

**Congresso del decennale  
(Ischia, Hotel Continental Terme 1 - 3 ottobre 2009)**

*1 ottobre mattina Aula A*

**Diritto societario**

**Il Trust e la Conciliazione, applicazione del trust  
nella conciliazione per controversie societarie.**

**Applicazione pratica**

*di Gregorio Pietro D'Amato<sup>1</sup>*

**Premessa.**

Brevemente devo necessariamente fare alcuni riferimenti all'istituto della Conciliazione, che nella sfera giuridica, può essere definita come il procedimento attraverso il quale un terzo facilita le parti a comporre una lite.

Procedura di conciliazione, che ora grazie alla legge del 18 giugno 2009, n. 69 all'art. 60 ha delegato il Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali estendendo la procedura di Conciliazione a tutti quelli che sono di diritti disponibili in materia civile e commerciale<sup>2</sup>. Delega che trae anche spunto e corpo normativo dalla Direttiva

---

<sup>1</sup> Dottore Commercialista in Salerno e Docente per Conciliatori riconosciuto dal Ministero della Giustizia-UNISA Facoltà di Giurisprudenza.

<sup>2</sup> Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. (G.U. n. 140 del 19 giugno 2009, Supplemento Ordinario 95)

2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale<sup>3</sup>.

L'attuale istituto della conciliazione, però, può diventare certamente uno strumento utile alla diminuzione dei processi pendenti ed da incardinare e che l'attuale apparato giurisdizionale non riesce a fronteggiare, essa d'altronde è già un mezzo primario anche là dove la giurisdizione statale funziona bene.

La costituzione, infatti tra le altre cose stabilisce anche che a ciascuno deve essere lasciata la possibilità di scegliere il mezzo più utile per le sue necessità.

L'attuale disciplina della conciliazione<sup>4</sup> o di sistemi diversi di risoluzioni alternative di

<sup>3</sup>

La direttiva ha previsto come principio un migliore accesso alla giustizia che sia fondamentale, tanto da portare il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ad invitare gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative. Nell'aprile del 2002 la Commissione ha presentato un Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, prendendo in esame la situazione attuale circa i metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'Unione europea e intraprendendo consultazioni ad ampio raggio con gli Stati membri e le parti interessate sulle possibili misure per promuovere l'utilizzo della mediazione. L'obiettivo è stato di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie. La direttiva 52/2008 dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione. La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera. La Direttiva 52/2008 si applica soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni. La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai procedimenti in cui due o più parti di una controversia transfrontaliera tentino esse stesse di raggiungere volontariamente una composizione amichevole della loro controversia con

l'assistenza di un mediatore. Essa si applica in materia civile e commerciale, ma non ai diritti e agli obblighi su cui le parti non hanno la facoltà di decidere da sole in base alla pertinente legge applicabile. Tali diritti e obblighi sono particolarmente frequenti in materia di diritto di famiglia e del lavoro. La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo. Dovrebbe essere consentito a uno Stato membro di rifiutare di rendere esecutivo un accordo soltanto se il contenuto è in contrasto con il diritto del suddetto Stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione. Ciò potrebbe verificarsi qualora l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo.

Inoltre la Direttiva 52/2008 ha previsto che il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile, ad esempio in base al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, o al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale. Il regolamento (CE) n. 2201/2003 prevede specificamente che, per essere esecutivi in un altro Stato membro, gli accordi fra le parti debbano essere esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi. Conseguentemente, se il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione in materia di diritto di famiglia non è esecutivo nello Stato membro in cui l'accordo è stato concluso e in cui se ne chiede l'esecuzione, la presente direttiva non dovrebbe incoraggiare le parti ad aggirare la legge di tale Stato membro rendendo l'accordo in questione esecutivo in un altro Stato membro.

Procedura di conciliazione anche per quelle controversie che dovranno essere risolte attraverso il regolamento (ce) n. 861/2007 del parlamento europeo e del consiglio dell' 11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità; nonché per le controversie regolamentate dal regolamento (ce) n. 593/2008 del parlamento europeo e del consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I); e controversie aventi ad oggetto le obbligazioni extracontrattuali per le quali si applica il regolamento (ce) n. 864/2007 del parlamento europeo e del consiglio dell' 11 luglio 2007 c.d regolamento «Roma II».

controversie (ADR) organizzati da Enti Pubblici e privati, in situazione di concorrenza paritetica, formazione compresa, sono sotto la vigilanza del Ministro di Giustizia, presso il quale devono essere eseguiti gli adempimenti che qualificano allo svolgimento del servizio la cui promozione avviene attraverso l'estensione dei mezzi di accesso al medesimo.

