

## ARBITRATO SOCIETARIO

*A cura di Tomaso Galletto*

*Sommario:* 1. Premessa. 2. La nuova configurazione dell’arbitrato societario ed il dibattito sulla sopravvivenza dell’arbitrato comune in materia societaria. 3. Il residuo ambito di operatività del compromesso. 4. L’arbitrato irrituale societario. 5. Le clausole compromissorie preesistenti alla riforma ed il loro destino. 6. Introduzione e soppressione di clausole compromissorie statutarie. 7. L’ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario. 8. Oggetto ed effetti della clausola compromissoria statutaria. La nomina degli arbitri. 9. La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale. 10. Impugnazione di delibere assembleari e potere cautelare degli arbitri. 11. La tutela cautelare di fronte all’arbitrato endosocietario. 12. Decisione secondo diritto ed impugnativa del lodo.

### **1. Premessa.**

Le controversie societarie, per tali intendendosi quelle insorgenti tra i soci, ovvero tra essi e la società, ovvero, in taluni casi, tra la società ed i suoi amministratori, liquidatori e sindaci, costituiscono da sempre il terreno di elezione per l’arbitrato.

Come è noto, peraltro, questo terreno non è privo di insidie, poiché molte delle vicende riconducibili alla conflittualità endosocietaria sono state ritenute, specialmente dalla giurisprudenza, attinenti, in senso lato, all’ordine pubblico economico e come tali riguardanti diritti indisponibili.

In questa prospettiva, e pur a fronte degli innegabili vantaggi della soluzione arbitrale delle controversie endosocietarie (celerità del giudizio, riservatezza delle vicende, possibilità di avvalersi di “giudici” particolarmente esperti nella materia) è agevole constatare che, sino alla recente riforma del diritto societario, e pur a fronte di enunciazioni di principio relativamente permissive, le soluzioni concretamente assegnate in tema di compromettibilità o meno nella materia societaria sono state tendenzialmente restrittive.

L’iniziativa contenuta nella legge di delega al governo per la riforma del diritto societario (legge 3-10-2001, n. 366) volta ad ampliare la possibilità che gli statuti delle

società commerciali contengano clausole compromissorie per la risoluzione delle controversie societarie è stata conseguentemente accolta con favore pressoché unanime.

Il d.lgs. 17-1-2003 n. 5 (al quale sono state introdotte modificazioni con il successivo d.lgs. 6-2-2004, n. 37), che disciplina i procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, ha dato attuazione alla delega - anche nella materia considerata - con effetto dal 1° gennaio 2004.

La disciplina dell'arbitrato in materia societaria è dettata negli artt. 34, 35 e 36 contenuti nel Titolo V del menzionato decreto legislativo (riguardando l'art. 37 una ipotesi di arbitraggio - e non già di arbitrato - in merito al quale v. *infra*). Le norme introdotte dal legislatore della riforma sono dense di disposizioni, anche innovative, tutte connotate da un minimo comune denominatore costituito dal *favor* per l'arbitrato.

Alcune disposizioni definiscono antiche questioni ampiamente dibattute e variamente risolte (possibilità dell'intervento nel giudizio arbitrale, della chiamata di terzi, accessibilità della domanda di arbitrato attraverso il suo deposito presso il registro delle imprese e così via); altre disposizioni assumono carattere fortemente innovativo: il riferimento è, in particolare, alla necessaria nomina di tutti gli arbitri da parte di soggetto estraneo alla società, alla possibilità per gli arbitri di conoscere in via incidentale di questioni non compromettibili ed alla possibilità di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari impugnate nell'ipotesi in cui la clausola compromissoria consenta la devoluzione agli arbitri della relativa questione.

L'aspetto più controverso della delega, relativo alla possibilità di estendere l'arbitrato a controversie che concernano "questioni che non possono formare oggetto di transazione", ha trovato peraltro una soluzione che risente dell'ambiguità delle indicazioni del legislatore delegante. A fronte della chiara affermazione della compromettibilità delle controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale (art. 34, comma 1) e per converso della non compromettibilità di quelle nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero (art. 34, comma 5), si rinvengono infatti disposizioni che consentono agli arbitri di conoscere di questioni che per legge non possono costituire oggetto di giudizio arbitrale (art. 36, comma 1, e 36, comma 3).

E' pur vero che quando gli arbitri conoscono di questioni non compromettibili il lodo è impugnabile anche per violazione di legge, indipendentemente dall'eventuale contraria previsione della clausola compromissoria, ma l'antinomia tra la possibilità per gli arbitri di conoscere questioni non compromettibili ed i principi generali nella materia non sembra agevolmente superabile.

La relazione illustrativa della riforma ha sul punto cura di precisare che l'oggetto principale della controversia per essere arbitrabile debba necessariamente essere disponibile e che la clausola possa tuttavia prevedere il potere degli arbitri di conoscere in via incidentale di questioni non compromettibili (in quanto non transigibili).

I profili salienti della riforma sin qui segnalati (e gli altri dei quali ancora non si è fatto cenno) saranno approfonditi nel prosieguo, nei limiti consentiti dall'economia del presente lavoro; qui premeva sottolineare le caratteristiche principali del sistema, per consentirne una visione di insieme.

Come si vedrà, pur essendo innegabile lo sforzo operato in sede di attuazione della delega al fine di consentire un ampio ricorso all'arbitrato, circostanza questa che non può non essere recepita con favore, e pur dovendosi dare atto di una particolare attenzione alle esigenze operative attraverso la codificazione di opzioni interpretative emerse via via nella casistica giurisprudenziale, la nuova disciplina dell'arbitrato in materia societaria suscita talune rilevanti perplessità, delle quali si cercherà di dare conto.

E' opportuno evidenziare, infine, che la recente riforma dell'arbitrato di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ha profondamente innovato anche il procedimento; le nuove norme sono applicabili ai procedimenti arbitrati nei quali la domanda è stata proposta successivamente al 2 marzo 2006, fatta eccezione per la nuova disciplina della convenzione arbitrale (artt. da 806 a 808-quinquies c.p.c.) che si applica soltanto alle convenzioni stipulate successivamente all'entrata in vigore della riforma.

Si darà conto nel prosieguo dei necessari riferimenti alla nuova normativa.

## **2. La nuova configurazione dell'arbitrato societario ed il dibattito sulla sopravvivenza dell'arbitrato comune in materia societaria.**

Una delle questioni più dibattute, anche in relazione alla sorte delle clausole compromissorie contenute negli statuti societari *ante* riforma (sulla quale v. *infra* § 5) riguarda la sopravvivenza o meno dell'arbitrato di diritto comune in materia societaria.

La relazione illustrativa al d.lgs. 5/2003, sul punto, afferma che la formulazione del testo contribuisce "*alla creazione di una compiuta species arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria)*" comprendendo numerose opzioni di rango processuale che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario.

La specifica disciplina introdotta con gli artt. 34 – 36 del d.lgs. 5/2003 non costituisce peraltro un modello di arbitrato autosufficiente, ma si innesta, integrandolo o derogando ad esso, sul corpo della disciplina comune dell'arbitrato, al quale occorre comunque fare riferimento per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dalla novella.

Si pone a questo punto il quesito relativo alla ulteriore ammissibilità o meno dell'arbitrato di diritto comune in materia societaria.

Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, infatti, il nuovo modello di arbitrato societario introdotto dalla riforma sarebbe impeditivo del ricorso all'arbitrato di diritto comune nella materia considerata; in altri termini le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale (come testualmente dispone l'art. 34, comma 1) potrebbero essere devolute ad arbitri soltanto in presenza di clausole compromissorie statutarie in tutto conformi alla disciplina introdotta dalla novella (Trib. Lucca, 11.1.2005, in *Il Caso – Foglio di giurisprudenza mantovana, pubblicata su Internet all'indirizzo [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)*).

L'inammissibilità dell'arbitrato di diritto comune in materia, peraltro, non si estenderebbe all'ipotesi di arbitrato disciplinato da compromesso, sulla scorta della specifica indicazione in tal senso rinvenibile nella relazione illustrativa.

La tesi della inammissibilità dell'arbitrato societario discendente da clausola compromissoria difforme dal modello individuato dal legislatore della riforma, pure autorevolmente sostenuta, non sembra persuasiva.

Molteplici elementi di valutazione sembrano invero deporre nel senso della possibile sopravvivenza – sia pure con le riserve e nei limiti di cui si dirà – della clausola compromissoria di diritto comune in materia.

Un primo elemento di valutazione, certamente non dirimente ma assai significativo, si desume dalla stessa relazione illustrativa al decreto legislativo in commento, la quale ha cura di precisare che il modello dell'arbitrato codicistico sopravvive anche in materia societaria. È stato infatti autorevolmente rilevato che se è vero che l'opinione del legislatore non è rilevante se non trova riscontro nell'oggettività della norma elaborata, essa certamente costituisce un elemento importante di interpretazione qualora il testo normativo non offra concreti elementi di valutazione in senso contrario all'opinione espressa dal legislatore. Non sono rinvenibili nel testo legislativo in commento concreti indizi che disattendano la richiamata opinione contenuta nella relazione illustrativa, secondo cui l'arbitrato di diritto comune sarebbe naturalmente ultrattivo anche in materia societaria. Del resto, l'interpretazione che ritiene il nuovo modello arbitrale in materia societaria non già esclusivo, ma concorrente con quello tradizionale sembra essere la più coerente con i criteri contenuti nella legge-delega 3 ottobre 2001 n. 366 nella quale, all'art. 12, comma 3, il Governo veniva incaricato di prevedere nella riforma la possibilità di previsione negli statuti di clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c.. L'intenzione del legislatore delegante sembra quindi essere stata chiara nel senso di consentire un ampliamento oggettivo della materia arbitrabile nell'ambito delle controversie societarie, allo scopo di incrementare il ricorso all'arbitrato e non certamente di limitarne l'utilizzabilità, come avverrebbe se si privilegiasse la tesi della sopravvenuta inammissibilità dell'arbitrato di diritto comune.

Anche la sicura sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune derivante da compromesso depone nel senso di ritenere consentita l'arbitrabilità delle controversie

societarie secondo l'ordinario modello codicistico, dal momento che apparirebbe illogico e contraddittorio consentire in materia societaria un arbitrato di diritto comune derivante da compromesso e nel contempo negare tale possibilità sulla base di una clausola compromissoria.

Un ulteriore indice nel senso della possibile sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune è rinvenibile nella disposizione contenuta all'art. 34, comma 2, secondo cui *“Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34, l'intervento di terzi (...) è ammesso (...)”*.

Dalla disposizione testé riprodotta sembra emergere con sufficiente chiarezza che il legislatore ha avuto in mente la possibilità della sopravvivenza di arbitrati societari di diritto comune, perché altrimenti non risulterebbe comprensibile la precisazione secondo cui (unicamente, *ndr*) nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34 è ammesso l'intervento di terzi nei limiti indicati.

Alla luce delle considerazioni che precedono trova conforto la tesi secondo cui la presenza di una clausola compromissoria statutaria difforme dal modello prefigurato dalla riforma non rende di per sé inammissibile l'arbitrabilità della controversia, ma impedisce di conseguire i vantaggi derivanti dalla nuova normativa.

In altri termini, può ragionevolmente ritenersi che una clausola compromissoria statutaria difforme dal modello della riforma consenta l'esperibilità di un arbitrato di diritto comune nei limiti sino ad oggi pacificamente ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza; tali limiti, come è noto, riguarderanno, tra l'altro, l'inammissibilità di un arbitrato fondato su clausola binaria nell'ipotesi di controversia coinvolgente più di due parti, l'impossibilità per gli arbitri di conoscere, neppure incidentalmente, questioni non compromettibili, la discussa arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari, la certa impossibilità per gli arbitri di sospendere l'efficacia delle deliberazioni assembleari la cui validità possa formare oggetto di arbitrato, l'inammissibilità dell'intervento di terzi, ivi compresi i soci, nel procedimento arbitrale e così via.

Ulteriore elemento di riflessione in tema di sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune in materia societaria è costituito dalla esclusione dall'ambito di applicazione del nuovo modello di arbitrato societario delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'art. 2325-*bis* del codice civile (art. 34, comma 1, della riforma).

Senza entrare nel merito dell'opzione del legislatore delegato, che non sembra trovare peraltro supporto nella legge-delega, non può sostenersi, senza sollevarsi il rilievo di una possibile illegittimità costituzionale, che nell'ambito delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio sia comunque inammissibile il ricorso all'arbitrato di diritto comune.

### **3. Il residuo ambito di operatività del compromesso.**

Ancorché statisticamente meno frequente, la devoluzione in arbitrato di controversie endosocietarie mediante compromesso conserva qualche spazio di operatività ed è quindi opportuno verificare se ed in quali limiti la nuova disciplina, direttamente riferibile ad arbitrati che discendano da clausole compromissorie, possa spiegare i suoi effetti anche con riferimento al compromesso.

La lettura sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 34 – 36 del decreto legislativo induce a ritenere le nuove disposizioni non applicabili al compromesso.

Alcune disposizioni, infatti, sono ontologicamente incompatibili con una controversia già sorta; altre, nella misura in cui si pongono in deroga alla disciplina ordinaria dell'arbitrato, non sembrano poter essere applicate al di fuori dei casi in esse espressamente previsti.

La relazione alla riforma, del resto, avverte che – sulla base di una rigorosa interpretazione della legge delega – il fenomeno del compromesso deve ritenersi escluso dall'ambito di operatività delle nuove disposizioni.

Acclarato allora, sulla base delle intenzioni espresse dal legislatore della novella, che essa non intende applicarsi al patto compromissorio occorre verificare entro quali limiti sia consentito all'autonomia delle parti ricorrere al compromesso.

In questa prospettiva non è dubbio che sorgano delicati problemi nell'ipotesi in cui il compromesso riguardi una controversia in cui è parte la società e ciò in quanto la scelta di quest'ultima di aderire o meno alla composizione della lite mediante arbitrato non è indifferente rispetto alle posizioni soggettive dei singoli soci. La scelta di aderire al compromesso potrebbe impedire ai soci estranei alla lite l'intervento, tanto *ad adiuvandum* quanto *ad opponendum*, a meno che in sede di compromesso non si ritenga possibile dare ingresso, a livello negoziale, alla specifica disciplina prevista dalla novella legislativa in materia di clausola compromissoria.

Ancora, possono nascere rilevanti problemi in ordine alla certezza delle situazioni giuridiche definite mediante compromesso.

Se si ipotizza la devoluzione in arbitrato mediante compromesso della impugnativa di una delibera assembleare, infatti, occorre porsi il problema del coordinamento della soluzione di tale controversia in sede arbitrale con quella che potrebbe scaturire dalla impugnativa in sede contenzioso ordinaria della medesima delibera da parte di altri soci.

