

TOMASO GALLETTO

LINEE EVOLUTIVE DELL'ARBITRATO SOCIETARIO

* * *

SOMMARIO:

1. Premessa. - 2. L'arbitrato societario ed il suo campo di applicazione. - 3. L'introduzione e la soppressione della clausola compromissoria statutaria. - 4. L'arbitrato di diritto comune in ambito societario. - 5. Limiti alla compromettibilità delle controversie societarie. - 6. (Segue) Il problema della impugnativa delle delibere assembleari. - 7. L'eccezionale potere cautelare degli arbitri e l'intervento del giudice. - 8. Un bilancio provvisorio a sei anni dalla riforma.

* * *

1. PREMESSA

Come si era osservato in occasione della introduzione, ad opera del legislatore della riforma societaria del 2003, di una specifica disciplina in materia di arbitrato 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'arbitrato¹.

L'intervento del legislatore non si era peraltro limitato alla previsione di nuove regole in tema di arbitrato, ma aveva altresì ridisegnato - sotto il profilo processuale - la gestione

¹ In sede di commento alla riforma si era peraltro rilevato che in passato molte delle vicende riconducibili alla conflittualità endosocietaria erano 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) era 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 era stata conseguentemente accolta con favore pressoché unanime.

Per queste considerazioni v. T. GALLETTO, *Arbitrato societario*, in BUONFRATE-GIOVANNUCCI-ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2007, 465 ss.

della conflittualità in materia societaria secondo un modello innovativo nell'ambito del quale trovava ampio spazio l'iniziativa delle parti e l'intervento del giudice era indirizzato a garantire il rispetto del contraddittorio nella dialettica tra le parti².

Venivano altresì dettate nuove regole processuali per i procedimenti in camera di consiglio in materia societaria e veniva altresì introdotta una specifica disciplina per la conciliazione amministrata delle controversie societarie.

Oggi, a pochi anni da quelle riforme, lo scenario è profondamente mutato: da un lato, con la riforma del processo civile di cui alla legge n. 69 del 18 giugno 2009, il "*processo societario*" è stato abrogato (insieme alle regole sui procedimenti in camera di consiglio nella stessa materia) e, da altro lato, anche la disciplina in materia di conciliazione societaria è stata abrogata per essere riassorbita nel nuovo modello di mediazione finalizzata alla conciliazione introdotto dal recente D.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010³.

Dell'originario impianto della riforma in tema di controversie societarie sopravvive soltanto l'arbitrato societario disciplinato dagli artt. 34-36 del D.lgs. 5/2003 e l'arbitraggio nelle controversie gestionali societarie di cui all'art. 37 del citato Decreto.

Nel frattempo, come è noto, anche l'arbitrato di diritto comune è stato interessato da una profonda revisione ad opera del D.lgs. n. 40 del 2006.

L'arbitrato societario sopravvive dunque in un mutato contesto normativo del quale è indispensabile tenere conto, ancorchè nessuna nuova disposizione - tra quelle in precedenza richiamate - abbia direttamente inciso sulla sua disciplina normativa, che rimane quella introdotta nel 2003.

Talune scelte operate con specifico riferimento all'arbitrato societario sono state peraltro estese - con i dovuti adattamenti - nel corpo della disciplina ordinaria del procedimento arbitrale (ad esempio in materia di intervento di terzi e di cognizione incidentale degli arbitri su questioni non compromettibili) ed alcune opzioni della riforma dell'arbitrato del 2006 sono destinate ad operare anche con riferimento all'arbitrato societario (ad esempio la equiparazione dell'efficacia del lodo arbitrale a quella della sentenza civile di cui al nuovo art. 824-*bis* c.p.c. e la nuova disciplina dell'impugnazione del lodo, senza trascurare la materia dell'arbitrato irrituale di cui al nuovo art. 808-*ter* c.p.c.).

² L'intervento del legislatore era particolarmente significativo in quanto introduceva un vero e proprio nuovo procedimento giurisdizionale, il "*processo societario*", dotato di una autonoma regolazione, completamente diversa dal rito ordinario. V. in proposito artt. 1-25 del D.Lg.vo 5/2003.

³ Per un inquadramento della recente riforma del processo civile cfr. G. ALPA (*a cura di*), *Le modifiche al Codice di procedura civile*, Napoli, 2010 ed ivi, se vuoi, T. GALLETTO, *Considerazioni sulla riforma del processo civile*, 159 ss.

Per una analisi della nuova normativa in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione v., se vuoi, T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile e commerciale*, Milano, 2010, in corso di pubblicazione.

L'arbitrato societario, per parte sua, ha formato oggetto, sin dalla sua introduzione, di una particolare attenzione da parte della dottrina⁴ e, successivamente, di numerose pronunce giurisdizionali⁵.

Dottrina e giurisprudenza hanno poi accompagnato la prassi applicativa della riforma, contribuendo a disegnarne le linee evolutive.

⁴ La letteratura sul tema è ormai vastissima. Senza alcuna pretesa di completezza, tra coloro che per primi si sono occupati della materia v. 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; 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; 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; 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. In ordine a specifici profili v. altresì la bibliografia indicata nelle successive note.

⁵ Per una rassegna ragionata dei principali orientamenti della giurisprudenza nei primi anni successivi alla riforma v. A. FUSARO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di clausola compromissoria nel nuovo diritto societario*, in *Nuova Giurisprudenza ligure*, 2009, 34 ss. ed ivi le pertinenti indicazioni.