La risoluzione di controversie implica un'autonoma scelta delle parti e al pari dell'arbitrato,

---

<sup>4</sup> Attualmente la legge delega con l'art. 60, V. nota 2, estendendo la Conciliazione a tutti i diritti disponibili ha ricompreso con norma successiva anche la casistica della conciliazione precedentemente prevista soli per i rapporti societari, fase costitutiva, durante la vita e cessazione dei rapporti societari tra i soci.

Ora con la delega si tenderà a disporre anche con provvedimenti attuativi che sono in itinere per la loro approvazione una estensione quasi generalizzata ad ogni tipo di controversia ed aggravii economici giudiziari per chi non accetti una soluzione conciliativa che poi sia conforme al giudicato formatosi dopo il giudizio. Nelle previsioni della legge delega è stato specificatamente previsto al comma 3 che:

Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

- a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;
- b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;
- c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato "Registro", vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;
- d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;
- e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;
- f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;
- g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;
- h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;
- i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;
- l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;
- m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;
- n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;
- o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;
- p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;
- q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;
- r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;
- s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

anche se quest'ultimo è completamente distante per struttura e funzioni all'istituto della Conciliazione, ma che ammettono entrambi, anche se con distinguo per gli arbitrati, come ad esempio l'impugnativa di delibere assembleari e sua eventuale sospensione che si basa necessariamente sotto un profilo di diritto, che la lite riguardi solo i diritti disponibili, che sono quelli, in relazione ai quali le parti hanno il potere negoziale; la concorde volontà delle parti e dove è in grado di porre regole che le vincolano come se fossero legge: secondo l'art. 1372 c.c. il contratto ha forza di legge fra le parti.

### ***1. Conciliazione Societaria.***

Inizialmente con l'art. 12, comma 4, della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366, è stato affidato al legislatore delegato il compito di "prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia".

L'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo 17 gennaio 2003 n. 5, attribuisce ad "enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza", la facoltà di "costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'art. 1 del presente decreto".

Il legislatore delegato aveva esteso, in primo luogo, la previsione della delega anche alle controversie finanziarie, a quelle sul credito alle opere pubbliche, a quelle tra banche e tra banche, associazioni di consumatori e camere di commercio; ha rinviato a norme di produzione secondaria la determinazione dei criteri di individuazione degli enti e sul funzionamento degli organismi; ha dettato una nuova disciplina del procedimento per la conciliazione, prevedendo altresì gli effetti del relativo verbale.

Tanto che in attuazione alle disposizioni normative degli artt. 38 e 39 sono stati emanati:

- ai sensi dell'art. 38, co. 2, il d.m. 23 luglio 2004, n. 222, "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5";
- ai sensi dell'art. 39, co. 3, il d.m. 23 luglio 2004, n. 223 "Regolamento recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'art. 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5".

Previsioni normative, per i DM attuativi sopra riportati che anche dopo l'entrata in vigore della delega di cui all'art. 60 della Legge 69/2009 risultano perfettamente in vigore non essendo, tra l'altro, state abrogate specificatamente dalla precitata legge 69/2009.

L'unico beneficio che si è avuto con l'introduzione della delega al Governo ad opera dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 è l'estensione di tutte fattispecie societarie, non più a quelle riportate dall'art. 1 del D. Lgs. 5/2003<sup>5</sup> ma a tutti i "c.d." diritti disponibili.

Gli effetti benefici di una procedura di conciliazione sono evidenti e notori, velocità ed economicità del procedimento, ma ulteriormente si concretizzano anche e si riferiscono a:

1. esenzioni di carattere fiscale;
2. riservatezza del procedimento;
3. natura di titolo esecutivo dell'accordo eventualmente raggiunto;
4. interruzione dei termini in pendenza del tentativo di conciliazione;
5. regolamentazione e monitoraggio da parte del Ministero della Giustizia degli organismi di conciliazione (e dei conciliatori che ad essi fanno riferimento).

## **2. La procedura di Conciliazione societaria.**

L'art. 40, comma 2, del D.Lgs. n. 5/03, 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.

L'attuale dettato normativo del D.Lgs. n.5/03 (come modificato dal d.lgs. n. 37/04) prevede che, su richiesta congiunta, 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

---

<sup>5</sup> Art. 1, comma 1, D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5:

Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile relative a:

- a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative 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;
- b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341-bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile;
- d) 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;
- e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, 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;
- f) credito per le opere pubbliche.

giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.. Tale ultima previsione ad opera dell'art. 60 comma 3, lett. p) della legge delega del 18 giugno 2009, n. 69 è stata maggiormente sanzionata nel stabilire come principio di previsione nei decreti attuativi della delega che nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115.

Da ciò se ne deduce che sempre più il legislatore vuole che le controversie vengano estinte con la procedura di conciliazione anziché arrivare nelle aule di Tribunale.