Poiché come è noto a seguito della novella del 1994 il principio della *vis attractiva* del giudice ordinario rispetto all'arbitro nell'ipotesi di connessione non è più operativo, ne deriva che potrebbero in astratto coesistere paralleli procedimenti arbitrali ed ordinari riferiti al medesimo oggetto, senza che si possa assegnare prevalenza all'uno o all'altro.

Si verrebbe così a configurare una situazione palesemente confligente con la disciplina prevista dall'art. 2378 cod. civ. (anche nel testo novellato) secondo cui tutte le impugnazioni relative alla medesima deliberazione anche se separatamente proposte devono essere istruite congiuntamente e decise con un'unica sentenza.

Diversa sorte, per contro, dovrebbe essere assegnata al compromesso nelle liti tra soci (sempre con riferimento, ovviamente, a diritti disponibili) e probabilmente in quelle relative all'azione di responsabilità nei confronti di amministratori (e sindaci) delle società di capitali.

Ammessa la arbitrabilità di tali ultime controversie, infatti, non sembrano ravvisabili ragioni per escludere che esse possano formare oggetto di compromesso in arbitri, ancorché ciò non sia previsto in sede statutaria.

La possibilità di stipulare un compromesso per arbitrato di diritto comune, peraltro, trova il suo limite nella previsione statutaria di una clausola compromissoria, in ipotesi conforme al modello della riforma. In questo caso vi è sostanziale unanimità di opinioni nel senso della inammissibilità del compromesso dovendosi privilegiare la scelta statutaria.

#### **4. L'arbitrato irrituale societario.**

E' opportuno a questo punto interrogarsi in ordine ai rapporti fra il nuovo modello procedimentale dell'arbitrato in materia societaria introdotto dalla novella e l'arbitrato irrituale.

In questa prospettiva, nei limiti imposti dalle finalità della presente indagine, non può sottacersi il recente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale non può fondarsi su di una pretesa funzione sostitutiva di quella del giudice che sarebbe attribuita agli arbitri rituali, ma andrebbe ricercata nella diversità degli effetti che possono essere attribuiti alla statuizione degli arbitri rituali, e cioè all'efficacia esecutiva equiparabile a quella della sentenza che l'ordinamento assegna soltanto al lodo rituale.

In altri termini la devoluzione di una controversia in arbitrato, sia esso rituale o irrituale, si colloca all'interno del settore dell'autonomia privata e non interferisce con l'esercizio della giurisdizione, sicché coerentemente si ritiene che nel rapporto tra arbitrato e giudice ordinario non si ponga mai né una questione di giurisdizione, né una questione di competenza, ma più radicalmente una questione di rinuncia all'azione giudiziaria.

Così opinando si finisce inevitabilmente per svalutare le differenziazioni che usualmente si ritenevano operanti tra arbitrato rituale ed irrituale, autorizzando l'ipotesi che dubita della sopravvivenza stessa dell'arbitrato irrituale.

L'ipotesi è certamente suggestiva ma non mancano segnali che inducono ad affrontarla con grande cautela: il riferimento è alla recente pronuncia della Corte Costituzionale che riconosce nell'arbitrato rituale un procedimento previsto dal codice di rito per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto attraverso un giudizio che sotto questo profilo non si differenzia da quello attribuito al giudice ordinario, di tal che deve ritenersi ammissibile per gli arbitri rituali sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale (Corte Cost., 28 novembre 2001, n. 376), ma anche al riferimento all'arbitrato "non rituale" contenuto nella novella che dimostra l'emersione anche a livello normativo del fenomeno dell'arbitrato irrituale.

Ha quindi ragione di porsi la questione della sorte dell'arbitrato irrituale endosocietario.

La scelta operata dal legislatore delegato non è affatto chiara, in quanto – pur rinvenendosi nella relazione illustrativa l'indicazione che le nuove disposizioni disegnano "una compiuta *species* arbitrale" - non è dato comprendere se il modello di arbitrato previsto sia l'unico ritenuto compatibile con la materia societaria ovvero se le nuove norme procedurali siano destinate ad incidere "inderogabilmente" soltanto con riferimento all'arbitrato rituale, lasciando impregiudicati i pur rilevanti profili della ammissibilità dell'arbitrato irrituale nella materia considerata.

Molte delle disposizioni procedurali definite inderogabili dall'art. 35 depongono nel senso che il legislatore abbia voluto ipotizzare l'esclusivo ricorso all'arbitrato rituale nella materia considerata: si pensi, a solo titolo esemplificativo, alla disciplina dell'intervento, alla deroga alla applicazione all'art. 819, 1° comma, c.p.c., alla obbligatoria decisione secondo diritto nei casi indicati dall'art. 36 e così via.

L'art. 36, comma 5, peraltro, dispone che la devoluzione della controversia ad arbitrato "non rituale" non preclude la tutela cautelare; tale disposizione non è priva di rilievo anche ai fini della soluzione da assegnarsi al quesito relativo alla ammissibilità, dopo la riforma, dell'arbitrato irrituale in materia societaria.

Infatti, se il legislatore avesse ritenuto ammissibile il solo arbitrato rituale, del tutto pleonastica si rivelerebbe la previsione della ammissibilità della tutela cautelare, posto che l'art. 669-*quinquies* c.p.c. non consente dubbi in proposito.

Dovrebbe allora ritenersi che il legislatore abbia avuto in mente la possibilità di introdurre negli statuti societari clausole compromissorie per arbitrato irrituale.

Il condizionale è peraltro d'obbligo per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza; in ogni caso anche se si optasse per la sopravvivenza di un residuo spazio

di operatività dell'arbitrato irrituale endosocietario non potrebbe non rilevarsi che tale spazio sarebbe comunque assai angusto. La maggior parte delle controversie, infatti, risulterebbe in concreto devolvibile solo in arbitrato rituale: l'impugnativa di delibere assembleari, ad esempio, possono essere decise soltanto da arbitri che giudichino secondo diritto e con lodo impugnabile per violazione di legge, il che è palesemente incompatibile con la devoluzione di siffatta controversia in arbitrato irrituale. Se si condivide la tesi secondo cui sopravvive alla novella la possibilità di previsione statutaria di una clausola compromissoria per arbitrato di diritto comune potrebbe allora trovare qualche spazio di operatività anche l'arbitrato irrituale, ma sempre e soltanto nei limiti in cui sino ad oggi è stato ritenuto ammissibile devolvere in arbitri materie societarie.

## **5. Le clausole compromissorie preesistenti alla riforma ed il loro destino.**

Una delle più delicate questioni che si sono poste al momento della entrata in vigore della riforma riguarda la sorte delle clausole compromissorie statutarie già contenute negli statuti sociali vigenti al 31-12-2003.

La questione, che è strettamente correlata a quella – di cui si è già trattato *supra sub* § 2 – relativa alla ammissibilità o meno di un arbitrato di diritto comune nella materia ha già formato oggetto di diverse soluzioni in sede giurisprudenziale e trova divisa anche la dottrina. Il punto nodale risiede nella interpretazione dell'art. 34, comma, 2 del d.lgs. 5/2003 a mente del quale la clausola compromissoria deve, a pena di nullità, conferire il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società.