A queste ultime sono dedicate le considerazioni che seguono.

2. L'ARBITRATO SOCIETARIO E IL SUO CAMPO DI APPLICAZIONE.

L'art. 34, comma 1, del D.lgs. 5/2003 dispone testualmente: “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.*”.

Il tenore letterale della norma ha posto - da subito - la questione dell'ambito di applicabilità dell'arbitrato societario a talune tipologie societarie.

Infatti, ferma la non applicabilità di esso alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio⁶ di cui all'art. 2325bis cod.civ. la norma non distingue né tra società di persone e di capitali, né in ragione dell'attività commerciale o meno esercitata dalle società.

In questa prospettiva si pone la questione se l'arbitrato societario sia applicabile o meno alle società semplici, alle società di fatto ed a quelle irregolari.

Con riferimento alle società semplici, un dato testuale, rinvenibile nella legge-delega n. 366 del 2001, sembra escludere che rispetto ad esse sia operante la disciplina dell'arbitrato societario (una diversa soluzione è invece predicabile con riferimento all'arbitrato di diritto comune: sul punto v. *infra* §. 4).

La legge-delega, infatti, si riferisce espressamente alle “società commerciali” e la società semplice è normativamente esclusa da tale categoria⁷.

⁶ Si tratta, come è noto, delle società quotate in borsa e di quelle il cui azionariato è diffuso tra il pubblico dei risparmiatori in base ai parametri rinvenibili nella normativa secondaria di settore (art. 116 TUF e art. 2bis Reg. CONSOB 11971/99).

La logica dell'esclusione di tale tipologia societaria dell'ambito di applicazione dell'arbitrato societario non è molto chiara e non è condivisa da molti: in argomento v. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, II, 85.

Si discute anche di un possibile eccesso di delega in quanto tale esclusione non era contemplata nella legge-delega n. 366 del 2001, mentre non sembra ipotizzabile un profilo di incostituzionalità della norma per aver disposto nella specie un divieto di arbitrato, e ciò sulla base della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto legittima la scelta del legislatore di prevedere divieti di arbitrato in materie connesse a rilevanti interessi pubblici.

⁷ In dottrina prevale nettamente l'opinione enunciata nel testo, secondo cui l'arbitrato societario non è applicabile alle società semplici proprio in ragione del principio enunciato nella legge-delega che intende riferire alle sole società commerciali la nuova tipologia di arbitrato: in argomento v. recentemente S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e arbitraggio gestionale nelle società di persone*, in *Giur. It.*, 2010, 487 ss., spec. 489, ed *ivi* gli opportuni riferimenti bibliografici. Il citato A. evidenzia opportunamente le perplessità che derivano, anche dal punto di vista della ragionevolezza, dalla esclusione per le società semplici di avvalersi dell'arbitrato societario e tuttavia conclude condivisibilmente nel senso che debba essere preferita la soluzione negativa che è la più coerente con le indicazioni della legge-delega ed evita

Il dato testuale non sembra consentire diverse interpretazioni.

Per quanto riguarda la società di fatto, la non applicabilità ad essa dell'arbitrato societario discende dalla constatazione della assenza, nella fattispecie, di qualsiasi formalizzazione del contratto sociale e quindi della impossibilità della previsione di una clausola arbitrale statutaria⁸.

In ordine, infine, alle società irregolari che pure debbono essere ascritte alla categoria delle società commerciali, l'inapplicabilità ad esse dell'arbitrato societario si desume, secondo la dottrina, dal rilievo che la normativa in tema di arbitrato societario assegna alla pubblicità necessaria, in taluni casi, dell'atto di accesso all'arbitrato e dei provvedimenti degli arbitri nel registro delle imprese: l'impossibilità di dare corso a tale pubblicità relativamente alle società non iscritte nel registro (appunto, le società collettive irregolari) rende incompatibile la disciplina dell'arbitrato societario con siffatta tipologia di impresa collettiva⁹.

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

conseguentemente il sorgere di un dubbio di costituzionalità per eccesso di delega che la diversa interpretazione inevitabilmente solleverebbe.

⁸ Per un approfondimento della questione v. ancora. S.A. CERRATO, *op. ult. cit.*, 489 ed *ivi* a nota 13 l'indicazione dell'orientamento maggioritario della dottrina nel senso indicato nel testo e delle (poche) opinioni contrarie che peraltro sembrano sovrapporre ingiustificatamente l'ambito di operatività dell'ormai abrogato processo societario, che si riferiva anche alle controversie concernenti le società di fatto, con quello specifico dell'arbitrato societario.

⁹ In questo senso v. S.A. CERRATO, *op. ult. cit.*, 490.

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 oggettivo 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.

3. L'INTRODUZIONE E LA SOPPRESSIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA STATUTARIA.

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 sociale¹⁰.

4. L'ARBITRATO DI DIRITTO COMUNE IN AMBITO SOCIETARIO.

Una delle questioni più dibattute, anche in relazione alla sorte delle clausole compromissorie contenute negli statuti societari *ante* riforma, 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.

