

**Giuliana Romualdi (\*)**

## **Il ruolo del conciliatore nella conciliazione stragiudiziale in materia societaria**

**(art. 40, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003)**

**Sommario: § 1. Introduzione - § 2. Conciliazione facilitativa e valutativa - § 3. Il modello accolto dall'art. 40, 2° comma, d.l.gs. 17 gennaio 2003, n. 5 - § 4. Conclusioni.**

1. L'art. 40, 2° comma, del d.lgs. n. 5/03, **(1)** sulla definizione dei procedimenti in materia di diritto societario, rivoluziona il ruolo del conciliatore, così come fino ad oggi era stato concepito nel nostro ordinamento, e ci fornisce lo spunto per alcune riflessioni sulle due forme di conciliazione più conosciute, la conciliazione facilitativa e la conciliazione valutativa.**(2)**

Il 2° comma dell'art. 40 prevede che, se le parti non raggiungono un accordo, il procedimento di conciliazione si conclude con una proposta del conciliatore, rispetto alla quale ciascuna delle parti indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Tali posizioni, documentate nel verbale di fallita conciliazione, sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (art. 40, 2° e 5° comma **(3)**

Se si esclude l'art. 69 bis comma 6 del d.lgs. n. 29/93 (così come modificato dal d.lgs. n. 80/98), che, per le controversie di lavoro di cui all'art. 68, d.lgs. n. 29/93 **(4)**, prevede che il collegio costituito presso l'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, fallito il tentativo di conciliazione, formuli una proposta per definire bonariamente la risoluzione della controversia, le altre disposizioni presenti nel nostro ordinamento che disciplinano procedimenti di conciliazione non ammettono mai una tale possibilità **(5)**, e ci presentano il conciliatore come quel terzo, imparziale e neutrale, che attraverso il dialogo, aiuta le parti a raggiungere un accordo che tenga conto degli interessi e delle aspirazioni di entrambe. **(6)**

2. Il modello sopra descritto, in cui il conciliatore non propone alcunché alle parti ma le ascolta e le guida nella risoluzione della controversia, viene definito come "conciliazione facilitativa" (*facilitative mediation*), ed è da molti ritenuto il modello tradizionale di conciliazione **(7)**, il modello migliore perché assicura risultati più duraturi essendo l'accordo frutto delle parti della controversia. Il conciliatore fa domande alle parti, facilita la comunicazione tra le stesse, ricerca gli interessi sottostanti le posizioni assunte nella lite, ed assiste le parti nel trovare ed analizzare le possibili soluzioni, ma non dà loro consigli o suggerimenti **(8)**.

La facilitativa è una procedura ben strutturata: diverse sono le fasi del procedimento, che può svolgersi anche in più incontri, e che possono essere così brevemente riassunte **(9)**: dopo aver illustrato il proprio ruolo e gli scopi della conciliazione, il conciliatore invia le parti ad esporre le proprie posizioni, iniziando dalla parte che ha attivato la conciliazione. Ascoltate attentamente le parti, il conciliatore ripete i passaggi più importanti della loro esposizione, concentrandosi in particolare modo sui punti fondamentali, esponendoli nel modo più neutrale possibile (la c.d. *parafraasi*). Successivamente le parti vengono ascoltate separatamente in sessioni private: è il momento in cui il conciliatore cerca di cogliere gli interessi sottostanti alle pretese delle parti, le condizioni alle quali sono disposte o meno a conciliare. Riformulato il conflitto in termini di interessi, la conciliazione si chiude con la sottoscrizione dell'accordo raggiunto o con il verbale negativo di mancata conciliazione.

Fino alla fine degli anni '70, l'unico stile di conciliazione praticato e conosciuto negli USA era quello facilitativo.

Negli anni '80 nasce e si sviluppa la "conciliazione valutativa" (*evaluative mediation*) **(10)**.