Come è noto, la quasi totalità delle clausole compromissorie preesistenti alla riforma prevede invece che il potere di nomina degli arbitri sia, almeno quale prima opzione, attribuito alle parti. Se le parti non vi provvedono o il terzo a cui eventualmente tale nomina fosse demandata non adempie l'incarico, la nomina è demandata al Presidente del Tribunale *ex art.* 810 c.p.c.. Sono per converso rarissime le clausole compromissorie che demandano la scelta di tutti gli arbitri ad un terzo, estraneo alle parti, e normalmente tali clausole si riferiscono ad arbitrati con pluralità di parti, in cui non sarebbe possibile (o sarebbe oltremodo complesso) che ciascuna parte provveda alla nomina di un arbitro di propria elezione.

La esplicita previsione di nullità delle clausole compromissorie statutarie che non conferiscano il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società ha indotto molti commentatori a ritenere che le clausole compromissorie statutarie preesistenti alla riforma e che si ponessero in conflitto con la citata previsione normativa siano colpite da invalidità sopravvenuta, quantomeno a decorrere dal termine ultimo (30 settembre 2004) entro il quale le società (diverse dalle cooperative) dovevano uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili ai sensi dell'art. 223-*bis* disp.att. cod. civ..

Anche nella giurisprudenza si registra una maggioranza di opinioni nel senso della incompatibilità con l'attuale disciplina delle preesistenti clausole compromissorie statutarie che non prevedono il conferimento del potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società (Trib. Catania, 26.11.2004, in *Corr. giur.*, 2005, 8, 1131, con nota di SANGIOVANNI, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*; per un caso di nullità della clausola per mancato adeguamento all'art. 34 d. lgs. 5/2003, si veda anche: Trib. Latina, 22.6.2004, in *Le società*, 2005, 1, 93, con commento di SALAFIA).

Non mancano tuttavia opinioni divergenti, rinvenibili anche nella giurisprudenza, secondo cui la nullità comminata dall'art. 34, comma 2, alle clausole compromissorie statutarie che non devolvano la nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società riguarderebbe soltanto le clausole deliberate successivamente all'entrata in vigore della riforma, essendo quindi le clausole preesistenti a quest'ultima destinate a sopravvivere sia pure nei limiti di efficacia loro riconosciuta dalle norme previgenti (Trib. Udine, 4.11.2004, in *Le società*, 2005, 6, 777, con commento di SOLDATI).

Secondo questa interpretazione, in altri termini, dal mancato adeguamento delle clausole compromissorie statutarie preesistenti alla riforma alle previsioni inderogabili introdotte in tema di nomina degli arbitri conseguirebbe la sopravvivenza di tali clausole con riferimento all'arbitrato di diritto comune, nei limiti in cui la materia societaria era da ritenersi arbitrabile secondo la precedente disciplina (Trib. Genova, 7.3.2005, in *Foro padano*, 2005, I, 491).

In questa prospettiva la soluzione non sarebbe dissimile a quella assegnata in ordine alla ultrattività dell'arbitrato di diritto comune in materia societaria (sulla quale vedi *supra* § 2).

Nell'ambito della tesi maggioritaria che sostiene invece la sopravvenuta invalidità delle clausole compromissorie difformi dal modello legale relativamente alla modalità di nomina degli arbitri si riscontra peraltro una disomogeneità di opinioni in ordine agli effetti che conseguono alla ritenuta incompatibilità sopravvenuta di tali clausole.

Alla tesi radicale della nullità sopravvenuta di tali clausole, con conseguente devoluzione delle controversie all'autorità giudiziaria ordinaria, si contrappone una diversa tesi, variamente articolata, che ritiene applicabile alla fattispecie la disciplina della nullità parziale di cui all'art. 1419 cod. civ. (Trib. Torino, 27.9.2004, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 10, 80).

Quest'ultima soluzione, che certamente risulta coerente con il *favor arbitrati* che sembra essere stata la ragione ispiratrice della riforma processuale in parte qua, è a sua volta articolata in due diversi modelli argomentativi.

Secondo una prima ipotesi alla nullità della previsione della nomina degli arbitri difforme da quanto previsto dall'art. 34, comma 2, potrebbe ovviarsi, in applicazione dell'art. 1419, 2° comma, cod. civ., sostituendo la regola statutaria che attribuisce alle parti la nomina degli arbitri con la previsione *ex lege* e ritenendosi altresì che l'intervento del Presidente del Tribunale per la nomina degli arbitri, previsto per il caso in cui il soggetto designato non provveda, possa avvenire mediante applicazione dell'art. 810 c.p.c.

Una diversa e alternativa ipotesi prevede invece, non ritenendosi applicabile il secondo comma dell'art. 1419 cod. civ. perché non esiste una norma imperativa compiutamente formulata che possa sostituirsi alla previsione nulla, che la soluzione vada ricercata nell'ambito dell'art. 1419, 1° comma, cod. civ., salvaguardando la volontà delle parti in ordine alla devoluzione ad arbitrato delle controversie e sopperendosi alla lacuna derivante dalla nullità della previsione di nomina degli arbitri difforme dal modello legislativo attraverso l'applicazione analogica della disciplina dettata per l'arbitrato comune dall'art. 809, comma 3, c.p.c. a mente del quale, in difetto di determinazione convenzionale delle parti sul numero e sulla modalità di nomina degli arbitri, a ciò provvede in via sostitutiva il Presidente del Tribunale.

La questione relativa alla sorte delle clausole compromissorie non adeguate al nuovo modello legale, con specifico riferimento alle modalità di nomina degli arbitri, è assai delicata e non è possibile una sua approfondita trattazione nei limiti del presente commento; è importante peraltro sottolineare come la tesi della nullità radicale della clausola si ponga in contrasto con le finalità della novella legislativa perché aderendo ad essa la volontà pattizia di devolvere ad arbitri la controversia verrebbe travolta *ex post* per effetto di una norma che è stata introdotta con l'intento opposto, e cioè quello di superare le difficoltà che la presenza di una clausola binaria di devoluzione ad arbitri di controversie societarie ha da sempre sollevato.

## **6. Introduzione e soppressione di clausole compromissorie statutarie.**

L'ultimo comma dell'art. 34 disciplina le modalità di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo con le quali viene introdotta o eliminata la clausola compromissoria.

La norma prevede che tali modifiche devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i 2/3 del capitale sociale, con l'ulteriore previsione che i soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi 90 giorni, esercitare il diritto di recesso.

Il legislatore della riforma, nel silenzio della legge-delega sul punto, ha ritenuto di intervenire quindi sul delicato terreno della autonomia contrattuale con specifico riguardo alla opzione per la devoluzione ad arbitrato delle controversie consentendo, da un lato, che il gruppo organizzato nella struttura societaria possa optare a maggioranza

alternativamente per la scelta della introduzione o della soppressione della clausola compromissoria statutaria, e, d'altro lato, prevedendo *quorum* deliberativi particolarmente elevati.

Ora è sufficiente scorrere la nuova disciplina di diritto sostanziale in tema di società per avvedersi che per nessuna altra deliberazione è previsto un *quorum* deliberativo così elevato, accompagnato per di più dalla possibilità di recesso. Il cambiamento dell'oggetto sociale, la trasformazione della società, lo scioglimento anticipato e la proroga della società, la revoca dello stato di liquidazione, il trasferimento della sede sociale all'estero e l'emissione di azioni privilegiate possono essere assunte nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio con un *quorum* deliberativo di più di 1/3 del capitale sociale (art. 2369 cod. civ.).