¹⁰ Per un approfondimento della questione, assai delicata, relativa alla coerenza della regola maggioritaria, sia pure rafforzata, per l'introduzione e la soppressione delle clausole arbitrali statutarie con il principio generale che, in tema di società di persone, prevede l'unanimità dei consensi per le modifiche dell'atto costitutivo, v. recentemente S.A. CERRATO, *op. ult. cit.*, 491, ed *ivi* i pertinenti riferimenti bibliografici.

La questione è peraltro tutt'altro che risolta: la riforma societaria, tuttavia, ha introdotto talune ipotesi nelle quali, salvo diversa esplicita disposizione del contratto sociale il principio unanimistico nelle società di persone è derogato *ex lege* (v. artt. 2500ter e 2502 cod. civ.). Da tali previsioni potrebbe trarsi spunto per affermare che anche in tema di introduzione e soppressione della clausola compromissoria statutaria nelle società (commerciali) di persone il legislatore abbia inteso derogare al principio unanimistico. Ma tale soluzione, come si è ripetutamente osservato, è opinabile poiché presuppone una intenzione del legislatore che non traspare dal testo normativo.

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 novella¹¹.

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. E' 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

¹¹ Per le pertinenti indicazioni v. A. FUSARO, *op. cit.*, 38, e S.A. CERRATO, *op. ult. cit.*, 490.

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.

La tesi favorevole alla coesistenza dell'arbitrato societario secondo il modello previsto dalla riforma e quello di diritto comune sembra aver trovato conforto nella più recente giurisprudenza, nell'ambito della quale si è sottolineata la irrazionalità della opinione che vede l'imposizione legislativa di un unico, inderogabile modello di arbitrato nella

materia considerata, in contrasto con lo spirito della riforma che intende ampliare le opportunità del ricorso agli strumenti dell'autonomia privata¹².

La soluzione favorevole alla c.d. teoria del "doppio binario"¹³ è condivisa dalla più recente dottrina ed ha originato una iniziativa legislativa di interpretazione autentica della normativa in argomento, finalizzata a chiarire che il modello arbitrale previsto dalla riforma del 2003 non preclude alle parti la facoltà di ricorrere all'arbitrato comune¹⁴.

5. LIMITI ALLA COMPROMETTIBILITÀ DELLE CONTROVERSIE SOCIETARIE.

Uno dei profili più discussi in materia di arbitrato societario riguarda, come è noto, l'ambito oggettivo della arbitrabilità delle relative controversie.

L'art. 34, 1° comma, del decreto legislativo 5/2003 consente la devoluzione ad arbitri delle controversie insorgenti tra i soci, ovvero tra i soci e la società, che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Al momento della sua introduzione la norma rivestiva carattere innovativo in quanto, sino ad allora, il limite alla arbitrabilità di una controversia era sostanzialmente riconducibile alla transigibilità di essa (art. 806 c.p.c., vecchio testo).

La disposizione in materia di arbitrato societario ampliava oggettivamente l'area della arbitrabilità delle relative controversie in quanto poneva come limite ad essa l'indisponibilità del diritto controverso (aggiungendo peraltro che non possono formare oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero: cfr. art. 34 comma 5).

L'abbandono del binomio transigibilità = arbitrabilità era particolarmente significativo in quanto ai sensi dell'art. 1972, 1° comma, cod.civ. la transazione relativa a un contratto illecito è colpita da nullità e conseguentemente nella vigenza del richiamato

¹² In questo senso, in giurisprudenza, Trib. Genova 7 marzo 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, III-500, con nota di S.A. CERRATO; App. Torino 29 marzo 2007, in *Giur. It.*, 2007, 2237, con nota di S.A. CERRATO; App. Genova 16 giugno 2007, a quanto consta inedita.

Più recentemente ammette con ampia motivazione l'introduzione ex novo nello Statuto di una società di capitali di una clausola compromissoria di diritto comune App. Napoli, 14 gennaio 2009 in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 335 con nota favorevole di S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e "doppio binario": qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*.

In senso contrario alla ammissibilità della clausola compromissoria di diritto comune in ambito societario v. invece N. SOLDATI, commento di Trib. Modena, 5 febbraio 2010, in *Le Società*, 2010, 894 ss. spec. 901, che ritiene l'ipotesi contraria allo spirito della riforma.

¹³ Sulla quale v. se vuoi, T. GALLETTO, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in ambito societario: la teoria c.d. del "doppio binario" trova autorevole sostegno*, in *Foro Pad.*, 2006, II-233 ss.

¹⁴ In questo senso v., ancora, S.A. CERRATO, *op. ult. cit.*, 490, ed *ivi*, il riferimento alla menzionata iniziativa parlamentare. Si tratta del disegno di legge presentato in Senato (A. S. 1702) in data 21 luglio 2009 il quale testualmente prevede che "le disposizioni di cui agli art. 34 e segg. del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 devono essere interpretate nel senso che le medesime non precludono alle parti di valersi, in alternativa al particolare tipo di arbitrato societario da esse previsto, di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero".

binomio doveva ritenersi non arbitrabile una controversia riguardante un contratto (ma anche un negozio) avente oggetto o causa illecita, in quanto contrari a norme imperative, di ordine pubblico o al buon costume.

Oggi, come è noto, a seguito della riforma dell'arbitrato di diritto comune, di cui al decreto legislativo n. 40 del 2006, il limite dell'arbitrabilità delle controversie è dato dalla indisponibilità del diritto controverso o dall'espresso divieto di arbitrato previsto dalla legge (fermo restando che nelle controversie in materia di lavoro l'arbitrabilità è consentita solo se prevista dalla legge o dai contratti e accordi collettivi di lavoro¹⁵).