Ed ancora maggiormente avrà successo la procedura di Conciliazione anche per le cause pendente se il legislatore delegato preveda una sorta di incentivo di carattere fiscale e/o economico per incentivare alla risoluzione del contenzioso arretrato.

Va evidenziato che la procedura di conciliazione è una procedura che si articola in fasi diverse, e che può svolgersi anche in più incontri. Il Conciliatore ascolta attentamente le parti, il conciliatore individua i passaggi più importanti della loro esposizione, prestando attenzione in particolar modo ai punti fondamentali, ripetendoli nel modo più neutrale possibile. La fase successiva prevede che le parti vengano ascoltate separatamente in sessioni private: è questo 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.

L'attività del conciliatore si spinge oltre il ruolo di mero assistente alla negoziazione: egli può indirizzare, più o meno formalmente, le parti verso una decisione, fino ad intervenire con delle vere e proprie proposte per la composizione bonaria della lite, guardando più agli interessi sottostanti delle parti che al diritto. Il conciliatore aiuta le parti a comprendere gli aspetti sostanziali delle loro posizioni, fa una valutazione del possibile esito della controversia in un eventuale successivo giudizio, per questo motivo è auspicabile che il conciliatore sia un esperto di diritto ed utilizzi le sue conoscenze per formulare una proposta di accordo che le parti sono libere di accettare o meno.

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, seppure non sia frutto di un loro incontro di volontà, assicura comunque un'equa composizione della lite in quanto proveniente da un terzo autorevole e neutrale.

Il conciliatore deve essere allora in grado di valutare, prima ancora della migliore soluzione della lite, il metodo più appropriato da utilizzare ai fini della negoziazione.

### **2.1. Clausola di conciliazione Societarie.**

L'art. 40, comma 6, D. Lgs. 5/2003 stabilisce che, qualora il contratto o lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione ed il tentativo di conciliazione in essa indicato non si sia svolto, il giudice su richiesta di una parte, dispone la sospensione del procedimento, fissando un termine perentorio per il deposito dell'istanza di conciliazione.

Si tratta di una forma di conciliazione delegata dal giudice, sulla base di consimili esperienze maturate in altri paesi europei e negli Stati Uniti, avrà la possibilità di invitare le parti ad esperire il tentativo di conciliazione extragiudiziale, condotto presso gli enti accreditati di cui all'art. 38, comma 1.

È possibile considerare questa ipotesi come una forma di conciliazione, *lato sensu*, obbligatoria (anche se da più parti si sostiene che ancora una volta non sembra accordarsi con la natura volontaria della conciliazione). Ciò detto, però, occorre rilevare la natura convenzionale (perché pattuita dalle parti, seppure in un momento precedente la nascita della controversia) di tale obbligatorietà, che appare dunque, come una manifestazione della volontà delle parti.

Il vero valore di una clausola di conciliazione, peraltro, si concreta più sul piano dei comportamenti delle parti che non sotto l'aspetto formale. Spesso, infatti, due parti in lite trovano molta difficoltà nell'organizzare un incontro di conciliazione. Proporre l'incontro di conciliazione è spesso vissuto dalla parte che riceve l'invito come un segno, secondo i casi, di debolezza o di aggressione proveniente dall'altra parte.

La previsione di un reciproco impegno a partecipare ad un incontro di conciliazione potrebbe, pertanto, risultare un efficace espediente per evitare quell' "effetto rifiuto" che caratterizza la scelta partecipativa iniziale.

In questa prospettiva, l'inserimento di una clausola di conciliazione appare, dunque, una scelta percorribile senza particolari rischi e con tutti i vantaggi offerti dall'utilizzo dello strumento.

## **3. CONCILIAZIONE E TRUST**

La *summa divisio* che può essere compiuta con riguardo alla conciliazione è tra:

a) conciliazione giudiziale, che si ha allorché la conciliazione si svolge entro una procedura giurisdizionale già avviata e sotto controllo del giudice (controllo diretto, ove la conciliazione sia tentata dal giudice stesso; indiretto, se la conciliazione è compiuta da suo delegato specializzato);

b) conciliazione stragiudiziale, se il tentativo di conciliazione avviene fuori dal processo.

In tale ultimo caso, per espresso rinvio alla conciliazione contenuto in un'apposita clausola contrattuale, o su libera ed autonoma iniziativa delle parti.

Una volta fatta questa distinzione, occorre tener presente che nelle diverse giurisdizioni e nelle diverse aree del diritto vengono usati metodi di conciliazione molto diversi tra loro e la differenziazione si basa sul ruolo del conciliatore.

Le doti e gli strumenti del conciliatore ed il suo intervento per una soluzione C.d. "creativa la problema" ci introduce all'applicazione del Trust alle controversie in senso generale ed in particolare a quelle societarie.

