del Delaware, in cui le controversie societarie sono trattate con modalità del tutto peculiari²⁵. Ciò non dipende unicamente dalle regole che caratterizzano l'attività decisoria tipica dell'ordinamento di Common Law²⁶, ma discende dalle modalità con cui i giudici specializzati studiano il conflitto.

Le pronunce dei giudici della *Court of Chancery* ed anche quelli della *Supreme Court* del Delaware, si caratterizzano per il fatto di porre alla base della soluzione offerte le ragioni specifiche che hanno determinato l'insorgere del conflitto, considerando principalmente il contesto economico-imprenditoriale in cui è insediata l'impresa. La ricostruzione della vicenda controversa prende piede dal momento della costituzione della società, procede ad identificare i soci ed i rapporti personali o di parentela che intercorrono tra loro, offre una descrizione analitica di tutti i fatti e degli antefatti che rappresentano le ragioni reali della lite e soltanto infine vengono valutati i fatti specifici posti a fondamento della pretesa.

La struttura delle pronunce della corte del Delaware si caratterizza per essere *fact intensive* in quanto attribuisce piena centralità alle specifiche circostanze concrete sottese alla controversia, le quali rappresentano la base della decisione e sono oggetto di un'analitica ricostruzione da parte del giudice. In

²⁵ Su questo aspetto cfr. FISCH, *The peculiar role of the Delaware Courts in the competition for corporate characters*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2, 2000.

²⁶ Cfr. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella «Common Law»: Riflessi di tale struttura sull'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sui «Dissenting»*, in *Giur. it.*, I, 1965, 1239-1260.

virtù di questa consolidata prassi decisoria, i giudici del Delaware si sono esercitati nell'affinare ulteriori doti che non sono legate alla sola conoscenza delle norme di diritto sostanziale. Essi hanno sviluppato una particolare sensibilità verso i profili comportamentali ed emozionali della lite, ne hanno compreso l'importanza, fino al punto di intraprendere uno specifico percorso diretto ad approfondire la conoscenza delle tecniche di mediazione e le sue potenzialità.

Da circa un decennio, infatti, le corti del Delaware e molte altre corti americane, hanno avviato esperienze di *Court Annexed Mediation*, condotte all'interno di una c.d. *Courthouse*²⁷, al fine di incrementare la pratica della mediazione.

Il procedimento di mediazione è svolto all'interno di un complesso di uffici del Tribunale diretti ad offrire assistenza giuridica su più livelli²⁸.

Coloro che accedono all'interno di una *Courthouse*, infatti, sono assistiti da un mediatore esperto, che può essere identificato in un soggetto appartenente ad un organismo privato di mediazione, oppure un mediatore *pubblico* e cioè incaricato e retribuito direttamente dal sistema federale di giustizia. Le parti, inoltre, possono liberamente scegliere di essere assistite, finanche, da un giudice-mediatore, che – nel rispetto delle regole di imparzialità e riservatezza che governano il procedimento di mediazione – non può essere individuato nello stesso giudice chiamato a decidere la controversia²⁹. Il giudice-mediatore prescelto deve, comunque, essere dotato delle stesse competenze e della professionalità di ogni altro magistrato, affiancate da una specifica formazione sui principi e sulle tecniche di mediazione.

I giudici specializzati del Delaware hanno commentato con positività i rilievi empirici che sono emersi nel corso della sperimentazione con riferimento

²⁷ In argomento, v. DOUGLAS, *Multi-Door Courthouse – Therapeutic Justice Adds to Prescriptions for Problems*, in *Dispute Resolution*, 9, 1999-2000, 9 ss.; NELSON, *ADR in the Federal Courts--One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public*, 17, *Ohio St. J. Disp. Resol.* 1, 2001-2002, 1 ss.

²⁸ Per una panoramica sulla diffusione del sistema di *Court Annexed Mediation* negli USA cfr. RACK JR., *Thoughts of a Chief Circuit Mediator on Federal Court-Annexed Mediation*, in *Ohio St. J. Disp. Resol.*, 2001-2002, 609; STIPANOWICH, *ADR and the "Vanishing Trial": The growth and impact of "Alternative Dispute Resolution"*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, 1, 3, 2004, 843.

²⁹ Sull'opportunità del coinvolgimento della figura del giudice nel procedimento di mediazione, cfr. ROBINSON, *Adding Judicial Mediation to the debate about judges attempting to settle cases assigned to them for trial*, in *J. Disp. Resol.*, 2006, 335 ss.

alle liti societarie da essi mediate. Essi hanno osservato come la mediazione condotta all'interno del contesto istituzionale del Tribunale determina un miglioramento della qualità del servizio offerto ai cittadini. I vantaggi possono essere molteplici e vanno dalla deflazione del contenzioso al risparmio di spesa, determinato dallo sfruttamento di risorse già presenti all'interno del Tribunale. Ulteriori vantaggi sono stati rintracciati nel fatto che le parti, partecipando alla mediazione nelle aule del Tribunale, nutrono la percezione di accedere ad un procedimento che ha la stessa rilevanza sociale di quello condotto nelle corti di merito. Inoltre, la presenza del giudice trasmette alle parti la garanzia di essere assistite da un soggetto specializzato, in grado di comprendere gli aspetti tecnici della controversia, il quale agisce con un alto senso di scrupolo nell'onorare la funzione pubblica che è chiamato a svolgere³⁰.

Alla luce delle esperienze descritte, il modello della *Courthouse* appare, sicuramente, un esempio interessante dal quale il nostro paese potrebbe trarre interessanti spunti per l'avvio, seppur cauto e debitamente coltivato, di riforme di carattere strutturale del sistema giustizia.

5. La specializzazione del giudice come fattore d'incentivo alla diffusione della pratica della mediazione .

Analogamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti, l'offerta di giustizia che il nostro paese è in grado di offrire alle imprese può divenire qualitativamente più elevata se le novità introdotte dai recenti interventi normativi saranno correttamente impiegate.

Il legislatore, attraverso l'introduzione di Sezioni specializzate in materia d'impresa (ai sensi dell'art. 2, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), ha riservato la figura di un giudice specializzato per tutte quelle controversie tra imprenditori che in ragione del loro elevato grado di complessità tecnica necessitano l'impiego di un sapere specifico. Tali controversie sono sinteticamente identificabili in tre gruppi di materie: quello della proprietà industriale (e affini), delle controversie "societarie" relative a società di capitali e cooperative e dei contratti pubblici di appalto ove sia parte una società di capitali o una cooperativa.

È opportuno ricordare che l'introduzione delle sezioni specializzate ha sol-

³⁰ Così STRINE, "Mediation Only" Filing in the Delaware Court of Chancery: Can New Value Be added by one of America's Business Court?, in *Duke L. J.*, 2003, 53.

levato alcuni entusiasmi e perplessità tra i primi commentatori e attende che vengano sciolti nodi di carattere concettuale e tecnico che, considerata la loro ampiezza, non possono essere affrontati in questa sede ³¹.

La stessa figura del giudice specializzato è stata oggetto di alcune resistenze concettuali, relativamente ai suoi presupposti e ad eventuali limiti di costituzionalità (art. 102 Cost.) ³², nonché per il fatto che la legge non prevede particolari criteri di scelta, che vanno probabilmente desunti dalla carriera del giudice, dalla sua esperienza, dal compimento di studi particolari (ad esempio

³¹ La dottrina ha sollevato critiche innanzitutto in ordine all'utilizzo da parte del legislatore del termine "*Tribunale delle Imprese*", più precisamente con tale nozione si fa riferimento alle sezioni specializzate istituite presso 12 Tribunali, con sede nel capoluogo del Distretto di Corte d'Appello. La novella, dunque, ha istituito delle Sezioni specializzate ed in alcuni casi ha, di fatto, solo modificato quelle già esistenti in determinate sedi giudiziarie.

A titolo esemplificativo, altre criticità sono state sollevate circa l'attuazione di una complessa riforma a "costo zero" che prevede l'impiego degli stessi giudici e personale amministrativo in servizio presso le sezioni ordinarie, sono stati segnalati alcuni dubbi circa la definizione dei criteri di ripartizione organizzativa, la completezza e congruità del catalogo di materie assegnate alla competenza delle suddette Sezioni, il tema dell'aggravio dei costi (contributo unificato triplicato, necessità della domiciliazione legale, spese e tempi di spostamento dei difensori) per i soggetti geograficamente distanti dal relativo ufficio. Per una rassegna sul punto v. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, in Soc., n. 7/2012, 814; MERLIN, *Le "nuove sezioni delle imprese" fra corsie preferenziali e sviluppo del mercato*, su: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/sistemaSocieta/societario/approfondimenti/2013>; PANZANI, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, in Giur. di Merito, 9, 2012, 1786; PILLONI, *Dalle "vecchie" sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale al "nuovo" tribunale delle imprese per la competitività del processo civile*, in Studium iuris, 2012, 11, 1229; SALAFIA, *La Società a responsabilità limitata semplificata ed il tribunale delle imprese*, in Soc., 2012, 152; SANDULLI, *La competenza del Tribunale delle imprese in materia societaria*, cit., 8; SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in Riv. dir. processuale, 2012, 1269 ss.; SCUFFI, *Sezioni specializzate e tutela giudiziaria dell'impresa*, in Dir. e prat. soc., 2007, 34 ss.; TENAGLIA, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, in Corriere giur., n. 2/2012, 75.

³² Su questo argomento cfr. ANDRIOLI, *Rilevanza costituzionale della nozione di sezione specializzata*, in Giur. cost., 1961, 6, 1540. Secondo la dottrina maggioritaria è pacifico che il giudice assegnato alle sezioni specializzate è un giudice ordinario che svolge le sue funzioni all'interno del medesimo ufficio articolato sulla base di una attribuzione tabellare in una determinata materia. Così, TENAGLIA, *L'istituzione del Tribunale delle imprese*, cit., 79.

pubblicazioni scientifiche sulla materia)³³.

Tuttavia, l'elemento controverso non sembra essere rappresentato dall'alternativa tra specializzazione sì o specializzazione no, a tal proposito la risposta è certamente positiva nella misura in cui la specializzazione è seriamente attuata. È necessario, dunque, comprendere come il giudice specializzato può favorire in concreto un mutamento delle modalità con le quali le controversie tra imprese possono essere trattate³⁴.

Appare utile, in proposito, riprendere quanto veniva affermato dalla dottrina già ai tempi della riforma del diritto societario, allorquando nel tentativo di fornire suggerimenti sui contenuti della legge delega, gli studiosi convenivano sull'opportunità che la materia commerciale e fallimentare fosse riservata ad una giustizia professionale per mezzo di giudici dotati di specifiche competenze³⁵. A ciò si aggiungeva un'indicazione sulla metodologia di gestione

³³ Sul punto CARPI, *La specializzazione del Giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 3, 2013, 1009; NARDECCHIA, *La specializzazione del giudice civile*, in www.movimentoperlagiustizia.it, 2002; PAGNI, *Competenze e specializzazioni*, in *Tutela dei diritti e "sistema ordinamentale"*, Atti del 6° convegno nazionale S.I.S.Di.C., 31 marzo/1-2 aprile 2011, Napoli, 2012, 387 ss.; RORDORF, *La professionalità dei magistrati: specializzazione ed avvicendamento*, in *Foro it.*, Mag. 2013; RORDORF, *Giudici per il mercato o mercato senza giudici?*, in *Soc.*, 2000, 152.

³⁴ Interessanti spunti di riflessione si rinvengono nel dibattito avviato dalla dottrina americana, cfr. ROCHELLE, *Forums of the future: the role of specialized courts in resolving business disputes*, *Brook. L. Rev.*, 1, 1995; TENILLE-APPLEBAUM-TUCKER NEES, *Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 11: 35, 2010.

³⁵ La creazione delle Sezioni d'impresa non costituisce un'assoluta novità nel panorama giuridico italiano. Senza risalire all'antica figura del Tribunale di Commercio, è sufficiente ricordare che la recente istituzione del Tribunale delle Imprese riprende, sia pure in parte, la filosofia dell'originaria proposta di riforma della giurisdizione in materia societaria, formulata agli inizi di questo secolo dalla c.d. Commissione Mirone (successivamente ripresa anche dalla Commissione Rovelli), non recepita dal testo definitivo delle l. delega n. 366/2001 di riforma del diritto e del processo societario. Tale proposta partiva dall'intenzione di dare vita a un modello di giudice specializzato, stabilmente inserito nella struttura dei tribunali delle città sedi delle Corti d'Appello con una competenza molto ampia in materia societaria, bancaria e finanziaria, di concorrenza, brevetti e segni distintivi dell'impresa, e, con alcune eccezioni, in materia fallimentare e concorsuale. Tale proposta non fu recepita nel corso dell'iter parlamentare di approvazione della legge di riforma del diritto societario (l. n. 5/2003), durante il quale si preferì affidare tutte queste materie alla competenza del giudice ordinario in composizione collegiale. Cfr. *La riforma delle società: la tutela giudiziaria*, atti del Convegno di studi, Alba 20 novembre 1999, in *Soc.*, n. 2/2000. La stessa legge delega prevedeva un significativo intervento normativo in tema di conciliazione e di arbitrato societario, tuttavia il quadro giuridico si presentava ancora

delle controversie tra imprenditori: veniva fortemente consigliato il ricorso in via preliminare a tecniche diverse da quelle decisorie, in virtù dell'introduzione di strumenti processuali conciliativi più snelli rispetto al processo ordinario di cognizione³⁶.

È evidente che quanto la dottrina auspicava circa un decennio fa, oggi, in virtù della combinazione di diversi strumenti normativi, rappresenta una realtà concreta: tutte le cause che per il loro oggetto hanno una rilevante incidenza sul sistema economico sono trattate da un giudice specializzato, il quale in presenza di determinati presupposti può ricorrere ad uno strumento, come la mediazione demandata, attraverso il quale rendere più adeguata, flessibile e celere la risoluzione della lite.

Uno degli aspetti sui quali l'ordinamento può ancora insistere è certamente la valorizzazione della funzione conciliativa del giudice, la quale presuppone che egli sia adeguatamente preparato sugli aspetti psicologici del conflitto ed abbia compreso la natura e l'utilità delle tecniche di risoluzione alternativa

frammentario e discontinuo per poter consentire ai nuovi strumenti di trovare un adeguato utilizzo nella prassi. Sulla conciliazione societaria v. nota 9.

³⁶ Così CONSOLO, in *"Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie"*, in *Corriere giur.*, n. 5/2000, 565, il quale pronunciandosi sui contenuti del progetto di delega per la riforma del diritto societario, affermava la necessità che per le controversie societarie fosse introdotta la possibilità per il giudice di operare un tentativo preliminare di conciliazione. Tuttavia questa non era indicata come la migliore soluzione e veniva auspicato che la norma delegata facesse posto anche e soprattutto ad un *mediatore* scelto fra i *past-presidents* della sezione. Analogamente, PORTALE, *Minoranze di blocco e abuso del voto nell'esperienza europea: dalla tutela risarcitoria al «gouvernement des judges»*, cit., 153 ss., sul tema dell'oppressione delle minoranze azionarie, concludeva in tal senso: «(..) sarebbe più funzionale alle esigenze della società un'apertura a quelle esperienze comparatistiche che conferiscono ai giudici il potere di intervenire nelle controversie tra soci più che con funzioni decisorie, con funzioni mediatriche».

Recentemente anche la riforma della disciplina fallimentare, ad opera del D.lg. n. 5/2006 modificato a più riprese fino al recente d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ha accolto la possibilità di una gestione negoziale della crisi d'impresa: il giudice del fallimento deve confrontarsi con il potere di autonomia privata tra debitore e creditori e si traduce in un'attività di valutazione *in fieri* della fattibilità del concordato preventivo. In questo caso, il ruolo dell'autorità giudiziaria diviene, nel quadro della procedura concorsuale, di tipo funzionale ed è diretto a verificare la sussistenza di quei presupposti secondo i quali l'impresa insolvente possa ricorrere ad uno strumento privatistico che consenta la conservazione delle potenzialità vitali della stessa. In argomento cfr. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano 2011; WELSH, *Integrating "Alternative" Dispute Resolution in Bankruptcy: as simple (and pure) as motherhood and apple pie?*, 11 N. Y., L. J., 2010/2011, 397.

della lite. Com'è stato efficacemente osservato, tale sforzo potrebbe dar vita ad una vera e propria trasformazione culturale all'interno del sistema giustizia che necessita peraltro di specifici percorsi di formazione³⁷.

Inoltre, le stesse esperienze comparatistiche sopra citate ci mostrano come gli altri ordinamenti hanno accolto con grande interesse l'introduzione della figura del giudice specializzato in mediazione ed hanno inaugurato percorsi di formazione aperti alle prospettive di risoluzione alternativa delle controversie. Ciò è avvenuto particolarmente in quei settori, quello della conflittualità tra imprese, in cui è più avvertita l'esigenza che il giudice colga tempestivamente le conseguenze negative sottese ad un'inefficiente gestione giudiziale della lite. Il giudice che ha posto la mediazione tra il ventaglio di soluzioni alle quali ricorrere, ha compreso, infatti, la portata di tale strumento ed ha la consapevolezza dei risvolti economici negativi che il giudizio può avere per l'impresa, in termini di perdita di valore, di competitività e di credibilità sul mercato, i quali insieme alla presenza di complicazioni relazionali sono, spesso, il preludio di un'insanabile crisi d'impresa.

In ottemperanza al principio di realtà, appare utile richiamare l'esperienza intrapresa nel Tribunale di Firenze, Sezione Specializzata in materia d'impresa. Il dato che qui interessa sottolineare è quello delle modalità attraverso le quali le suddette Sezioni hanno messo in opera le risorse di "specializzazione" ai fini del miglioramento della qualità del rapporto tra giustizia e impresa.

Nel corso della sperimentazione avviata presso il Tribunale di Firenze nell'ambito del c.d. *Programma Nausicaa2* e diretta all'implementazione della mediazione delegata all'interno delle corti, un importante impulso è stato offerto proprio dai magistrati del Tribunale delle Imprese, i quali hanno colto con interesse la *sfida* della mediazione e sono giunti a perfezionare un vero e proprio modello avanzato di gestione del contenzioso. Questo si caratterizza per lo sviluppo di un metodo di lavoro innovativo basato sulla combinazione di strumenti processuali tra loro eterogenei. I magistrati hanno ripensato la strategia di azione attraverso un preventivo studio del fascicolo, al fine di giungere già alla prima udienza con un'idea sul se, quando e come emettere provvedimenti (di avvio alla mediazione, come di proposta del giudice ex art. 185-bis c.p.c.). Si sono fatti carico dell'onere di informare correttamente le parti delle caratteristiche del procedimento di mediazione e delle conseguenze

³⁷ In tal senso BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. di Merito*, 2, 2008, 571.

del suo mancato inizio in relazione al processo. Inoltre, i giudici hanno integrato il contenuto dei provvedimenti emessi con i criteri che tengono conto della valutazione di mediabilità della lite. Essi hanno adottato un metodo di classificazione dei dati rilevanti: quali la materia oggetto delle procedure di mediazione, i procedimenti introdotti nelle materie per le quali la mediazione è obbligatoria, prima della causa o nel corso di essa su impulso del giudice che ne abbia rilevato il mancato esperimento; i procedimenti di mediazione demandata dal giudice, gli esiti dei procedimenti. In molti casi, i giudici hanno fatto ricorso all'uso combinato della proposta conciliativa con la mediazione demandata in caso di mancata accettazione della prima. In breve tempo, la prassi ha contagiato tutti gli altri uffici del Tribunale, in particolar modo quelli della sezione III civile specializzata in materia di contratti, il cui ambito di operatività è in stretta continuità con la sezione impresa in ragione dell'affinità delle tematiche trattate.

Una tendenza analoga si è registrata presso il Tribunale delle Imprese di Milano: il Presidente della SSIB Dott.ssa Elena Riva Crugnola, in un recente intervento, ha spiegato le modalità di funzionamento di questo Tribunale, che ha adottato il modello articolato su due sezioni con competenza tabellare in materia di impresa e in altre materie, denominate SSIA e SSIB³⁸. Il funzionamento di tali sezioni si caratterizza, oltre che per la collegialità della fase decisoria che è prevista normativamente (art. 50-bis c.p.c.), anche per le riunioni mensili di ciascuna sezione e bimensili dirette al coordinamento tra le modalità di lavoro delle due sezioni ed alla omogeneità degli indirizzi giurisprudenziali. Inoltre le sezioni, al fine di garantire la conoscenza telematica dei provvedimenti abitualmente redatti in PCT dai giudici della sezione, hanno stipulato un'apposita convenzione sottoscritta dalla Presidenza del Tribunale con l'Associazione Disiano Preite per lo studio del diritto delle imprese che cura la pubblicazione in un apposito sito web di tutte le sentenze ed i provvedimenti resi dalle suddette sezioni.

Analogamente a quanto accaduto presso la sezione impresa fiorentina anche le sezioni milanesi si sono avvalse dell'impiego di collaboratori, per lo più tirocinanti laureati, direttamente impegnati nell'attività tipica del giudice sotto la sua direzione e coordinamento. È stata, così, elaborata una tecnica di redazione dei provvedimenti per punti, considerata molto utile ad evidenziare gli elementi fattuali, i nodi e le ragioni della lite. Tale tecnica è stata agevolata dalla preparazione, sin dalla prima udienza, di una "scheda del processo" via

³⁸ Cfr. RIVA CRUGNOLA, *L'impresa innanzi al Tribunale delle imprese*, cit., 4.

via aggiornata: questa è stata considerata un'attività molto utile ai fini di una trattazione effettiva della causa e nella quale la collaborazione di tirocinanti e stagisti ha contribuito ad aumentare, sensibilmente, il numero di procedimenti definiti e di diminuzione della loro durata ³⁹.

Dopo l'entrata in vigore delle nuove norme introdotte dal decreto "del fare" si è assistito presso questi Tribunali allo sviluppo di una vera e propria giurisprudenza in materia di mediazione, segno tangibile del crescente interesse che i giudici civili stanno manifestando nei confronti della mediazione.

Per quanto riguarda le controversie tra imprenditori, importanti provvedimenti sono stati pronunciati proprio dai giudici specializzati, i quali si sono resi portavoce di soluzioni pratiche innovative, come quelle accolte nelle due ordinanze del 17 e 19 marzo 2014 del Tribunale di Firenze, che hanno tratteggiato in maniera saliente due aspetti che lo stesso Giudice definisce «(...) *due importanti profili da osservare affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguiti (e la condizione di procedibilità verificata)*» ⁴⁰. Nell'ordinanza 21 marzo 2014 del Tribunale di Milano, conformemente alla giurisprudenza del Tribunale di Roma, invece, il Giudice combina due strumenti conciliativi: la proposta conciliativa con la riserva di disporre la mediazione, in caso di mancata accettazione della proposta ⁴¹.

³⁹ Si rinvia sul tema alla relazione di SPERA, *L'utilizzo di tirocinanti e stagisti in affiancamento del giudice civile, come premessa all'istituzione dell'ufficio del giudice civile: un primo bilancio*, 2012 (reperibile sul sito del CSM nella sezione riservata al materiale degli incontri di studio). È interessante osservare come gli elementi di novità diffusamente introdotti dalle recenti riforme, pur non rispondendo ad un esatto criterio di sistematicità, stanno creando un clima molto favorevole ad un concreto cambiamento del panorama giudiziale. Non è un caso che fattori come la specializzazione del giudice e dei suoi collaboratori, l'informatizzazione dei procedimenti e la diffusione telematica dei provvedimenti, il ricorso a programmi di implementazione delle tecniche di ADR rappresentano le basi sulle quali poggia l'efficienza della gran parte delle Business Courts americane. Cfr. TUCKER NEES, *Making a Case for Business Courts: A Survey of and Proposed Framework to Evaluate Business Courts*, in *Ga. St. U. L. Rev.*, 2007, 24, 477; *Ad hoc Committee on Business Courts, Business Courts: Toward a more efficient Judiciary*, in *Bus. Law Rev.*, 1997, 52, 948.

⁴⁰ Consultabile all'indirizzo internet: www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Tribunale_Firenze_ordinanza_17_marzo_2014.pdf.

⁴¹ Consultabile all'indirizzo: http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-mediazione-dopo-il-decreto-del-fare-e-il-giudice_14-04-2014.php con commento di MARINARO, *La mediazione dopo il "decreto del fare" e il giudice: verso meccanismi di risoluzione integrata delle controversie?*

Quanto fin qui descritto ci aiuta a comprendere come il cambiamento del sistema giustizia passa soprattutto attraverso l'importanza strategica del ruolo del giudice. È proprio attraverso i provvedimenti dei magistrati fiorentini che è stato possibile, infatti, costruire la trama dei profili attuativi della mediazione delegata. Ciò è accaduto quando il giudice ha affinato le proprie conoscenze, studiando i principi della mediazione, dialogando con saperi diversi e partecipando criticamente ai tavoli inter-istituzionali, al fine di contribuire con le proprie idee alla costruzione di un nuovo modello di gestione del contenzioso.

Per dirla con le parole di Giorgio Costantino: «la cattedrale della Giustizia è un edificio comune, alla manutenzione e alla modernizzazione del quale tutti hanno titolo per collaborare»⁴². Ecco allora che la diffusione della pratica della mediazione, attraverso il contributo autorevole dell'organo giudicante, è in grado di conseguire un maggior grado di accettazione sociale tra i consociati e allontanare inutili pigrizie concettuali e chiusure corporative.

6. *L'impiego della mediazione demandata per la creazione di un sistema di giustizia plasmato sui bisogni reali delle imprese.*

La possibilità che le controversie che coinvolgono gli imprenditori siano gestite attraverso la mediazione è divenuta, certamente, più ampia in virtù dell'introduzione del secondo comma dell'art. 5, d.lg. n. 28/2010 attraverso il quale il giudice ha il potere di ordinare alle parti di tentare la mediazione. La modifica normativa introduce un fattore di efficienza ed un criterio ordinante nell'ambito delle liti commerciali, poiché consente il superamento di una forma di "incompletezza" del sistema che, a parte i casi di affitto d'azienda e patti di famiglia, non ricomprende tra le controversie passibili del tentativo obbligatorio di mediazione (ai sensi dell'art. 5, comma 1-*bis*) numerose questioni che affliggono il corretto funzionamento degli organismi societari.

Prima dell'integrazione del comma secondo dell'art. 5, le controversie societarie potevano essere trattate in mediazione solo attraverso l'attivazione volontaria del procedimento. Ciò, come è noto, ha determinato uno scarso ricorso a tale procedura poiché, come spesso è accaduto nella prassi, le parti pur potendo ricorrere volontariamente alla mediazione si sono rivelate in proposi-

⁴² Così COSTANTINO, *Considerazioni impolitiche sulla giustizia civile*, in *Questioni giustizia*, n. 6/2005, 1167.

to non sufficientemente informate⁴³.

In virtù delle nuove disposizioni di legge, la mediazione demandata rappresenta un nuovo strumento da collocare a tutti gli effetti nella “cassetta degli attrezzi processuali” dalla quale il giudice attinge nell’esercizio delle sue funzioni. Si tratta anche in questo caso di una mediazione obbligatoria in cui l’avvio del procedimento non è prescritto dalla legge ma dal provvedimento del giudice e costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Successivamente al provvedimento che dispone la mediazione, infatti, alla prima udienza utile, il giudice verifica che la procedura di mediazione sia stata effettivamente avviata dalle parti. Quest’ultime non possono semplicemente rifiutarsi di prender parte alla mediazione, ma possono soltanto far valere un impedimento che sorge da questioni ostative⁴⁴. Il potere del giudice di disporre la mediazione, ai sensi dell’art. 5, comma 2, d.lg. n. 28/2010, può essere incluso nei poteri di *governance* giudiziale ai sensi dell’art. 175 c.p.c.

L’invio delle parti in mediazione rappresenta un valido strumento di gestione ponderata del ruolo attraverso il quale il giudice, una volta esaminate le caratteristiche delle controversie sottoposte alla sua attenzione, organizza la sua attività processuale selezionando i casi in cui è opportuno disporre la mediazione.

La “valutazione di mediabilità” della lite è diretta ad integrare la motivazione del provvedimento di invio (c.d. “punti di motivazione” o p.d.m.) e riguarda prevalentemente la natura della controversia, la relazione tra le parti, il loro comportamento, i costi ed i tempi connessi all’istruzione della causa⁴⁵.

⁴³ Cfr. PAGNI, *La mediazione nelle controversie commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3/2011.

⁴⁴ Cfr. T. Firenze, sez. II civ., 19 marzo 2014, con commento di MARINARO, *Dal tribunale di Firenze arriva un convinto sostegno alla mediazione civile*, in *Norme e Tributi*, 24 marzo 2014; LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, reperibile su www.judicium.com.

⁴⁵ Gli elementi che il giudice deve tenere in considerazione nel formulare il giudizio di mediabilità della lite sono stati efficacemente individuati da HOPT-STEFFEK, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, cit., 21. Questi sono: «1. *The nature of the dispute*; 2. *the merits of the case*; 3. *The extent to which other settlement methods have been attempted*; 4. *Whether the costs of alternative dispute resolution would be disproportionately high*; 5. *Whether any delay in setting up and attending alternative dispute resolution would have been prejudicial*; 6. *Whether alternative dispute resolution offers a reasonable prospect of success*». Gli autori osservano come in Olanda e in Germania le corti sono solite sottoporre alle parti un questionario diretto a stimolare una riflessione sulle caratteristiche della lite e sulle loro attitudini personali e interesse a

Per quanto riguarda le controversie societarie, appare utile elencare i presupposti che il giudice dovrebbe tenere opportunamente in considerazione nel momento in cui effettua la valutazione di mediabilità della lite. I fattori sono molteplici, primo fra tutti la natura del contratto che lega le parti nell'ambito di una relazione destinata a proiettarsi nel tempo. Il contratto di società avendo come obiettivo lo svolgimento in comune di un'attività rinviene la sua garanzia di durevolezza nel grado di fluidità del rapporto tra i soci. Quest'ultimi, finché hanno un valido interesse a rimanere uniti, si spingono alla ricerca di nuove e migliori condizioni per la prosecuzione della relazione contrattuale, procedendo a ripetuti e fisiologici momenti di negoziazione degli elementi del loro sodalizio. L'operatività di tale meccanismo rappresenta la principale strategia per rispondere in tempi rapidi ai repentini mutamenti delle condizioni interne ed esterne all'impresa, mantenendone alto il livello di competitività.

Tuttavia, l'insorgere di un conflitto rappresenta inevitabilmente un fattore di disturbo al corretto funzionamento della macchina societaria, trasmette alle parti uno stato d'animo negativo, annichilisce le capacità collaborative e comunicative necessarie per procedere ad una valutazione ponderata delle soluzioni da porre in atto.

Quando le parti si lasciano sopraffare dal conflitto è d'uso che esse scelgano di delegare il loro problema al giudice. Come osservato in precedenza, l'organo giudicante possiede, però, limitati poteri di adeguamento delle condizioni fissate dal contratto, i rimedi processuali concessi dall'ordinamento sono esigui e tendono ad appiattirsi sul modello della tutela risarcitoria alla quale si accompagna un'intrinseca difficoltà nel provare i fatti posti a fondamento della pretesa.

L'ottica avversariale del giudizio cristallizza la posizione dei confliggenti su piani distanti e contrapposti che, tendenzialmente, coincidono con le posizioni assunte negli atti introduttivi del giudizio e che di fatto impediscono una più profonda riflessione sulle opportunità che possono scaturire dalla conservazione del vincolo negoziale.

Può accadere, infatti, che le parti in conflitto non hanno intenzione di risolvere *tout court* il loro rapporto, ma piuttosto di modificare le condizioni

partecipare alla mediazione. All'interno del *test* le parti sono chiamate a soffermarsi sui seguenti punti: «a) *See a possibility of reaching a reasonable solution*; b) *are interested in a quick resolution*; c) *have to deal with the other party/parties frequently*; d) *would like a suitable solution which they can influence themselves*; e) *see the underlying problem also as a question of a breakdown in communication*; f) *think that mediation could solve other conflicts with the other party/parties*; h) *wish to save considerably on (legal) cost*».

fissate in partenza poiché si sono verificati dei cambiamenti del contesto economico in ragione del quale vi è l'esigenza di effettuare nuovi investimenti e procedere ad una ridefinizione della struttura aziendale o dell'organizzazione interna⁴⁶. In questo caso l'oggetto della lite si concentra sulle modalità concrete attraverso le quali procedere alla modifica dei termini dell'attività, quest'ultima, però, si ritrova esposta ad un rischio di stallo che aumenta in maniera direttamente proporzionale all'aumentare della distanza delle posizioni dei soci.

Un ulteriore presupposto che il giudice deve tenere opportunamente in considerazione è rappresentato dal trascorrere del tempo e dal conseguente rischio che il contenzioso determini una perdita di valore economico per l'impresa, determinato da un dispendio di risorse e di energia produttiva e dal conseguente rallentamento, o nei casi peggiori, dall'interruzione dell'attività produttiva, con ripercussioni negative per tutto l'indotto economico (ritardo nel pagamento dei fornitori e degli altri creditori, ritardo nella retribuzione dei dipendenti).

Ancora, il giudice deve tenere in considerazione la perdita di redditività degli investimenti: le parti di una lite societaria spesso hanno investito nell'impresa ingenti risorse economiche e personali. Per le società che non emettono azioni e non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio i finanziamenti dei soci rappresentano la principale fonte di sostentamento dell'impresa, questa leva economica è destinata a divenire sempre più esigua man mano che l'impresa è piegata dal peso della gravosa macchina processuale. A ciò si aggiunge il dato frequentemente emergente della incapacità risarcitoria dei patrimoni dei convenuti rispetto ai danni subiti dal ceto creditorio.

Infine, ulteriori ripercussioni negative si producono anche con riguardo all'immagine e alla credibilità dell'impresa la quale può subire, altresì, un danno derivante dalla divulgazione di informazioni sensibili nel corso di un giudizio. Viceversa, la mediazione è un procedimento improntato ai canoni della riservatezza (ai sensi degli artt. 9 e 10, d.lg. n. 28/2010), essa è paragonabile ad una sorta di "*Black Box*" in virtù della quale tutto ciò che viene detto dalle parti in mediazione resta in tale sede⁴⁷.

L'opportunità che il giudice disponga la mediazione è determinata, altresì,

⁴⁶ Sul tema dell'adeguamento dei contratti d'impresa in funzione del mutamento del contesto economico cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Milano, 2007.

⁴⁷ In argomento BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, reperibile su www.judicium.it.

da una pluralità di fattori che attengono alla struttura del processo.

Com'è noto, questo è destinato a terminare con la pronuncia della sentenza che rappresenta la soluzione fornita dal giudice al conflitto. Tuttavia, questa giunge in un momento temporalmente successivo quando il conflitto tra le parti si è oramai radicato e difficilmente è possibile ripristinare comportamenti cooperativi tra gli associati.

Diversamente, l'invio delle parti in mediazione interviene in un momento antecedente a quello in cui viene formulata la decisione giudiziale che risolve il caso. È consigliabile che la mediazione sia disposta nelle prime fasi del processo, quando ancora non si è verificato un grosso dispendio di attività processuale ed il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione inforcando occhiali diversi da quelli del giudizio, che consentono di mettere a fuoco le ragioni profonde del conflitto e le opzioni di uscita dallo stesso per il proseguimento nell'iniziativa imprenditoriale comune.

In sede di mediazione, inoltre, non vigono le rigide preclusioni disposte dalle norme processuali e l'attenzione può essere liberamente estesa a fatti emersi successivamente alla instaurazione della lite e non introdotti nel processo. Ciò potrebbe agevolare l'individuazione, in sede conciliativa di una soluzione che definisca il conflitto, nel suo complesso, mentre la sentenza conclusiva del procedimento civile potrebbe definire solo un aspetto parziale della lite⁴⁸.

Alla luce di queste valutazioni, il vantaggio che la mediazione può apportare alle imprese in termini di risparmio dei costi, tempi e incertezze connesse alla definizione giudiziale della lite è evidente. A ciò bisogna aggiungere un valore ulteriore che appartiene esclusivamente alla mediazione ed è rappresentato dalla possibilità di individuare la "migliore soluzione al conflitto".

Attraverso la mediazione si aprono le porte di uno scenario del tutto diverso dal giudizio, diretto ad una migliore realizzazione dell'interesse delle parti e alla conservazione dello spirito associativo che le ha ispirate al momento dell'ingresso in società. Il confronto mediato mira a depurare la carica di conflittualità, dando libera voce alle idee, passioni, ansie, bisogni e aspettative dei protagonisti della vicenda, con l'obiettivo di far emergere una possibile zona di contatto che riavvicini i rispettivi interessi. Le parti confrontandosi responsabilmente possono divenire più consapevoli delle logiche che governano il

⁴⁸ Così, T. Milano, sez. IX civ., ord., 29 ottobre 2013 (est. G. Buffone), *Mediazione ex officio: la "nuova" mediazione delegata dopo il decreto del fare*, consultabile all'indirizzo: <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/9652.pdf>.

loro rapporto e del contesto economico e relazionale in cui sono immerse ⁴⁹. Per raggiungere questo livello di comprensione è necessaria la riattivazione di un flusso di informazioni diretto a colmare le eventuali asimmetrie, a riordinare i concetti per aprire la strada a nuove prospettive di legame.

Per convincerci di ciò, può essere utile una breve digressione sul significato etimologico del termine *logos* (il cui significato oscilla tra “ragione”, “discorso” interiore ed esteriore e “parola”) ⁵⁰. È stato efficacemente osservato come esso conservi un doppio significato: il verbo *lego* indica le due azioni del parlare e del mettere insieme, del disporre le cose secondo un ordine razionale e, dunque, dello scegliere. L’etimologia dimostra come in uno stesso termine coesistano due valori intimamente connessi e straordinariamente potenti. La parola consente il passaggio dall’ignoto alla conoscenza e consente all’individuo di compiere quell’atto di scelta che è una diretta espressione del principio di autonomia privata ⁵¹.

La mediazione persegue il fine alto che di porre al centro gli individui: nell’ottica delle relazioni d’impresa, ciò è perfettamente in linea con quella dottrina economica che ha dimostrato quanto contano le persone per il successo dell’iniziativa comune. Secondo questa corrente di pensiero l’impresa, prima ancora che come ente economico plasmato per il mercato, viene ad esistere come una dimensione relazionale, nella quale i sentimenti ed i comportamenti tipicamente umani reggono le sorti della relazione economica alla

⁴⁹ Nel caso di una relazione commerciale tra imprese che operano in uno stesso settore, nulla esclude che i litiganti possano individuare, in sede di mediazione, nuove possibili ipotesi di collaborazione, pianificare investimenti futuri, ripartire fette di mercato e distribuire in maniera più equa le risorse e la clientela.

⁵⁰ Così *Enciclopedia Italiana Treccani*, Roma, 1934, voce: *Logos*.

⁵¹ Per una suggestiva riflessione sul potere che hanno le parole nel condizionare le relazioni tra soggetti. Cfr. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Bologna, 2010, 110-111 e 15-16. L’Autore efficacemente osserva: «le parole nascondono un potere diverso e superiore rispetto a quello di comunicare, trasmettere messaggi, raccontare storie. L’idea, cioè, che abbiano il potere di produrre trasformazioni». (...) «Le parole perdono significato perché consumate da usi impropri, eccessivi o anche solo inconsapevoli. Per restituire senso e dignità alle parole è necessario smontarle e controllare cosa non funziona, cosa si è rotto, cosa ha trasformato meccanismi delicati e vitali in materiali inerti. E dopo le parole bisogna montarle di nuovo, per ripensarle». (...) «Così le parole smontate e rimontate possono darci una nuova comprensione della nostra esperienza: possono dare un senso nuovo al nostro passato, al presente e al futuro, a quello che sappiamo, che crediamo e che vorremmo».

stregua di tutte le altre relazioni tra individui ⁵².

7. Considerazioni conclusive.

La giurisdizione, così come tradizionalmente concepita, è diretta ad un controllo della conflittualità dei consociati e rinviene nell'irreversibilità della cosa giudicata il tratto conclusivo del giudizio. La decisione, quale prodotto del complesso *iter* procedimentale, si eleva al di sopra dei configgenti e svolge una funzione correttiva indirizzando e contenendo i comportamenti delle parti per mezzo di regole generali e astratte.

Il mondo delle imprese, tuttavia, si rivela sempre meno bisognoso delle forme rigide e dei tempi lunghi del processo, reclamando una giustizia efficiente dove la rapidità e la flessibilità sono elementi imprescindibili nella scelta dei modelli cui rivolgersi per dirimere le possibili controversie.

Per le società una decisione stabile e certa, ma che interviene in un momento successivo in cui l'impresa ha perso ogni funzione vitale, non può considerarsi soddisfacente. Esse necessitano di un intervento tempestivo che offra un rimedio nel momento in cui l'organismo societario è ancora in grado di reagire.

La mediazione è uno strumento rapido, ma il suo impiego non è meramente deflattivo, un espediente per sgomberare velocemente il tavolo dei giudici dei numerosi fascicoli che lo affollano. Essa apre la strada ad una riflessione più profonda che abbraccia le potenzialità generative che il conflitto ha dentro di sé per dirigere le parti verso la scoperta di soluzioni migliorative della loro relazione ⁵³.

⁵² Il riferimento è agli studi di SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, 1759; SEN, *Etica ed economia*, Bari, 2006; RAWLS, *Il liberalismo ed i limiti della giustizia*, Milano 1994; KEYNES, *Prospettive economiche per i nostri nipoti*, in *La fine del laissez-faire e altri scritti*, Torino, 1991. I sentimenti che coinvolgono gli scambi tipicamente commerciali fanno parte di quello che gli economisti moderni definiscono il capitale sociale. Nel significato ristretto del termine, per capitale sociale si intendono le relazioni interpersonali, le organizzazioni sociali e la fiducia radicate nella società civile. Per un'ampia sintesi della letteratura sul capitale sociale e le performance economiche si veda DURLAUF, FACHAMPS, *Social Capital*, in AGHION e DURLAUF (a cura di), *Handbook of Economic Growth*, 1, 1639.

⁵³ Il conflitto come opportunità è la tesi posta a fondamento della c.d. Mediazione Trasformativa i cui padri fondatori sono BUSH e FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2004.

Questo convincimento deve pervadere innanzitutto il giudice e condurlo, tramite la sua autorevolezza e capacità professionali, a comprendere in quali casi è opportuno restituire centralità al ruolo dell'autonomia dei privati. La nobiltà della funzione dell'organo giudicante non si rinviene unicamente nell'idoneità al giudicato della decisione, ma anche in un'attività valutativa diretta a comprendere le ragioni concrete della lite e in base alle quali appare opportuno l'impiego di un rimedio diverso dalla soluzione giudiziale. Ciò, per quanto riguarda il diritto delle società, non significa sposare teorie economiche liberiste dirette ad affermare un arretramento della tutela giurisdizionale come fattore di disturbo del processo economico. Il ricorso all'autonomia privata, infatti, agisce ad integrazione di quanto già previsto dalle regole di diritto e non mira a sostituirsi ad esse.

L'impiego della mediazione demandata consente di costruire un modello di giustizia in cui l'ambizione naturale del giudizio non è solo quella di giungere necessariamente alla produzione di una sentenza, ma dove il giudice svolge una funzione centrale nel restituire ai privati ciò che ad essi è sempre appartenuto, ovvero la loro autonomia⁵⁴.

Se questa evoluzione culturale è in grado di radicarsi definitivamente nel nostro paese, il fatto che la giustizia, intesa come proporzione e utilità del rimedio, apra definitivamente le aule dei Tribunali a soluzioni extra-giurisdizionali delle liti appare un passaggio del tutto naturale⁵⁵.

⁵⁴ Vanno nello stesso senso le riflessioni di VIETTI, *La fatica dei giusti*, Milano, 2011, 158-160. Una conclusione sostanzialmente analoga si rinviene in, *Alternative dispute resolution: judicial mediation*. By Louise OTIS Justice, Court of Appeal, Quebec, Canada, 59 ss. 1st, *European Conference of Judges*, "Early settlement of disputes and the role of judges", Organized by the Council of Europe in co-operation with the Consultative Council of European Judges (CCJE), 24-25 November 2003– Strasbourg, reperibile su: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/meetings/Conferences/Litiges/Actes_en.pdf.

Dove si legge: «Because of the scarcity of resources, the realization of the adverse dynamics of conflict and the efficiency crisis affecting judicial institutions, whenever possible, people are reclaiming the power to resolve their disputes. Rather than a sign of loss of legitimacy of the judicial norm, this new alternative system reflects a democratic renewal. The fact that judges – guardians of societal order and democratic values – participate with the community in the transformation of the classical system of civil justice bears witness to the reduction of the distance between judicial and social matters, and that society, better understood, will be better served».

⁵⁵ Per avvalorare queste conclusioni sono preziose le parole di ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, 28 ss. Il quale afferma, a chiare lettere, il necessario superamento della funzione dei giudici quali passive "bocche della legge". L'Autore sottolinea che «la giustizia non può prescindere dal confronto con l'altro e con la vita comune».

Bibliografia

- BELCREDI, *Corporate Governance, aperture della compagine sociale e soluzione delle controversie*, in *Stato e Mercato* n.61 aprile 2001.
- BRAZIL W.D., *Should Court- Sponsored ADR Survive?*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 21, 2006, N. 2.
- BUSH- FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2004.
- CARR C., Jencks R., *The privatization of business and commercial dispute resolution: a misguided policy decision*, in *Kentucky Law Journal*, Volume 88, N. 2, pp. 183- 243 (1999-2000).
- CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Quest. Giust.*, 2000, p. 610.
- DE PALO, COMINELLI L., *Crisis of Courts and the Mediation Debate: The Italian Case*, electronic copy, <http://ssrn.com/abstract=2230916>
- DI FEDERICO, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*, Bologna, 2005, consultabile sul sito www.irsig.cur.it.
- DOUGLAS A., *The Impact of Mediation on State Courts*, in *Ohio St. J. Disp. Resol.* 627 (2001-2002).
- ENRIQUES, *Do Corporate Law Judges Matter? Some evidence from Milan*, in *European Business Organization Law Review*, 2002, p. 765 ss.
- FUNKEN K., *Comparative Dispute Menagement: Court- connected mediation in Japan and Germany*, in 3 *German Law Journal* (2002).
- GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008.
- GANZFRIED J. J., *Bringing business judgment to business litigation: mediation and the settlement in the federal court of Appeals*, 65 *GEO. WASH. L. REV.* 531 (1997).
- GIACOMELLI, PALUMBO, *Giustizia civile e funzionamento dell'economia*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, n.2/2011, pp. 7-16.
- GOLDBERG, SANDER & ROGERS, *Dispute resolution: Negotiation, Mediation, and other processes* (3.ed ed. 1999).

Fare giustizia è quindi andare cercando nelle vicende concrete della vita e non il trovare un concetto, un'idea astratta».

HESS B., *Mediation Judges' in Germany: Mutual Interference of EU Standards and National Developments*, in *Civil Litigation in China and Europe. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* Volume 31, 2014, pp 185-194.

HERO K., *Dispute resolution by Courts and Dispute resolution in court. Partners or rivals?* In Onati Socio- Legal series, v.1, n. 9 (2011)

HOFMANN, *Mediation in Germany and the United States*, in EJLR 2007, 505-51.

HOPT- STEFFEK, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 2012.

JOHNSON- MC MILLAN- WOODRUFF, *Courts and relational contracts*, in 18 *Journal of Law, Economics and Organization*, 2002, p. 221 ss.

KAYE, *Business Dispute Resolution – ADR and beyond: an opening statement*, 59 ALB L. REV. 835 (1995).

LAEVEN- WOODRUFF, *The quality of the legal system, Firm Ownership and Firm Size*, in 89 *Review of economics and statistics*, 2007, pp. 601 ss.

LUCARELLI P., *Crescita imprenditoriale e strategia relazionale. La mediazione insegna*. In *Mediazione e progresso*. CONTE- LUCARELLI (a cura di), Milano, 2013.

LUPOI M. A., *Le novità processuali dell'estate 2013*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., fasc. 1, 2014, p. 325.

NOLAN H., *Court Mediation and the Search for Justice through law*, 74 WASH. U. L. Q 47 (1996).

MACEY J. R., *Courts and Corporations: a comment on coffee*, Columb. L. Rev. 1989.

MARCHESI D., *L'inefficienza della giustizia civile: conseguenze sull'economia*, in Cassese S. e G. Galli (a cura di), "L'Italia da semplificare. Le istituzioni", Bologna, 1998.

MARTELLO M., *Il Giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna*, reperibile su www.judicium.it.

Mc GOVERN F., *Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation*, 53 U. Chi. L. Rev., 440, 1986.

PECKHAM R.F., *A judicial response to the cost of litigation: case management, two- stage discovery planning and alternative dispute resolution*, in Rutgers L. Rev. 253, 1984- 1985.

POUGET S., *Arbitrating and Mediating Disputes. Benchmarking Arbitration and Mediation Regimes for Commercial dispute related to foreign direct investment*, World Bank, Washington, DC., 2013.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC) and EUROPA UNIVERSITY VIADRINA (Frankfurt), *Commercial Dispute Resolution. A Comparative Study of Resolution Procedures in Germany*, Oder, 2005.

RIVA CRUGNOLA, *L'impresa innanzi al Tribunale delle imprese*, intervento effettuato nel corso della Giornata Europea della giustizia civile dedicata al rapporto tra giustizia e impresa, *I diritti dei cittadini fra le crisi dell'impresa e della giustizia*, Milano 25 ottobre 2013.

ROCHELLE, *Forums of the future: the role of specialized courts in resolving business disputes*, *Brook. L. Rev.*, 1, 1995

ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

STEMPEL J. W., *Two Cheers for Specialization*, in 61 *Brook. L. Rev.* 67, 1995.

STRINE, "Mediation Only" Filing in the Delaware Court of Chancery: Can New Value Be added by one of America's Business Court?, in 53 *Duke L. J.* 2003.

TENILLE-APPLEBAUM-TUCKER NEES, *Getting to Yes in Specialized Courts: The Unique Role of ADR in Business Court Cases*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 11: 35, 2010.

VACCARI M., *Media- conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, www.judicium.it.

VELLA F., *La cornice, le regole, i mezzi*, *Rivista di Storia economica*, a. XXVIII, n. 1 aprile 2012.

VIETTI M., *La fatica dei giusti*, Milano, 2011

WISSLER R.L., *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, in *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 271 (2011)

WOOD D.P., *Generalist Judges in a specialized world*, in 50 *S.M.U. L. Rev.* 1755, (1996-1997)

YOUNGER, *Effective Representation of Corporate Clients in Mediation*, 59 *ALB L. REVIEW*, 951- 52, (1995).