Alla luce del nuovo contesto normativo, quindi, non vi sono più sostanziali differenze, quanto all'ambito oggettivo di compromettibilità, tra arbitrato societario e arbitrato di diritto comune.

Ritornando alla materia dell'arbitrato societario, comunque, è agevole constatare che l'aver individuato nella indisponibilità del diritto controverso il limite alla arbitrabilità solleva diverse questioni.

Intanto, la ricostruzione della nozione di diritto indisponibile non è agevole dal momento che nel nostro ordinamento regola generale è la disponibilità dei diritti ed eccezione l'indisponibilità di essi.

Ancora, la nozione di diritto indisponibile non può essere sovrapposta alla fattispecie regolata da norma inderogabile oppure da norma imperativa¹⁶.

Pur nella consapevolezza della difficoltà definitoria del concetto di indisponibilità del diritto, sembra potersi affermare che essa risieda nella immodificabilità della situazione giuridica soggettiva ad opera dell'autonomia privata: in questo senso il diritto indisponibile sarebbe caratterizzato dalla sua intrasferibilità ed irrinunciabilità o limitazione ad opera dei privati¹⁷.

Apparterrebbero quindi alla nozione di diritto indisponibile i diritti irrinunciabili, quali ad esempio i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. e i diritti c.d. "*personalissimi*" (diritto al nome, diritti politici, e diritti di *status*).

¹⁵ E' attualmente all'esame del Parlamento, nell'ambito della riforma della disciplina del lavoro subordinato, l'ipotesi di ampliamento dell'area dell'arbitrabilità delle relative controversie, ma la previsione del relativo disegno di legge governativo favorevole alla introduzione di una clausola compromissoria nel contratto individuale di lavoro è stata oggetto di rilievi di costituzionalità da parte del Presidente della Repubblica e rinviata per riesame al Parlamento. La soluzione sembra orientarsi verso la previsione della non vincolatività per il lavoratore della clausola compromissoria, consentendo in alternativa il ricorso in sede giurisdizionale.

¹⁶ Su questi aspetti v. in particolare l'approfondimento contenuto nell'articolo di RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indispensabile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 573 ss.

¹⁷ In questo senso, con specifico riferimento alla materia dell'arbitrabilità, v. BRIGUGLIO – FAZZALARI – MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 3. Una felice sintesi del limite all'arbitrabilità è operata da LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 2, con il rilievo che "*l'arbitro trae la propria legittimazione dal consenso dei giudicabili e perciò può quanto le parti possono, ma non oltre*".

Un indice della indisponibilità del diritto è poi costituito dalla previsione dell'intervento necessario del Pubblico Ministero nella controversia che riguardi tale diritto (cfr. art. 70 c.p.c.).

In materia di arbitrato societario, peraltro, l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero è assai limitato: nel procedimento *ex art. 2409 cod.civ.* soltanto se si tratta di società che fa ricorso al capitale di rischio, nel procedimento riguardante la revoca dei liquidatori *ex art. 2487 cod.civ.*, nel procedimento relativo alla iscrizione di delibere di modificazione dello statuto sociale e nella riduzione del capitale sociale ad opera del giudice in mancanza di apposita delibera assembleare.

Da tale constatazione consegue che la specifica previsione di non arbitrabilità delle controversie societarie nell'ambito delle quali sia previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero non agevola l'opera dell'interprete, in ragione della esiguità delle ipotesi in cui, nella materia considerata, l'intervento del P.M. è effettivamente previsto dalla legge.

D'altra parte non è neppure certo che la presenza necessaria del Pubblico Ministero in una controversia civile determini in sé l'indisponibilità del diritto controverso, fermo restando che ne determina la non arbitrabilità.

Non saranno, ancora, arbitrabili le controversie che sono dalla legge devolute nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione, materia non disponibile dall'autonomia negoziale.

Non sarà, in particolare, arbitrabile la denuncia di gravi irregolarità *ex art. 2409 cod. civ.* per la assorbente ragione che il relativo procedimento si svolge in camera di consiglio e si conclude con un provvedimento insuscettibile di passare in giudicato¹⁸.

Molto controversa è, infine, l'arbitrabilità delle questioni relative allo scioglimento della società e alla nullità del contratto sociale¹⁹.

Dalle considerazioni che precedono emerge una ampia arbitrabilità delle controversie in materia societaria, anche in considerazione di quanto prevede l'art. 34, comma 4, in tema di arbitrabilità, purché prevista specificamente nella clausola compromissoria, delle controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro

¹⁸ Sul punto vi è sostanziale unanimità di opinioni in dottrina ed in giurisprudenza.

G. BARBIERI – E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova, 2007, 453 (spec. nota 18) riferiscono di un decreto Trib. Torino 3-20 marzo 2006, inedito, che ha motivatamente escluso l'arbitrabilità della denuncia di gravi irregolarità *ex art. 2409 cod. civ.*

¹⁹ In dottrina, in senso favorevole alla arbitrabilità in entrambe le ipotesi v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Arbitrato societario* in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, 80 ss.