La previsione, per converso, di un *quorum* deliberativo così elevato (2/3 del capitale sociale) accompagnata dalla facoltà di recesso per i dissenzienti prevista per l'introduzione, la soppressione (e, deve ritenersi, per la modifica) delle clausole compromissorie statutarie sembra deporre univocamente nel senso che il legislatore abbia tenuto presente che *de iure condito* la materia era regolata dal principio dell'unanimità, poiché risulterebbe altrimenti inspiegabile la cautela così introdotta.

Il superamento della dibattuta questione relativa alla necessità o meno della unanimità dei consensi per l'introduzione o la soppressione di clausole compromissorie, operato dal legislatore della riforma nei termini in precedenza indicati, oltre ad indurre taluno a dubitare della legittimità costituzionale della scelta, ha posto una delicata questione relativa alla disciplina delle società di persone, nell'ambito delle quali la regola generale per le modifiche dell'atto costitutivo impone l'unanimità dei consensi.

E' stato peraltro rilevato che la regola secondo cui il contratto sociale nelle società di persone può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se diversamente non è convenuto (art. 2252 cod. civ.) è suscettibile di deroga *ex lege*, come è dimostrato da quanto è oggi previsto relativamente alla trasformazione di una società di persone in società di capitali e ancora in materia di decisione in ordine alla fusione. Se ne è tratto il convincimento che anche la specifica disciplina di cui all'art. 34, comma 6, sia suscettibile di derogare la regola dell'unanimità, ma allo stesso tempo che i *quorum* deliberativi ivi indicati siano destinati ad operare anche rispetto a quelli diversamente pattuiti nell'ambito del contratto sociale.

## **7. L'ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario.**

L'ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario conosce limiti soggettivi ed oggettivi. Quanto ai primi si è già detto che le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio sono escluse dall'ambito di applicazione della normativa; più

discussa è l'esclusione delle società semplici dal momento che mentre la legge-delega si riferiva esplicitamente alle società commerciali il decreto delegato tace in proposito, limitandosi l'art. 34, comma 1, a prevedere che gli atti costitutivi delle società (con l'eccezione sopra ricordata) possono prevedere una clausola compromissoria. Il silenzio del testo non sembra peraltro autorizzare l'estensione dell'ambito applicativo della normativa ad ipotesi eccedenti quelle previste nella legge-delega (in giurisprudenza: Trib. Trento, 11.2.2004 in *Giur. di merito*, 2004, 1, 1704, con nota di PEDRELLI, *Osservazioni in merito alla clausola compromissoria "binaria" preesistente al nuovo arbitrato societario*; Trib. Trento, 8.4.2004 in *Le Società*, 2004, 998, con nota di MORELLINI; *contra* Trib. Udine 4.11.2004, *cit.*).

Un ulteriore profilo relativo ai limiti soggettivi riguarda l'applicazione o meno della nuova normativa alle sole società governate dal diritto italiano, ovvero a tutti gli arbitrati in materia societaria che si svolgano in Italia indipendentemente dalla legge italiana o straniera che governa la società. La soluzione più convincente risulta essere quella, autorevolmente sostenuta, secondo cui la disciplina si applica nell'ipotesi in cui si siano verificate entrambe le condizioni, e cioè la società risulti governata dal diritto italiano e la sede dell'arbitrato sia in Italia.

Tra i limiti soggettivi occorre ancora ricordare che la clausola compromissoria è vincolante per tutti i soci (ivi compresi i subentranti nella compagine sociale così risolvendosi la questione relativa alla opponibilità o meno ad essi della clausola compromissoria statutaria) e anche per coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia (art. 34, comma 3) e che può prevedersi che siano soggette ad arbitrato anche le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti, prevedendosi peraltro che la clausola sia vincolante per costoro a seguito dell'accettazione dell'incarico.

Per quanto riguarda i limiti oggettivi occorre rilevare che le controversie arbitrabili debbono trovare la loro *causa petendi* nel rapporto sociale, con la conseguenza che dovrebbero ritenersi escluse quelle controversie che derivino ad esempio da un patto parasociale o da un contratto di cessione di quote in quanto esse sarebbero estranee alla applicazione delle norme statutarie. Sembra invece ragionevolmente da ricomprendersi nell'ambito oggettivo della clausola compromissoria statutaria la controversia che abbia ad oggetto conflitti relativi a clausole di prelazione o di gradimento statutarie.

In sostanza l'ambito oggetto di compromettibilità delle controversie societarie dovrebbe essere inteso riferito a quelle relative alla esistenza, inesistenza, qualificazione, disciplina del rapporto societario nonché ai diritti che trovino la loro fonte in esso.

Il quinto comma dell'art. 34 esclude poi dall'ambito oggettivo di operatività della clausola compromissoria le controversie nelle quali è prevista la presenza obbligatoria del pubblico ministero.

A questo proposito è sorta questione in ordine al rapporto tra tale previsione esplicita e quanto previsto al primo comma del medesimo art. 34 in ordine all'arbitrabilità delle controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili.

Si potrebbe infatti ipotizzare che la esplicita previsione di non arbitrabilità delle controversie in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero abbia la funzione di delimitare a quelle sole controversie l'area della indisponibilità dei diritti controversi, con conseguente ampliamento dell'ambito oggettivo delle controversie arbitrabili in materia societaria.

Per converso si potrebbe sostenere che la previsione di cui all'art. 34, comma 5, individua ipotesi di sicura indisponibilità dei diritti controversi, ma non la esaurisce. In altri termini la previsione avrebbe natura e funzione esemplificativa di ipotesi di non compromettibilità per indisponibilità dei diritti controversi, ma non autorizzerebbe l'interprete a ritenere che al di fuori dei casi in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero dovrebbe affermarsi la disponibilità dei diritti controversi.

Quest'ultima ipotesi sembra essere ragionevolmente la più persuasiva anche perché, come è stato correttamente rilevato, non può affermarsi che la materia dei diritti indisponibili sia caratterizzata dalla presenza obbligatoria del pubblico ministero nelle relative controversie.

## **8. Oggetto ed effetti della clausola compromissoria statutaria. La nomina degli arbitri.**

Il primo comma dell'art. 34 dispone che gli atti costitutivi delle società (formula che deve intendersi riferita anche allo Statuto che ancorché oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo *ex art. 2328 cod. civ.*) possano contenere clausole compromissorie che devolvono ad arbitri alcune ovvero tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società e che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Ai sensi del quarto comma della citata norma la clausola compromissoria può anche prevedere la devoluzione ad arbitri delle controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e l'articolo 35, 5° comma, consente altresì la devoluzione in arbitrato di controversia avente ad oggetto la validità di delibere assembleari.

Il riferimento, quale possibile oggetto dell'arbitrato societario, ai soli diritti disponibili relativi al rapporto sociale, pone delicate questioni, di cui in parte si è già fatto cenno nel paragrafo che precede. Pur essendo certo che non sia possibile confondere il concetto di diritto indisponibile con le situazioni che formino oggetto di norme inderogabili, nel senso che l'inderogabilità della norma non è di per sé indice della indisponibilità del relativo diritto, ma presuppone la necessaria conformazione del

diritto al precetto inderogabile, è oltremodo difficile individuare l'area di non arbitrabilità delle controversie societarie, al di fuori del caso positivamente risolto relativo alle controversie in cui è parte necessaria il Pubblico Ministero.