L'aspetto e la duttilità dell'istituto giuridico del Trust rappresenta senz'altro una dei banchi di prova e di sperimentazione pratica in ambito di risoluzione di controversie societarie, e non solo, attraverso l'istituto della Conciliazione stragiudiziale.

L'istituto della Conciliazione, come si illustrava sopra, in ambito societario è previsto dalla normativa per quanto riguarda la legislazione sull'ex processo societario di cui al D. Lgs. 5/2003 con l'occasione dell'applicazione del Trust. Andando sul pratico con l'applicazione del Trust ad una controversia societaria inserito in un verbale di conciliazione previsto dalla normativa attualmente in vigore per la conciliazione societaria di cui all'art. 40 del D. Lgs. 5/2003.

Va evidenziato che l'aumento dei procedimenti ADR è in continua crescita in Europa.

Negli anni recenti sono stati numerosi i provvedimenti normativi indirizzati al ricorso alle procedure arbitrali e conciliative.

L'importanza riscontrata non è casuale. Le ADR non sono soltanto una condizione per deflazionare il contenzioso, ma delineano una soluzione al bisogno di un cambio che sviluppi la libertà di autodeterminazione dei protagonisti sociali e il legame dei rapporti tra le parti.

La determinazione ideale per due parti in conflitto, infatti, non è sempre costituita da un provvedimento di un magistrato: a prescindere dall'efficienza del sistema giudiziario, anche quando questo sia rapido, serio, affidabile e poco costoso le parti potrebbero non ottenere la soluzione più adatta a risolvere tutte le forme di una disputa.

Come si sa, il processo giudiziario è diretto a provare i fatti e ad applicare il principio legale che prevede la risoluzione; l'esame della verità incontra così innumerevoli limitazioni e si riduce ai "fatti provati" in corso di causa. Non è compito degli organi giurisdizionali appurare che la sentenza appaghi gli interessi-motivazioni delle parti: ciò è estraneo alla loro funzione. Le dispute, tuttavia,

presentano spesso una formazione complessa, sono costituiti da diversi elementi, alcuni oggettivi (inadempienze ed inosservanze contrattuali, danni, guasti, ecc.) e altri soggettivi (conoscenze limitate e circoscritte, informazioni false, non efficaci, equivoci, sospetti, mancata fiducia). Le ADR rappresentano una risposta diversa alla domanda di giustizia e richiedono un cambiamento culturale profondo rispetto al concetto stesso di giurisdizione. Concepire i metodi extragiudiziali come un alleggerimento al carico giudiziario o come una giustizia “minore” significherebbe perdere una possibilità inestimabile per la cultura giuridica.

Gli ordinamenti comunitari, ritenuto che le ADR possano essere una legittima soluzione per accelerare i cittadini europei nell’accesso alla giustizia e per sostenere lo sviluppo del commercio infracomunitario, da tempo ne favoriscono il ricorso e l’evoluzione.

Non a caso la cooperazione in tema di giustizia, come dettato dagli artt. 29 e 30 del Trattato UE, tra l’altro, è uno dei pilastri dell’Unione Europea, con la quale s’intende assicurare a tutti i cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso l’adozione di misure comuni. La cooperazione in campo giudiziario, nello specifico, è indirizzata a rendere semplice e velocizzare la cooperazione in materia di procedimenti giudiziari e di esecuzione delle decisioni, con interventi finalizzati anche alla semplificazione e al miglioramento delle procedure.

Al di là del lavoro di ricerca giuridica e scambio delle conoscenze è stata prevista la realizzazione di strumenti utili alla diffusione dell’informazione e delle conoscenze tecniche sull’ADR tra cittadini e imprese, finalizzati nel complesso alla crescita dell’utilizzo delle modalità alternative di risoluzione di dispute di lieve entità, per questo, l’Unione europea è attratta con molto interesse dai modi alternativi di risoluzione delle controversie, tant’è che nell’aprile 2002, ha divulgato un atto di trattazione sui modi alternativi di risoluzione delle controversie e nel luglio 2004, poi, è stata scritto un modello di un codice di condotta dei mediatori, ratificato e accolto da numerosi esperti, e nell’ottobre 2004 la Commissione ha adottato e presentato al Parlamento europeo e al Consiglio Europeo un progetto quadro di direttiva sulla mediazione.

Il Libro verde, rappresenta il codice di condotta e il progetto quadro sulla mediazione si aggiungono nell’ambito delle attività in corso della Comunità Europea per la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e, più nello specifico, per affermare una più conveniente accessibilità alla giustizia.

La Commissione crede che promuovere la mediazione e altri modi alternativi di risoluzione delle controversie facilita la loro determinazione e concorre a limitare i timori, il tempo e i costi di un giudizio assistendo realmente i cittadini a far valere i propri diritti.

Nel dare seguito al piano d’azione di Vienna del 1998 ed alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, il Consiglio dei Ministri della Giustizia e Affari Interni, aveva

convocato la Commissione, a presentare un Libro verde sui modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale diversi dall'arbitrato, per "fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare. La priorità deve essere data alla possibilità di stabilire dei principi fondamentali, in generale e in settori specifici, che forniscano le garanzie necessarie affinché la composizione delle controversie da parte di istanze extragiudiziali assicuri il livello di sicurezza richiesto nell'amministrazione della giustizia".

I modi alternativi di risoluzione delle controversie, come ad esempio la mediazione, permettono in effetti alle parti di ricominciare un'intesa per conseguire un reale appianamento al loro conflitto, anziché collocarsi in un sistema di conflitto da cui di solito escono un vincitore e un vinto.

Il rilievo della proposta di tali richieste è molto evidente, ad esempio in tema di conflitti familiari, ma la sua possibile validità è molto estesa per molti altri esempi di controversie.

Si utilizza sempre più spesso all'ADR in caso di molteplici controversie commerciali in cui le parti, pur cercando di definire la questione, aspirano anche a fare il possibile per continuare le loro relazioni commerciali.

### **Conclusioni.**

In questo quadro sinteticamente delineato s'inserisce l'istituto giuridico del Trust, che a mio sommo avviso, vanno a braccetto perché i due istituti sono affini per la creatività delle soluzioni che si possono prevedere, e per la risoluzione anche di controversie spinose e delicate che proprio grazie a tale istituto è possibile raggiungere rispetto ai normali istituti giuridici del nostro sistema normativo, che "conosce e a volte finge di non conoscere" l'istituto giuridico del Trust, ma che grazie al quale è possibile dirimere controversie anche di notevole importanza societaria.

In pratica adottando il Trust si possono dare garanzie di adempimento, preservazione di patrimoni da possibili apprensioni di terzi e degli stessi soggetti coinvolti, obblighi di fare delle parti, ultrattività di aziende con successione delle stessi ai propri discendenti, garantire terzi estranei all'atto ma che possono determinare la buona riuscita della procedura di conciliazione o meno dell'affare e/o della vertenza in atti tra le parti.

In pratica con l'utilizzo e la sapiente calibrazione dell'istituto del Trust si possono ottenere ottime risoluzioni di Conciliazione vista la volontà specifica delle parti che prima era impensabile raggiungere.

## **ESEMPIO PRATICO: VERBALE DI CONCILIAZIONE E TRUST.**

Vediamo più nello specifico la controversia societaria che ha visto l'applicazione del Trust:

- in una controversia societaria insorta tra un socio e la società per la liquidazione da dare alla sua quota per avere operato il recesso dalla compagine societaria, in quanto la società trasferiva la propria sede all'estero.

La vertenza nasce in costanza di vigenze dell'ex procedura processuale societaria disciplinata dalle norme del D.Lgs. 5/2003, che per il principio del *tempus regit actum* si applicavano ancora, e si continuano ad applicare per i processi pendenti alla data di entrata in vigore della Legge 18/06/2009 n. 69, al 02 luglio 2009, ma molto semplicemente l'applicazione pratica può essere trasposta nella vigenza delle nuove norme, con l'abrogazione del rito societario ad opera dell'art. 54, 5 comma della legge 18 giugno 2009 n. 69<sup>6</sup>.

**FATTO:** un socio che individueremo meglio come socio anziano, che chiameremo Pasquale Giuseppe recede dal contratto sociale per aver trasferito la società la propria sede all'estero e richiede la liquidazione della sua quota.

In caso di azione giudiziale la richiesta che verrà fatta al Giudice sarà quella di valutare la quota della società, generalmente attraverso una procedura tecnica d'ufficio di determinazione quantitativa, avvalendosi il Giudice di un esperto e se risulterà la Consulenza d'Ufficio immune da vizi logici e di procedura sarà fatta propria dal Giudice che stabilirà *il quantum* che liquiderà al socio che recede.

Ma questi sono i fatti che possono solo apparire in sede giudiziale accanto a questi fatti, per così dire "giudiziali" vi sono altri aspetti che invece in sede di contenzioso non possono apparire, perché sono fatti privati ed aspetti emotivi che hanno generato la controversia e dato origine alla vertenza giudiziaria.

Attraverso però una procedura di Conciliazione, e per le brevissime riflessioni sopra riporta traspaiono e vengono alla luce le situazioni sottose che hanno portato alla vertenza giudiziaria.

Con la procedura Conciliativa –Adr o Mediazione (come individua la Direttiva 52/2008) - possono essere messi in luce fatti e condizioni che con la preparazione e professionalità del Conciliatore possono essere usati per dirimere la controversia tra le parti attraverso una soluzione che non sia quella classica giudiziale ma creativa e che soddisfi gli interessi di entrambe le parti.

### ***Questioni che appaiono in sede di Conciliazione.***

---

<sup>6</sup> Art. 54 legge 18 giugno 2009, n. 69:  
omississ...

5. Gli articoli da 1 a 33, 41, comma 1, e 42 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, sono abrogati.

6. Gli articoli da 1 a 33, 41, comma 1, e 42 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, continuano ad applicarsi alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge.

- 1) Il Socio è anziano ed esperto con clienti USA dove la società trasferisce la sede.
- 2) La società ha un'importante commessa con cliente USA.
- 3) il Socio anziano vuole garantire futuro propri figli anche in caso di sua prematura scomparsa ed è consapevole dei tempi giudiziari per ottenere la somma della sua quota e che non gli garantirebbe di poter stare tranquillo su quanto i suoi eredi percepiranno.
- 4) La valutazione della sua quota senza la commessa USA vale (diremo quale valore numerico di grandezza) € 5.000,00 con la commessa USA € 28.000,00.
- 5) Senza la commessa USA la società non potrà entrare nel mercato Americano e ritrarre notevoli utili ed ottenere nel contempo un cash- flow immediato dalla commessa.
- 6) Il socio si è irrigidito sulla liquidazione della quota in quanto gli altri soci hanno trasferito la sede senza interpellarlo preventivamente ed è stato messo in minoranza con l'assemblea straordinaria che ha stabilito il trasferimento, pur sapendo gli altri soci che lui era contrario per questioni affettive al cambiamento delle sede storica in Italia della società in USA.
- 7) Entrambi, però, vogliono: il socio anziano delle garanzie per il pagamento della quota, ed un riconoscimento per i futuri affari, la società che il socio continui a trattare per l'affare Americano indispensabile per il progredire della società e consentire l'aprirsi del mercato Americano e poter pagare la stessa quota al socio uscente.
- 8) Inoltre il socio anziano e la società sono consapevoli che grazie a quest'affare ci saranno notevoli probabilità che la società possa ritrarre dopo questa prima commessa ulteriori commesse ed aprire il mercato USA alla società con notevoli profitti.
- 9) La concessione delle reciproche garanzie garantirebbe e salvaguardare l'aspetto emotivo ed economico della vicenda nonché aspetti sostanziali ulteriori quali garanzie in favore di terzi, finanziatori, le banche che finanziando anticipatamente l'affare potrebbero consentire di risolvere molto più serenamente la vicenda, nonché per la buona riuscita dell'affare stesso del cliente Usa che potrebbe avere dei ripensamenti all'ultimo minuto.

Date le problematiche sopra riportati ed attraverso la procedura ed utilizzo del Trust si è risolta la vertenza con la redazione del seguente verbale di Conciliazione nel quale sono state contemperate le esigenze sostanziali, emotive e di diritto dell'intera vicenda, che tutto sommato come fattispecie giudiziale era molto semplice, ma che con le questioni sottese e non apparenti si era notevolmente complicata, mentre, invece, con l'utilizzo del Trust è stato possibile renderla estremamente semplice e sicura: per le parti, il cliente USA ed anche per i terzi finanziatori quest'ultimi tutti completamente estranei alla controversia.

**Il verbale di Conciliazione :**

**Organismo di Conciliazione .....**

**Ente iscritto al n.- del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5  
Prot. 721/09**

**PROCESSO VERBALE DI CONCILIAZIONE ex art. 40 D. Lgs. 5/2003**

Oggi il giorno 16 (sedici) del mese di maggio l'anno 2009 (duemilanove) presso la sede **dell'Organismo di Conciliazione...**, Ente iscritto al n. del registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 reso con P.D.G. del Ministero della Giustizia del 2008, con sede in Salerno via..... si è redatto il presente processo verbale di conciliazione ai sensi dell'art. 40, comma 8 del D. Lgs. 5/2003 e art. 8 del D.M. 222/2004 dinanzi :

- al Conciliatore-professionista, nominato dall'Ente di Conciliazione in relazione alle specifiche competenze per la presente controversia nella persona del Dott. Conciliatore, nato in .. il 1964, indipendente ed imparziale tra la parti non avendo avuto alcun rapporto con le stesse e che regolarmente fa parte quale Conciliatore, riconosciuto secondo il D.M. 222/2004, del suddetto Organismo di Conciliazione, e tra

- Società Alfa Srl corrente in Via ... n, ...Salerno P.I. 0000001111 in persona del suo amministratore p.t. Francesco Antonio nato a Milano il .... C.F. FCPLIORMD...;nonché

- il Sig. Pasquale Giuseppe nato in Milano il ....C.F. .PCQGPP..... e residente in Salerno alla via ... ;

per la procedura conciliativa avente ad oggetto la valutazione della liquidazione della quota societaria in favore del sig. Pasquale Giuseppe quale socio della società Alfa Srl, .

Premesso che: tra le parti è stato proposto atto di citazione in giudizio dinanzi al Tribunale di Salerno, e per il quale si è svolta l'udienza ex art. 16 del D Lgs. 5/2003, in data 18 febbraio 2009, udienza alla quale le parti congiuntamente hanno fatto presente al Tribunale della previsione nello statuto societario della clausola di conciliazione, ed in conformità, il Giudice ex art. 40, 6 comma, ha disposto la sospensione del giudizio, con presentazione da parte del Sig. Pasquale Giuseppe della richiesta per il procedimento di Conciliazione in data 20 febbraio 2009 presso il menzionato ente deputato a gestire i tentativi di conciliazione ex art. 38 D. Lgs. 5/2003, giudizio avente ad oggetto il recesso a norma dello statuto societario, dell'attore Sig. Pasquale Giuseppe, nella qualità di socio nei confronti della società Alfa S.r.l. per la determinazione del valore della liquidazione della quota societaria nei confronti del recedente socio Pasquale Giuseppe, per

aver operato il recesso dalla compagine societaria per la non condivisione del trasferimento della sede all'estero della società.

A seguito dell'istanza di Conciliazione presentata dalla parte attorea, Sig. Pasquale Giuseppe, in data 20 febbraio 2009, e con accettazione della parte convenuta, le parti regolarmente convocate presso codesto Ente il giorno 10 marzo 2009, ed in prosieguo in sessione private, sono giunte oggi in sessione congiunta a volere conciliare la vertenza attraverso l'opera del Conciliatore nominato che ha facilitato il componimento della vertenza, non avendo richiesto espressamente le parti alcuna valutazione in merito allo stesso.

Le parti dopo ampia discussione sia in sessione congiunta e sia in sessione privata sono addivenute a conciliare per il tramite del conciliatore dott. Conciliatore la vertenza insorta tra loro alle seguenti condizioni e patti:

- 1) la società Alfa Srl in data 15 maggio 2009 ha modificato il precedente deliberato senza più trasferire la sede all'estero ma creando una semplice unità locale- ufficio operativo mentre la sede legale è rimasta in Italia;
- 2) il socio Pasquale Giuseppe revocando la richiesta del proprio recesso si considera ancora parte integrante e sostanziale quale socio effettivo nella compagine societaria, nel contempo la società gli riconosce la qualità di socio anche per gli utili che sino a questo momento sono maturati;
- 3) la società Alfa S.r.l. si obbliga a pagare per la liquidazione della quota al socio P.G. uscente che avverrà al 30 ottobre 2009 l'importo complessivo di €

28.000, ed il sig. Pasquale Giuseppe a rendere definitiva la fase contrattuale per l'acquisizione della commessa USA, alle seguenti condizioni:

a) attraverso operazione di anticipazione bancaria da richiedersi entro il 30 maggio 2009 e da versarsi entro il 30 giugno 2009, l'importo totale pattuito vicendevolmente di € 28.000; termine del 30 giugno 2009 entro il quale, il Sig. Pasquale Giuseppe avrà posto fine alla fase della chiusura contrattuale per la commessa USA, il predetto importo sarà versato direttamente dalla Banca Banca S.p.A., a cui sarà espressamente richiesto da parte della società anticipata dopo l'esibizione e produzione dei documenti giustificativi dell'acquisizione della commessa USA alla predetta Banca, di versare l'intero importo su un c/c intestato ad un Trust denominato "Trust quota società Giuseppe" ed aperto sempre presso la Banca Banca di Salerno. L'intero importo sarà messo a garanzia per la Banca Banca S.p.A. quale anticipataria, sino al 31/07/09 termine entro il quale l'affare dovrà essere definitivamente concluso, e che, in caso di ipotetico ripensamento e mancato accordo definitivo con il cliente USA, la somma sarà riversata dal Trustee dopo tale termine sentiti i guardiani del Trust, alla banca quale estinzione immediata dell'anticipazione ricevuta rimanendo a carico delle società anticipata la sola quota di interessi e spese per poter effettuare l'operazione<sup>7</sup>.

L'atto Istitutivo di Trust, tra l'altro prevede che sarà regolato dalla legge di Jersey, atto che si riporta sotto la lettera "A" del presente Verbale e che ne

---

<sup>7</sup> La previsione garantisce la società che in caso di mancato buon fine dell'affare i soldi ricevuti non avendone prima la disponibilità ritornino alla Banca anticipataria in maniera che sia la banca che la società siano garantiti di poter adempiere all'obbligazione,

forma parte integrante e sostanziale dello stesso, dove, è altresì previsto che il Disponente sia la società Alfa S.r.l., il Trustee il Dott. Fiducia – a cui non spetterà alcun compenso per ricoprire l'Ufficio di Trustee-, i Beneficiari i figli del Sig. Pasquale Giuseppe, i guardiani del Trust il Sig. Roberto Alfredo (espressione società) e la Sig.ra Moglie di Pasquale Giuseppe. L'atto Istitutivo sarà immediatamente portato per la registrazione c/o Agenzia delle Entrate di Salerno e le spese sono a carico della società disponente Alfa Srl.

Nelle previsioni contenute nell'atto istitutivo di Trust è stabilito, tra l'altro, che il Trustee potrà consegnare l'intera somma ai beneficiari solo dopo la scadenza del 30 ottobre 2009, data in cui si saranno presumibilmente acquisite, altresì, le prime 3 rimesse su 4 previste per la commessa acquisita dal cliente USA, e solo dopo che il Sig. Pasquale Giuseppe abbia adempiuto all'obbligo di seguire e concludere la commessa con il cliente Americano sentiti i due guardiani nominati. Inoltre, è previsto che in caso di mancato adempimento o ritardo delle prime 3 rimesse del cliente USA sarà corrispondentemente prorogato il termine della scadenza entro cui il Trustee, se non prima di avere interpellato i due guardiani, potrà consegnare l'intera somma al Sig. P.G e sino a quando saranno effettuate le sole prime 3 rimesse dal cliente USA.

Giunta la data di estinzione del Trust per compimento ed adempimento del fine, è fatta salva la facoltà del Trustee di continuare a detenere in Trust la predetta somma sentito unicamente il Guardiano Sig.ra Moglie, e di

continuare a detenere le somme in Trust non attribuendole immediatamente ai beneficiari, in tal caso decadrà automaticamente dall'ufficio di Guardiano il Sig. Roberto Alfredo e verrà sostituito all'Ufficio di Trustee il Dott. Fiducia ed assumerà immediatamente l'incarico il Sig. Pasquale Giuseppe.

4) La società Alfa Sr.l. per la conclusione delle commesse americane successive riconosce una Royalty, al Sig. Pasquale Giuseppe, importo che potrà essere versato al Trust costituito, se ancora esistente, per un periodo di 3 tre anni gli importi ricevuti come Royalty in Trust pari al 10% del fatturato conseguito per le future commesse. Il riconoscimento della Royalty verrà stabilito e pattuito in un atto da farsi tra P. G. e la società Alfa entro il 30 ottobre 2009 o nel termine entro cui il cliente USA avrà effettuato la terza rimessa.

Sin da ora le parti concordano che per l'esattezza dell'importo da corrispondere in qualità di Royalty sarà oggetto di procedura di verifica tramite un professionista neutrale tra le parti che sin da ora si nomina nella persona del dott. Mario Rossi (**oppure** sarà oggetto di verifica con procedura valutativa di conciliazione richiedendo espressamente sin da ora la nomina a conciliatore del Dott. Conciliatore ed al quale sin da ora si richiede di valutare e dare il proprio parere se l'importo corrisposto è corrispondente alle pattuizioni concordate).

5) Le parti, altresì, s'impegnano a non divulgare il contenuto del presente verbale o renderne copia a terzi, tranne che per esigenze giudiziali di una o entrambe le parti.

6) Le spese rimanenti di conciliazione pari alla metà dell'importo previsto dalla tariffa dell'Organismo di Conciliazione vengono pagate con la contestuale sottoscrizione del presente verbale integralmente dalla società Alfa Srl che accentando il tariffario allegato al regolamento di procedura e conciliazione dell'Organismo paga oltre alle proprie spese anche il 50% di quelle rimanenti del Sig. Pasquale Giuseppe, rimanendo, pertanto a carico a titolo di spese di procedura del Sig. Pasquale Giuseppe il complessivo pari al 25%.

Le parti per accettazione incondizionata e per impegno ed obbligo ad adempiere alle pattuizioni in esso contenute assunte dinanzi al conciliatore. Consapevoli che ai sensi dell'art. 40, comma 8 del D. Lgs. 5/2003 il presente processo verbale potrà, a richiesta di parte secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 2 del D.M. 222/2004, essere omologato dal Presidente del Tribunale costituendo titolo esecutivo.

F.to

**Sig. Pasquale Giuseppe**

**l'amministratore società Alfa S.r.l.  
Sig. Francesco Antonio**

**IL CONCILIATORE     dott. Conciliatore**