La giurisprudenza, con particolare riferimento alle controversie sullo scioglimento della società si dimostra compatta nell'escludere l'ipotesi, ritenendo che le relative questioni siano sottratte alla disponibilità delle parti: così ad es. Trib. Modena, 12 maggio 2004, in *Società*, 2004, 1272 con nota di SOLDATI, Trib. Ravenna 3 febbraio 2006 in *Giur. comm.*, 2006, 2, 875 ss. con nota di S.A. CERRATO; anche la Suprema Corte, con decisione 16 novembre 2006 n. 579, a quanto consta inedita, ribadisce che la questione dello scioglimento della società non può essere compromessa in arbitri.

confronti costituendo l'accettazione della carica adesione anche alla clausola compromissoria.

Con specifico riferimento all'azione di responsabilità nei confronti di amministratori, liquidatori e sindaci, peraltro, l'arbitrabilità di essa era ritenuta ammissibile anche antecedentemente alla riforma, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale che traeva spunto, in senso favorevole alla arbitrabilità, dalla transigibilità della relativa controversia prevista dall'art. 2393 cod. civ..

Ma il vero punto nevralgico in tema di limiti alla compromettibilità delle controversie societarie è costituito dalla impugnabilità delle deliberazioni assembleari: questo è stato, nel passato, l'aspetto più tormentato in tema di arbitrato societario e costituisce ancor oggi un terreno insidioso sul quale si contrappongono diverse opinioni, sia in dottrina che in giurisprudenza.

E' quindi opportuna una più approfondita disamina del problema.

6. (SEGUE) IL PROBLEMA DELLA IMPUGNATIVA DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

Come si è accennato, la questione relativa alla possibilità di devolvere in arbitrato l'impugnativa di deliberazioni assembleari societarie è sempre stata molto controversa²⁰.

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza e, almeno in parte, della dottrina, *ante* riforma del 2003 la questione andava risolta non in astratto, ma in concreto, con riferimento all'oggetto della deliberazione impugnata.

Qualora l'oggetto di essa coinvolgesse interessi che eccedevano quelli individuali dei singoli soci, interessando quelli posti a tutela della società o della collettività dei soci, si riteneva che la relativa controversia non potesse formare oggetto di arbitrato.

Si reputava infatti che il rilievo di interessi c.d. "*superindividuali*" rendesse indisponibili i diritti controversi e, come tali, non arbitrabili.

A questa impostazione, peraltro, si obiettava fondatamente che l'equazione tra interesse superindividuale e diritto indisponibile non era pertinente, poiché l'ordinamento offriva la dimostrazione del contrario: basti pensare all'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 cod.civ. che è certamente posta a tutela di interessi superindividuali, in quanto coinvolge l'interesse della società e non atomisticamente quello dei singoli soci, e che tuttavia è rinunciabile e transigibile, sia pure qualora non vi sia l'opposizione di una minoranza qualificata dei soci.

Se tale azione è rinunciabile o transigibile il diritto sostanziale ad essa sotteso non può essere ritenuto indisponibile²¹.

²⁰ Un panorama delle opinioni della dottrina e della giurisprudenza anteriormente alla riforma del 2003 si può leggere in STEFINI, *Controversie compromettibili in arbitri in materia societaria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, 263 ss..

Secondo una diversa, più moderna, impostazione il problema della arbitrabilità delle deliberazioni assembleari doveva essere risolto sulla base del vizio di invalidità dedotto.

Se il vizio dedotto poteva, se sussistente, comportare l'annullabilità della deliberazione, la relativa controversia poteva ritenersi arbitrabile; al contrario, se il vizio dedotto e riscontrato conduceva alla declaratoria di nullità della delibera impugnata, la relativa controversia non poteva essere assoggettata ad arbitrato, in ragione della esistenza di un interesse pubblico prevalente alla rimozione dell'atto, manifestato dalla legittimazione ampia a dedurre la nullità della delibera e dalla rilevabilità d'ufficio della nullità (arg. ex art. 1421 cod.civ.)²².

La riforma del 2003 è intervenuta nella materia considerata con la previsione, contenuta nell'art. 36 del D.Lgs. 5/2003, secondo cui quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari gli arbitri debbono sempre decidere secondo diritto con lodo impugnabile anche per violazione di norme di legge.

L'intervento del legislatore non è stato peraltro risolutivo della questione.

Rispetto alla richiamata previsione legislativa, infatti, sono state offerte, sia in dottrina che in giurisprudenza, diverse letture.

Secondo un primo orientamento il legislatore avrebbe inteso risolvere tutte le questioni che nel passato si agitavano in ordine alla arbitrabilità delle impugnative di deliberazioni assembleari ammettendola senza distinzioni riconducibili all'oggetto di esse con la previsione, tuttavia, della decisione secondo diritto con conseguente impugnabilità per violazione di legge.

Il presidio della impugnabilità per violazione di legge costituirebbe, in sostanza, il meccanismo attraverso il quale può essere operato il controllo sul rispetto di norme inderogabili nella materia considerata.

Un secondo orientamento, che ha trovato ampio riscontro nella giurisprudenza di questi ultimi anni, ha privilegiato, in tema di arbitrabilità, la distinzione tra delibere annullabili e delibere nulle, sottolineando la disponibilità del diritto all'annullamento della deliberazione²³.