In estrema sintesi sembra possa ragionevolmente farsi riferimento alla più recente evoluzione giurisprudenziale secondo cui il confine tra arbitrabilità o meno di una controversia endosocietaria si rinviene nella incidenza o meno della controversia sugli aspetti organizzativi della struttura societaria che si ritengano appartenere all'ordine pubblico-economico, come tali indisponibili.

Con riferimento alla arbitrabilità di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, nel cui ambito si è maggiormente concentrato, anche nel passato, il dibattito sulla disponibilità o meno dei relativi diritti, si rinvia al successivo § 10.

Per quanto riguarda l'ulteriore oggetto della clausola compromissoria, relativo alla arbitrabilità (se positivamente prevista) delle controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti deve rilevarsi che quanto meno con riferimento all'azione di responsabilità di cui agli artt. 2392 e ss. cod. civ. nei confronti degli amministratori di società di capitali la giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, era già giunta a ritenere che la relativa controversia potesse formare oggetto di arbitrato (sia rituale, sia irrituale) evidenziando un sicuro dato normativo di riferimento, costituito dalla previsione di cui all'art. 2393, ul. co., cod. civ., a mente del quale la società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere relativamente ad essa, sia pure con il limite della mancata opposizione di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale.

Non si tratta quindi di una novità in senso assoluto e tuttavia la previsione normativa è opportuna non solo perché risolve il problema dell'opponibilità ad amministratori, liquidatori e sindaci della clausola compromissoria per effetto dell'accettazione dell'incarico, ma anche perché potrebbe essere intesa a superare le questioni ampiamente dibattute in passato in ordine al giudice competente a conoscere delle controversie in tema di compensi agli amministratori di società di capitali.

Per quanto riguarda infine gli effetti della clausola compromissoria, da intendersi riferiti alle conseguenze della introduzione e/o soppressione di essa, si rinvia a quanto esposto *supra sub* § 6.

Nell'ambito del contenuto necessario della clausola compromissoria si dispone che essa deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri.

L'art. 34, comma 2, impone, a pena di nullità – come già si è ricordato in precedenza – che la nomina di tutti gli arbitri sia effettuata da soggetto estraneo alla società, affidando in via surrogatoria tale potere, ove il soggetto designato non provveda, al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.

Si tratta certamente di una previsione innovativa, finalizzata a sottolineare la posizione di terzietà degli arbitri rispetto alle parti ed a superare rilevanti profili di inoperatività della clausola compromissoria nell'arbitrato con pluralità di parti ovvero a fronte di clausole compromissorie che prevedano la nomina del collegio arbitrale con voto maggioritario dell'assemblea.

Non è inutile sottolineare l'opportunità della scelta operata, essendo note le difficoltà insorte in sede di applicazione di clausola compromissoria c.d. binaria a controversie che coinvolgano plurimi centri di interesse e la opinabilità della soluzione pragmatica offerta dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui uno spontaneo raggruppamento di interessi valutato *ex post* potrebbe consentire l'operatività della clausola anche qualora le parti formalmente contrapposte siano più di due.

Altrettanto opportunamente le nuove disposizioni escludono che la risoluzione delle controversie endosocietarie possa essere affidata ad un organismo preconstituito all'interno della compagine sociale, così superandosi la problematica relativa alla ammissibilità della devoluzione di tali controversie al Collegio dei probiviri (situazione ricorrente nell'ambito delle società cooperative) ovvero al collegio sindacale (vicenda rara, ma della quale la giurisprudenza si è dovuta occupare).

Accanto agli aspetti positivi di cui si è fatto cenno non può sottacersi la perplessità che suscita la drastica soluzione adottata dal legislatore delegato che sottrae alle parti il diritto di individuare l'arbitro di propria elezione; si è trattato probabilmente di una scelta obbligata anche in considerazione della opzione di consentire l'intervento di terzi nel procedimento arbitrale, nei sensi di cui si dirà *infra*.

## **9. La disciplina inderogabile del procedimento arbitrale.**

L'art. 35 si occupa della disciplina procedimentale dell'arbitrato societario oggetto delle previsioni della riforma.

In evidente collegamento con la facoltà per i terzi (e per i soci) di intervenire nel procedimento arbitrale le nuove disposizioni prevedono che la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto sia depositata presso il registro delle Imprese e sia resa accessibile ai soci (art. 35, comma 1).

Così disponendo il legislatore presuppone, implicitamente ma chiaramente, che la domanda di arbitrato contenga sia il *petitum* che la *causa petendi* (coerentemente a quanto disposto dall'art. 2653, ult. co., cod. civ.) ed esclude l'ulteriore ricorso alla prassi talvolta utilizzata di introduzione del procedimento arbitrale attraverso la sola nomina dell'arbitro di elezione della parte, con riserva di successiva formulazione dei quesiti.

Fortemente innovativa è evidentemente la previsione dell'intervento di terzi nel procedimento arbitrale, con il superamento *ope legis* delle perplessità che sul punto sono sempre state sollevate, giungendosi prevalentemente alla soluzione negativa sostanzialmente per le stesse ragioni per le quali si dubitava della operatività della clausola compromissoria nell'arbitrato multiparte, almeno nella misura in cui il meccanismo di elezione degli arbitri non consentisse a ciascuna parte la nomina di un arbitro di propria elezione.

Limitatamente ai soggetti che rivestano la qualità di soci è ammesso l'intervento su istanza di parte e l'intervento per ordine del giudice (qui, dell'arbitro): sotto quest'ultimo profilo la previsione normativa è quanto mai opportuna allo scopo di consentire un effettivo contraddittorio in vicende che possano incidere anche indirettamente sugli interessi di soggetti inizialmente non coinvolti nella procedura arbitrale.

Si dispone altresì l'applicabilità dell'art. 820, comma 2, del codice di procedura civile nel caso di intervento di terzi (o di altri soci) nel procedimento arbitrale; se ne desume che anche in questo caso gli arbitri possono prorogare per una sola volta e per non più di 180 giorni il termine per il deposito del lodo.

Di grande rilievo si rivelano ulteriori previsioni riferite al (nuovo) procedimento arbitrale in materia societaria.

Tale è certamente la disposizione contenuta all'art. 35, comma 3, ai sensi della quale in questo procedimento non trova applicazione l'articolo 819, 1° comma, del codice di procedura civile. Nel silenzio della legge delega emerge con evidenza il carattere fortemente innovativo della previsione derogatoria dell'ordinaria disciplina e che consente agli arbitri di conoscere incidentalmente di questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale.

Qui il *vulnus* ai principi consolidati nella materia è molto evidente ed è conseguenza della difficoltà in cui si è trovato il legislatore delegato a fronte della possibilità consentita dalla legge delega di derogare al disposto degli artt. 806, 808 c.p.c.

Gli arbitri potranno quindi deliberare in via incidentale questioni relative a diritti indisponibili senza dovere, come per il passato, sospendere in tale ipotesi il giudizio arbitrale sino al passaggio in giudicato della sentenza che risolve la questione incidentale.

L'impugnabilità per violazione di legge, nonostante qualsiasi contraria previsione delle parti, del lodo nel cui ambito gli arbitri abbiano conosciuto di questioni non compromettibili è evidente frutto della preoccupazione suscitate dalla deroga consentita al disposto dell'art. 819, comma 1, c.p.c. Il controllo di legittimità riservato alla sede

della eventuale impugnazione del lodo dovrebbe consentire, nelle intenzioni del legislatore delegato, il riequilibrio del sistema.