L'attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione: egli può influenzare, più o meno formalmente, la decisione delle parti, fino ad intervenire con delle vere e proprie proposte per la soluzione della lite, guardando più al diritto che agli interessi sottostanti **(11)**. Il conciliatore aiuta le parti a comprendere i punti di forza e di debolezza delle loro posizioni, fa una valutazione del possibile esito della controversia in un eventuale successivo giudizio, per questo motivo è consigliabile che il conciliatore sia esperto di diritto ed utilizzi le sue conoscenze per elaborare una proposta di accordo che le parti sono libere di accettare o meno **(12)**. Per far ciò il conciliatore dovrà anche conoscere con largo anticipo i documenti depositati dalle parti, studiare attentamente il caso e la soluzione migliore dello stesso **(13)**.

Prevalentemente utilizzata per le controversie a contenuto patrimoniale, la conciliazione valutativa presenta il vantaggio di assicurare alle parti, che ricorrano alla conciliazione con l'auspicio di risolvere la controversia in tempi brevi, di comporre la lite con un accordo che, seppur non sia frutto loro, assicura comunque un'equa composizione della lite in quanto proveniente da un terzo autorevole e neutrale **(14)**.

Il punto debole di questo stile di conciliazione è che la predizione del conciliatore può non essere giusta, soprattutto quando il conciliatore non sia un esperto di diritto.

3. Guardando ora con più attenzione al dettato dell'art. 40, 2° comma ci si accorge che il ruolo del conciliatore rimane quello di terzo neutrale che aiuta le parti a raggiungere una soluzione soddisfacente per entrambe, fino a che lo stesso non ritenga che il tentativo di conciliazione stia miseramente fallendo **(15)**. Soltanto a questo punto il conciliatore svestirà i panni del "facilitativo" per indossare quelli del "valutativo" proponendo alle parti quella che lui ritiene la migliore soluzione della controversia.

Questo è quanto accade -con diversi presupposti- nella pratica nordamericana dove il conciliatore inizia la procedura con un approccio facilitativo della lite ma può, alla luce degli sviluppi della negoziazione, passare alla valutativa dopo aver chiesto alle parti se sono disposte ad accettare una soluzione della lite sulla base di una sua proposta. Ottenutone il consenso, il conciliatore durante le sessioni private definisce, con l'aiuto delle parti, le condizioni alle quali ciascuna è disposta a conciliare.

Nella successiva sessione congiunta, sulla base delle informazioni raccolte, il conciliatore propone una ipotesi di accordo, senza rivelare le diverse posizioni delle parti rispetto ai termini dell'accordo per evitare che una possa sentirsi più vulnerabile dell'altra.

La proposta del conciliatore così formulata non è però vincolante per le parti che possono, anche senza motivo, rifiutarla **(16)**.

Si è addirittura sostenuto che durante una conciliazione possono essere utilizzati tutti i diversi modelli di conciliazione (facilitativa, valutativa, trasformativa e narrativa) **(17)**, secondo la tecnica del *toolkit approach*, perché ogni modello ha delle proprie caratteristiche che possono adattarsi alle diverse fasi della conciliazione, al carattere delle parti, ai loro reali bisogni ed interessi **(18)**.

Ogni conciliazione è diversa dall'altra anche se, per ipotesi, si verta su una stessa materia, perché diversi sono gli interessi delle parti protagoniste della controversia di cui il conciliatore, a differenza del giudice, deve tener conto.

Il conciliatore deve essere allora in grado di valutare, prima ancora della migliore soluzione della lite, il metodo più appropriato alla situazione che si è venuta a creare durante la negoziazione.

4. Diverse sono le critiche che possono essere mosse alla scelta del legislatore di orientarsi verso la conciliazione valutativa, critiche che, in larga parte, ricalcano quelle già mosse dalla dottrina nordamericana **(19)**.

La più ricorrente riguarda la terzietà del conciliatore: il rischio che si corre è quello di far perdere di credibilità alla proposta formulata dal conciliatore, in quanto le parti non avvertano più come imparziale un conciliatore che valuta dopo aver avuto colloqui separati con queste.

Problema diverso, ma non secondario, è quello che riguarda la formazione e preparazione richiesta al conciliatore valutativo rispetto al conciliatore semplice facilitatore.

Ma ancora altri sono i dubbi che il 2° comma dell'art. 40 pone all'attenzione dell'interprete **(20)**.

Ci si chiede, per prima cosa, se sia opportuno che la disciplina normativa prescriva che il conciliatore faccia la sua proposta in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione. Sicuramente il 2° comma dell'art. 40 presenta il non secondario vantaggio di dare alle parti un'ultima *chance* prima della chiusura del procedimento. Ma la conciliazione è uno strumento di risoluzione delle controversie che si regge sul consenso delle parti, che non ha funzionato, e continua non funzionare, in tutti quei casi in cui il tentativo di conciliazione sia previsto come obbligatorio dalla legge **(21)**. Non ci resta che aspettare per valutare l'accoglimento che le parti riserveranno alla proposta di accordo formulata dal conciliatore al quale non hanno chiesto loro di fornire un parere.

Ancora, ci si chiede se nella conciliazione valutativa possano aversi sessioni private, momento irrinunciabile della conciliazione durante le quali la parte, in un colloquio riservato con il conciliatore, esprime i suoi reali interessi, le posizioni sulle quali non è disposta a transigere e le condizioni alle quali è disposta invece a conciliare. Proprio in questo momento il conciliatore raccoglie il materiale utile per la successiva formulazione della proposta, ma ci si chiede se tutto ciò non avvenga in spregio del principio del contraddittorio **(22)**. Tale problema potrebbe essere superato se invece di un solo conciliatore si avessero più conciliatori che lavorano in equipe (la c.d. *co-mediation*) **(23)**, o se la persona del conciliatore non fosse sempre la stessa, se cioè, fallito il tentativo di conciliazione facilitativa, al conciliatore se ne sostituisse un altro che, ricominciando da zero, fosse in grado di formulare una sua proposta basata sui diritti fatti valere dalle parti. In questo caso però sorgono seri dubbi sull'interesse delle parti a perseverare nella procedura.

L'utilizzo di diversi stili secondo le necessità e le opportunità del caso di specie può certamente facilitare il raggiungimento di una soluzione.

Tuttavia non ne vanno sottovalutati i numerosi rischi. Rischi che, a mio giudizio, vale la pena di correre soltanto quando si tratta di tutelare gli interessi di una parte più debole dell'altra (come, ad esempio, il lavoratore nei confronti dell'ente pubblico datore di lavoro nella procedura di cui all'art.69 d.lgs. n. 29/1993), oppure quando siano le parti stesse a chiedere espressamente al conciliatore di formulare un'ipotesi di accordo tenendo conto di ciò che potrebbe decidere il giudice nell'eventuale successivo giudizio **(24)**.

---

(\*) Giuliana Romualdi è dottoranda di ricerca in diritto processuale civile presso l'Università di Bologna. Svolge attività didattica presso la cattedra di diritto processuale civile dell'Università di Siena. Con il prof. Remo Caponi è autrice de *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, in "la via de la conciliazione". Editoriale IPSOA.

(1) D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria*,

nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Sull'adesione del legislatore al modello di conciliazione valutativa v. R. Caponi, in R. Caponi – G. Romualdi, *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*, cit.

In argomento v. anche E. Minervini, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia societaria*, in *Le società*, 2003, p. 657 e ss.; G. Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); A. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 18.

**(2)** La nozione di *facilitative ed evaluative mediation* si deve a L. L. Riskin, *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*, 12 *Alternative to High Cost Litigation*, 111, 111 (1994); Id. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 *Harv. Negotiation J. Rev.* 7, 23, 24 (1996). Cfr. anche E. A. Waldman, *Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, in 48 *Hostings L. J.* 1997, p.703 e ss., che individua tre modelli di conciliazione definiti "norm-generating", "norm-educating" e "norm-advocating". Secondo l'autrice il modello *norm-generating* corrisponde alla nozione tradizionale di conciliazione, v. p. 708.

Merita qui ricordare che nei paesi di *common law* si distingue tra *conciliation* e *mediation*: nella prima il terzo imparziale aiuta le parti a comunicare tra di loro, mentre nella seconda il ruolo del terzo è più attivo potendo proporre alle parti un'ipotesi di accordo; la conciliazione inoltre presenterebbe un procedimento meno formalizzato rispetto alla mediazione, in argomento v. M. B. Shane, *The Difference Between Mediation and Conciliation*, 50 *Disp. Resol. J.* 31 (July 1995). Spesso però i due termini vengono utilizzati come sinonimi. Nel nostro ordinamento, tuttavia, è opportuno utilizzare il termine "conciliazione" ogni volta che si vuol fare riferimento alla procedura per la risoluzione delle controversie, rischiandosi altrimenti di fare confusione con il contratto di mediazione disciplinato dall'art. 1754 cc. e dall'art. 2 L. n.39/89, in questo senso v. M. Perrini, *Metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *La conciliazione*, a cura di P. Bernardini, Milano, 2001, p. 7 e ss., specie p. 9.

**(3)** Art. 40, 2° comma: "Il procedimento di conciliazione, ove le parti non raggiungano un accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione".

Cfr. il testo dell'art. 40, 2° comma, nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei ministri il 30 settembre 2002, in cui non era precisato che la proposta dovesse essere formulata dal conciliatore.

**(4)** Si tratta delle controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 29/93, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4 dello stesso articolo, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte.

**(5)** Cfr. gli artt. 183,185, 322 c.p.c.; cfr. nella legislazione speciale: art. 2, 24° comma l. n. 481/95 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità); art. 1, 11° comma l. n. 249/97 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisive); artt. 31 bis e 32 l. n. 109/94 (legge quadro in materia di lavori pubblici); art. 10 l. n. 192/98 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive); art. 3 l. n. 281/98 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti).

Le Linee guida Unioncamere per il servizio di conciliazione presso le Camere di Commercio prescrivono al punto 6 che "compito fondamentale del conciliatore è quello di migliorare il dialogo tra le parti facilitando il «loro» accordo, dando suggerimenti – imparziali ed oggettivi- senza alcun potere coercitivo ma solo persuasivo. Rientra tra i suoi compiti indicare anche soluzioni creative al di fuori delle previsioni originarie delle parti."

**(6)** Sull'attività del conciliatore cfr. A. Rossi, voce *Conciliazione*, I (*dir. proc. civ.*), *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 2.

**(7)** Cfr. S. Yorsz, *A Mediator's Style Can Make a Difference in the Result of Your Mediation*, in [www.bipc.com](http://www.bipc.com).

**(8)** Z. D. Zumeta, *Styles of mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation*, in [www.learn2mediate.com](http://www.learn2mediate.com).

**(9)** Per una completa quanto approfondita ricostruzione delle diverse fasi della procedura di conciliazione v. A. Uzqueda - P. Frediani, *La Conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002, p. 56 e ss.

**(10)** Cfr. S. C. Etchenson, *Transformative Mediation: A New Current in The Mainstream*, in *Policy Studies Journal*, 27, 2, 1999, p. 394.

**(11)** In argomento cfr. Z. D. Zumeta, *cit.*

**(12)** Cfr. R. Russell, *Conflict Analysis in Relation to Mediator Strategy and Type*, in [www.mediate.com](http://www.mediate.com).

**(13)** Cfr. J. B. Stulberg, *Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, 1997, vol. 24, p. 995 e 996.

**(14)** In argomento v. Z. D. Zumeta, *cit.*: "Supporters of evaluative mediation say that clients want an answer if they can't reach agreement, and they want to know that their answer is fair." .

**(15)** In questo senso anche E. Minervini, *cit.*

(16) E "senza prendere posizione" come invece richiesto dall'art. 40, 2° comma.