In questa prospettiva, ad esempio, non potrebbero formare oggetto di arbitrato le impugnazioni delle deliberazioni in materia di approvazione del bilancio, in ragione

²¹ Il superamento della tesi secondo cui il coinvolgimento di interessi di carattere generale rendeva non arbitrabile la relativa controversia è enunciato chiaramente nella sentenza della Suprema Corte 23 febbraio 2005 n. 3772, in *Riv. Arb.*, 2006, 297 ss., con nota di L. GROPPOLI, *L'incidenza dell'interesse "sociale" sull'arbitrabilità*. La sentenza, peraltro, presuppone una coincidenza tra inderogabilità della norma e indisponibilità dei diritti, della quale può fondatamente dubitarsi, come è giustamente rilevato nella nota a tale decisione.

²² In argomento v. le interessanti considerazioni di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 453 ss..

²³ Recentemente v. Trib. Prato, 19 marzo 2009, n. 391, in *Riv. Arb.*, 2009, 323 ss., con nota di F. UNGARETTI DELL'IMMAGINE, *Note su indisponibilità dei diritti, inderogabilità della normativa ed impugnazione delle delibere assembleari*, che affronta con condivisibili argomentazioni la delicata questione relativa alla indisponibilità dei diritti nella materia considerata.

dell'interesse pubblico sotteso alla veridicità della informazione societaria rispetto anche ai terzi.

Un terzo, più recente orientamento giurisprudenziale, condiviso da molta parte della dottrina, prende le mosse dalla riforma del diritto sostanziale societario, coeva alla introduzione dell'arbitrato in materia, disposta dal D.Lgs. n. 6/2003.

Il nuovo contesto normativo in tema di invalidità delle deliberazioni assembleari, infatti, risulta innovativo perché, oltre alla previsione della tassatività delle ipotesi di nullità delle deliberazioni assembleari, con riaffermazione quindi del principio, già operante *ante* riforma, secondo cui la regola generale in materia riconduce tutti i vizi delle deliberazioni assembleari alla ipotesi di annullabilità salvo che la legge non disponga diversamente, ha previsto un termine di decadenza triennale entro il quale la deliberazione anche affetta da impossibilità o illiceità dell'oggetto (ed è l'ipotesi tipica della impugnazione della delibera di approvazione del bilancio) può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse e l'invalidità di essa, nello stesso termine, può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Soltanto le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili possono essere impugate senza limiti di tempo (art. 2379 cod.civ.).

Con riferimento specifico alla deliberazione di approvazione del bilancio, inoltre, l'art. 2434-*bis* cod.civ. dispone che le azioni di annullabilità e di nullità non possono essere proposte dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

In questo mutato quadro normativo non possono essere utilmente richiamate le ragioni che *ante* riforma consentivano di ricondurre all'area della indisponibilità (e quindi della non arbitrabilità) le questioni che involgevano la nullità delle deliberazioni assembleari.

La sanatoria che l'ordinamento predispose, per effetto della mancata impugnazione entro il termine triennale, ovvero, nel caso della approvazione del bilancio, nel minor termine costituito dalla approvazione del bilancio dell'esercizio successivo, impedisce di ritenere indisponibile l'oggetto della deliberazione e quindi non arbitrabile la relativa controversia.

In questa nuova e diversa prospettiva le uniche deliberazioni assembleari non suscettibili di impugnazione in sede arbitrale sarebbero soltanto quelle, marginalissime, che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite od impossibili.

Come si è rilevato in precedenza, diverse recenti pronunce di merito si sono orientate a favore della tesi secondo cui tutte le delibere assembleari possono formare oggetto di arbitrato, ferma restando la necessità della decisione secondo diritto e della impugnabilità del lodo per violazione di legge.

Alcune decisioni hanno privilegiato, oltre al tenore letterale della disposizione di cui al più volte citato art. 36, la constatazione che il diritto di impugnativa costituisce di per sé un diritto disponibile, essendo pacifica la facoltà del socio di rinunciare agli atti e

all'azione anche dopo aver proposto l'impugnazione e comunque di transigere la relativa controversia²⁴.

Altre decisioni hanno privilegiato il dato desumibile dall'art. 2378 cod.civ. secondo cui il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione realizzabile, se del caso, con la modifica della deliberazione impugnata ed hanno altresì sottolineato, quale sintomo della disponibilità della materia controversa, l'eccezionalità della imprescrittibilità della impugnativa, riservata soltanto a quelle delibere che, modificando l'atto costitutivo, prevedono un oggetto sociale impossibile od illecito²⁵.

Occorre tuttavia rilevare che in tema di impugnativa di delibera di approvazione del bilancio di esercizio il Tribunale di Milano si è recentemente espresso nel senso della non compromettibilità in arbitri della relativa controversia qualora il vizio dedotto attenga a profili di nullità riconducibili alla chiarezza e precisione del bilancio di esercizio, principî presidiati dall'interesse generale della trasparenza dell'esercizio dell'impresa²⁶.

Quest'ultimo orientamento, tuttavia, si ricollega ad una recente pronuncia della Suprema Corte secondo cui l'inderogabilità delle norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio evidenzerebbe la indisponibilità dell'interesse al rispetto di tali norme²⁷.