Così operando, peraltro, si finisce per rimettere all'autonomia privata la scelta di sottoporre o meno al controllo di legittimità la soluzione assegnata agli arbitri a questioni relativi a diritti indisponibili: se il lodo non è impugnato nei termini di cui all'art. 828 c.p.c. la decisione resta stabilizzata, ancorché essa si fondi sulla soluzione in via incidentale di questioni non compromettibili contrarie a norme imperative.

In questa prospettiva si evidenziano i limiti della opzione accolta sul punto dal legislatore delegato e trovano conferma le preoccupazioni e le critiche che da più parti sono state avanzate.

L'ulteriore previsione secondo cui il lodo è sempre impugnabile, ancorché si tratti di arbitrato internazionale, per *errores in procedendo* (art. 829, 1° comma, c.p.c.) e per revocazione e opposizione di terzo (nei limiti indicati dall'art. 831 c.p.c.) non sembra aggiungere particolari novità, salvo che per l'arbitrato internazionale.

La disposizione secondo cui le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società (art. 35, comma 4) si rivela criptica, nel senso che non è chiaro a quali fattispecie essa intenda riferirsi: se la società è parte del procedimento la disposizione risulta pleonastica, mentre se essa non è parte del procedimento si può dubitare della coerenza sistematica di una disposizione che renda opponibili le statuizioni arbitrali a soggetto estraneo al procedimento.

Forse sarebbe stato più opportuno prevedere il potere degli arbitri di disporre l'intervento *ex art.* 107 c.p.c. anche nei confronti della società, invece di limitare tale potere al solo intervento coatto dei soci.

## **10. Impugnazione di delibere assembleari e potere cautelare degli arbitri.**

Si è vista in precedenza la soluzione che è stata adottata nel dare concreta attuazione al principio contenuto nella legge delega di possibile deroga al divieto di sottoporre ad arbitrato controversie relative a diritti indisponibili.

Conviene ora domandarsi come operi tale soluzione con riferimento alla materia della validità di delibere assembleari che statisticamente è la più ricorrente nell'ambito delle controversie societarie.

Proprio con riferimento a tale problematica, come è noto, si sono originate talune tra le maggiori incertezze rinvenibili in dottrina ed in giurisprudenza. A posizioni inizialmente e pregiudizialmente contrarie all'ammissibilità di sottoporre ad arbitrato questioni connesse con la validità di delibere assembleari si è nel tempo contrapposta una posizione meno rigida, incentrata sulla ricerca di un criterio scriminante tra arbitrabilità e non arbitrabilità di siffatte controversie fondato sull'oggetto delle

deliberazioni; si è sostenuto che nella misura in cui le deliberazioni assembleari siano destinate ad incidere su interessi collettivi, come tali autonomamente tutelati dell'ordinamento, la validità di esse non possa che essere sindacata dal giudice ordinario.

Un possibile criterio discretivo è stato anche individuato con riferimento al rimedio astrattamente previsto a fronte dei vizi della delibera impugnata: ove sia prevista l'annullabilità della deliberazione la questione è stata ritenuta arbitrabile, mentre non arbitrabile è stata ritenuta la controversia sulla nullità della deliberazione.

Argomentando poi dalla residualità delle ipotesi di nullità delle delibere assembleari, ricondotte dall'art. 2379 cod. civ. sostanzialmente alle ipotesi di illiceità e/o impossibilità giuridica del loro oggetto si è potuto ampliare notevolmente l'area delle questioni arbitrabili; mediante un diverso percorso argomentativo, fondato non più sulla disponibilità dell'oggetto della delibera, quanto piuttosto sulla disponibilità del diritto all'impugnativa, si è giunti al medesimo risultato ampliativo dell'area di arbitrabilità delle controversie.

Nel variegato panorama delle opinioni e della pronunce giurisdizionali l'ultimo vero baluardo all'arbitrabilità è stato eretto a difesa delle deliberazioni relative al bilancio di esercizio. In questa ipotesi, anche in conseguenza della nota pronuncia delle Sezioni Unite sulla rilevanza della violazione dei principi che regolano la formazione del bilancio di esercizio (Cass. Sez. Un. 21 febbraio 2000 n. 27), si ritiene comunemente che dalla inderogabilità delle norme di cui occorre fare applicazione consegua la non arbitrabilità della relativa controversia per indisponibilità dei diritti che ne formano oggetto.

La novella affronta la delicata problematica con metodo innovativo: essa dispone infatti che quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari gli arbitri debbano decidere sempre secondo diritto con lodo impugnabile per violazione di legge (art. 36, comma 1).

Ancora si dispone che se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera (art. 35, comma 5).

Non è dubbio che dalla riforma emerga una soluzione positiva, in via generale, in ordine alla questione della arbitrabilità delle controversie sulla validità di delibere assembleari e se a tale constatazione si aggiunge quella, ulteriore, della riconosciuta possibilità per gli arbitri di risolvere in via incidentale questioni non compromettibili non è difficile immaginare che possano ritenersi arbitrabili anche le controversie per la cui soluzione occorre decidere su questioni attinenti ai principi di redazione del bilancio di esercizio.

Anche le deliberazioni aventi ad oggetto aumenti o riduzioni del capitale sociale potranno, a maggior ragione, essere sottoposte ad arbitrato.

L'arbitrato a cui si fa riferimento non potrà che essere di tipo rituale, plasmato secondo le regole procedurali inderogabilmente previste dalla novella.

Particolarmente innovativa, ancora, è la prevista facoltà per gli arbitri di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera davanti ad essa impugnata.

Qui la scelta del legislatore opera uno strappo a principi consolidati in quanto la indubbia natura cautelare della sospensione dell'efficacia della delibera impugnata (desumibile anche dal testo novellato dell'art. 2378 cod. civ.) avrebbe dovuto ricondurre la vicenda nell'ambito di applicazione dell'art. 818 c.p.c. a mente del quale gli arbitri non possono concedere sequestri né altri provvedimenti cautelari; sul punto la relazione afferma che tale opzione di rango processuale appare assolutamente funzionale alla promozione della cultura dell'arbitrato endosocietario, senza affrontare *funditus* la delicata questione (che pure la relazione enuncia) relativa alla incoercibilità del provvedimento cautelare reso dagli arbitri.

L'art. 35, comma 5-*bis*, prevede infine che i dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione (delle delibere assembleari, *ndr*) devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle Imprese. Si tratta di una previsione opportunamente aggiunta che ricalca quanto previsto dall'art. 2378 cod. civ. relativamente alle impugnazioni in sede giurisdizionale.

## **11. La tutela cautelare di fronte all'arbitrato endosocietario.**

L'art. 35, comma 5, dispone che la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile.

Qui è evidente l'intenzione del legislatore di prendere posizione sull'annoso problema dell'ammissibilità della tutela cautelare in controversie devolute ad arbitrato irrituale, sposando la tesi positiva maggioritaria in dottrina e che sembra aver trovato l'avallo della Corte Costituzionale (Corte Cost., Ordinanza 5 luglio 2002, n. 320).