Proprio la mancanza di vincolatività della proposta del conciliatore dovrebbe fugare ogni dubbio sul fatto che la conciliazione, per quanto valutativa, resta conciliazione e non va confusa con l'arbitrato irrituale dove l'arbitro decide la controversia ed il lodo è vincolante per le parti alla stregua di un contratto.

(17) Oltre alla *facilitative* e alla *evaluative mediation*, nell'ordinamento nordamericano esistono anche altri due tipi di conciliazione, la *transformative mediation* (così definita da R. A. Baruch Bush – J. P. Folger, *The Promise of Mediation*, Jossey-Bass, 1994), e la *narrative mediation*. La *transformative mediation*, ha la stessa struttura della *facilitative*, ma compito del conciliatore è quello di aiutare le parti a riconoscere la posizione dell'altra. Nella *narrative mediation* il conciliatore aiuta le parti a prendere le distanze dalla lite attraverso una sorta di racconto della storia del loro rapporto. Al termine le parti lavorano con il conciliatore per creare una nuova storia in cui alla situazione di conflitto si sostituisce la soluzione della lite. In argomento v. anche K. Foster, *A study in Mediation Styles: A Comparative Analysis of Evaluative and Trasformative Styles*, in [www.mediate.com](http://www.mediate.com).

(18) Per la definizione di *toolkit approach* v. J. Linden, *Mediation Styles: The Purist vs. The "Toolkit"*, in [www.mediate.com](http://www.mediate.com).

(19) Cfr. L. P. Love, *The top ten reasons why mediators should not evaluate*, in *Fla. St. U. L. Rev.*, vol. 24, 1997, pp. 939 e 945, la quale mette anche in guardia dai rischi in cui le parti possono incorrere in caso di una non corretta o non equa valutazione del conciliatore, p. 942 e ss.

(20) Tra le prime critiche mosse al 2° comma dell'art. 40 v. anche il testo dell'Audizione della Associazione bancaria italiana presso le commissioni riunite giustizia e finanze della Camera dei deputati, Roma, 27 novembre 2002, in *Riv. soc.*, 2002, 1615 e ss

(21) V., ad esempio, il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro (art. 412 bis c.p.c.), e quello previsto dall'art. 1, 11° comma l. n. 249/97 nel settore delle telecomunicazioni.

(22) Ritiene che nella conciliazione valutativa non siano possibili sessioni private, pena la violazione del contraddittorio, R. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, relazione presentata in occasione del convegno "La Conciliazione e l'avvocato: nuove prospettive per la professione", tenutosi a Milano il 6 giugno 2003 presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Milano.

(23) Vedi il collegio di cui all'art. 69 bis, d.lgs. n. 29/93, (così come modificato dal d.lgs. n. 80/98).

(24) Sull'intervento del conciliatore a tutela degli interessi dei soggetti più deboli cfr. anche il *Mediation Council of Illinois Standard IV (C) Best Interest of Children*, (cit. in Z. D. Zumeta, *cit.*): "While the mediator has a duty to be impartial, the mediator also has responsibility to promote the best interest of the children and other persons who are unable to give voluntary, informed consent (...) If the mediator believes that any proposed agreement does not protect the best interest of the children, the mediator has a duty to inform the couple of his or her belief and its basis."

---

Giuliana Romualdi, *Il ruolo del conciliatore nella conciliazione stragiudiziale in materia societaria (art. 40, 2° comma, d.lgs. n. 5/2003)*, 2003 - **20/7/2003** Tutti i diritti relativi al presente testo appartengono all'Autrice. La riproduzione con qualsiasi mezzo analogico o digitale non è consentita senza il consenso scritto dell'Autrice. E' possibile la copia per uso esclusivamente personale. Sono consentite citazioni del presente testo a titolo di recensione o critica solo se accompagnate dal nome dell'Autrice e dall'indicazione dell'indirizzo <http://www.ass-equilibrio.it>.