Ma, come in precedenza si è ripetutamente osservato, è assai dubbio che la indisponibilità del diritto possa essere sovrapposta alla inderogabilità delle norme applicabili alla fattispecie: non vi è ragione, infatti, per ritenere che gli arbitri non debbano conformare la situazione giuridica loro sottoposta alle norme inderogabili previste per regolare la fattispecie, allo stesso modo in cui opera il giudice togato.

7. L'ECCEZIONALE POTERE CAUTELARE DEGLI ARBITRI E L'INTERVENTO DEL GIUDICE.

Come è noto, nel nostro ordinamento, a differenza di quanto previsto in altre legislazioni, gli arbitri difettano radicalmente di poteri cautelari, salvo che ciò non sia espressamente disposto dalla legge (art. 818, nuovo testo, c.p.c.).

La ragione di tale preclusione nei confronti degli arbitri risiede, in sintesi, nell'essere questi ultimi giudici privati, come tali sprovvisti di *imperium*.

²⁴ Ad esempio, v. Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. Merito*, 2008, 2252, con nota di DE SANTIS.

²⁵ In questo senso Trib. Genova, 17 maggio 2007, a quanto consta *inedita*.

²⁶ Trib. Milano, 30 aprile 2008, in *Giur. It.*, 2009, 1446 ss., con nota di A. MONTEVERDE. Nello stesso senso v. recentemente Trib. Novara, 20 aprile 2010, in *Le Società*, 2010, 909, secondo il quale non sono compromettibili le controversie nelle quali il vizio dedotto ottenga a causa di nullità, come conseguenza della violazione di norme imperative.

Per l'arbitrabilità delle controversie sulla validità delle delibere assembleari anche nell'ipotesi in cui si controverta dalla nullità del bilancio di esercizio v. Trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Le Società*, 2010, 643.

²⁷ Si tratta della sentenza 23 febbraio 2005 n. 3772, in merito alla quale v. *supra*, nota 19.

In materia di arbitrato societario, peraltro, il legislatore della riforma ha esplicitamente previsto che, qualora la clausola compromissoria devolva in arbitrato anche le 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 impugnata (art. 36, comma 5).

Si è in tal modo voluto evitare, opportunamente, la coesistenza, rispetto alla medesima controversia, di una competenza decisoria nel merito affidata agli arbitri e, in sede cautelare, conservata in capo al giudice ordinario.

Per operare in questo senso si è dovuta introdurre una specifica eccezione al principio generale, sopra ricordato, che preclude agli arbitri l'adozione di misure cautelari.

Il legislatore ha altresì previsto - per completare razionalmente la soluzione adottata - che tanto il dispositivo dell'ordinanza di sospensione cautelare dell'efficacia di una delibera assembleare, quanto il dispositivo del lodo che decide sull'impugnazione della delibera debbano essere iscritti, a cura degli amministratori, nel registro delle imprese (art. 36, comma 5-*bis*).

Questa soluzione, apparentemente lineare, presenta talune criticità.

Intanto, la scelta della non impugnabilità dell'ordinanza con la quale gli arbitri sospendono l'efficacia di una deliberazione assembleare non sembra in sintonia con l'orientamento della Corte Costituzionale che più volte ha sottolineato la necessità che nell'ambito del procedimento cautelare sia prevista una fase di riesame.

Sotto un diverso profilo si pone la questione della tutela cautelare interinale rispetto alla deliberazione assembleare impugnata nell'intervallo di tempo che decorre dalla proposizione della domanda in sede arbitrale alla costituzione del collegio arbitrale competente ad assumere il provvedimento richiesto.

Gli arbitri, infatti, non sono un giudice precostituito e la particolarità della fattispecie risiede nella circostanza della introduzione della domanda anteriormente alla costituzione del soggetto chiamato a decidere.

Anche sotto questo aspetto rilevano profili di costituzionalità, dovendosi ritenere incoerente con i principî della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. una soluzione che impedisca, ricorrendo il presupposto dell'urgenza, una tempestiva pronuncia in sede cautelare.

Per ovviare alla situazione, inaccettabile, di carenza di tutela cautelare interinale si possono astrattamente ipotizzare diverse soluzioni.

Da un lato, si può ipotizzare un ricorso al Presidente del Tribunale, in caso di eccezionale e motivata urgenza, secondo le previsioni di cui all'art. 2378, 3° comma, cod.civ..

Dall'altro, si può invece ipotizzare il ricorso alla tutela cautelare innominata *ex art. 700 c.p.c.*.

Alcune recenti decisioni in sede cautelare hanno affrontato questo delicato aspetto e di esse è quindi opportuno dare conto.

In un caso, nelle more della costituzione dell'organo arbitrale competente a conoscere della impugnativa di una delibera assembleare, il socio impugnante si era rivolto al Presidente del Tribunale, invocando una tutela cautelare *ex art. 2378, 3° comma, cod.civ.*. Ottenuta la richiesta tutela urgente, in sede di udienza per la conferma, modifica o revoca del decreto di sospensione, il Giudice Designato revocava il decreto presidenziale, osservando che la specifica disciplina dettata in tema di sospensione cautelare dell'efficacia di delibere assembleari da parte degli arbitri rendeva incompatibile la coesistenza con essa della tutela tipica ordinariamente prevista.

Preso atto della necessità di assicurare comunque una tutela cautelare, ricorrendo i presupposti di legge, sino alla costituzione del collegio arbitrale, veniva individuato nel procedimento *ex art. 700 c.p.c.*, nella specie non azionato, lo strumento di tutela cautelare applicabile²⁸.

Nell'ambito di un'altra vicenda, nelle more della costituzione del collegio arbitrale è stata riconosciuta la competenza del giudice ordinario a provvedere sull'istanza di sospensione della delibera impugnata con provvedimento assunto *ex art. 700 c.p.c.*²⁹.

Si tratta, in entrambe le vicende, di una soluzione che appare corretta, perché in sintonia con la necessaria garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost..

La correttezza della soluzione adottata, del resto, trova conferma nel disposto dell'art. 36, comma 5, laddove si prevede che la devoluzione in arbitrato non preclude il ricorso alla tutela cautelare, fermo restando il potere degli arbitri di disporre la sospensione e l'efficacia della delibera impugnata.

E' la stessa norma, infatti, che sembra ipotizzare la possibile coesistenza di un potere cautelare riservato al giudice di merito ove non possa operare l'eccezionale potere cautelare attribuito agli arbitri; più precisamente l'esistenza di una supplenza del giudice ordinario che opera sino al momento in cui non è costituito il collegio arbitrale competente a decidere.

Pur essendo rinvenibili pronunce di senso contrario, che ritengono non residui alcuno spazio di intervento cautelare del giudice ordinario nella materia considerata³⁰, sembra preferibile optare per la soluzione in precedenza indicata che è l'unica coerente con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sotto lo specifico profilo della tutela cautelare ed urgente.

²⁸ In questo senso Trib. Lucca, 27 novembre 2008, in *Riv. Arb.*, 2008, 397 ss., con nota di M. CATTANI, *Sull'adozione di misure cautelari in materia di impugnativa di una delibera assembleare compromessa in arbitrato: la possibilità di ricorrere all'autorità giudiziaria quando il collegio arbitrale non è ancora costituito*.

²⁹ Si tratta della decisione Trib. Milano, 17 marzo 2009, assunta nella pendenza del termine per la costituzione di un collegio arbitrale, pubblicata in *Riv. Arb.*, 2009, 311 ss., con nota di A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*.

³⁰ Ad esempio Trib. Catania, 14 ottobre 2005, in *Giur. It.*, 2006, 1469, con nota di DALMOTTO.

8. UN BILANCIO PROVVISORIO A SEI ANNI DALLA RIFORMA.

L'interesse suscitato dalla introduzione di una specifica disciplina dell'arbitrato in materia societaria si è dimostrato, a sei anni dalla entrata in vigore delle norme, ragionevolmente ben riposto.

Molte società di capitali hanno provveduto ad aggiornare gli statuti societari, adeguando le vecchie clausole compromissorie alle nuove disposizioni ed una parte consistente del contenzioso endosocietario si è indirizzata verso la soluzione arbitrale.

Alcune delle perplessità sollevate al momento della entrata in vigore della riforma possono ritenersi superate dalla esperienza applicativa che ha colmato, ove possibile, le lacune che inevitabilmente sono emerse nella pratica quotidiana.

La decisa opzione del legislatore in favore della utilizzazione dello strumento arbitrale in ambito societario ha operato una svolta nell'orientamento della giurisprudenza che, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, sino alla novella legislativa si era dimostrata, nei fatti, abbastanza ostile all'arbitrato sul presupposto che gli interessi coinvolti dalle controversie societarie dovessero essere preferibilmente risolti dal giudice ordinario.

Lo spirito della riforma, finalizzato ad ampliare gli spazi dell'autonomia privata non solo nell'ambito della disciplina sostanziale delle società di capitali, ma anche nella fase conflittuale dei rapporti endosocietari, sembra aver convinto la giurisprudenza in ordine alla opportunità di consentire con maggiore libertà il ricorso alla giustizia privata.

Sotto questo punto di vista può dirsi allora che la riforma ha colto, in larga misura, gli obiettivi che si era prefissa.

Alcuni aspetti dell'arbitrato in materia societaria che impedivano, in passato, un diffuso ricorso a questo strumento (la pluralità di parti in conflitto, l'effettiva terzietà degli arbitri, l'efficacia delle decisioni arbitrali), hanno trovato una soddisfacente soluzione.

Altri profili, come in precedenza si è osservato, restano ancora problematici: in particolare quelli della ammissibilità dell'arbitrato di diritto comune in materia societaria e quello relativo all'ambito della arbitrabilità delle impugnazioni di delibere assembleari.

Ma con riferimento ad entrambi i profili sopra indicati l'evoluzione della giurisprudenza sembra indirizzata in senso positivo per una più efficace diffusione del fenomeno arbitrale anche in materia societaria.

Con i tempi fisiologici della nostra giustizia civile arriveranno le prime pronunce della Suprema Corte che auspicabilmente contribuirà ad una lettura evolutiva del fenomeno arbitrale, consentendo così di superare i residui ostacoli che a tratti emergono e che molto spesso sono frutto dei pregiudizi che per lungo tempo la nostra giurisprudenza ha nutrito nei confronti dell'arbitrato.

Non vi sono ancora le condizioni per poter trarre delle conclusioni definitive sugli effetti che la riforma ha indotto nell'ambito della conflittualità endosocietaria e tuttavia gli elementi di valutazione oggi disponibili inducono ad esprimere un cauto ottimismo in ordine alla futura evoluzione dell'arbitrato societario.