Richiamate le considerazioni svolte in precedenza (*supra* § 4) in ordine alla possibilità di introdurre negli statuti societari clausole compromissorie per arbitrato irrituale, deve rilevarsi che la decisa presa di posizione del legislatore delegato in ordine alla ammissibilità della tutela cautelare anche in ipotesi di arbitrato irrituale è stata seguita anche dal legislatore della riforma del processo di cognizione. La nuova formulazione dell'art. 669-*quinquies* c.p.c., introdotta dalla L. 14 maggio 2005 n. 80, con effetto dal

1° gennaio 2006, prevede infatti anch'essa la tutela cautelare nell'ambito di controversie compromesse in arbitri anche non rituali.

L'annosa questione deve quindi definitivamente essere considerata risolta in senso positivo, tanto nell'ambito dell'arbitrato societario *ex* riforma, quanto nell'arbitrato di diritto comune.

Con riferimento alla introduzione dell'ipotesi di devoluzione in arbitrato rituale di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, devono inoltre essere segnalati taluni profili opportunamente evidenziati in dottrina secondo cui, in primo luogo, altro sarebbe il potere cautelare proprio del giudice ordinario, altro quello riconosciuto dalla novella agli arbitri societari i cui provvedimenti risultano infatti privi di forza coercitiva.

Inoltre, con una scelta evidentemente indirizzata alla semplificazione processuale, il legislatore delegato ha previsto che contro l'ordinanza cautelare degli arbitri non sia proponibile alcun reclamo ferma la possibilità – espressamente prevista dall'art. 36 – di impugnare il lodo per motivi di diritto. Resta invece dubbia la possibilità di ottenere prima del lodo la revoca dell'ordinanza cautelare; la tesi positiva, supportata da taluna dottrina, è infatti avversata da chi sostiene che la revocabilità non sarebbe estrapolabile dal contesto normativo salvo poi osservare che, proprio per tale motivo, la norma si presterebbe a censure di incostituzionalità.

Peraltro, ove effettivamente sia possibile dare a tale disposizione una lettura costituzionale, sembra preferibile la prima posizione con la conseguenza di ritenere ammissibile sia la revoca del provvedimento cautelare sia, in caso di diniego, la sua riproposizione.

## **12. Decisione secondo diritto ed impugnativa del lodo.**

L'art. 36, espressamente applicabile anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale, pone agli arbitri l'obbligo di decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, 2° comma, c.p.c. (e quindi per inosservanza di regole di diritto) quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto di giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.

Tale obbligo di decidere secondo diritto opera con riferimento a clausole compromissorie che autorizzino gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile.

Da ciò si desume, innanzitutto, che il legislatore della riforma consente in linea generale che la clausola compromissoria preveda un arbitrato di equità ovvero la non impugnabilità del lodo ed impone imperativamente la decisione secondo diritto, anche in difformità rispetto alla volontà delle parti, nelle due ipotesi sopra considerate.

La *ratio* della norma è particolarmente evidente in quanto attraverso di essa si consente il controllo dell'ordinamento, attraverso il giudice investito dell'impugnazione del lodo, relativamente all'operato degli arbitri sia in ordine alla soluzione di questioni attinenti ai diritti indisponibili di cui abbiano conosciuto in via incidentale, sia in ordine alla decisione sulla validità di delibere assembleari.

Non può non rilevarsi, peraltro, che tale controllo è rimesso alla disponibilità delle parti poiché, in difetto di impugnativa nei termini, la decisione arbitrale diviene definitiva, salva l'ipotesi della revocazione ed opposizione di terzo di cui all'art. 831 c.p.c.

### ***Bibliografia essenziale***

- ALPA G., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999.
- ALPA-GALLETTO (a cura di), *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, Milano, 2004.
- ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004.
- AULETTA, *D.Lgs. 17.1.2003, n. 5 – L'arbitrato (artt. 34-36)*, in *La riforma del diritto societario, Atti dei seminari tenuti nell'Auditorium della Cassa Forense in Roma, 12 maggio – 10 luglio 2003*, a cura di De Tilla-Alpa-Patti, Roma, 855.
- BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 1, 27.
- BOGGIO, *Le clausole compromissorie statutarie alla luce dell'art. 34 comma 2, D.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. arb.*, 2005, 1, 199.
- BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 3, 411.
- CARPI (a cura di), *Arbitrato societario*, Bologna, 2004.
- CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1, 123.
- CHIARLONI (diretto da), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2004.
- COLANTUONI, *I procedimenti, commento agli artt. 34 – 37 del d. lgs. n. 5/2003* in *La riforma del diritto societario*, a cura di LO CASCIO, Milano, 2003.
- CONSOLO, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, 2, 241.
- CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 6, 1285.
- DE NOVA, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *I contratti*, 2004, 8-9, 847.
- FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 7, 971.
- GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 85.
- GALLETTO, *L'arbitrato del diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 39 ss.
- GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 2, 233.
- LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- LUISO, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, relazione presentata all'incontro organizzato

- dalla Camera arbitrale immobiliare e generale di Venezia, 20 settembre 2001, “*L’arbitrato in materia societaria: profili giuridico – pratici*”.
- MALATESTA, *Revisione delle clausole compromissorie negli statuti di società di capitali*, in *Dir e prat. soc.*, 2004, 10, 20.
- MORELLINI, *Le parti e l’oggetto dell’arbitrato: spunti di riflessione*, in *Le Società*, 2005, 1, 79.
- PICARONI, *L’arbitrato nella riforma societaria*, in *Le Società*, 2005, 4, 495.
- PUNZI C., *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, 2000.
- REBECCA – BARUCHELLO, *Vecchio e nuovo arbitrato societario: i due modelli a confronto*, in *Dir e prat. soc.*, 2005, 16, 38.
- RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 6, 517.
- RUFFINI, *La riforma dell’arbitrato endosocietario*, in *Corr. giur.*, 2003, 11, 1524.
- SALI, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *Nuova giur. comm.*, 2004, 1, 114.
- SALI, *L’arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005, 2, 442.
- SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005.
- TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell’arbitrato rituale: dall’art. 819 c.p.c. all’arbitrato societario (art. 35, 3° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- USTICANO, *Il notaio e le clausole compromissorie*, in *Vita notarile*, 2003, 3, 1698.
- WEIGMAN, *Le clausole compromissorie “statutarie” nelle società di capitali*, Atti del Convegno AIA su Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie, Roma, 7 novembre 2002.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 3, 929.
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. soc.*, 2005, 453.

## **DECRETO LEGISLATIVO 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’art. 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366\***

\* Come modificato da avviso di rettifica pubblicato nella G.U. 9 settembre 2003, n. 209, dal decreto legislativo del 6 febbraio 2004, n. 37, G.U. 14 febbraio 2004 e dal decreto legislativo 28 dicembre 2004, n. 310.

(Omissis)

### **Art. 34. Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie**

1. Gli atti costitutivi delle società, ad eccezione di quelle che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell'articolo 2325-bis del codice civile, possono, mediante clausole compromissorie, prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.
2. La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale.
3. La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia.
4. Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in tale caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.
5. Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.
6. Le modifiche dell'atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, esercitare il diritto di recesso.

### **Art. 35. Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale**

1. La domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci.
2. Nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34, l'intervento di terzi a norma dell'art. 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima udienza di trattazione. Si applica l'art. 820, comma secondo, del codice di procedura civile.
3. Nel procedimento arbitrale non si applica l'art. 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'art. 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice.
4. Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società.
5. La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera.
- 5-bis. I dispositivi dell'ordinanza di sospensione e del lodo che decide sull'impugnazione devono essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese.

### **Art. 36. Decisione secondo diritto**

1. Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.

2. La presente disposizione si applica anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale.