

COMMENTARIO ROMANO AL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTO DA
FLORIANO D'ALESSANDRO

VOLUME I

IL PROCESSO COMMERCIALE
E L'ARBITRATO SOCIETARIO



PICCIN

COMMENTARIO ROMANO AL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

**DIRETTO DA
FLORIANO D'ALESSANDRO**

PIANO DELL'OPERA

VOLUME I

IL PROCESSO COMMERCIALE E L'ARBITRATO SOCIETARIO

VOLUME II (IN 3 TOMI)

COMMENTO AGLI ARTICOLI 2325-2545 OCTIESDECIES C.C.

VOLUME III

I REATI E GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI SOCIETARI

INDICE DEL VOLUME I

Parte prima

IL PROCESSO COMMERCIALE (Giorgio Costantino)

Titolo I - Nuove norme di procedura

1. I precedenti
2. I rapporti con la legge delega
3. Il contesto normativo
- Art. 1. Ambito di applicazione
4. L'ambito di applicazione
 - 4.1. Le controversie in materia societaria
 - 4.2. Le controversie in materia di intermediazione finanziaria
 - 4.3. Le controversie in materia bancaria e creditizia tra banche e tra queste e associazioni di consumatori
 - 4.4. Le controversie in materia di credito alle opere pubbliche
 - 4.5. Le controversie in materia di proprietà industriale
 - 4.6. L'opzione per il rito commerciale
 - 4.7. I procedimenti incidentali al processo esecutivo.
Cenni sul fallimento
 - 4.8. La dichiarazione di inefficacia dei provvedimenti cautelari
 - 4.9. La connessione di cause e la prevalenza del rito
5. La giurisdizione e la competenza
6. La riserva di collegialità
7. I rapporti con la disciplina ordinaria
8. Il mutamento di rito

Titolo II Capi I – II Artt. 2 – 18 Il procedimento di primo grado davanti al tribunale

1. Il nuovo modello di processo a cognizione piena
- Art. 2. Contenuto dell'atto di citazione
2. Art. 2: l'atto introduttivo. La notificazione e gli effetti della domanda
 - 2.1. Il *dies a quo* per la durata ragionevole del processo
 - 2.2. Il contenuto dell'atto di citazione e i requisiti di validità
 - 2.3. L'abbreviazione dei termini e i rapporti con il procedimento per ingiunzione
- Art. 3. Costituzione dell'attore
3. Art. 3: la costituzione dell'attore e la formazione del fascicolo d'ufficio
- Art. 4. Comparsa di risposta
- Art. 5. Forme e termini della costituzione del convenuto
4. Artt. 4-5: la comparsa di risposta e la costituzione del convenuto
 - 4.1. Il contenuto dell'atto
 - 4.2. La fissazione all'attore di un termine per replicare e la chiamata di terzi
 - 4.3. La costituzione del convenuto
- Art. 6. Memoria di replica dell'attore
- Art. 7. Repliche ulteriori
5. Artt. 6-7: gli ulteriori scritti difensivi
 - 5.1. I processi con pluralità di parti
- Art. 8. Istanza di fissazione di udienza
- Art. 9. Contenuto dell'istanza di fissazione di udienza e termine per il deposito in cancelleria
- Art. 10. Effetti della notificazione dell'istanza di fissazione di udienza
- Art. 11. Istanza congiunta di fissazione di udienza
6. Art. 8 – 11: l'istanza di fissazione dell'udienza
 - 6.1. La legittimazione
 - 6.2. Le condizioni e i presupposti
 - 6.3. Il contenuto
 - 6.4. La valutazione dell'ammissibilità
 - 6.5. Gli effetti
 - 6.6. L'omessa e la tardiva presentazione: l'estinzione del processo
- 6.7. L'istanza congiunta. La decisione con ordinanza delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito: rinvio
- Art. 12. Designazione del giudice relatore e decreto di fissazione dell'udienza
- Art. 13. Contumacia dell'attore e del convenuto; rilevanza dell'inammissibilità di allegazioni, istanze, istruttorie e produzioni documentali
7. Art. 12 - 13: la fissazione dell'udienza
 - 7.1. Il giudice «relatore»
 - 7.2. La preparazione dell'udienza
 - 7.3. La fissazione della data dell'udienza
 - 7.4. L'invito alle parti a comparire personalmente
 - 7.5. L'indicazione delle questioni bisognose di trattazione e di quelle rilevabili d'ufficio
 - 7.6. L'ammissione delle prove ed il deferimento del giuramento suppletorio
 - 7.7. Gli incidenti
 - 7.8. La nullità della notificazione della citazione, della citazione e della notificazione degli atti successivi
 - 7.9. I vizi della costituzione in giudizio: la verifica della legittimazione processuale
 - 7.10. La verifica della legittimazione processuale nelle azioni di responsabilità
 - 7.11. L'integrazione del contraddittorio e l'intervento *jussu judicis*
 - 7.12. La contumacia e la tardiva costituzione delle parti
 - 7.13. L'interruzione del processo

- 7.14. La dichiarazione di estinzione del processo
- Art. 14. Interventi autonomi
- Art. 15. Intervento adesivo dipendente
8. Artt. 14 - 15: gli interventi volontari
 - 8.1. La legittimazione e la forma
 - 8.2. L'incidente sull'ammissibilità degli interventi
 - 8.3. I poteri del titolare di situazione giuridica dipendente
 - 8.4. Cenni sull'intervento del pubblico ministero
- Art. 16. Udienza di discussione della causa
9. Art. 16: l'udienza di discussione e la decisione della causa
 - 9.1. La mancata comparizione delle parti
 - 9.2. L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione
 - 9.3. Il mutamento di rito
 - 9.4. I rapporti con il decreto di fissazione d'udienza. La discussione della causa e il rinvio dell'udienza
 - 9.5. La trattazione della causa
 - 9.6. L'ammissione dei mezzi di prova
 - 9.7. La decisione della causa
 - 9.8. La decisione con ordinanza delle questioni pregiudiziali di rito e delle questioni pregiudiziali di merito
- Art. 17. Notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento
10. Art. 17: le comunicazioni e le notificazioni
- Art. 18. Rinvio alle norme relative al procedimento davanti al collegio
11. Capo II. Art. 18: il processo al tribunale in composizione monocratica

Titolo II Capo III Art. 19 – Il procedimento sommario

- Art. 19. Ambito di applicazione. Procedimento
1. Capo III. Art. 19. Il procedimento sommario. Premessa
 - 1.1. L'ambito di applicazione
 - 1.2. L'attuazione del contraddittorio
 - 1.3. I provvedimenti
 - 1.4. I rimedi

Titolo II Capo IV - Il processo di appello

- Art. 20. Forma dell'appello
- Art. 21. Interventi in appello
- Art. 22. Inattività delle parti
1. Capo IV. Artt. 20 - 22: il processo di appello. L'atto introduttivo
 - 1.1. «Le specifiche censure»
 - 1.2. Il procedimento
 - 1.3. Gli interventi

Titolo III La tutela cautelare

- Art. 23. Provvedimenti cautelari anteriori alla causa
- Art. 24. Provvedimenti cautelari in corso di causa e giudizio abbreviato
1. Titolo III. Artt. 23 – 24. La tutela cautelare
 - 1.1. L'attenuazione della strumentalità della tutela cautelare
 - 1.2. La revoca degli amministratori delle s.r.l. nell'ambito dei giudizi di responsabilità
 - 1.3. Le altre novità della disciplina del procedimento cautelare *ante causam*
 - 1.4. Il giudice competente
 - 1.5. Il «giudizio abbreviato»
 - 1.6. Condizioni e presupposti
 - 1.7. Rapporti tra cautela e merito

Titolo IV Artt. 25 – 33 I procedimenti in camera di consiglio

- Art. 25. Forma dell'atto introduttivo e giudice competente
- Art. 26. Forma ed efficacia del provvedimento
- Art. 27. Reclamo
1. Capo I. Artt. 25 – 27: disposizioni generali
- Art. 28. Fissazione dell'udienza per l'audizione della parte
2. Art. 28: il procedimento «in confronto di una parte sola»
- Art. 29. Ambito di applicazione
3. Art. 29: l'ambito di applicazione
- Art. 30. Fissazione dell'udienza e notificazione alle parti resistenti
- Art. 31. Pronuncia con decreto
4. Artt. 30 - 31: il procedimento «in confronto di più parti»
- Art. 32. Prosecuzione del procedimento nelle forme del rito ordinario
5. Art. 32: i rapporti con la tutela a cognizione piena
- Art. 33. Ambito di applicazione
6. Art. 33: l'ambito di applicazione

Parte seconda

ARBITRATO SOCIETARIO, ARBITRAGGIO GESTIONALE E CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE (Giovanni Cabras)

Introduzione

1. I conflitti nell'ambito delle società
2. Formule preventive di soluzione dei conflitti e modalità di *enforcement*
3. Autonomia privata nelle controversie d'impresa e regole organizzative
4. Fondamento del potere decisionale e criteri di imputazione

5. Struttura triadica nella soluzione dei conflitti
6. Giustizia "alternativa" nella giurisdizione ordinaria e forme processuali di diritto privato
7. Modelli decisionali e non decisionali per la composizione delle dispute
8. Concorrenza e sussidiarietà nelle forme private di giustizia
9. Esigenze di maggiore apertura verso il mercato.

Titolo V Dell'Arbitrato

1. Autonomia privata come fondamento dell'arbitrato
2. Partecipanti all'attività sociale come parti del patto compromissorio
3. Nuove prospettive per l'istituto arbitrale
4. I problemi dell'arbitrato nelle società
5. Ambito di applicazione della nuova disciplina: arbitrato derivante da una clausola compromissoria; arbitrato internazionale
6. Modelli arbitrali rituale ed irrituale; arbitrato societario tipicamente rituale
7. Tipi di società cui si applica la nuova disciplina
8. Decorrenza della disciplina sull'arbitrato societario; regime transitorio
9. Arbitrato di diritto comune e forza espansiva della novella
10. Esclusività dell'arbitrato societario
11. Clausole preesistenti non conformi al sistema di etero-nomina degli arbitri
12. Arbitrato societario e giudizio ordinario; il fantasma della giurisdizione speciale
13. L'arbitrato nelle società cooperative: rapporto associativo e prestazione mutualistica

Art. 34 – Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie

1. Preclusione per l'arbitrato nelle società "aperte"
2. Forma della clausola compromissoria: introduzione, soppressione e modificazione
3. Diritto di recesso dei soci assenti o dissenzienti
4. Successione dei sistemi di giustizia sociale
5. Criteri per la nomina degli arbitri: margine di scelta per le parti ed instaurazione del rapporto fiduciario
6. Preclusione per i collegi arbitrali endosocietari; il collegio dei probiviri
7. Conferimento del potere di nominare gli arbitri: la *appointing authority*; sorte delle clausole prive di tale indicazione o con criteri nulli di nomina
8. Procedimento di nomina degli arbitri; omissione della *appointing authority* o contestazione dei suoi poteri
9. Ambito dell'autonomia privata ed arbitrato societario; arbitrato *ad hoc* ed amministrato
10. Efficacia soggettiva della clausola compromissoria: la situazione prima della riforma
11. Vincolatività della clausola per la società e per i soci
12. Efficacia della clausola per amministratori, liquidatori e sindaci
13. Soggetti non vincolati al patto compromissorio ed estensione convenzionale del sistema di giustizia sociale
14. Vicende della società e sorte della clausola compromissoria; assoggettamento della società ad una procedura concorsuale
15. Limiti oggettivi all'arbitrato societario: i criteri di selezione delle controversie compromettibili
16. (Segue): natura sociale del rapporto controverso e delimitazione convenzionale della competenza arbitrale; responsabilità di amministratori e sindaci
17. Controversie su diritti indisponibili o che possono coinvolgere terzi; impugnazione di deliberazioni assembleari
18. Nullità della società o di operazioni straordinarie; impugnazione del bilancio di esercizio
19. Controversie in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero
20. Violazione dei limiti statuari alla circolazione delle partecipazioni sociali ed altre questioni derivanti da negozi relativi ad esse
21. La disponibilità dei diritti in materia societaria

Art. 35 – Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale

1. Carattere "inderogabile" della nuova disciplina ed autonomia privata
2. Questioni di costituzionalità per la nuova disciplina
3. Pubblicità della domanda nell'arbitrato societario
4. Parti del giudizio ed interventi di altri soggetti: delimitazione delle questioni proponibili
5. Intervento degli altri soci e dei terzi: tipi di intervento e legittimazione
6. Limite temporale e modalità per gli interventi di soci e terzi
7. Tutela cautelare dinanzi al giudice ordinario in presenza di clausola compromissoria statutaria
8. Potere degli arbitri di sospendere l'efficacia di deliberazioni sociali
9. Decisione su questioni incidentali
10. Svolgimento dell'arbitrato societario: regolamentazione convenzionale e concentrazione delle impugnazioni di deliberazioni assembleari
11. Efficacia del lodo e rimedi avverso ad esso
12. Pubblicità dei provvedimenti arbitrali

Art. 36 – Decisione secondo diritto

1. Funzione della norma
2. Presupposti per la decisione secondo diritto: cognizione di questioni incidentali su diritti indisponibili.
3. (Segue): controversie sulla validità di deliberazioni assembleari
4. Ammissibilità del giudizio di equità nelle controversie in materia di società
5. Disposizioni per gli arbitrati internazionali
6. Inammissibilità dell'arbitrato societario secondo un diritto straniero

Art. 37 – Risoluzione di contrasti sulla gestione di società

1. Rimedi per il rischio decisionale nella prassi internazionale delle *joint ventures*: le situazioni di *deadlock*
2. La novella ed i conflitti nell'amministrazione di tipo personale delle società
3. Questioni di legittimità costituzionale, criteri direttivi di delega ed ambito di applicazione della norma
4. Forma e contenuto della clausola statutaria
5. Criteri di nomina del terzo o dei terzi e requisiti per l'incarico
6. Svolgimento del procedimento per risolvere le dispute gestionali e decisione del terzo
7. Vincolatività della decisione: poteri e ruolo del terzo nella gestione della società
8. Riesame della decisione davanti ad un collegio ed impugnazione in sede giudiziaria
9. Decisione di compiere atti illegittimi: responsabilità degli amministratori e del terzo
10. Natura giuridica del procedimento di *deadlock*
11. Funzione dell'istituto nel sistema di amministrazione delle società

Titolo VI Della Conciliazione stragiudiziale

1. Composizione volontaria dei conflitti nei rapporti d'impresa
2. Conciliazione giudiziale e stragiudiziale nell'esperienza italiana
3. Sistemi "alternativi" di risoluzione delle controversie: i modelli di ADR
4. Procedura di *mediation* e funzione del terzo neutrale
5. La conciliazione nella riforma del diritto societario; ambito di applicazione della nuova disciplina
6. Problemi e prospettive della mediazione nel nostro ordinamento
7. La regolamentazione della mediazione nella Unione Europea
8. Tutela degli interessi come alternativa volontaria alla tutela dei diritti; posizione delle parti, nonché funzione dei professionisti e dei giudici
9. Diritti indisponibili e questioni componibili con la conciliazione stragiudiziale
10. Mediazione degli interessi e *class action*
11. Esercizi di legislazione sulla mediazione in relazione al processo civile

Art. 38 – Organismi di conciliazione

1. Sistema di gestione per l'attività di conciliazione: gli "organismi di conciliazione"
2. Registro degli organismi di conciliazione e requisiti per la loro iscrizione
3. Conciliazione amministrata dagli organismi di conciliazione e possibilità di scelte alternative; tipizzazione normativa di altri organismi
4. Requisiti di professionalità ed onorabilità dei conciliatori; codice di comportamento
5. Attività degli organismi di conciliazione, nonché rapporto con le parti litiganti ed i conciliatori
6. Rapporto fiduciario nella conciliazione: scelta dell'organismo e del conciliatore
7. Responsabilità per l'attività di conciliazione
8. Conciliazione delegata dall'autorità giudiziaria

Art. 39 – Imposte e spese. Esenzione fiscale

1. Agevolazioni fiscali per le conciliazioni stragiudiziali
2. Determinazione delle tariffe per gli organismi di conciliazione
3. Procedimenti conciliativi "tipo *low cost*" e riflessi per i professionisti

Art. 40 – Procedimento di conciliazione

1. Processualizzazione della conciliazione stragiudiziale ed autonomia privata
2. Convenzioni di conciliazione stragiudiziale: tipi di vincolo ed efficacia; gli effetti processuali
3. Approvazione del patto di conciliazione ed introduzione della clausola statutaria
4. Istanza di conciliazione: contenuto ed effetti
5. Nomina del conciliatore: imparzialità ed indipendenza
6. Svolgimento del procedimento: regolamento di procedura e principio di riservatezza; il principio del contraddittorio
7. Modelli di conciliazione e controllo delle parti sul procedimento
8. Verbalizzazione del procedimento conciliativo ed attestazione del suo esito; rilevanza della mancata conciliazione
9. Efficacia del verbale di conciliazione e formazione del titolo esecutivo con l'omologazione dell'autorità giudiziaria
10. Composizione delle controversie ed *enforcement* dell'accordo conciliativo

Osservazioni conclusive

1. Menu *à la carte* nei sistemi di giustizia con tre indici di diversità.
2. Criterio di assoluta riservatezza sulle soluzioni adottate ed assenza di motivazione
3. Criterio di approssimazione: dalla logica aristotelica a quella *fuzzy*
4. Contesto delle controversie: giustizia generale e "particolare"
5. L'*appointeur de procès* per un'efficace integrazione e competizione dei sistemi di giustizia

Bibliografia

Indice analitico

CONTESTO DELLE CONTROVERSIE: GIUSTIZIA GENERALE E “PARTICOLARE”

Nel campo dei sistemi privati di giustizia, la distinzione tra sistemi decisionali e volontari non sempre è così netta, come sembrerebbe in via di principio. Nell'arbitraggio gestionale, la vincolatività della decisione adottata dal terzo è una mera opzione statutaria e nella mediazione l'accordo conciliativo è frutto unicamente della libera volontà delle parti non più litiganti (al massimo, può esservi un apporto propositivo del mediatore).

L'assenza di iussum nel terzo, come è possibile nell'arbitraggio gestionale e come avviene necessariamente nella mediazione, sembra rendere meramente eventuale la soluzione del conflitto, richiedendosi la volontà (assolutamente libera) delle parti coinvolte, a differenza della giurisdizione statale e dell'arbitrato, ipotesi nelle quali la procedura sfocia in una decisione vincolante. Ciò non impedisce, però, che le une e le altre ipotesi si presentino, anche nella prospettiva tradizionale della giustizia, come meri sistemi di gestione dei conflitti: che vi sia o no, la effettiva composizione della concreta situazione conflittuale dipende – anche nei sistemi vincolanti di giustizia – dalla posizione dei soggetti coinvolti e dai loro interessi. Infatti, molto spesso non basta una sentenza, dotata di esecutività, per far cessare le divergenze tra le parti e far riprendere tra di esse le relazioni interrotte dalla lite.

D'altro canto, la composizione del conflitto ottenuta con i sistemi vincolanti o con quelli non vincolanti di giustizia solo apparentemente realizza il medesimo risultato per le parti coinvolte.

Non si esclude che in pratica le parti litiganti accettino di risolvere con la mediazione il loro conflitto, nella prospettiva di raggiungere, con l'ausilio del terzo neutrale, la medesima soluzione che, con costi maggiori e con tempi assai più lunghi, avrebbe potuto essere pronunciata da un giudice (o da un arbitro). Tuttavia, la funzione dei sistemi non vincolanti di giustizia e, segnatamente, della mediazione è tipicamente altra; infatti, la volontarietà dell'accordo conciliativo consente di raggiungere con esso una pluralità di soluzioni – ed è il terzo indice di diversità che si presenta nei sistemi privati di giustizia, con la “contestualizzazione” del suo esito – anche oltre la semplice applicazione di norme giuridiche.

Non intendo così riferirmi alla possibilità di utilizzare, per la decisione di una controversia, l'equità al posto del diritto positivo (eventualità che, come già notato, è ammessa pure nella giurisdizione statale, quando non siano coinvolti diritti indisponibili). Intendo, invece, sottolineare come nella mediazione le parti siano piene artefici della procedura e dell'esito conciliativo, anche per la sua attuazione, con una forma diversa di giustizia.

In fondo, la pluralità delle forme di giustizia è già nell'insegnamento di Aristotele, che nell'Etica Nicomachea distingueva, in estrema sintesi, la giustizia distributiva e quella commutativa (secondo la bipartizione della tradizione aristotelica e tomistica), alle quali si aggiungeva – anche se solitamente è trascurata dai commentatori di Aristotele – la giustizia come reciprocità, che bene esprime la soddisfazione reciproca dei bisogni, in concreto, tra le singole persone.

Qualcosa di analogo si verifica nella composizione delle controversie con la mediazione di un terzo: una procedura triadica, volta a consentire alle parti litiganti, con l'ausilio del mediatore, di rendere giustizia a se stesse, nel contesto delle loro relazioni e dei reciproci effettivi interessi.

È proprio la contestualizzazione a differenziare in modo sostanziale la mediazione dalla giurisdizione (statale ed anche arbitrale), ossia la giustizia generale, con cui è pronunciato lo ius (non importa se il diritto positivo o l'equità), riguardo sì ad un caso concreto, ma con la necessaria affermazione della regola generale, applicabile perciò ad ogni analogo caso. L'altra (la mediazione), invece, è una giustizia unicamente e intrinsecamente delle parti, con i loro bisogni da soddisfare e nella specifica situazione in cui si trovano in concreto: appunto, una giustizia particolare e per questo, quando si raggiunge l'accordo conciliativo, per esse molto più conveniente.

Che la mediazione sia una giustizia “particolare” non sminuisce, ma semmai ne esalta la funzione. Quel che le parti litiganti con essa perseguono non è soltanto la soddisfazione del proprio individuale tornaconto (obiettivo che, peraltro, è presente pure nella giustizia, quantomeno civile, resa dall'autorità giudiziaria o dagli arbitri), ma la ricerca di un tornaconto comune, componendo i vari interessi in gioco e soprattutto ricucendo le relazioni interrotte dal conflitto.

Con quanto qui esposto, a conclusione del commento agli artt. 34-40 del d. lgs. n. 5/2003, non voglio mostrare la superiorità di una forma di giustizia rispetto alle altre, ma soltanto evidenziarne le diversità, sotto vari aspetti, con un pluralismo, di cui devono potersi avvalere, nel modo più ampio, gli interessati. Mi piace, comunque, manifestare, di fronte alle note difficoltà ed alle lentezze della giustizia generale nei tempi attuali, una personale preferenza per la giustizia “particolare”, secondo i principi della sapienza guicciardiniana.

L'APPOINCTEUR DE PROCÈS PER UN'EFFICACE INTEGRAZIONE E COMPETIZIONE DEI SISTEMI DI GIUSTIZIA

Tra le due forme di giustizia dianzi indicate (generale e particolare) c'è una alternatività, senza alcuna preclusione: dall'una si può passare all'altra e viceversa. Infatti, se la mediazione non ha successo, le parti litiganti devono poter ricorrere al giudice (o ad un arbitro); parimenti, nel corso del processo, in qualunque sua fase, le stesse parti devono poter risolvere in modo conciliativo la controversia.

La seconda alternativa può presentarsi anche come conciliazione delegata su sollecitazione del giudice, dando luogo ad una sorta di outsourcing per rispondere meglio alle esigenze delle parti.

Il ricorso alla mediazione nel corso di un processo davanti all'autorità giudiziaria è visto sovente come un modo per deflazionare il carico dei giudici: è una configurazione alquanto riduttiva della mediazione, ma assai efficace per il suo sviluppo, come dimostra l'esperienza della mediation negli Stati Uniti, a metà degli anni Settanta del secolo scorso, con i programmi federali di rinvio delle cause alle ADR.

Al riguardo, non si insisterà mai abbastanza sull'importanza che, per l'operatività della mediazione, ha l'impulso dell'autorità giudiziaria, con riferimento alle controversie davanti ad essa proposte, al fine di comporle in un modo "alternativo" e più soddisfacente per le parti litiganti, indirizzandole davanti ad un mediatore professionale. Parlo di impulso, ossia di sollecitazione discrezionale del giudice, davanti al quale sia pendente la causa e che valuti la questione controversa e la posizione delle parti rispetto ad essa; al contrario, hanno scarsa efficacia (e forse sono pure controproducenti) le prescrizioni normative, quali i tentativi obbligatori di conciliazione, previsti sovente nel nostro ordinamento giuridico come condizione di procedibilità del processo. Inoltre, la composizione della lite deve poter essere rimessa ad un mediatore professionale, siccome il giudice investito del potere giurisdizionale su una determinata controversia solitamente è inidoneo – non già per incapacità personale, ma solo per la posizione assunta nel processo – a svolgere con successo la funzione mediatrice nella medesima controversia.

È evidente allora che tra sistemi decisionali e non decisionali di giustizia c'è uno stretto legame: la mediazione e le ADR sono sì forme alternative alla giurisdizione statale, ma anche complementari ad essa, come ritengo emerga dall'accostamento – nella disciplina processuale della riforma societaria – del processo societario ai tre istituti qui commentati (l'arbitrato, per risolvere in modo decisorio le controversie; l'arbitraggio, per superare le situazioni di stallo decisionale nella gestione delle società; e la conciliazione stragiudiziale, per comporre in modo amichevole le controversie).

In tal modo, pubblico e privato possono integrarsi e combinarsi per una maggiore funzionalità della giustizia. In questa prospettiva pure i difetti della giurisdizione statale (complessità dei riti, lunga durata dei processi, rigidità di soluzioni) offrono opportunità per la composizione conciliativa dei conflitti. Ciò è illustrato già nel grande affresco rinascimentale di François Rabelais, con una rappresentazione ironica della mediazione a quei tempi: "l'histoire de l'appointeur de procès".

Vi si narra la storia di Perrin Dendin e di suo figlio Tenot. Il primo, «homme honorable, bon laboureur, bien chantant au letrain, homme de credit, et aagé», sistemava tutte le liti del circondario ed era invitato a tutte le feste, sempre per operare qualche conciliazione («pour faire quelque appointement»). Anche il figlio, Tenot Dendin, volle mettersi a conciliare i processi, ma non riusciva mai ad appianare una lite e dava la colpa alla malvagità dei suoi contemporanei, finché il padre gli spiegò il suo metodo di mediazione, consistente nell'individuare il momento per intervenire (aspettare che i litiganti fossero allo stremo, avessero esaurito citazioni ed istanze, avessero consumato tutti soldi e non avessero più questioni da sollevare) e nel far bere insieme le parti come simbolo di riconciliazione e di accordo perfetto, con buon vino del luogo (chiamato dai tavernieri "vin d'appointation", vino di conciliazione).

È una soluzione paradossale, ma l'appointeur de procès mostra come già a quei tempi la composizione volontaria delle controversie richiedesse il possesso di doti professionali, nonché l'impiego di forme procedurali e metodologie idonee allo scopo. Così François Rabelais ci insegna tuttora come i sistemi di giustizia possano essere plurimi, integrandosi felicemente l'autonomia privata con la giurisdizione pubblica.

Oggi, la giustizia deve essere sempre più plurale (non pluralista), non solo per rispondere meglio al criterio di adeguatezza delle forme di giustizia (adeguatezza rispetto alle situazioni concrete ed agli interessi sostanziali delle parti in conflitto), ma soprattutto per assicurare, secondo il principio comunitario di concorrenza e secondo la tendenza alla globalizzazione dei mercati, la competizione delle forme di giustizia (giustizia statale e giustizia convenzionale; forme decisionali di giustizia e forme non decisionali; giurisdizione italiana e altre giurisdizioni nazionali; e così via), nella prospettiva di un mercato globale per la composizione dei conflitti in materia civile.

L'abrogazione degli artt. 1 – 33 riguarda soltanto i processi iniziati dopo l'entrata in vigore della nuova normativa.

Le «norme di procedura», quindi, continueranno ad applicarsi nei processi già iniziati, vuoi in primo grado, vuoi in sede di impugnazione.

Il processo a cognizione piena

Nella Relazione che accompagnava lo schema di legge delega per la riforma del codice di rito, poi altrimenti realizzata, si legge che «si tratta, in sostanza di un meccanismo che fa leva sulla responsabile valutazione dei difensori e che stimola alla completezza degli scritti difensivi – senza rigidamente imporla *ab externo*, come le attuali preclusioni – nella dialettica tra le parti: così tutelando l'interesse ad una sollecita decisione e impedendo che la parte a ciò interessata possa far prevalere il suo intento dilatorio. (...) il ruolo del giudice viene potenziato sottraendogli incumbenti meramente routinari ed affidandogli quello di “impostare” l'udienza con il decreto di fissazione e di gestirla con pienezza di poteri».

Appare, quindi, ragionevole dubitare che il nuovo modello processuale costituisca una rottura con la tradizione e con le tendenze in atto in altri ordinamenti.

Senonché, in considerazione del vizio genetico più volte segnalato, sarebbe stato ragionevole aspettarsi che su di esso si fossero ricercati consensi. Invece è stato presentato come ideologicamente caratterizzato, insinuando il sospetto che ogni critica avesse, a sua volta, una caratterizzazione ideologica.

Sarebbe stato auspicabile che fosse tecnicamente ineccepibile.

Se l'obiettivo era quello di anticipare la riforma generale del processo civile, in funzione di una razionalizzazione del sistema, affinché l'attenzione potesse essere orientata sul conflitto sostanziale, piuttosto che sulle forme e sui modi per risolverlo, occorre constatare che il *pasticcaccio brutto di via Arenula* lo ha mancato.

Nonostante ciò, gli interpreti e gli operatori debbono comunque utilizzare il nuovo modello processuale, che, prescindendo dall'enfasi con la quale è stato presentato, si presta ad essere inserito nel solco della tradizione scientifica e legislativa del sistema e delle tendenze in atto in altri ordinamenti.

Occorre, quindi, accantonare ogni valutazione sulla bontà o sulla opportunità delle scelte legislative, rilevanti esclusivamente in funzione di eventuali dubbi di legittimità costituzionale, e tentare di verificarne l'effettivo funzionamento.

Il procedimento sommario

Non sono di immediata percezione le esigenze in funzione delle quali è stata prevista la introduzione di un altro modello di procedimento a cognizione sommaria. E comunque appare opportuno prescindere: la valutazione di tali esigenze rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore ed è quindi sottratta al sindacato di costituzionalità ai sensi dell'art. 28 l. 11.3.1953, 87. Occorre prendere atto che, come sono previste diverse tecniche processuali per la tutela contro le discriminazioni sessuali e razziali, altrettanto diverse tecniche processuali sono operanti per la tutela dei crediti inerenti i rapporti indicati nell'art. 1 d.lgs. 17.1.2003, 5.

Questo procedimento avrebbe dovuto essere alternativo non soltanto alla cognizione ordinaria, ma anche alla tutela cautelare [...].

L'appello

Non era considerata l'eventualità di una modifica dei giudizi di impugnazione. Nonostante ciò, gli artt. 20, 21 e 22 dettano nuove regole per il giudizio di appello.

Queste consistono nella necessità della indicazione di «specifiche *censure*», in luogo degli «specifici motivi» di cui all'art. 342 c.p.c.; nella espressa previsione della inammissibilità in caso di omissione; nel collegamento della improcedibilità dell'appello, per la mancata o per la tardiva costituzione dell'appellante di cui all'art. 348 c.p.c., alla istanza dell'appellato tempestivamente costituitosi; nella estensione della legittimazione all'intervento ai titolari di situazioni giuridiche dipendenti; nella previsione della cancellazione della causa dal ruolo nel caso di mancata comparizione delle parti.

La tutela cautelare

Per quanto riguarda la tutela cautelare *ante causam*, l'art. 23 del decreto

- esclude l'onere di iniziare il giudizio di merito per i «provvedimenti d'urgenza» e per gli «altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito»;
- esclude che, per i provvedimenti della specie indicata, l'estinzione del giudizio di merito determini l'inefficacia del provvedimento cautelare;
- impone la liquidazione delle spese, anche in caso di accoglimento;
- individua nel giudice «che ha provveduto sull'istanza cautelare» quello competente alla revoca e alla modifica del provvedimento nel caso in cui il giudizio di merito non sia stato instaurato;
- specifica che le circostanze che possono essere poste a fondamento della richiesta di revoca e di

modifica possono anche essere anteriori, ma debbono essere state conosciute dopo la pronuncia del provvedimento che si vuole revocato o modificato, ma prima che sia concluso l'eventuale procedimento di reclamo e che incombe all'istante l'onere della prova del momento nel quale ne è venuto a conoscenza;

- rinvia all'art. 669 *novies*, c. 3, c.p.c. per quanto riguarda l'inefficacia del provvedimento cautelare conseguente al mancato versamento della cauzione e al rigetto nel merito della domanda;
- rinvia all'art. 669 *terdecies* c.p.c. per quanto riguarda il reclamo «contro tutti i provvedimenti»;
- individua il *dies a quo* nella «comunicazione» del provvedimento;
- specifica che il *tribunale* può sempre assumere informazioni e acquisire nuovi documenti e che è esclusa la rimessione al primo giudice;
- stabilisce, infine, che «in nessun caso l'autorità del provvedimento cautelare è invocabile in un diverso processo».

La riforma attuata con il d.l. 14.3.2005, 35, convertito con modificazioni con la l. 14.5.2005, 80, ed ancora modificato dalla l. 28.12.2005, 263, e dalla l. 24.2.2006, 52, ha recepito buona parte delle innovazioni, anticipate e *sperimentate* nelle materie indicate dall'art. 1 del d.lgs. 17.1.2003, 5 [...].

I procedimenti in camera di consiglio

In ogni caso, la domanda si propone con ricorso «*da depositare nella cancelleria del tribunale del luogo dove la società ha la sede legale*»: è eliminata ogni ipotesi di competenza autonoma del presidente del tribunale, nonché la possibilità di determinare la competenza per territorio in riferimento alla sede effettiva, ancora rilevante, invece, nell'ambito delle procedure concorsuali. Il procedimento si conclude con decreto reclamabile, nonché modificabile e revocabile in presenza «*di nuovi presupposti di fatto*», se di rigetto, e «*in presenza di nuove circostanze*», se di accoglimento.

Il procedimento «*in confronto di una parte sola*» non richiede assistenza tecnica, è affidato a un giudice monocratico, implica l'audizione della parte soltanto se il giudice «*ne ravvisi l'opportunità*» o se la chieda il pubblico ministero. Quello «*in confronto di più parti*» richiede la rappresentanza di un difensore, è attribuito al collegio, innanzi al quale si svolge l'udienza in contraddittorio tra le parti.

Questa disciplina si aggiunge, senza modificarla, a quella di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

Tanto nell'un caso, quanto nell'altro, non si tratta di procedimenti incidenti su diritti o *status*, verso i quali, invece, si era orientata l'attenzione nel corso del dibattito che ha preceduto la legge delega. Si era discusso, infatti, delle ipotesi nelle quali, in materia societaria e concorsuale, è prevista la applicazione del procedimento camerale a materie contenziose. [...]

Poiché la classificazione legislativa ha una portata precettiva e non meramente descrittiva, l'inserimento di una fattispecie nell'uno o nell'altro elenco appare fonte di conseguenze che trascendono la *certezza applicativa*.

Giorgio Costantino