

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED
INTERNAZIONALE

XX CICLO

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. GIOVANNI VERDE

*“La compromettibilità delle controversie di impugnazione
delle delibere assembleari”*

TUTOR
CHIAR.MO PROF. SERGIO MENCHINI

CANDIDATO
DOTT. ALESSANDRO MOTTO

A.A. 2007/2008

CAPITOLO PRIMO

IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA E CRITICA ALLE TESI FORMULATE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

1. Premessa.....	1
2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza anteriormente al d. lgs. n. 5 del 2003.....	2
3. Le nuove norme prevedono il limite della disponibilità del diritto quale condizione di ammissibilità dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie societarie; tale limite vale anche per le azioni di impugnazione delle delibere assembleari; si deve peraltro escludere che le domande in considerazione siano sempre relative a situazioni giuridiche indisponibili.....	7
4. Principia l'analisi critica delle tesi elaborate in dottrina e giurisprudenza per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari; critica preliminare alla dottrina che fa leva sul principio di "sostituibilità" delle delibere.....	14
5. Critica alla ricostruzione che fa leva sulla sanabilità del vizio di cui la delibera è affetta.....	17
6. Critica alla tesi che ritiene operante in materia societaria un concetto di "disponibilità" speciale.....	19
7. Critica degli orientamenti giurisprudenziali tradizionali che attribuiscono rilevanza alla natura dell'interesse (individuale o extra-individuale) coinvolto, o al tipo di norma (imperativa o non imperativa) che si assume essere stata violata.....	25

CAPITOLO SECONDO

I LIMITI OGGETTIVI ALLA COMPROMETTIBILITA'

1. Transizione.....	31
2. Disponibilità del diritto, potere dispositivo ed autonomia privata.....	32
3. La tesi secondo cui la facoltà di disposizione è un'entità giuridica esterna al diritto di cui si dispone. Critica.....	37
4. Il concetto di indisponibilità si presta ad essere riferito all'area dei limiti posti all'esercizio dell'autonomia privata.....	39
5. Analisi della dottrina in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità; le tesi che adottano un concetto ampio di indisponibilità.....	40
6. Analisi della dottrina in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità; le tesi che adottano un concetto tecnico di indisponibilità.....	44
7. L'analisi condotta induce a ricostruire su basi autonome il concetto di disponibilità del diritto.....	47
8. I limiti oggettivi alla compromettibilità dipendono dal ruolo che assume l'autonomia privata nella risoluzione della controversia.....	50
9. Principia l'indagine relativa alla natura dell'arbitrato.....	56
10. I presupposti su cui si fonda la tesi negoziale. Critica.....	56

11. Accertamento negoziale e giudizio.....	59
12. Cenni all'elaborazione della dottrina in materia di negozio di accertamento; in particolare, le ricostruzioni di Rosario Nicolò e Michele Fornaciari. Critica.....	62
13. Conclusioni e risultati relativamente all'accertamento negoziale.....	68
14. La disciplina positiva non permette di ritenere che il lodo abbia natura ed effetti negoziali; principia l'analisi delle singole disposizioni che attestano detta incompatibilità.....	72
14.1. Gli effetti che si ricollegano all'accoglimento della domanda arbitrale; in specie, l'effetto sospensivo della prescrizione.....	74
14.2. L'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nel procedimento arbitrale.....	75
14.3. Il rilievo incidentale della questione di legittimità costituzionale.....	77
14.4. La sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità propria.....	79
14.5. La disciplina delle impugnazioni.....	80
14.5.1. (Segue): (A) il lodo non è soggetto alle impugnative contrattuali; in specie, non assume rilievo il vizio della volontà;.....	80
14.5.2. (Segue): (B) il lodo non è soggetto all'impugnazione per nullità <i>ex art.</i> 1418 c.c. per violazione di norme inderogabili;.....	82
14.5.3. (Segue): (C) il lodo è soggetto all'impugnazione per violazione di legge sostanziale;.....	83
14.5.4. (Segue): (D) il lodo è impugnabile per contrarietà ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato;.....	86
14.5.5. (Segue): (E) il lodo è impugnabile mediante opposizione di terzo.....	89
15. Il lodo ha natura di atto giuridico in senso stretto; ad esso l'ordinamento ricollega la produzione di effetti equivalenti alla sentenza giurisdizionale.....	92
16. Il concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità può essere parametrato sui limiti cui è soggetto l'esercizio del potere di autonomia privata riguardo al rapporto giuridico compromesso, soltanto se in arbitrato è riscontrabile un atto di autonomia privata diretto alla regolamentazione della situazione giuridica controversa; si esclude che la stipula del patto compromissorio produca effetti dispositivi sul rapporto giuridico cui si riferisce.....	94
17. (Segue): si esclude che il lodo produca effetti dispositivi sul rapporto giuridico controverso....	96
18. La raggiunta dimostrazione che in nessun momento della vicenda arbitrale vi è esercizio del potere dispositivo relativamente alla situazione sostanziale che ne è oggetto non può abilitare l'interprete ad assumere che venga meno il requisito della disponibilità del diritto quale condizione di ammissibilità dell'arbitrato. Critica a due recenti tesi dottrinali.....	98
19. Determinazione del concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità: hanno natura disponibile e, dunque, sono compromettibili, le situazioni sostanziali in ordine alle quali assume rilievo, quale fonte della loro regolamentazione, il potere di autonomia privata.....	101
20. Profili applicativi.....	104
21. I risultati raggiunti trovano conferma nell'elaborazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità compiuta nell'ordinamento tedesco.....	106

CAPITOLO TERZO

LA COMPROMETTIBILITA' DELLE CONTROVERSIE DI IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

1. Transizione.....	111
2. Le situazioni giuridiche nel gruppo organizzato.....	114
3. Individuazione delle situazioni giuridiche incise dalla delibera.....	117
4. La valutazione di disponibilità, rilevante ai fini della compromettibilità della lite, deve essere condotta relativamente alle situazione giuridiche così individuate.....	122
5. Le situazioni giuridiche nella titolarità dei soci;.....	123
5.1. (Segue): non costituiscono un'autonoma situazione giuridica soggettiva, incisa dalla delibera assembleare, né l'interesse del socio alla legittimità dell'azione sociale (o ad una gestione sociale condivisa nelle scelte); né i diritti (poteri) partecipativi del socio di cui sia dedotta la violazione nel procedimento di adozione della delibera; né, infine, l'interesse che risulta protetto dalla norma imperativa, ove questo non sia posto in relazione con un bene di natura sostanziale.....	127
6. Classificazione delle delibere assembleari in funzione del contenuto -di imputazione o di organizzazione- dell'effetto prodotto, e del soggetto -la società, i soci, o terzi qualificati- nella cui sfera gli effetti si realizzano;.....	131
6.1. (Segue): (A) Delibere aventi ad oggetto immediato, diretto ed esclusivo, una posizione giuridica dei soci;.....	134
6.2. (Segue): (B) Delibere aventi ad oggetto immediato ed esclusivo una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società;.....	135
6.3. (Segue): (C) Delibere aventi ad oggetto una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società e simultaneamente incidenti su situazioni giuridiche a carattere individuale nella titolarità dei soci;.....	137
6.4. (Segue): (D) Delibere aventi ad oggetto una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società e simultaneamente incidenti su situazioni giuridiche a carattere individuale nella titolarità di determinati soggetti terzi rispetto alla società.....	141
7. Sintesi dei risultati raggiunti.....	143
8. Le specificità strutturali delle situazioni sostanziali coinvolte nel processo di impugnativa impediscono di applicare ad esse il tradizionale concetto di disponibilità articolato secondo i parametri della rinunciabilità ed alienabilità del diritto; è invece idonea la nozione di disponibilità intesa come rilevanza del potere di autonomia privata nella produzione di effetti giuridici relativamente ad una certa situazione sostanziale.....	148
9. Il potere assembleare e la tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui è riconducibile la delibera assembleare.....	151
10. La natura della delibera assembleare. Le tesi negoziali classiche.....	155
10.1. (Segue): (A) la tesi unitaria (o organica). Critica.....	157
10.2. (Segue): (B) la tesi antiunitaria. Critica.....	159
11. La natura della delibera assembleare. Le tesi procedimentali (o organizzative). Critica.....	165
12. La delibera come negozio giuridico.....	168
13. La qualificazione della delibera come negozio giuridico non è impedita dalla particolare tipologia degli effetti (valori) realizzati.....	178
14. La delibera di bilancio come fattispecie produttiva di effetti (a contenuto organizzativo);.....	181
14.1. (Segue): la delibera di bilancio ha natura di negozio giuridico.....	190
15. La compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari.....	194

16. I risultati raggiunti trovano conferma nell'elaborazione compiuta nell'ordinamento tedesco...200

BIBLIOGRAFIA.....I-XVII

CAPITOLO PRIMO

IMPOSTAZIONE DEL PROBLEMA E CRITICA ALLE TESI FORMULATE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA.

Sommario: -1. Premessa. -2. Gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza anteriormente al d. lgs. n. 5 del 2003. -3. Le nuove norme prevedono il limite della disponibilità del diritto quale condizione di ammissibilità dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie societarie; tale limite vale anche per le azioni di impugnazione delle delibere assembleari; si deve peraltro escludere che le domande in considerazione siano sempre relative a situazioni giuridiche indisponibili. -4. Principia l'analisi critica delle tesi elaborate in dottrina e giurisprudenza per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari; critica preliminare alla dottrina che fa leva sul principio di "sostituibilità" delle delibere. -5. Critica alla ricostruzione che fa leva sulla sanabilità del vizio di cui la delibera è affetta. -6. Critica alla tesi che ritiene operante in materia societaria un concetto di "disponibilità" speciale. -7. Critica degli orientamenti giurisprudenziali tradizionali che attribuiscono rilevanza alla natura dell'interesse (individuale o extra-individuale) coinvolto, o al tipo di norma (imperativa o non imperativa) che si assume essere stata violata.

1.

La possibilità di devolvere ad arbitri le controversie relative alla validità delle delibere assembleari ha, da sempre, costituito un nodo problematico del diritto arbitrale e, data la ricorrenza di questa tipologia di liti in materia societaria, essa rappresenta, con buona approssimazione, la misura stessa dell'effettività dello strumento arbitrale in tale ambito. D'altra parte, la complessità del problema, l'assenza di indici normativi univoci, nonché il rilievo dogmatico e pratico che esso assume, hanno da sempre costituito motivi di grande interesse per gli interpreti.

Peraltro, riflessione dogmatica e prassi applicativa, sino ad oggi, non hanno sortito conclusioni consonanti, né, tantomeno, soprattutto sul fronte della giurisprudenza, stabili; ed è così avvenuto che, ad una contraddittoria ed oscillante prassi giurisprudenziale in punto di compromettibilità, corrispondessero, sul piano dell'agire sociale, incertezza e sfiducia in ordine all'effettività dello strumento arbitrale per la risoluzione rapida ed efficace dei conflitti all'interno del gruppo organizzato.

Su questo quadro è intervenuto il d.lgs. 17 Gennaio 2003, n. 5, che, agli artt. 34, 35 e 36 disciplina il nuovo arbitrato per le controversie societarie¹. Come si avrà modo di constatare, le

¹ In dottrina, sul nuovo arbitrato societario, si vedano: E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Arb.*, 2002, 443; F.P. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 705 ss.; Id., *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. Luiso, Torino 2006, 555 ss.; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 517 ss.; A. Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *judicium.it*; F. Auletta, *Commento agli artt. 34, 35, 36, 37*, in *La Riforma delle società, Il Processo*, a cura di B. Sassani, Torino 2003, 327 ss.; Id., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 Gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. Arb.*, 2004, 361 ss.; M. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 477 ss.; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di*

nuove norme, pur introducendo significativi elementi di novità nel dibattito, non permettono di offrire una soluzione univoca al problema della compromettibilità delle liti di impugnazione delle delibere assembleari; il che è dimostrato, per un verso, dalla grande varietà di tesi sostenute in dottrina sul punto e, per un altro, dalla giurisprudenza, che, pur nel mutato quadro normativo, ha ribadito l'indirizzo consolidato in materia.

Nel presente capitolo, ci soffermeremo sull'analisi degli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica successivi all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, e porremo in luce le ragioni che ne impediscono l'adozione ai fini della risoluzione del problema che ci occupa; questo, però, non senza aver tracciato preliminarmente un quadro sintetico degli indirizzi pregressi, in guisa di necessaria premessa per la corretta comprensione dell'elaborazione successivamente sviluppatasi.

2.

Anteriormente al d. lgs. 5/2003, le posizioni della giurisprudenza teorica e pratica erano riconducibili fondamentalmente a quattro differenti opzioni ricostruttive, che di seguito brevemente si riportano.

(A) L'indirizzo assolutamente prevalente in giurisprudenza, secondo un risalente insegnamento della Corte di legittimità, ancor oggi fermissimo, è quello che fa capo al c.d. "criterio degli interessi", in quanto appunta il limite della compromettibilità sulla valutazione degli interessi che vengono in gioco nella concreta controversia: disponibili le liti relative a diritti individuali dei soci, indisponibili quelle involgenti interessi della società o la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.² In applicazione di questo *iter* argomentativo, la

società, in *Riv. Arb.*, 2003, 411 ss.; G. Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 495 ss.; Id. *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1524 ss.; S. Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2004, 123 ss.; G. Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *judicium.it*; P.L. Nela, *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna 2004, 925 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 929 ss.; F. Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *judicium.it*; F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2003, 1285 ss.; R. Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. It.*, 2005, 442 ss.; N. Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano 2005; E. Picaroni, *L'arbitrato nella riforma delle società*, in *Società*, 2005, 495 ss.; L. Morellini, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione*, in *Società*, 2005, 79 ss.; F. Santagada, *Arbitrato e conciliazione*, in *Il nuovo processo societario*, Supplemento al fasc. 25/2005 di *Diritto e Giustizia*, 149 ss.; S. Rosin, *L'arbitrato nel diritto societario*, in *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino 2005, 515 ss.; G. Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, Torino 2006, 205 ss. Per le prime applicazioni giurisprudenziali dell'arbitrato societario, si rimanda, per un quadro d'insieme, a: A. Motto, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2006, 563 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 935 ss.

² Al proposito, tra molte, si vedano: Cass., 10 Ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 2962 ss.; Cass., 24 Maggio 1965, n. 999, in *Giust. Civ.*, 1965, I, 1575 ss.; Cass., 18 Febbraio 1988, n. 1739, in *Foro It.*, 1988, I, 3349 ss. e in *Giust. Civ.*, 1988, I, 1502 ss.; Cass., 6 Luglio 2000, n. 9022, in *Dir. Prat. Soc.*, 2000, fasc. 21, 77 ss.; Cass., 30 Marzo 1998, n. 3322, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass., 19 Settembre 2000, n. 12412, in *Giust. Civ.*, 2001, 405 ss.; Cass., 21 Dicembre 2000, n. 16056, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass., 23 Gennaio 2004, n. 1148, in *Società*, 2004, 713 ss.; Cass., 23 Febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, 637 ss.; per la giurisprudenza di merito, tra le più recenti, confronta: App. Roma, 7

giurisprudenza di merito e di legittimità ha posto la seguente equazione: è compromettibile, in quanto di natura disponibile, la controversia coinvolgente un interesse individuale del socio; sono, invece, collocate nell'area della non compromettibilità le controversie involgenti interessi non personali dei soci.

Il criterio, occorre precisare, è di applicazione generale a tutte le liti societarie, ma è stato formulato dalla Corte di cassazione in occasione dell'impugnazione di una delibera assembleare, ed ha poi trovato concreta applicazione soprattutto in relazione a questa tipologia di liti³.

Il problema diviene, così, quello di qualificare l'interesse coinvolto nella lite; a questo fine, i parametri presi in considerazione dalla giurisprudenza sono i seguenti: a) l'oggetto della deliberazione; b) il vizio –procedurale o sostanziale- lamentato; c) la natura e le finalità della norma di cui è dedotta la violazione; d) la figura di invalidità fatta valere; e) il rilievo della deliberazione nell'organizzazione dell'attività sociale⁴.

Non è chi non veda come, in questa prospettiva, la situazione sostanziale controversa non costituisce più il parametro della disponibilità e, quindi, della arbitrabilità della lite: una volta che questa è fatta discendere dalla natura dell'interesse coinvolto, la valutazione della disponibilità è condotta, in realtà, sulla base dell'apprezzamento di elementi eterogenei, che nulla dicono in ordine alla natura del diritto.

Ma l'orientamento giurisprudenziale non è inaccettabile solo dal punto di vista dogmatico; altamente insoddisfacenti sono, infatti, i risultati cui esso conduce sul piano applicativo. A questo riguardo, appare sufficiente notare come i vari parametri utilizzati per la definizione della natura degli interessi coinvolti nella lite –consistenti, come segnalato, nell'apprezzamento delle ragioni dell'impugnazione, della natura delle norme violate, del rilievo della delibera nell'organizzazione sociale- possano facilmente giustificare, con riferimento alla medesima controversia, tanto una conclusione nel senso del coinvolgimento nella vicenda di interessi individuali, quanto l'opposta conclusione del coinvolgimento di interessi extra-individuali⁵; il che rende la valutazione della

Settembre 2006; Trib. Milano, 15 Ottobre 2001, in *Società* 2002, 737 ss.; Trib. Arezzo, 2 Marzo 2004, in *Riv. arb.*, 2005, 311 ss.; Trib. Belluno, 26 Ottobre 2005; Trib. Milano, 6 Marzo 2003, in *Giur. It.*, 2003, 1411 ss.; App. Firenze, 31 Gennaio 2001, in *Riv. arb.*, 2002, 315 ss.; Trib. Milano 7 Febbraio 2002, in *Giur. It.*, 2002, 1014 ss.; Trib. Trani, 14 Ottobre 1999, in *Giur. Merito*, 2000, 1999 ss.

³V., infatti, Cass., 10 Ottobre 1962, n. 2910, cit.

⁴ Il dato si trae agevolmente dalla giurisprudenza, per la quale si rinvia a nota 2; in dottrina, L. Rovelli, *L'arbitrato delle società*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, a cura di G. Alpa, Torino 1999, 920 ss., definisce accettabile il criterio adottato dalla giurisprudenza, in particolare allorché la distinzione tra interesse personale dell'impugnante e interesse generale posta alla base della decisione sulla compromettibilità ripeta quella posta alla base, sempre dalla giurisprudenza, della distinzione tra delibere annullabili e radicalmente nulle (al proposito si vedano, Cass., 20 Aprile 1961 n. 883, in *Dir. Fall.* 1961, II, 783 ss. e Cass., 9 Febbraio 1979, n. 906 in *Giur. Comm.* 1979, II, 351 ss.).

⁵ E' tendenzialmente affermata la compromettibilità delle controversie concernenti le delibere che distribuiscono l'utile ai soci (per una recente applicazione, Cass., 6 Luglio 2000, n. 9022, cit.); al contrario, è generalmente esclusa l'arbitrabilità delle cause relative a delibere che hanno maggior rilevanza nella vita della società, rispetto alle quali ne viene affermata l'incidenza su interessi non personali del socio impugnante: così, ad esempio, in materia di bilancio

compromettibilità della lite un giudizio di carattere episodico e ad alto tasso di empirismo, con conseguente svalutazione dell'effettività dello strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie *de quibus*.

Peraltro, poiché, anche successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme, la giurisprudenza, come si vedrà, fa pedissequa applicazione dei principi esposti, nel prosieguo del lavoro ci soffermeremo nuovamente su questo orientamento e, in quella sede, daremo una più ampia e completa dimostrazione della sua inaccettabilità⁶.

(B) Un orientamento minoritario, emergente sia in dottrina che in giurisprudenza, riconduce, invece, il *discrimen* della compromettibilità della controversia sulla validità della delibera alla figura di invalidità lamentata, distinguendo tra delibere annullabili *ex art. 2377 c.c.* e delibere radicalmente nulle *ex art. 2379 c.c.*⁷.

Più precisamente, l'orientamento in esame parte dall'assunto che il dato normativo, mentre non autorizza ad appuntare il limite della compromettibilità sulla natura degli interessi tutelati dall'azione di impugnativa esperita, legittima, al contrario, ad individuare tale limite nell'invalidità della deliberazione per violazione di norme imperative, o in altri vizi integranti la nullità dell'atto; ciò da cui deriva, correlativamente, che le azioni dirette a far valere vizi integranti l'annullabilità della delibera devono ritenersi sempre deferibili in arbitri.

Questa ricostruzione non fa che riprodurre, in materia di deliberazioni assembleari, le argomentazioni di chi ritiene non compromettibile la controversia relativa ad un contratto illecito perché in contrasto con norme imperative; la ricostruzione, cioè, di chi ritiene applicabile all'arbitrato il limite che l'art. 1972, comma 1, c.c. pone riguardo alla transazione su contratto illecito, per effetto del rinvio che l'art. 806, prima delle recenti modifiche, operava alla disciplina

(Cass., 10 Ottobre 1962, cit.; Cass., 30 Marzo 1998, n. 3322, cit.; App. Roma, 7 Settembre 2006, cit.; App. Milano, 11 Febbraio 1997, in *Società*, 1997, 1149 ss.; Trib. Milano, 15 Ottobre 2001, cit.; Trib. Milano, 7 Febbraio 2002, cit.; Trib. Milano, 6 Marzo 2003, cit.; Trib. Monza, 3 Marzo 2006 (seppur con riferimento alla delibera di bilancio di un'associazione riconosciuta, ma con argomentazioni sicuramente estensibili anche alla materia societaria); mentre per le deliberazioni di revoca degli amministratori sussiste maggior incertezza, avuto riguardo, di volta in volta, alle norme di cui è dedotta la violazione da parte dell'amministratore (Cass., 10 Ottobre 1962, n. 2910, cit.; Cass., 18 Febbraio 1988, n. 1739, cit.; Trib. Trieste, 12 Dicembre 1990 (ord.), in *Società* 1991, 818 ss.; Pret. Sestri Ponente, 2 Marzo 1989, in *Foro It.* 1989, I, 1356 ss.; Trib. Genova 25 Gennaio 1982, in *Giur. Comm.* 1982, II, 684 ss.; Trib. Milano, 2 Dicembre 1982, in *Società* 1983, 631 ss.).

⁶ *Infra*, par. 7.

⁷ R. Teti, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. Arb.*, 1993, 297 ss., specie 308; in giurisprudenza, Trib. Roma 23 Luglio 1984, in *Società* 1985, 492 ss., con nota di Rordorf; Trib. Milano, 12 Marzo 2001, in *Società*, 2002, 739 ss.; per una critica a questo orientamento, si veda, in specie, A. Berlinguer *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. II) Le materie non compromettibili*, Torino 1999, 220. Merita di essere ricordata anche la tesi sostenuta da G. De Ferra, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. Arb.* 1995, 187 ss., cui fa capo un orientamento che pone in generale quale limite alla disponibilità l'inderogabilità della normativa, così raggiungendo conclusioni non diverse dall'orientamento qui in esame, pur negando, in via di principio, che possa configurarsi correttamente il limite della compromettibilità nella nullità o annullabilità della deliberazione.

della transazione⁸. La tesi in esame si espone, così, allo stesso ordine di critiche rivolte a questa tesi sul piano del diritto comune, ove si sottolinea, da un lato, la non riferibilità all'arbitrato dei limiti previsti per la transazione diversi dalla indisponibilità del diritto e, dall'altro lato, l'inconferenza, rispetto al tema della compromettibilità, della inderogabilità della normativa⁹. A queste si aggiungono, sotto altro profilo, anche le critiche fondate sul carattere di specialità che la disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari assume rispetto alla disciplina dell'invalidità degli atti giuridici di diritto comune¹⁰; specialità che, peraltro, alla luce della riforma del diritto societario introdotta dal d.lgs. 17 Gennaio 2003, n. 6, non può che dirsi acuita, fino al punto di veder sostanzialmente omologata la disciplina della deliberazione nulla a quella della deliberazione semplicemente annullabile, con la conseguenza che, attualmente, risulta ancora più difficile far leva sulla distinzione tra nullità ed annullabilità delle deliberazioni, per esserne venuto meno, o fortemente ridotto, il fondamento normativo¹¹.

⁸ L'art. 806 c.p.c., infatti, prevedeva che "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne che quelle previste negli artt. 429 e 459, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione."; la norma, oggi, a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. 2 Febbraio 2006, n. 40, non contiene più alcun riferimento alla disciplina della transazione, disponendo, al suo primo comma, che "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge."

⁹ La dottrina ha infatti da tempo posto in luce come il divieto di transazione su titolo illecito trovi ragion d'essere nel *continuum* causale intercorrente tra rapporto originario e negozio transattivo, che determina la necessaria ripercussione della illiceità del primo sulla seconda, al contrario non riscontrabile in relazione all'arbitrato (in questo modo, vedi, per tutti: G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, 3° ed., Torino 2005, 71 ss., specie 95 ss.; da ultimo: G. Canale, *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, 1207 ss., specie 1224 ss.). Sulla non corrispondenza tra norma imperativa e indisponibilità del diritto si tornerà più ampiamente in seguito, nel par. 7; per il momento, si osserva come opinione sia condivisa dalla più recente dottrina processualciviltistica, per la quale confronta, per tutti: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 4° ed., Milano 2007, 357; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 93-94; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, Torino 1999, 65 ss., 80 ss.

¹⁰ Per queste notazioni, si vedano già G. Zanarone, *Norme imperative e invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 455 ss. e G. De Ferra, *Clausole arbitrali*, cit., 191 ss.

¹¹ Seppur con differenza di accenti è un dato condiviso quello secondo cui, dopo la riforma, se non è radicalmente venuta meno la distinzione nelle due categorie della invalidità, queste, tuttavia, sul piano della disciplina legislativa, presentano notevoli profili comuni, che innegabilmente avvicinano sensibilmente la nullità all'annullabilità: sul punto, per ogni opportuno riferimento, confronta: AA.VV., *Diritto delle società di capitali - manuale breve*, Milano 2003, 114 ss.; G. Muscolo, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, 534 ss.; Ead., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Società*, 2003, 673 ss.; Ead., *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio*, in *Società*, 2003, 931 ss.; G. Piazza, *L'impugnativa delle delibere assembleari: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. Giur.*, 2003, 965 ss.; V. Salafia., *L'assemblea della S.P.A. secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1056 ss.; Id., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1177 ss.; D. Spagnuolo, *Commento all'art. 2377*, in *La riforma delle società, Commentario al d. lgs. 6/2003, I*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 343 ss.; A. Spena, *Commento all'art. 2379*, in *La riforma delle società*, cit., 369 ss.; S. Sanzo, *Commento all'art. 2377*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna 2004, 607 ss.; Id., *Commento agli artt. 2379 e 2379 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., 649 ss.; R. Lener, *Commento all'art. 2377*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli 2004, 545 ss.; Id., *Commento all'art. 2379*, in *Società di capitali*, cit., 565 ss.; A. Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino 2006, 167 ss.; A. Genovese, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società*, II, cit., 219 ss.; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, II,

(C) Secondo altra parte della dottrina, invece, il limite della compromettibilità delle deliberazioni invalide è costituito dalla possibilità che ad esse possa essere data convalida¹². Per questa ricostruzione, rientrano tra le controversie compromettibili tutte le liti relative a deliberazioni assembleari, che, ancorché non conformi alla legge o allo statuto, nondimeno non presentino un oggetto impossibile o illecito; in questo caso, infatti, la delibera, nulla ai sensi dell'art. 2379 c.c., in forza della medesima disposizione (nella previgente formulazione), non sarebbe suscettibile di convalida¹³.

Nella formulazione più recente di tale ricostruzione, peraltro, il limite della non convalidabilità delle delibere nulle per impossibilità o illiceità dell'oggetto viene superato, avuto riguardo alla regolamentazione della situazione giuridica soggettiva offerta dal lodo; precisamente, si ritiene compromettibile la controversia relativa ad una deliberazione nulla, nella misura in cui esito del procedimento arbitrale non sia quel "risultato di convalida di tali delibere, che è invece vietato dalla legge"¹⁴.

(D) Da ultimo, viene in rilievo l'indirizzo seguito dalla dottrina maggioritaria che, negli ultimi anni, ha talvolta ricevuto adesione anche da parte di alcune pronunce di merito¹⁵.

Secondo questo orientamento, al fine di ammettere o negare la devoluzione in arbitrato della controversia sulla validità di una delibera, non hanno valore parametri diversi dalla connotazione - disponibile o indisponibile - del diritto in contesa: nello specifico, è escluso che abbiano rilievo indici quali: a) la natura -dispositiva o imperativa- delle norme violate; b) l'apprezzamento degli interessi a tutela dei quali la disciplina normativa violata è prevista; c) la tipologia, nonché il regime del vizio da cui la delibera è inficiata.

cit., 293 ss.; M. Centonze, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, II, cit., 309 ss.; nonché la Relazione al d. lgs. 17 Gennaio 2003 n. 6.

¹² E' la tesi di V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli 1964, 763, sulla cui scia si pongono C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, 257 ss., e, sembra, anche F. Carpi-E. Zucconi Galli Fonseca *Del compromesso*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001, 88.

¹³ L'art. 2379 c.c., anteriormente alla riforma del diritto societario (d. lgs. 17 Gennaio 2003, n. 6), rinviava, infatti, all'art. 1423 c.c., ai sensi del quale al contratto nullo non può essere data convalida.

¹⁴ C. Punzi, *Disegno sistematico*, I, cit., 258. A conclusioni non dissimili pare arrivare anche Muratore, in nota a Trib. Milano 29 Gennaio 1998, in *Giur. It.* 1998, 1197 ss., specie 1199, che giunge a ritenere addirittura compromettibili liti relative a diritti indisponibili a patto che "per effetto della pronuncia arbitrale non risulti disposto *contra legem* il diritto oggetto della lite" il che avverrebbe, rispetto ad un diritto protetto da norma imperativa, qualora la pronuncia arbitrale non sia meramente dichiarativa, ma anche costitutiva "ovvero modificativa" del diritto in questione.

¹⁵ Il mutamento di prospettiva è dovuto in particolare alla giurisprudenza milanese, a partire da Trib. Milano 18 Maggio 1995, in *Società*, 1995, 1609, sulla cui scia Trib. Milano 29 Gennaio 1998, con nota di Muratore, cit., specie 1198, ove traspare chiaramente l'intentio di ricondurre il limite della compromettibilità alla disponibilità del diritto, escludendo che il carattere imperativo della normativa ammantata del crisma dell'indisponibilità il diritto disciplinato, fino ad arrivare, ribaltando un orientamento più che decennale, a Trib. Milano 10 Gennaio 2000, in *Giur. It.* 2000, 1239 ss., specie 1240, che ammette la deferibilità in arbitri della controversia relativa all'impugnazione di una deliberazione di bilancio; occorre tuttavia sottolineare che la successiva giurisprudenza del Tribunale di Milano non ha ritenuto di condividere tale orientamento, ed ha quindi fatto applicazione dei principi tradizionalmente accolti in materia, operando la valutazione della compromettibilità sulla natura degli interessi coinvolti nella lite (in questo modo, già prima della riforma, confronta, anche per la specifica confutazione dell'indirizzo più liberale: Trib. Milano 15 Ottobre 2001, cit.; Trib. Milano 7 Febbraio 2002, cit.; Trib. Milano 6 Marzo 2003, cit.).

Per questa tesi, il problema della arbitrabilità della lite va riportato esclusivamente sul terreno della disponibilità del diritto oggetto della controversia, evitando di affidarsi a parametri, quali l'inderogabilità della normativa, che devono essere apprezzati ad altri fini, ma che, se utilizzati allo scopo di perimetrare l'area della compromettibilità, si dimostrano oltremodo fuorvianti. Al lato pratico, infatti, la ricostruzione in esame ritiene di dover indagare la natura – disponibile o indisponibile- della situazione giuridica creata, estinta, modificata o comunque incisa dalla deliberazione; tuttavia, il criterio utilizzato ha risvolti applicativi non meno incerti della ricostruzione che si è definita del “criterio degli interessi”, essendo nel concreto difficile isolare la posizione di diritto sottesa ad una deliberazione assembleare, onde concludere sul suo carattere disponibile o indisponibile. Sul questo tema ci si soffermerà, pertanto, in seguito, nella parte ricostruttiva della presente indagine¹⁶.

3.

Il tema della compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari deve essere affrontato alla luce della nuova disciplina dell'arbitrato societario, dettata agli artt. 34, 35 e 36 del d.lgs. 5/2003.

A differenza di quanto avviene nella disciplina codicistica dell'arbitrato, che oggi, a seguito della riforma operata con il d.lgs. 2 Febbraio 2006, n. 40, molto chiaramente individua nella disponibilità del diritto la condizione di ammissibilità del giudizio privato (art. 806), le norme dettate per il settore societario pongono, invece, in via preliminare, il problema della individuazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità. Il quadro normativo offre, infatti, spunti non univoci; le disposizioni che vengono in considerazione sono: a) l'art 34, comma 1, secondo cui possono formare oggetto di arbitrato “...le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”; b) l'art 34, comma 5, che esclude la deferibilità in arbitrato delle “controversie nelle quali la legge preveda l' intervento obbligatorio del pubblico ministero”; c) l'art. 35, comma 5, a norma del quale “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...la sospensione dell'efficacia della delibera”; d) l'art. 36, comma 1, che impone agli arbitri di decidere “secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando (...) l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.”.

Nonostante parte autorevole della dottrina sia di avviso contrario, riteniamo che per le controversie sottoposte alla disciplina dell'arbitrato societario e, tra esse, in particolare, per quelle

¹⁶ Si rinvia, pertanto, ai capitoli II e III.

aventi ad oggetto liti su delibere assembleari invalide, il legislatore delegato, non utilizzando il potere ad esso conferito dalla delega, abbia conservato il limite della disponibilità del diritto oggetto della controversia¹⁷.

La correttezza di questa affermazione è dimostrata dall'analisi critica degli orientamenti che, facendo leva sulla contraddittorietà del quadro normativo, ritengono che, oggi, l'arbitrato societario possa riguardare anche materie indisponibili. Tre, in particolare, sono le tesi da analizzare: la prima, che fa leva sul disposto di cui all'art. 34, comma 5¹⁸; la seconda, che si fonda sull'omesso richiamo, da parte dell'art. 35, comma 5, e dell'art. 36, comma 1, del limite della disponibilità del diritto, quale condizione di arbitrabilità delle liti di impugnativa delle delibere assembleari¹⁹; la terza, che si basa anch'essa sull'art. 36, comma 1, ma sviluppando differenti argomentazioni²⁰.

(A) La prima tesi pone in rilievo il problema di coordinamento tra l'art. 34, comma 1, che appunta, in linea generale, il limite della compromettibilità sulla disponibilità del diritto controverso, e l'art. 34, comma 5, che esclude, specificamente, la compromettibilità delle liti in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

Secondo una dottrina autorevole, l'espressa previsione, all'art. 34, comma 5, della non compromettibilità di una delle ipotesi tipiche di indisponibilità, che, come tale, già si dovrebbe ritenere ricompresa nella previsione generale dell'art. 34, comma 1, avrebbe l'effetto di rendere non arbitrabili *soltanto* tale particolare categoria di controversie su diritti indisponibili (ossia quelle in cui è previsto l'intervento obbligatorio del P.M), con l'esclusione delle altre, quindi pienamente compromettibili, benchè relative a diritti ugualmente non disponibili, in quanto, in relazione ad esse, non è previsto l'intervento obbligatorio del P.M.²¹.

Il ragionamento su cui questa tesi si fonda è indubbiamente suggestivo, ma conduce ad una conclusione –ammettere l'arbitrato su diritti indisponibili–, che, da un lato, sovverte un principio cardine dell'istituto arbitrale, e, dall'altro, almeno secondo alcuni, fa sorgere più di un dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della disciplina dettata²².

¹⁷ Questa facoltà era prevista dall'art. 12, comma 3, della L. 3 Ottobre 2001, n. 366, di delega al Governo per la riforma del diritto societario; critici verso tale previsione, erano, tra gli altri: G. Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 133 ss.; F. Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società* in *Riv. Arb.*, 2002, 45 ss..

¹⁸ E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 444.

¹⁹ F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 709-710; Id., *Commento*, cit., 565; G. Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2004, 51-52; Id., *La convenzione di arbitrato*, cit., 97-98; F. Santagada, *Arbitrato e conciliazione*, cit., 154-155; G. Della Pietra, *La clausola compromissoria*, cit., 225 ss., specie 227.

²⁰ G. Miccolis, *Arbitrato e conciliazione*, cit., par. 5

²¹ E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 444.

²² Da più parti si sottolinea, infatti, non solo l'ontologica incompatibilità dell'arbitrato con i diritti indisponibili, ma anche, e soprattutto, che una previsione legislativa in tal senso risulterebbe illegittima per lesione del precetto costituzionale che vieta l'istituzione di giudici speciali (art. 102 Cost.); in questo modo, confronta: F. Auletta, *Commento agli artt. 34, 35, 36, 37*, cit., 327 ss., specie 331; G. Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., 506 ss. In seguito, avremo peraltro occasione di precisare che, a nostro avviso, una previsione legislativa abilitativa

Sussiste, quindi, più d'una ragione per verificare se è possibile fornire un'interpretazione delle disposizioni richiamate, che salvaguardi il limite della disponibilità del diritto controverso quale condizione di ammissibilità dell'arbitrato.

Sembra che una lettura così orientata del dato normativo possa essere offerta.

A tal fine, occorre evitare di conferire all'art. 34, comma 5, il valore di "interpretazione autentica" del precedente comma primo, e limitarsi ad attribuire ad esso il ruolo di disposizione ancillare della clausola generale di non compromettibilità delle liti su diritti indisponibili²³. In questo senso, l'art. 34, comma 5, affianca, e non soppianta, l'art. 34, comma 1, di cui viene, quindi, salvaguardata la piena latitudine precettiva richiamata dalla sua formulazione letterale, in alcun modo diminuita dal successivo comma quinto, che ben può essere riguardata quale disposizione a carattere ricognitivo ed esemplificativo di un'ipotesi tipica di indisponibilità.

In definitiva, l'interpretazione proposta dell'art. 34, commi 1 e 5, consiste nel ritenere non deferibili in arbitri: a) le liti su diritti indisponibili (art. 34, comma 1); b) in ogni caso, le liti nelle quali è previsto l'intervento obbligatorio del P.M., siano esse relative a diritti indisponibili, ovvero a diritti disponibili (art. 34, quinto comma)²⁴.

(B) La seconda ricostruzione richiamata ritiene che la regola enunciata dall'art. 34, comma

dell'arbitrato su diritti indisponibili non andrebbe incontro alle prospettate censure di incostituzionalità (*infra*, cap. II, par. 20).

²³ L'espressione riportata è di F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 710.

²⁴ Secondo questa interpretazione, il delegato non ha, quindi, fatto uso della facoltà di prevedere l'arbitrato su diritti indisponibili. Tenendo fermo questo assunto, occorre fornire, tuttavia, qualche precisazione aggiuntiva in merito alla natura dei diritti rispetto ai quali è previsto l'intervento obbligatorio in causa del P.M.. In dottrina sono presenti due differenti ricostruzioni: l'una, che ritiene che le controversie nelle quali è previsto l'intervento del P.M. in causa hanno inequivocabilmente per oggetto un diritto indisponibile; l'altra, secondo cui, invece, non sussiste necessaria correlazione tra l'intervento in causa del P.M. e l'indisponibilità del diritto. Ora, le due ricostruzioni non conducono a definire diversamente l'area della compromettibilità, di guisa che, al lato pratico, nulla cambia adottando l'una o l'altra, il che svaluta grandemente la rilevanza della questione. Ad ogni modo, è possibile osservare che, a seconda della ricostruzione prescelta, muta il valore da riconoscersi alla previsione che, nella disciplina dell'arbitrato societario, dichiara non compromettibili le liti nelle quali è previsto l'intervento in causa del pubblico ministero. Secondo la prima prospettiva, la previsione dell'intervento obbligatorio del P.M. connota senza alcun dubbio la situazione giuridica controversa come indisponibile (F.P. Luiso, *Diritto Processuale, IV, I processi speciali*, cit., 356; F. Carpi - E. Zucconi Galli Fonseca, *Del compromesso*, cit., 31-32); tuttavia, come già chiarito nel testo, pur adottando tale prospettiva, l'interpretazione preferibile dell'espressa previsione contenuta all'art. 34, quinto comma, della non compromettibilità delle liti nelle quali il P.M. interviene obbligatoriamente, è quella che riconosce alla disposizione valore *esemplificativo*, rispetto alla clausola generale della non arbitrabilità delle controversie su diritti indisponibili (così, F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 710; F. Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 420; M. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, cit., 477 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 939). I sostenitori della seconda prospettiva richiamata, invece, ritengono che l'intervento obbligatorio del P.M. in giudizio non determini sempre, ed in ogni caso, l'impossibilità per i titolari della situazione giuridica soggettiva, di disporre di essa: in questa prospettiva, l'art. 34 quinto comma *aggiunge* una fattispecie speciale di incompromettibilità a quella generale costituita dalla indisponibilità del diritto, nel senso che estende la non compromettibilità a materie di per sé pienamente disponibili (v. in generale, A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. I) La nozione di compromettibilità*, cit. 113 ss.; specificamente, riguardo alla materia in esame, F. Auletta, *Commento*, cit., 336, il quale adduce l'esempio della controversia inerente la giusta causa di revoca dei liquidatori, il cui carattere disponibile non viene meno sol perché è previsto l'intervento obbligatorio in causa del P.M. ex artt. 2487 c.c. e 70, comma 1, n. 1 c.p.c.; in modo analogo, anche G. Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, cit., 1533; Id., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., 505).

1, subisce deroga con riferimento alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, nel senso di ammetterne in ogni caso la compromettibilità, anche qualora vertano su diritti indisponibili. In questo senso, secondo tale dottrina, militano l'art. 35, comma 5, e l'art. 36, comma 1, che, dettando due disposizioni *ad hoc* per la lite di impugnativa assembleare, contestualmente non ribadiscono il limite della disponibilità quale condizione della loro arbitrabilità²⁵.

Il punto, evidentemente, è accertare se, come dimostra di ritenere questa tesi, le due norme richiamate configurino altrettante disposizioni speciali, derogatrici del precetto generale di cui all'art. 34, comma 1, a norma del quale sono arbitrabili solo le liti su diritti disponibili: se così fosse, occorrerebbe allora ammettere che, per le controversie ivi espressamente considerate, non vige tale precetto generale, bensì quello speciale, delineato dalle menzionate disposizioni, e consistente, atteso l'omesso richiamo al requisito della disponibilità del diritto controverso, nella compromettibilità delle liti di impugnativa anche se relative a diritti indisponibili.

Ora, ciò che appare dubbio è che l'art. 35, comma 5, e l'art. 36, comma 1, possano correttamente configurarsi quale *lex specialis* rispetto alla disposizione che disciplina i limiti oggettivi alla compromettibilità nel nuovo arbitrato societario (art. 34, comma 1). Ciò deve dirsi in ragione della non omogeneità di contenuto tra le due disposizioni, che si vorrebbero dire speciali, e la norma che si vorrebbe da esse derogata. Le due norme considerate non si occupano, infatti, di definire i limiti oggettivi di compromettibilità delle liti di impugnativa assembleare, bensì disciplinano alcuni aspetti problematici, peculiari dell'arbitrato su tali controversie, che, diversi dalla indisponibilità del diritto, nondimeno impediscono, ostacolano, o comunque limitano la possibilità (e la stessa convenienza per le parti) di ricorrere all'arbitrato in *subiecta materia*: il legislatore, con la prima (art. 35, comma 5), in deroga all'art. 818 del codice, attribuisce agli arbitri il potere di sospendere la delibera²⁶; con la seconda (art. 36, comma 1), impone che la lite sia decisa in ogni caso secondo diritto, con lodo sempre impugnabile, *ex art. 829, comma 2, c.p.c.*²⁷.

²⁵ Secondo F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 709-710; Id., *Commento*, cit., 565 e G. Verde, *Lineamenti*, cit., 51-52, i citati indici normativi esprimono la volontà del legislatore di “tagliar corto per quanto riguarda l'arbitrabilità dell'impugnazione delle delibere” (così F.P. Luiso, *Appunti*, cit., 710); a questa impostazione aderisce anche G. Della Pietra, *La clausola compromissoria*, cit., 225 ss., specie 227. In giurisprudenza, in questo senso, Trib. Como 29 Settembre 2006, in *Società*, 2007, 1277 ss. e, in motivazione, Cass., 23 Febbraio 2005, n. 3772, cit.

²⁶ In senso contrario, F. Auletta, *Commento*, cit., 351 ss., secondo cui il provvedimento di sospensione della delibera non ricade nel divieto dell'art. 818 cpc, di guisa che, anche anteriormente alla riforma del 2003, gli arbitri avrebbero potuto sospendere l'efficacia della delibera impugnata.

²⁷ A seguito dell'intervenuta riforma del diritto arbitrale operata dal citato d.lgs. 2 Febbraio 2006, n. 40, si deve intendere che il rinvio sia svolto all'art. 829, comma 3. La previsione secondo cui le impugnative di delibere assembleari devono sempre essere decise secondo diritto e con lodo impugnabile anche per violazione di legge sostanziale discende dalla natura spesso inderogabile delle norme che disciplinano l'ordinamento societario, in generale, e la materia delle delibere assembleari, in particolare; ciò, con tutta evidenza, in ragione del normale coinvolgimento in materia societaria di una pluralità di interessi, di carattere non solo individuale, bensì anche super-individuale (collettivi e pubblici), nonché di interessi riferibili a soggetti estranei alla compagine sociale. Sulla scorta di tali rilievi, ben si comprendono le ragioni per le quali il legislatore ha imposto che il parametro di decisione delle controversie *de quibus* sia, in ogni caso, il diritto, dato che la natura normalmente imperativa delle norme che regolano il caso concreto, ne

(C) La terza, ed ultima, delle tesi richiamate, postula anch'essa, non diversamente dall'orientamento di cui si è appena detto, che il limite generale della disponibilità del diritto controverso subisce deroga riguardo alle controversie sulla validità delle delibere assembleari²⁸.

Peraltro, l'argomento che giustifica tale assunto, risiede, secondo questa dottrina, nell'art. 36, comma 1, che, nell'imporre la decisione della causa con lodo di diritto, sempre impugnabile ex art. 829, comma 2 (oggi comma 4), accomuna l'ipotesi in cui la lite verta sulla validità delle delibere assembleari a quella in cui, per la decisione della controversia, gli arbitri abbiano dovuto conoscere *incidenter tantum* questioni non compromettibili.

In realtà, l'aver considerato, ai fini di cui si è detto, in modo unitario la lite di impugnativa assembleare e quella in cui sia stato necessario conoscere questioni non compromettibili non può, come invece vorrebbe questa dottrina, significare alcunché in ordine ad una presunta volontà del legislatore di ammettere la compromettibilità delle liti di impugnativa anche su diritti indisponibili.

E ciò per la semplice ragione che la disposizione richiamata si limita ad imporre agli arbitri di decidere secondo diritto e a consentire l'annullamento del lodo ogni volta che sia stata resa una decisione che non sia *secundum ius*, con ogni probabilità in ragione della constatazione che la materia delle delibere assembleari riceve disciplina per lo più attraverso norme inderogabili, che, in quanto tali, devono necessariamente essere applicate anche dagli arbitri nel momento della decisione. Ora, e in definitiva confutazione della tesi criticata, se è principio consolidato –almeno in dottrina²⁹– che la natura inderogabile della normativa non determina per ciò solo l'indisponibilità del diritto disciplinato, ma costituisce soltanto il necessario parametro di giudizio su cui deve fondarsi la decisione della lite, allora non può neanche ammettersi, di converso, che l'aver imposto il giudizio secondo diritto per una determinata categoria di controversie possa significare che esse

impone l'applicazione da parte degli arbitri al momento della decisione della lite; per altro verso, la natura inderogabile delle disposizioni sostanziali su cui si fonda la decisione della lite postula necessariamente che il lodo arbitrale reso possa essere sempre soggetto al controllo giudiziale di conformità alla legge sostanziale a norma dell'art. 829, comma 2 (oggi comma 3) del codice di procedura civile. Si sottolinea che, comunque, tali esigenze sarebbero, con ogni probabilità, salvaguardate, anche in assenza dell'esplicito rinvio all'impugnazione per violazione di legge sostanziale, dall'operare dell'art. 829, comma 3, a norma del quale “è ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico”; questo, in specie, se si ritiene che il concetto di ordine pubblico coincida con l'apparato delle norme inderogabili (sul punto, anche per ulteriori riferimenti, confronta: S. Menchini, *Le impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. Arb.*, 2005, ss., 843 ss., specie 862 ss.; S. Boccagna, *Art. 829 c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1413 ss., 1419-1420).

Anche se la questione verrà affrontata specificamente in un momento successivo (*infra*, par. 7), non sembra privo di utilità sottolineare, ancora una volta, che, secondo l'opinione oggi prevalente, la natura inderogabile della normativa non può, di per sé, far concludere per la indisponibilità del diritto (in questo modo, confronta gli Autori citati, *retro*, a nota 9): un conto è il carattere imperativo della norma –che impone una determinata regolamentazione negoziale della situazione sostanziale, e che costituisce il parametro necessario per la decisione della controversia su di essa insorta–, un altro conto è la possibilità, per il titolare del diritto, di disporne, nei limiti fissati dalla norma inderogabile, sul piano del diritto sostanziale.

²⁸ G. Miccolis, *Arbitrato e conciliazione*, cit., par. 5.

²⁹ V. gli autori citati, *retro*, a nota 9, cui *adde* F. Carpi-E. Zucconi Galli Fonseca, *Del compromesso*, cit., 16 ss.

hanno sempre ad oggetto diritti indisponibili, o che quelle tra esse che effettivamente riguardano diritti indisponibili siano pur tuttavia compromettibili³⁰.

Ciò posto, prima di procedere oltre, occorre sgombrare il campo da un'ulteriore questione, sollevata dall'opinione secondo cui le controversie sulle deliberazioni assembleari sono sempre relative a materia indisponibile³¹. Salvi gli approfondimenti che subito verranno compiuti, sorge spontaneo un rilievo: se le cose stessero in questo modo, si concretizzerebbero difficili problemi di coordinamento all'interno della stessa disciplina dell'arbitrato societario, che, da un lato, porrebbe quale condizione di compromettibilità la disponibilità del diritto, e, dall'altro lato, e in senso contrario, disciplinerebbe l'arbitrato su fattispecie indisponibili.

Orbene, secondo la dottrina che ha avanzato questa tesi, il conflitto delineato si risolve ritenendo che il limite della disponibilità sussiste *solo* per le controversie rispetto alle quali è specificamente posto –vale a dire quelle di cui al comma primo dell'art. 34–, mentre per le altre, tra cui l'impugnazione delle delibere, per le quali non è espressamente ribadito, esso non sussisterebbe³².

In senso contrario, si deve, però, rilevare che, in realtà, le controversie di impugnazione delle delibere assembleari rientrano a pieno titolo tra quelle che hanno ad oggetto diritti relativi al rapporto sociale, di guisa che, anche per esse, il limite della compromettibilità, costituito dalla disponibilità del diritto, deve considerarsi posto dall'art. 34, comma 1.

Ma questa obiezione non è ancora sufficiente per contrastare la tesi qui criticata.

Merita, infatti, ulteriore riflessione l'affermazione secondo cui tali controversie sarebbero sempre, ed in ogni caso, relative a diritti indisponibili: se così fosse, infatti, dovremmo concludere non solo per la piena compromettibilità di tale tipologia di liti, ma, soprattutto, per l'arbitrato in materia indisponibile, così revocando in dubbio le conclusioni già raggiunte. A rigor di logica, infatti, il fatto stesso che il legislatore, nel disciplinare il nuovo arbitrato societario, abbia preso in specifica considerazione tali controversie (ai citati artt. 35, comma 5 e 36, comma 1) significa che

³⁰ Secondo una dottrina l'assimilazione operata dall'art. 36, comma 1, fa sì che la lite sulla validità delle delibere si atteggi “nella sistematica legislativa come un *quid medium* tra la “controversia non compromettibile” e la “questione non compromettibile”, ma decidibile *incidenter tantum*”, fermo restando comunque, che talune sono compromettibili, altre no (in questo modo: G. Arieta-F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, 628).

³¹ In questo senso, E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 521 ss.

³² Quindi, il limite della indisponibilità non sussisterebbe neppure per le controversie di cui all'art. 34, comma 4, a norma del quale “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”. In realtà, analogamente a quanto osservato nel testo a proposito degli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, per le controversie di impugnazione delle delibere assembleari, anche a proposito delle controversie disciplinate dall'art. 34, comma 4, si deve osservare che l'omessa indicazione del limite della disponibilità del diritto non vale ad estendere, in tali ipotesi, la compromettibilità a fattispecie indisponibili: la norma è, infatti, dettata allo scopo di estendere l'efficacia (soggettiva) della clausola compromissoria a soggetti che ne sarebbero *naturaliter* estranei, e non ad implementare, rispetto alla generalità delle liti oggetto di clausola compromissoria statutaria, l'area dei limiti oggettivi alla compromettibilità.

sussiste la possibilità di una loro devoluzione in arbitri, ciò da cui deriva –stante la premessa accolta dalla tesi criticata, della assoluta indisponibilità di tali liti- che l'arbitrato ha fatto ingresso a pieno titolo nel campo delle controversie su materie non disponibili.

Questo assunto, malgrado sia autorevolmente sostenuto, non può, però, essere condiviso.

L'opinione criticata giunge alla conclusione dell'indisponibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, facendo leva sul fatto che su di esse non potrebbe mai essere conclusa una transazione. Tuttavia, se, da un lato, è fondato sostenere che il titolare del diritto di impugnativa e la società non potrebbero, in via negoziale, raggiungere quel risultato – l'annullamento della delibera- che ad esse sarebbe, invece, assicurato solo da un provvedimento decisorio, dall'altro lato, occorre però rilevare che questo argomento non prova l'indisponibilità della lite. Si deve infatti osservare che, se ci si pone nella prospettiva della tesi criticata, si ha indisponibilità solo in corrispondenza di una impossibilità assoluta, per le parti, di giungere, sul piano del diritto sostanziale, nell'esercizio dei poteri di autonomia privata, a quel risultato che l'impugnazione giudiziale assicura. E a questo proposito, occorre rilevare che concludere una transazione che assicuri alle parti effetti analoghi alla rimozione giudiziale della delibera è, in realtà, possibile, essendo a tal fine sufficiente solo che la manifestazione della volontà transattiva provenga dalla società previa delibera dell'organo autore dell'atto illegittimo (l'assemblea), che provveda all'autoannullamento della delibera invalida, così determinando, sul piano del diritto sostanziale, effetti analoghi a quelli che deriverebbero da un provvedimento decisorio a contenuto caducatorio³³.

In questa prospettiva, dunque, la possibilità riconosciuta in generale all'assemblea di privare di efficacia le sue deliberazioni, anche nel senso di sostituire l'atto invalido con uno valido (art. 2377, comma 8, c.c.), dimostra che non può dirsi in ogni caso intransigibile –come tale indisponibile- la controversia di impugnazione delle delibere³⁴.

Prima di procedere oltre, appare utile sintetizzare le conclusioni che sono state sin qui raggiunte: a) le disposizioni che definiscono i limiti oggettivi alla compromettibilità nel nuovo arbitrato societario sono costituite *esclusivamente* dall'art. 34, comma 1, e dall'art. 34, comma 5; b)

³³ Ovviamente, rimane fermo che prima condizione perché possa concludersi una transazione su una lite relativa alla validità di una delibera assembleare, è la disponibilità del diritto controverso. In questo senso anche C. Consolo, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2003, 241 ss., specie 255-256, ove si legge, peraltro, che "una transazione può farsi sol che la si perfezioni previa delibera dell'organo autore dell'atto impugnato che caduchi –nella più parte anche solo nel senso di sostituirla- la delibera esso stesso, seppure condizionatamente alla contestualmente autorizzata stipula (da parte del legale rappresentante) della negoziata transazione" (*op. cit.*, 255). Nella dottrina commercialistica, è un dato ormai riconosciuto che l'attribuzione all'assemblea del potere di adottare una determinata delibera implica, di per sé, altresì la sussistenza, in capo all'assemblea, del potere, in caso di illegittimità, di autoannullare il proprio atto, con effetti sostanzialmente analoghi a quelli conseguibili mediante la pronuncia giudiziale di annullamento; sul punto, confronta, per tutti: P. Reviglione, *La "sostituzione" delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano 1995, 119 ss.; F. Chiomenti, *L'annullamento delle proprie deliberazioni invalide da parte degli enti collettivi nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1988, II, 419 ss.

³⁴ In questo senso, confronta: G. Ruffini, *Il nuovo arbitrato*, cit., 503-504; C. Ferri, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Supplemento al n. 1/2005, 51 ss., specie 68.

per tali norme, sono arbitrabili le controversie che riguardano diritti disponibili e che non rientrano tra le fattispecie nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero; c) i delineati limiti alla compromettibilità sussistono per qualsiasi tipologia di lite, che può essere oggetto di clausola compromissoria per arbitrato societario ai sensi degli artt. 34-36 del d. lgs. 5/2003: quindi, *anche* per le controversie di impugnazione delle delibere assembleari.

4.

Il corretto inquadramento del problema della compromettibilità delle delibere assembleari è, dunque, quello tradizionale, secondo cui l'arbitrabilità della lite dipende dal carattere disponibile del diritto che ne è oggetto. Se questa è la premessa, la conseguenza è, però, che si ripropongono oggi, anche alla luce del d. lgs. 5/2003, le divergenze e le difficoltà ricostruttive che, da sempre, accompagnano il problema in esame.

La novella, pur presentando alcuni profili di novità, che aiutano a meglio definire i limiti oggettivi della compromettibilità, non consente di fornire una soluzione univoca al problema che ci occupa. L'analisi critica che ora si principia degli orientamenti presenti in dottrina e giurisprudenza dimostra, infatti, come, nella definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle liti di impugnativa assembleare, la giurisprudenza teorica e pratica giunga ad una sostanziale obliterazione del parametro della disponibilità/indisponibilità delle situazioni sostanziali in esse coinvolte; in sostanza, la valutazione della arbitrabilità della controversia è condotta prendendo a riferimento parametri diversi dalla natura disponibile o indisponibile del diritto cui la lite si riferisce.

L'operazione posta in essere non è però condivisibile: anche per le liti di impugnazione delle delibere assembleari, il predicato di disponibilità/indisponibilità deve essere riferito alle situazioni giuridiche coinvolte nella controversia; questa è del resto, l'unica ricostruzione compatibile con il dato normativo, che, tanto all'art. 34 del d.lgs. 5/2003, quanto, in linea generale, all'art. 806 del codice di procedura civile, espressamente individua nella disponibilità del diritto il parametro della arbitrabilità della controversia su di esso insorta.

Prima di poter sviluppare un'autonoma ricostruzione, ed anche al fine di avvalorare i risultati cui si perverrà, occorre, però, offrire la dimostrazione della non condivisibilità delle teoriche presenti nella giurisprudenza teorica e pratica, in ragione della descritta traslazione del parametro della compromettibilità su elementi diversi (e non rilevanti) rispetto alla natura disponibile o indisponibile del diritto controverso.

In via assolutamente preliminare, crediamo opportuno svolgere una riflessione in merito all'istituto della sostituzione delle deliberazioni assembleari invalide, previsto, in materia di annullabilità, dall'art. 2377, comma 8, c.c., al quale rinvia, sotto condizione di compatibilità, l'art.

2379, comma 4, c.c. per le ipotesi di nullità³⁵.

Ciò che induce a soffermarsi sul punto, è la frequenza con cui la dottrina, in particolare a seguito dell'intervenuta riforma del diritto societario, fa riferimento all'istituto, al fine di sostenere la tendenziale compromettibilità delle liti di impugnativa delle delibere³⁶.

Ci sembra, tuttavia, che questa dottrina si limiti a prendere atto della disciplina della sostituzione, per farvi discendere le implicazioni necessarie alla dimostrazione della tesi sostenuta, senza approfondire, come, invero, appare necessario, la sua effettiva portata. Una problematica fondamentale che la nuova normativa pone, infatti, è quella del suo ambito di applicazione; invece, le diverse ricostruzioni, che ad essa fanno riferimento, tendenzialmente sul punto tacciono, o ritengono che la sostituzione sia figura di applicazione generalizzata ad ogni ipotesi di invalidità, senza aver previamente proceduto all'individuazione delle deliberazioni che ne possono essere oggetto³⁷.

Come dimostra la riflessione della dottrina commercialistica, deve infatti essere dimostrato che sia possibile oggetto del potere di sostituzione, con gli effetti di sanatoria dell'invalidità che al suo esercizio conseguono a norma dell'art. 2377, comma 8, c.c., una deliberazione nulla; la questione, controversa prima della recente riforma del diritto societario, non può certo oggi dirsi superata, atteso che il rinvio operato dall'art. 2379, comma 4, c.c., all'art. 2377, comma 8, c.c. è effettuato sotto condizione di compatibilità³⁸. Ad ogni modo, anche ritenendo ammessa la sostituzione nell'ipotesi di deliberazione nulla, deve anche essere approfondita la sotto-ipotesi della

³⁵ Per la ricostruzione dogmatica dell'istituto, possono utilmente vedersi: F. Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano 1969; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano 1998, 78 ss.; P. Reviglioni, *La "sostituzione" delle deliberazioni invalide*, cit., 35 ss.; G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle S.P.A.*, III, 2, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993, 369 ss.; G. Ferri, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, X, 3, fondato da Fil. Vassalli, 3° ed., Torino 1987, 659 ss.; R. Rordorf, *Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari*, in *Società*, 1992, 1201 ss., specie 1206; più di recente, G. Ciampoli, *Considerazioni in tema di limiti alla revoca delle deliberazioni assembleari*, in *Giur. Comm.* 2004, II, 559 ss., ove ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

³⁶ In questo senso, due tesi che saranno oggetto di specifica analisi in seguito, rispettivamente ai parr. 5 e 6: a) la tesi di chi, partendo dal presupposto che la possibilità di sanatoria della delibera implichi *anche* la disponibilità della lite che da essa si sia originata, riscontra nel potere di sostituzione una clausola di sanatoria generalizzata e applicabile a tutte le delibere assembleari (in particolare, F. Carpi-M. Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento 2004*, Padova 2004, 246); b) la tesi di chi ritiene operare in ambito societario una nozione di "disponibilità speciale", alla stregua della quale il potere di sostituzione della delibera invalida starebbe a dimostrare che è tendenzialmente disponibile, e quindi arbitrabile, la controversia di impugnativa assembleare (A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 1173 ss., specie 1178 ss.).

³⁷ Infatti, entrambi gli orientamenti riportati si limitano a prendere atto della sussistenza della disciplina della sostituzione, per farvi discendere le implicazioni necessarie alla dimostrazione della tesi sostenuta, senza curarsi di approfondirne maggiormente le caratteristiche, operazione che sarebbe invece necessario compiere, come si dice nel testo.

³⁸ In senso contrario sotto il vigore della previgente normativa, confronta: G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni*, cit., 450 ss.; R. Rordorf, *Impugnazione*, cit., 1206. Per la conformazione del potere di sostituzione a seguito della novella del 2003, e sulla portata della clausola di compatibilità di cui all'art. 2379 comma 4, si rimanda agli AA. cit. *retro*, a nota 11.

sostituzione della delibera nulla per impossibilità o illiceità dell'oggetto³⁹. In questo caso, infatti, è da escludersi la possibilità di una deliberazione sostitutiva di carattere confermativo rispetto alla prima, mentre sarà possibile soltanto una deliberazione di revoca, o, comunque, di carattere abrogativo⁴⁰. Il che, se si sostiene, con parte della dottrina e la prevalente giurisprudenza, che la deliberazione sostitutiva non possa avere un oggetto diverso dalla deliberazione sostituita, conduce alla conclusione della inapplicabilità dell'istituto della sostituzione nell'ipotesi di invalidità per illiceità o impossibilità dell'oggetto⁴¹.

Dai rapidi rilievi svolti, discende, in via immediata, l'inutilizzabilità del potere di sostituzione, al fine di dimostrare la tendenziale compromettibilità delle liti sull'impugnazione delle delibere. D'altro canto, come si avrà cura di porre in luce nei paragrafi seguenti, l'istituto non può valere a dimostrare la disponibilità delle controversie di impugnazione neppure nelle ipotesi in cui

³⁹ L'art. 2379 c.c., a seguito della riforma, a fianco della tradizionale ipotesi di nullità costituita dalla illiceità o impossibilità dell'oggetto, prevede, infatti, due ulteriori fattispecie, rappresentate dalla mancanza della convocazione dell'assemblea e dalla mancanza del verbale.

⁴⁰ E' sicuro che il potere di sostituzione della delibera invalida da parte dell'assemblea possa manifestarsi quale successiva deliberazione avente identico contenuto rispetto alla prima, la quale non era stata assunta nel rispetto delle regole procedurali di adozione degli atti assembleari. E', invece, assai più discusso, e risolto in senso prevalentemente negativo, se rientri nel potere di sostituzione e, dunque, nella disciplina per esso specificamente dettata dall'art. 2377, comma 8, c.c. la possibilità di adottare una deliberazione a contenuto lecito rispetto ad una prima deliberazione a contenuto illecito; appare, invero, preferibile la tesi secondo cui il potere di sostituzione consiste in una riedizione del potere assembleare su un medesimo oggetto, al fine della produzione di effetti giuridici identici a quelli già una volta posti in essere, seppur invalidamente, dalla delibera sostituita; in questo senso, confronta: P. Revigliano, *La "sostituzione"*, cit., 38 ss., 133 ss.

⁴¹ In dottrina, sotto il vigore della precedente normativa, in questo senso: A. Candian, *Nullità e annullabilità di delibera di assemblea delle società per azioni*, Milano 1942, 160, 163-164; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee di società*, Milano 1951, 344-345; G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni*, cit., 369 ss.; C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 977 ss., specie 991; P. Revigliano, *La "sostituzione"*, cit., 51 ss., il quale ammette che la delibera sostitutiva possa apportare una modificazione contenutistica, nei limiti in cui questa attenga ai presupposti sostanziali la cui sussistenza condiziona il valido esercizio del potere su una determinata materia (così, *op. cit.*, 61 ss.; in realtà, ad apparire dubbia è la correttezza della riconduzione dei presupposti condizionanti al profilo del contenuto dell'atto, anziché al profilo procedimentale della formazione del potere su un determinato oggetto); ad ogni modo, la disputa si risolve, almeno ai nostri fini, in una questione terminologica: anche per questo autore, infatti, la delibera sostitutiva non può dar luogo ad un rapporto sostanzialmente diverso da quello originato dalla delibera sostituita, ciò da cui discende che resta ferma l'impossibilità di procedere alla sostituzione di una delibera avente oggetto illecito o impossibile e, dunque, della delibera nulla ex art. 2379 c.c. (così, espressamente, *op. cit.*, 85, 133 ss.); in senso contrario, vedi, però: G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 90 ss., specie 92; R. Rordorf, *Impugnazione*, cit., 1206; G. Ferri, *Le società*, cit., 659 ss. che richiama tanto la possibilità di delibere sostitutive a carattere confermativo, quanto a carattere revocatorio o a contenuto incompatibile, ma pur sempre con efficacia *ex tunc*. In senso restrittivo, come segnalato, è anche la giurisprudenza prevalente; tra le più recenti, confronta: Cass., 13 Giugno 2000, n. 8036, in *Mass. Giur. It.* 2000; Trib. Catania 18 Gennaio 2001, in *Società*, 2001, 704 ss.; Trib., Napoli 16 Giugno 1996, in *Dir. Giur.* 1997, 246 ss..

Peraltro, l'indirizzo restrittivo non può certo dirsi senz'altro superato per effetto dell'espresso rinvio ora operato dall'art. 2379, comma 4, c.c. alla disciplina della sostituzione di cui all'art. 2377, comma 8, c.c. dato che, per un verso, tale rinvio è operato a condizione di compatibilità, e per un altro, ne è comunque preservata l'effettività, in ragione dell'estensione delle ipotesi di nullità alla mancanza della convocazione dell'assemblea e della mancanza del verbale, fattispecie in relazione alle quali può sicuramente configurarsi la sostituzione della delibera (v., in giurisprudenza, anteriormente all'intervenuta riforma, sulla sostituibilità della delibera assunta in violazione delle norme sulla convocazione dell'assemblea, Trib. Milano 5 Ottobre 2000, in *Giur. It.*, 2001, 327); in questo modo, in dottrina, successivamente alla riforma, confronta: A. Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni*, cit., 211; S. Sanzo, *Commento agli artt. 2379 e 2379 bis*, cit., 659-660; A. Spina, *Commento all'art. 2379*, cit., 374-375; R. Lener, *Commento all'art. 2379*, cit., 571.

può trovare applicazione; in particolare, si vedrà che non è condivisibile la tesi di una recente dottrina, secondo la quale la disponibilità degli effetti giuridici prodotti dalle deliberazioni assembleari si deduce dalla titolarità, in capo all'assemblea, del potere di sostituire l'atto emanato allorché sia invalido⁴².

5.

La dottrina maggioritaria, alla luce dell'intervenuta riforma del diritto societario sostanziale e processuale, risolve il problema della compromettibilità delle liti sulle delibere assembleari, sulla base della disciplina della figura di invalidità fatta valere dall'impugnante: in questo senso, si reputa decisivo, per ritenere la lite disponibile, che la deliberazione invalida sia suscettibile di sanatoria⁴³.

Con buona approssimazione, può dirsi che viene riproposta, sulla base della nuova disciplina dell'invalidità delle deliberazioni assembleari, la vecchia idea secondo cui, nella materia *de qua*, l'arbitrabilità della lite non dipende dalla disponibilità del diritto controverso, bensì dalla disciplina della figura di invalidità da cui è affetto l'atto che di quel diritto dispone: laddove è prevista, in astratto, un'ipotesi di sanatoria o di convalida della deliberazione, ivi, per la dottrina in esame, è dato riscontrare la disponibilità della relativa controversia⁴⁴.

⁴² E' la tesi di A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, cit., per la quale si rinvia, *infra*, al par. 6.

⁴³ La disciplina generale dell'invalidità delle delibere assembleari è contenuta agli artt. 2377-2379 *bis*, c.c., cui deve aggiungersi l'art. 2373 c.c. per la disciplina delle delibere vizzate da conflitto di interessi; a tali disposizioni, devono aggiungersi le disposizioni speciali relative a deliberazioni ad oggetto tipico, tra cui si vedano l'art. 2379 *ter* c.c., in materia di operazioni sul capitale e di emissione di prestito obbligazionario, l'art. 2434 *bis* c.c. per quanto riguarda l'impugnazione della delibera di bilancio, gli artt. 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter* c.c. per le deliberazioni relative alle modificazioni dell'organizzazione societaria; a questa disciplina, fanno peraltro riferimento anche le norme previste in materia di s.r.l. (art. 2479 *ter* c.c.) e di società cooperative (art. 2519 c.c.). Tra le ipotesi di sanatoria, possono ricordarsi: il decorso del termine per l'impugnazione, esteso *ex art.* 2379 c.c. anche alle ipotesi di delibere nulle (salvo che modificchino l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili: in questo caso l'azione di nullità è imprescrittibile); l'eliminazione, sempre riguardo alla disciplina delle delibere nulle, del divieto di convalida (il vecchio testo dell'art. 2379 c.c. rimandava, invece, all'art. 1423 c.c.); la previsione, tanto per le delibere annullabili, quanto per quelle nulle, della possibilità di impedirne la caducazione per effetto di sostituzione (cfr. l'art. 2379, comma 4, c.c. che rinvia, a condizione di compatibilità, all'art. 2377, comma 8, c.c.); la possibilità di pervenire a conciliazione tra le parti, a norma dell'art. 2378, comma 4, c.c.; l'espressa previsione all'art. 2379 *bis* c.c. di due ipotesi di sanatoria della delibera nulla per mancanza della convocazione o del verbale; la previsione di speciali termini di decadenza per l'impugnazione –tanto per annullamento quanto per nullità– della delibera di approvazione del bilancio (art. 2434 *bis* c.c.) e per le delibere di operazioni sul capitale o di emissione di prestito obbligazionario nelle società chiuse (cfr. art. 2379 *ter*, comma 1, c.c.); la rilevanza data, al fine di impedire la pronuncia caducatoria, a determinate attività qualificate poste in essere dalla società in esecuzione della delibera invalida, quando questa attenga ad operazioni sul capitale o all'emissione di prestito obbligazionario nelle società aperte (art. 2379 *ter* c.c.), o sia relativa a modificazioni dell'organizzazione societaria (cfr. artt. 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter* c.c.).

⁴⁴ La tesi è quella formulata per primo da V. Andrioli, per la quale, v., *retro*, par. 2. Secondo F. Carpi, *op. cit.* 418 ss. risultano compromettibili solo le liti su delibere sanabili ad opera del titolare del diritto di impugnativa, cioè, le delibere che, più propriamente, si definiscono convalidabili: quindi, le delibere semplicemente annullabili e le delibere nulle, ma sanabili a norma dell'art. 2379 *bis* (in questo modo, anche S. Chiarloni, *Appunti sulle controversie*, cit., 131). Peraltro, occorre notare che questo orientamento, dati i presupposti, sembra suscettibile di sviluppi ulteriori, nella direzione di ammettere a più larghe maglie la compromettibilità delle delibere nulle, avuto riguardo alle possibilità di sanatoria previste dalla novellata disciplina dell'invalidità delle deliberazioni (per riferimenti, F. Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento 2004*, cit., 246, ove si nota che la previsione della sostituzione anche per le delibere nulle (art. 2379, comma 4, c.c. che rinvia all'art. 2377, comma 8, c.c.) introduce nel

Quel che non convince di questa ricostruzione, è proprio il suo presupposto, secondo cui la compromettibilità della lite può desumersi dal regime dell'atto di esercizio del diritto, piuttosto che dalla natura del diritto stesso⁴⁵.

In realtà, la possibilità di sanatoria dell'atto invalido (in questo caso, la delibera) può far concludere –ammesso che tale qualificazione possa essere correttamente riferita ad una situazione giuridica processuale- per la disponibilità del diritto di azione diretto alla sua caducazione, ma non dice alcunché in ordine alla natura –disponibile o indisponibile- del diritto controverso, che, diverso dal diritto di azione, è il (solo) parametro su cui il legislatore appunta il limite oggettivo alla compromettibilità. Se gli effetti sostanziali determinati da una deliberazione illegittima possono consolidarsi per l'intervenuta integrazione di una delle ipotesi di sanatoria previste, non può sostenersi che, *allora*, il diritto oggetto di tale deliberazione è, per definizione, un diritto disponibile. E ciò per la ragione fondamentale che non può dirsi disponibile il diritto, in realtà indisponibile, di cui *di fatto* se ne sia attuata la disposizione, mediante un atto di cui (ancora) non sia stata fatta valere l'invalidità: il diritto è e resta *giuridicamente* indisponibile, benché se ne sia illegittimamente disposto⁴⁶; e la conclusione non muta, allorché sia il legislatore a prevedere fattispecie, al cui realizzarsi è ricollegata la preclusione della pronuncia caducatoria, con conseguente stabilizzazione e consolidazione degli effetti dell'atto⁴⁷.

sistema una clausola generalizzata di sanatoria di tutte le deliberazioni invalide, con conseguente tendenziale disponibilità delle liti su di esse). In questa direzione si muovono anche i contributi di C. Ferri, *Le impugnazioni*, cit., 69 ss., E. Picaroni, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 498, e, sembra, anche di L. Morellini, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario*, cit., 82 ss. Tra i fautori dell'orientamento in esame, anche F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1289, per il quale le sole liti non compromettibili sono quelle su deliberazioni nulle per aver modificato l'oggetto sociale prevedendo attività illecite, in quanto, in primo luogo, sarebbero le uniche per le quali non è prevista alcuna possibilità di sanatoria (né sotto forma di convalida, ad opera del titolare del diritto di impugnativa, come invece accade, ad esempio, per le delibere nulle per mancanza di convocazione, né per decorso del tempo, essendo la relativa azione dichiarata imprescrittibile, a differenza delle delibere nulle per semplice illiceità dell'oggetto), e, in secondo luogo, perché in relazione ad esse troverebbe applicazione l'art. 1972, comma 2, c.c., che preclude la transazione su titolo illecito (norma che, invece, non è applicabile alle delibere nulle per aver modificato l'oggetto sociale prevedendo attività impossibili, che risultano, quindi, pienamente compromettibili, malgrado anche in questo caso l'azione di impugnativa sia dichiarata imprescrittibile). E' partecipe del medesimo orientamento, anche E. Zuconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 453 ss., specie 468 ss., secondo la quale, posto ad oggetto del processo di impugnazione il diritto potestativo all'annullamento della deliberazione, la tendenziale disponibilità di tale diritto si deduce dalla normale possibilità di sanatoria della nullità e della annullabilità delle delibere invalide.

⁴⁵ Quel che non appare condivisibile della tesi qui criticata, è il fatto di porre in un rapporto di necessaria implicazione logica la sanabilità della deliberazione assembleare con la disponibilità dei diritti disciplinati; ciò che non significa certo negare che, da un punto di vista generale, il regime dell'atto di esercizio ben possa offrire *indicazioni* in ordine alla natura del diritto.

⁴⁶ In generale, sulla rinuncia all'impugnativa come atto abdicativo che ha ad oggetto la pretesa giudiziale del soggetto legittimato, e non il diritto sostanziale sottostante: B. Sassani, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, II, 531 ss.

⁴⁷ Sotto altro punto di vista, la scissione intercorrente tra diritto oggetto della delibera e disciplina dell'invalidità dell'atto, si apprezza anche sul piano della diversa configurazione e struttura che hanno le ipotesi di sanatoria previste. Seppur tutte le fattispecie siano, ovviamente, accomunate dall'effetto di impedire, una volta realizzatesi, la caducazione dell'atto, nondimeno risultano estremamente eterogenee, sia dal punto di vista della distinta rilevanza che ciascuna ipotesi ha rispetto al profilo sostanziale della delibera invalida, sia dal punto di vista dei soggetti che possono porre in essere la fattispecie sanante, tali essendo, alternativamente, i soci, titolari del diritto di impugnativa, e la società, nei cui

Sulla scorta di tali argomentazioni, si afferma, dunque, il principio che, nell'arbitrato sulle delibere invalide, dal regime dell'invalidità dell'atto (*i.e.*, la possibilità di una sua sanatoria) non può farsi discendere la disponibilità del diritto oggetto dell'atto stesso, non diversamente, pertanto, da quanto, con percorso inverso, ma logicamente identico, la miglior dottrina da tempo afferma in relazione all'arbitrato di diritto comune, allorché esclude la riferibilità ad esso del divieto di transazione su titolo illecito di cui all'art. 1972, comma 1, c.c.⁴⁸. In tale ambito, difatti, si evidenzia che ragione di tale divieto è il *continuum* causale tra contratto (illecito) e transazione, e non l'indisponibilità del diritto che ne è oggetto, diritto rispetto al quale la disciplina dell'atto con cui se ne è attuata la disposizione (che sanziona a pena di nullità la transazione su titolo illecito), non può certo determinarne la sopravvenuta indisponibilità⁴⁹.

In conclusione, con formula sintetica, si può dire che la decisione sull'arbitrabilità della lite di impugnativa deve compiersi sulla base della natura –disponibile o indisponibile– della situazione giuridica su cui la delibera ha inciso, e non sulla base della delibera stessa, che è mero strumento di esercizio dei diritti stessi, la cui disciplina si attesta su un piano diverso e non interferente con quello della natura del diritto, da cui solo discende la compromettibilità della lite⁵⁰.

6.

Una recente dottrina ritiene che in ambito societario debba trovare applicazione una nozione di “diritto disponibile” *diversa* da quella operante sul piano del diritto comune⁵¹. Secondo questa tesi, il limite alla compromettibilità, costituito dalla disponibilità del diritto controverso, si configura, in realtà, in modo diverso nell'arbitrato di diritto comune e nell'arbitrato di diritto societario: malgrado la formula normativa impiegata dall'art. 34 sia la medesima, la nozione di

confronti tale diritto è esercitato. Sotto il primo punto di vista, si pensi, da un lato, alle ipotesi di sostituzione della delibera, o di successiva verbalizzazione *ex art. 2379 bis c.c.*, che agiscono sull'atto illegittimo eliminandone i profili di invalidità, e, dall'altro, all'adempimento degli oneri di pubblicità prescritti per l'intervenuta modificazione dell'organizzazione societaria, rispetto alla deliberazione (invalida) che ha determinato la modificazione stessa, *ex artt. 2500 bis, 2504 quater, 2506 ter, c.c.*, e a cui non può in alcun modo ricollegarsi l'emendazione del vizio di cui l'atto è affetto; sotto il secondo punto di vista, in modo paradigmatico, si possono mettere a confronto l'ipotesi di sanatoria prevista dall'art. 2379 *bis c.c.*, per il caso di mancanza della convocazione, con quella, già ricordata, dell'adempimento degli oneri di pubblicità nelle modificazioni dell'organizzazione societaria.

Questi rilievi confermano, una volta di più, che l'analisi della disciplina dell'azione di impugnativa dell'atto è operazione utile, ma non decisiva nell'indagine sulla disponibilità del diritto sotteso alla deliberazione. Tale analisi può, infatti, fornire indicazioni di politica legislativa circa gli interessi perseguiti in un determinato settore dell'ordinamento, e il grado di protezione in esso assicurato alle posizioni giuridiche individuali: in questo caso, le significative restrizioni alla possibilità di ottenere la caducazione della delibera invalida sono espressione di una consapevole scelta del legislatore diretta a privilegiare la certezza e la stabilità dell'azione sociale, come previsto dall'art. 4, comma 7, lett. b) della legge delega n. 366 del 2001, e come illustrato dalla Relazione al decreto delegato.

⁴⁸ Come già ricordato, il problema si poneva in ragione del rinvio effettuato, prima della recente riforma, dall'art. 806 alla disciplina della transazione.

⁴⁹ In questo senso, per tutti, confronta: A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri, I*, cit., 68 ss.; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 95-96; F. Carpi- E. Zucconi Galli Fonseca, *Del compromesso*, cit., 17 ss.

⁵⁰ In questo senso, G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 95-96.

⁵¹ A. Zoppini, *I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario*, cit.

“disponibilità” da impiegarsi nel settore delle liti societarie non è la stessa che si delinea, nell’arbitrato di diritto comune, a partire dall’art. 806.

La tesi in esame perviene a tale conclusione, partendo dalla constatazione che, nell’ambito di un contratto associativo –quale quello di società-, le posizioni giuridiche individuali non possono qualificarsi in termini di disponibilità/indisponibilità, in modo analogo a quanto avviene relativamente alle posizioni giuridiche derivanti da contratti di scambio, in ragione del rilievo che, le prime, si qualificano come posizioni partecipative, radicate in norme di azione e regole procedurali poste dal contratto di società, mentre solo le seconde si identificano propriamente come situazioni di diritto soggettivo.

Se, quindi, la posizione individuale derivante dal contratto di società ha una struttura ed una natura diversa dalla posizione derivante da un contratto di scambio, pare obbligato, per la dottrina in esame, ritenere che in ambito societario, per la suddetta radicale alterità delle situazioni giuridiche coinvolte, debba trovare applicazione una nozione di disponibilità diversa da quella che, da sempre, risulta delineata avuto riguardo alla possibilità di trasferire, dismettere o rinunciare ad un diritto soggettivo⁵².

Questa diversa nozione di “disponibilità” viene individuata nell’idoneità del giudizio arbitrale a “caducare, integrare o sostituire un procedimento non conforme alla legge o all’atto costitutivo, *ove tale potere positivamente sussista in capo alla compagine sociale*”⁵³; diversamente, quindi, da quanto avviene riguardo ai contratti di scambio, ove la disponibilità della posizione giuridica individuale di cui i soggetti sono titolari, corrisponde alla “possibilità di ottenere dal giudice privato una regola e di produrre un effetto identico a quello che i soggetti della lite potrebbero *autonomamente* attingere”⁵⁴.

Secondo questa dottrina, quindi, nell’arbitrato societario, parametro della disponibilità è la sussistenza, in capo alla compagine sociale, del potere di produrre i medesimi effetti che si vorrebbe, da parte dei compromittenti, che fosse il lodo a determinare, vale a dire, quelli di “caducare, integrare o sostituire un procedimento non conforme alla legge o all’atto costitutivo”⁵⁵. E tali effetti –prosegue la tesi in esame- sono i medesimi che determina la sostituzione da parte dell’assemblea della delibera invalida, come sta a confermare il rilievo che, all’intervenuta sostituzione, il legislatore ricollega la sanatoria della delibera, impedendone la caducazione: pertanto, è disponibile, e quindi arbitrabile, “ciò che è *socialmente* decidibile”⁵⁶.

Senza dubbio condivisibile, e conforme all’insegnamento di autorevole dottrina

⁵² In questo modo, per tutti, confronta: G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 93; Id., *Lineamenti*, cit., 50.

⁵³ A. Zoppini, *op. cit.*, 1181.

⁵⁴ A. Zoppini, *op. cit.*, 1180.

⁵⁵ A. Zoppini, *op. cit.*, 1181.

⁵⁶ A. Zoppini, *op. cit.*, 1181.

commercialistica, è l'affermazione secondo cui in ambito associativo le posizioni giuridiche individuali hanno struttura e contenuto diverso dalle situazioni giuridiche che si realizzano in capo alle parti di un contratto sinallagmatico⁵⁷. Non accettabili, invece, le conseguenze che da ciò vogliono farsi discendere: in primo luogo, il principio che in relazione ad esse *debba* adottarsi un concetto di disponibilità diverso da quello utilizzato sul piano del diritto comune, ed identificato nella sussistenza, in capo al gruppo organizzato, del potere di emendare un procedimento deliberativo illegittimo; in secondo luogo, il rilievo che l'attribuzione all'assemblea del potere di sostituire le deliberazioni invalide costituisca la dimostrazione della sussistenza di tale potere e, dunque, della tendenziale disponibilità –e, quindi, compromettibilità- delle controversie sull'impugnazione delle delibere.

Innanzitutto, occorre rilevare che non appare corretto enucleare una nozione di disponibilità “speciale” applicabile alle liti *de quibus* e consistente nella sostituibilità della delibera: porre l'equazione secondo cui all'attribuzione del potere sostitutivo corrisponde la disponibilità della situazione giuridica controversa, significa, in realtà, porre a confronto due termini facenti capo ad ambiti del tutto indipendenti ed in alcun modo interferenti⁵⁸.

⁵⁷ Sul punto si rinvia, per tutti, a P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano 1971.

⁵⁸ Non sembra privo di rilievo un riferimento al settore dell'arbitrato nel diritto amministrativo su rapporti non paritari, e, quindi, in materia di interessi legittimi; qui, la dottrina più accorta, nell'indagare la natura –disponibile o indisponibile- della posizione del privato nei confronti del potere della P.A., con sicurezza mantiene distinti i caratteri dell'interesse legittimo e quelli del potere amministrativo, concludendo per la non comunicabilità, posto che sussista, della indisponibilità del potere amministrativo, alla situazione giuridica su cui quel potere (indisponibile) incide, che, quindi, può risultare pienamente disponibile. (Sulla disponibilità dell'interesse legittimo, Cass. 2 Aprile 1982 n. 2030, in *Giust. Civ. Rep.*, voce *Transazione*, 1982, 3768). Del resto, in questa sede non rileva che, circa l'arbitrabilità delle controversie su interessi legittimi, gli AA. che muovono dalle premesse richiamate concludano in modi differenti, taluni, coerentemente, ammettendola, posta la natura disponibile dell'interesse legittimo (Pugliese), altri, meno coerentemente, negandola, nonostante la predetta disponibilità, in ragione dell'indisponibilità del potere della P.A. (Caia). Infatti, tale risultato deve essere utilizzato nella materia oggetto della nostra attenzione, per escludere che dai caratteri del potere assembleare (in particolare: la possibilità di reiterarne l'esercizio su una medesima materia, allorché il primo atto di esercizio sia stato illegittimo) possa desumersi alcunché in ordine alla disponibilità delle situazioni giuridiche oggetto del potere stesso. Insomma, occorre scindere la disponibilità/indisponibilità del potere dalla disponibilità/indisponibilità della situazione giuridica soggettiva sulla quale il potere incide, e che ad esso si contrappone. Per riferimenti in tal senso nella dottrina che si è occupata dell'arbitrato nel diritto amministrativo, si rimanda a: D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 855 ss., specie 869 e ss.; G. Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.* 1996, 215 ss., specie 220 ss.; Id., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2007, 1 ss.; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2001, 407 ss., specie 416; V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 227 ss. specie 241 ss.; G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano 1989, 199; Id. *Materie compromettibili in arbitrato con la Pubblica Amministrazione*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999, 9 ss., specie 18 ss., nonché 18, nota 15; F. Pugliese, *Potere del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, cit., 65 ss., specie 73 ss.; Id. *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *I Contratti*, 1993, 647 ss., specie 652; G. Greco, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, cit. 157 ss., specie 165 ss.; P. De Lise-B. Delfino, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Arch. Giur. delle OO.PP.* 2000, 2035 ss., specie 2051 ss.; A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 249 ss., specie 259 ss.; S. Di Martino, *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una p.a.*, in *Riv. Trim. App.* 2001, 99 ss., specie 114 ss.; A. Zito, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 ss.; F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle*

Infatti, la sostituzione della delibera invalida è l'espressione dell'attribuzione all'organo che ha emanato il primo atto, nell'esercizio di un potere (primario) ad esso attribuito, di un potere (secondario) di segno contrario rispetto al primo, che ne rappresenta il presupposto⁵⁹. Se quanto detto è vero, allora la previsione della sostituzione della delibera e dei suoi effetti, altro non è che la disciplina legislativa di un potere dell'assemblea, che ad essa compete quale "competenza naturale" a deliberare, in modo valido, rispetto ad una materia su cui già una volta ha deliberato, sebbene in modo invalido⁶⁰.

La sostituzione della delibera, altro non è, quindi, che l'attribuzione all'organo che ha emanato un atto invalido, del potere di emanare un secondo atto che prenda il posto del primo, in quanto sia stato assunto in modo corretto: può da ciò dedursi che in capo all'assemblea sussista *anche* il potere di disporre degli effetti giuridici sorti dal primo atto di esercizio del potere?

La risposta al quesito è complessa; certo è, però, che non può essere valida la risposta che faccia semplicemente discendere dall'attribuzione del potere di sostituzione anche la disponibilità degli effetti giuridici prodotti dalla delibera sostituita; né, d'altro canto, ad una tale conclusione si può correttamente pervenire argomentando dalla previsione legislativa che pone, quale effetto della sostituzione della delibera, l'impossibilità del suo annullamento. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, deve essere notato che la preclusione della pronuncia di annullamento, a seguito della sostituzione della delibera, risponde alla logica di privilegiare la stabilità degli atti societari, ancorché invalidi

controversie relative all'esercizio del potere amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss.; M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004, 69 ss. In senso opposto, per l'indisponibilità dell'interesse legittimo da parte del suo titolare, A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, ora in *Scritti giuridici, Vol. IV*, Milano 1999, 2158 ss., specie 2171 ss. Per una panoramica delle diverse tesi prospettate, si veda, infine, V. Gasparini Casari, *Arbitrato e controversie amministrative*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, cit., 1023 ss.

⁵⁹ Il potere di sostituzione, pertanto, si colloca su un piano sistematico omogeneo rispetto ai poteri di revoca e di autoannullamento delle deliberazioni, pur divergendo quanto ai presupposti di esercizio e, soprattutto, degli effetti ricollegati al suo esercizio; ciò non toglie, peraltro, che ciascuno di tali poteri spetti all'assemblea quale potere di secondo grado, che necessariamente segue all'attribuzione di una competenza primaria di deliberare su una certa materia; in dottrina, in questo senso: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 142 ss.; F. Messineo, *Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti*, in *Nuovi studi di diritto delle società*, Milano 1966, 213 ss., specie 224-225; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 30 ss. (le cui argomentazioni, nel senso indicato nel testo, sono però svolte con riferimento al potere di revoca della deliberazione; poiché, però, questo potere consiste al pari del potere di sostituzione e di annullamento, in un potere di secondo grado, nel senso già indicato, appare condividere con esso il suo fondamento; in questo modo, infatti, esplicitamente in *L'annullamento delle proprie deliberazioni*, cit., ove un mutamento di prospettiva rispetto a *La revoca*, cit., 190 ss., in cui l'A. negava che l'assemblea avesse il potere di autoannullare le proprie deliberazioni); Id., *L'annullamento delle proprie deliberazioni invalide da parte degli enti collettivi nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. Dir. Comm.* 1988, II, 419 ss.; G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, cit., 369 ss.; G. Ferri, *Le Società*, cit., 659 ss.; R. Rordorf, *Impugnazione*, cit. 1206; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 78 ss.; G. Ciampoli, *Considerazioni in tema di limiti alla revoca*, cit., 559 ss.; per ulteriori riferimenti di dottrina conforme, si rinvia, in particolare, alla rassegna compiuta da P. Revigliano, *La "sostituzione"*, cit., 10 ss., 35 ss., 119 ss. Per ulteriori raggugli, si rinvia, *retro*, al par. 4, testo e note.

⁶⁰ Come già in precedenza notato, il potere di sostituzione della delibera invalida si manifesta quale seconda deliberazione di uguale contenuto rispetto alla prima, la quale, tuttavia, non era stata assunta nel rispetto delle regole procedurali di adozione degli atti assembleari; per la ricostruzione del potere di sostituzione come estrinsecazione del medesimo potere che già una volta ha disciplinato, seppur invalidamente, un determinato rapporto giuridico, e, dunque, come potere rientrante nella medesima competenza deliberativa dell'assemblea, vedi, in specie: P. Revigliano, *La "sostituzione"*, cit., 44 ss., 119 ss.

(*rectius*, degli effetti prodotti dalla delibera impugnata), che il legislatore ha inteso perseguire in materia di deliberazioni assembleari, e non è espressione di un'intervenuta disposizione degli effetti giuridici prodotti dalla delibera sostituita⁶¹: anzi, in prima battuta deve dirsi l'esatto contrario, e cioè che l'attribuzione del potere di sostituzione non implica *anche* il potere di disporre degli effetti giuridici prodotti dalla prima delibera, come è dimostrato, tra l'altro, dall'art. 2377, comma 9, c.c. ai sensi del quale "restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita"⁶².

In buona sostanza, l'attribuzione all'assemblea del potere di sostituzione dipende dall'organizzazione sociale, e nulla ha a che vedere con la disponibilità del diritto o della materia su cui la delibera invalida (e sostituita) ha inciso⁶³.

⁶¹ Una recente indagine ha, infatti, definitivamente posto in luce come il fenomeno della sostituzione miri alla stabilizzazione degli effetti prodotti dalla delibera impugnata, attraverso l'adozione di un atto valido sullo stesso oggetto; pertanto, si può dire che il risultato giuridico della sostituzione della delibera è, almeno sotto questo aspetto, del tutto antitetico a quello che si ricollega alla sentenza di annullamento: questa, mediante la caducazione dell'atto invalido, mira alla rimozione degli effetti interinalmente prodotti; quello, invece, mediante la sostituzione della delibera invalida con una valida, ha per scopo la stabilizzazione degli effetti giuridici prodottisi nell'organizzazione societaria, o, più precisamente, crea un nuovo rapporto, sostitutivo del precedente, ma avente il medesimo contenuto, da cui si originano effetti giuridici identici a quelli già realizzatisi (in questo senso, confronta: P. Reviglione, *La "sostituzione"*, cit., 38 ss.).

⁶² La disposizione nega, pertanto, la validità di quell'opinione dottrinale, invero isolata, la quale ammetteva che la delibera sostitutiva potesse pregiudicare, in talune ipotesi, i diritti acquistati da terzi (in questo senso, P. Reviglione, *La "sostituzione"*, cit., 68 ss.). Essa consente, inoltre, di apprezzare i diversi effetti determinati dall'annullamento (art. 2377, comma 7, c.c.) e dalla sostituzione (e così anche della transazione che si fonda su essa) della deliberazione, dato che nel primo caso i diritti dei terzi sono fatti salvi solo se di buona fede, mentre, nel secondo, in ogni caso.

La notazione da ultimo svolta introduce il tema degli effetti della sostituzione sul piano del diritto sostanziale, con particolare riferimento all'efficacia della delibera di sostituzione sugli effetti giuridici interinalmente prodotti dalla delibera sostituita nella sfera dei soci e dei terzi, anche al fine di operarne il confronto con gli effetti prodotti dalla caducazione giudiziale. Una riflessione così impostata condurrebbe a dimostrare ulteriormente che la natura del potere non ha nulla a che vedere con la natura disponibile o indisponibile delle situazioni giuridiche su cui incide. Per rendersi conto di ciò, basti pensare che alla necessaria unitarietà del potere corrispondono forme di manifestazione in concreto diverse, ciascuna caratterizzata, a seconda del suo contenuto (leggasi, funzione esplicata), da diversi presupposti per l'adozione dell'atto di esercizio del potere, e da diversi effetti in ordine alle situazioni giuridiche incise. Ciò che, peculiarmente, si può constatare quando il potere già una volta si sia determinato in ordine ad un determinato diritto, o ad una certa materia: la reiterazione del potere può, infatti, assumere in concreto il contenuto della revoca, della sostituzione o dell'autoannullamento della delibera, che si differenziano sia in ordine ai presupposti di adozione (nel primo caso, ragioni di opportunità, negli altri due l'illegittimità della prima delibera), sia in ordine agli effetti determinati sulle situazioni giuridiche prodotte nella sfera della società, dei soci e dei terzi dalla delibera revocata o sostituita (secondo l'opinione prevalente, nell'ipotesi della revoca, sono fatti salvi gli effetti già prodotti nella sfera personale dei soci e dei terzi, nonché gli effetti di carattere organizzativo determinati nella sfera della società; nel caso della sostituzione, con la seconda deliberazione, contestualmente alla rimozione della delibera illegittima, si provvede anche alla conservazione e consolidazione degli effetti prodotti invalidamente dalla prima delibera; nell'ipotesi dell'autoannullamento, invece, la seconda delibera ha funzione esclusivamente eliminativa, e per mezzo di essa si provvede a rimuovere gli effetti prodotti dalla prima delibera, con il fondamentale limite dei diritti eventualmente acquistati dai terzi; sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia a P. Reviglione, *La "sostituzione"*, cit., 119 ss.). Per riferimenti, in giurisprudenza si può utilmente leggere Trib. Monza 15 Gennaio 2004, in *Giur. Comm.* 2004, II, 551; in dottrina, si rimanda agli autori citati *retro*, a note 35 e 59, nei luoghi ivi indicati.

⁶³ Ad esempio, in materia di bilancio, fattispecie ritenuta per eccellenza indisponibile, né la dottrina né la giurisprudenza dubitano che la deliberazione sia suscettibile di sostituzione. Ed è significativo che, al riguardo, A. Zoppini (*op. cit.*, pag. 1181), per affermarne la compromettibilità, ricorra all'art. 2434 *bis*, che disciplina l'azione di impugnativa del bilancio. Secondo l'A., la norma, imponendo come termine di decadenza per le azioni di annullamento e di nullità del bilancio, l'approvazione del bilancio successivo, attesta la disponibilità degli effetti del procedimento deliberativo invalido ed un potere emendativo dello stesso in capo all'assemblea, così sostanzialmente finendo per utilizzare, per giustificare la sua tesi, le stesse argomentazioni di quella dottrina che desume la disponibilità della lite dalla possibilità di sanatoria della deliberazione, e che si è già detto essere non accettabile (*retro*, par. 5).

L'orientamento criticato si espone, peraltro, ad almeno altre due obiezioni.

Sotto un primo profilo, occorre rilevare che non sempre la delibera è invalida per vizi attinenti al suo procedimento di formazione, ben potendo esserlo per vizi attinenti al suo contenuto, non diversamente, quindi, da un qualsiasi atto giuridico posto in essere da persone fisiche o da enti il cui modello organizzativo non preveda, ai fini della formazione della volontà collettiva, un procedimento assembleare o, comunque, a carattere collegiale. A fronte di tale notazione, si consideri, ora, la proposizione fondamentale dell'orientamento criticato, secondo cui il concetto di disponibilità da utilizzarsi in ambito societario, è l'idoneità del lodo a “caducare, rimuovere, sostituire un *procedimento non conforme alla legge o all'atto costitutivo*”.⁶⁴.

Orbene, ad avviso di chi scrive, se si porta la tesi criticata alle estreme conseguenze, occorre rilevare che le ipotesi di invalidità delle delibere si differenziano tra invalidità contenutistiche e invalidità procedurali, mentre la nozione di “disponibilità speciale” delineata sembra prendere in considerazione solo le seconde, e solo ad esse appare applicabile; ne deriva, di conseguenza, che, rispetto alle invalidità contenutistiche, queste, non solo non risultano espressamente contemplate, ma neppure sembra possano ricevere agevole inquadramento all'interno dell'orientamento criticato.

Da questo punto di vista, pertanto, non vi è altra conclusione se non quella di ritenere che nelle fattispecie in cui viene in rilievo una illegittimità di carattere sostanziale e non procedimentale, il concetto di disponibilità “speciale” non risulta applicabile, e ad esse torna ad essere riferibile la nozione, per così dire, “tradizionale”.

Sotto un secondo profilo, anticipando considerazioni che verranno sviluppate più ampiamente in seguito, non si può mancare di rilevare che la deliberazione, come fattispecie produttiva di effetti giuridici, se ha immancabilmente effetti a contenuto organizzativo, nondimeno può determinare *anche* effetti di imputazione nella sfera giuridica individuale dei soci o dei terzi, determinando la costituzione, estinzione o modificazione di posizioni soggettive individuali, non diversamente da quanto avviene, al di fuori del contesto associativo, nell'ambito dei negozi a prestazioni corrispettive⁶⁵.

Se su tale notazione, che emerge dal dato normativo, si concorda, allora occorre rispondere alla seguente domanda: riguardo alle ipotesi così individuate, quale nozione di “disponibilità” deve adottarsi?

Le risposte astrattamente prospettabili appaiono due: per un verso, si potrebbe adottare il concetto di “disponibilità” speciale, anche per situazioni giuridiche che, però, si è detto essere del tutto analoghe, per struttura e contenuto, a quelle presenti nell'ambito del diritto comune, di guisa

⁶⁴ A. Zoppini, *op. cit.*, 1181, corsivo nostro.

⁶⁵ Si pensi, tra le altre, alla deliberazioni di distribuzione dell'utile *ex art.* 2433 c.c., e a quella che decide sul diritto di opzione dei soci in occasione di un aumento di capitale a pagamento ai sensi dell'art. 2441 c.c.

che si incorre in un'incoerenza di non poco momento; per un altro verso, si potrebbe, invece, tornare ad utilizzare nuovamente il concetto di "disponibilità" tradizionale, a prezzo, però, di attribuire ad una medesima formula normativa, nello stesso ambito di applicazione, una mobilità semantica che, ancor prima che sul piano giuridico, appare logicamente inaccettabile.

7.

Come già anticipato, secondo l'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente, la disponibilità della lite di impugnazione delle deliberazioni assembleari dipende dalla natura degli interessi coinvolti; conseguentemente, in applicazione di tale assunto, viene esclusa l'arbitrabilità delle liti involgenti l'interesse pubblico, della società o di terzi. Su questa tesi occorre ora soffermarsi maggiormente, atteso che, all'indomani dell'entrata in vigore delle nuove norme, la giurisprudenza pressoché unanime, posta la condivisibile affermazione di principio, secondo cui in arbitrato societario il limite alla compromettibilità è costituito dalla disponibilità dei diritti controversi, al momento di valutare l'arbitrabilità della specifica controversia, opera, in conformità all'indirizzo tradizionale, una qualificazione degli interessi coinvolti, facendo discendere da tale apprezzamento la decisione in ordine alla percorribilità della via arbitrale⁶⁶.

⁶⁶ Successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme, la giurisprudenza, in materia di impugnazione di delibere assembleari, ha affermato che: a) non è compromettibile la domanda di impugnazione della deliberazione che approva lo statuto sociale, così come la subordinata domanda volta alla declaratoria di nullità di singole clausole dello statuto stesso, in quanto trattasi di materia «per definizione sottratta alla disponibilità dei singoli soci, siccome riflettente interessi della società» (Trib. Lucca, 11 Gennaio 2005, in *Giur. Merito*, 2005, 2662 ss.); b) non è compromettibile l'impugnazione proposta avverso la delibera che, in ragione del suo oggetto (la riduzione a zero del capitale sociale per perdite), incide prioritariamente sul diritto dei terzi creditori o potenziali contraenti della società a conoscere la effettiva situazione patrimoniale della stessa (Trib. Milano, 27 Settembre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 1128 ss.); c) è compromettibile l'azione di impugnativa assembleare quando essa tenda all'annullamento della delibera, in quanto la sussunzione del vizio di invalidità lamentato all'interno delle ipotesi di annullabilità dimostra che nel caso di specie risultano prevalentemente coinvolti interessi individuali dei soci, come tali disponibili, e non interessi della società o di terzi, a presidio dei quali è, invece, posta la più grave sanzione della nullità della delibera (Trib. Milano, ord. 4 Ottobre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 1128 ss.; Trib. Napoli, 30 Settembre 2005, in *Corr. del Merito*, 2005, 1138; Trib. Torino 27 Settembre 2004, in *Dir. Prat. Soc.*, fasc. 10, 6 Giugno 2005, 80 ss.); d) è compromettibile la controversia di impugnazione della delibera di esclusione del socio, in quanto tale controversia non coinvolge l'interesse sociale (Trib. Imperia, 27 Giugno 2005, in *Società*, 2006, 235-236); e) non è compromettibile la domanda di impugnazione per nullità del bilancio di una società di capitali, in quanto le norme che disciplinano il bilancio di esercizio tutelano interessi ultraindividuali, avendo ad oggetto interessi della società, della collettività dei soci o dei terzi (Trib. Bari, 21 Giugno 2007, n. 1643); f) non è compromettibile la domanda di annullamento della delibera il cui oggetto (l'aumento, asseritamente spropositato e sproporzionato, dei compensi degli amministratori) contrasti con l'interesse della società (identificato nell'interesse al contenimento dei compensi) e con quello della collettività dei soci (identificato nell'interesse alla distribuzione dell'utile) (Trib. Biella, ord. 15 Gennaio 2005). Sempre in materia di controversie societarie, in applicazione dei medesimi principi, la giurisprudenza ha affermato che non è compromettibile la controversia relativa all'accertamento dell'intervenuto scioglimento *ex lege* della società ai sensi dell'art. 2484 c.c., in quanto le fattispecie tipizzate dalla norma, che ha natura inderogabile, non sono rimesse alla libera disponibilità delle parti (Trib. Ravenna, ord. 3 Febbraio 2006, in *Corr. del Merito*, 2006, 840 e in *Giur. it.*, 2006, 1875; Trib. Modena, decr. 12 Maggio 2004, in *Società*, 2004, 1270; in questo senso, in motivazione, anche Trib. Imperia, 27 Giugno 2005, cit.). In senso contrario, peraltro, come già segnalato, Trib. Como 29 Settembre 2006, cit., secondo cui, a seguito della riforma, le controversie di impugnazione delle delibere assembleari sono compromettibili a prescindere dalla natura disponibile o indisponibile del diritto (nel caso di specie, la domanda concerneva la nullità della delibera di approvazione del bilancio).

La posizione giurisprudenziale è criticabile tanto dal punto di vista dogmatico, quanto da quello applicativo⁶⁷.

Innanzitutto, far discendere dalla natura degli interessi coinvolti l'arbitrabilità della controversia, significa operare un travisamento del dato normativo, che, invece, appunta il limite oggettivo della compromettibilità sulla disponibilità del diritto controverso.

Sul piano della normativa di diritto privato, infatti, non vi è necessaria corrispondenza tra tutela di interessi super-individuali e indisponibilità dei diritti disciplinati: dalla constatazione che una determinata disciplina è posta a tutela di interessi non esclusivamente privati, non può in alcun modo desumersi che i diritti ivi previsti siano sottratti alla disponibilità del loro titolare; invero, solo talvolta l'interesse extra-individuale viene perseguito sottraendo il diritto al regime di piena disponibilità. Se questo è vero, allora occorre anche dire che l'indisponibilità delle posizioni attive può ricavarsi solo da una valutazione specifica del loro regime giuridico, mentre, nella maggioranza dei casi, è con altri mezzi che il legislatore ha cura di orientare l'attività privata a fini non esclusivamente individualistici.

Andando oltre, occorre altresì rilevare che i parametri su cui la giurisprudenza si basa per compiere la valutazione degli interessi coinvolti nella lite non possono, sotto altro profilo, essere ritenuti indici rivelatori della natura disponibile o indisponibile della situazione giuridica in rilievo⁶⁸.

Tra essi, il più significativo, e quello cui più sovente è fatto ricorso, è indubbiamente il carattere inderogabile delle norme violate⁶⁹.

Ebbene, rapidi cenni dovrebbero essere sufficienti per rendere chiaro che, quantomeno ai fini della compromettibilità in arbitri, inderogabilità (della normativa) e indisponibilità (del diritto) sono concetti interferenti, ma non coincidenti⁷⁰.

Infatti, se, da un lato, l'indisponibilità del diritto non può che essere sancita da una norma di carattere imperativo, dall'altro lato, ad una normativa inderogabile non corrisponde, se non

⁶⁷ In senso contrario, ritiene condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, N. Soldati, *Le clausole compromissorie*, cit., 127.

⁶⁸ Tra essi, come già rilevato, assumono particolare rilevanza: a) la *causa petendi* della domanda proposta dall'attore, cioè la tipologia di vizio –procedurale o sostanziale– lamentato, da cui discenderebbe, ad esempio, che l'illegittimità di una delibera rispetto alla disciplina legislativa del procedimento di adozione, pregiudica sempre interessi di rilevanza pubblicistica (in termini, Cass. 23 Gennaio 2004 n. 1148, cit.; Trib. Ascoli Piceno 21 Ottobre 1992, in *Società*, 1993, 356 ss.); b) la natura –imperativa o dispositiva– e le finalità della norma di cui è dedotta la violazione (Cass., 23 Febbraio 2005, n. 3772, cit.; Trib. Ravenna, ord. 3 Febbraio 2006, cit.; Trib. Modena, decr. 12 Maggio 2004, cit.; Trib. Bari 21 Giugno 2007, n. 1643, cit.); c) la figura di invalidità fatta valere, per cui, ad esempio, l'azione di nullità sarebbe naturalmente preordinata alla tutela di interessi pubblici o collettivi (Trib. Napoli, 30 Settembre 2005, cit.; Trib. Milano (ord.), 4 Ottobre 2005, cit.; Trib. Torino, 27 Settembre 2004, cit.; Trib. Arezzo, 2 Marzo 2004, cit.; Trib. Milano 15 Ottobre 2001, cit.); d) l'oggetto della delibera e, in specie, il rilievo della deliberazione nell'organizzazione dell'attività sociale o nei rapporti con i terzi (Trib. Lucca, 11 Gennaio 2005, cit.; Trib. Milano, 27 Settembre 2005, cit.; Trib. Bari 21 Giugno 2007, n. 1643, cit.).

⁶⁹ Così, infatti, anche recentemente, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 23 Febbraio 2005, n. 3772, cit..

⁷⁰ Per tutti, confronta: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 357 ss.; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 93 ss.; Id. *Lineamenti*, cit., 50-51; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri, I*, cit., 62 ss., 81 ss.

espressamente previsto, l'indisponibilità dei diritti disciplinati: un conto è che il potere di autonomia privata sia in varia guisa limitato dalla impossibilità di derogare al precetto legislativo quando questo sia di carattere inderogabile; un altro conto è l'impossibilità, per colui nella cui sfera giuridica si sono prodotti determinati effetti giuridici, di rinunciare, dismettere, od alienare i diritti di cui sia divenuto titolare per effetto di una norma inderogabile. Insomma, una norma a carattere imperativo impone una determinata regolamentazione dei diritti disciplinati, sottraendo alle parti la piena libertà nel dare assetto ai rispettivi interessi, ma, ciononostante, nulla dice riguardo alla possibilità che, una volta che i diritti si siano prodotti in conformità con la disciplina dettata, chi ne è titolare possa compiere atti dispositivi⁷¹. In definitiva, affinché possa concludersi per l'indisponibilità e, dunque, per la non compromettibilità di una situazione giuridica, occorre verificare la ricorrenza di un apparato di norme imperative che impediscano l'esercizio del potere di autonomia privata, non solo, come più frequentemente avviene, nella fase di regolamentazione del rapporto da cui il diritto scaturisce, ma anche, ed il che avviene più raramente, nella fase successiva all'acquisizione del diritto al patrimonio del soggetto, nel senso di vietare la realizzazione di un effetto a contenuto dismissivo-abdicativo della posizione giuridica di cui è titolare. Queste osservazioni appaiono sufficienti per negare validità alla tesi che deduce dalla previsione di norme di diritto inderogabili la indisponibilità e, dunque, la non compromettibilità delle situazioni giuridiche disciplinate; occorre tuttavia avvertire che, in seguito, dovremo tornare nuovamente sul concetto di disponibilità, ed in quella sede provvederemo a precisare più compiutamente i suoi rapporti con quello di inderogabilità della norma⁷².

Passando ora alle disfunzioni che il cd. "criterio degli interessi" determina sul piano applicativo, basti semplicemente porre mente al rilievo che la dicotomia interesse super-individuale / interesse personale dell'impugnante non può, in realtà, in alcun modo fungere da criterio di classificazione, in una materia –come quella societaria–, in cui l'uno e l'altro interesse sono necessariamente e contestualmente presenti in ogni fase dell'attività sociale, quale fisiologica attuazione del contratto di società stesso⁷³.

Non è chi non veda che postulare la qualificazione degli interessi coinvolti in una lite societaria non può che risolversi in valutazioni di carattere soggettivo, come tali destituite del

⁷¹ Relativamente alla piena tutelabilità in via arbitrale di situazioni giuridiche che hanno indubbio rilievo pubblicistico, è sufficiente constatare che, per espressa disposizione di legge, sono arbitrabili le controversie su rapporti di lavoro subordinato (per l'arbitrato irrituale, vedi, ad esempio, gli artt. 412 *ter* e 412 *quater*; per l'arbitrato rituale, invece, l'art. 806, comma 2); e tale rilievo, sotto diverso punto di vista, conferma, ancora una volta, la scissione intercorrente tra inderogabilità della normativa e indisponibilità dei diritti disciplinati.

⁷² Capitolo II, parr. 1-8.

⁷³ In questo senso, F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 1288; G. De Ferra, *Clausole arbitrali*, cit., 192-193; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 96-97; in modo analogo anche L. Rovelli, *L'arbitrato delle società*, cit., 922, il quale, pur prestando adesione al criterio giurisprudenziale, non manca di rilevare la scarsa ragionevolezza di talune applicazioni dello stesso.

minimo crisma di oggettività, che, di fatto, rimettono alla discrezionalità del giudicante ed alla scala di valori adottata nel caso di specie, l'identificazione della natura individuale o extra-individuale dell'interesse coinvolto; conseguenza di siffatto modo di operare è il venir meno di quel minimo grado di certezza e prevedibilità in ordine alla percorribilità della via arbitrale, che è condizione essenziale perché l'arbitrato possa effettivamente definirsi mezzo alternativo alla giurisdizione statale per la risoluzione delle controversie, piuttosto che mera occasione per porre in essere condotte processuali di carattere dilatorio a danno della parte più diligente.

Se spostiamo ora l'attenzione sulla nuova disciplina dell'arbitrato societario, si può affermare, con un buon margine di sicurezza, che le critiche esposte trovino in essa ulteriori ragioni a loro sostegno. Invero, preso atto che il legislatore della riforma ha posto quale limite oggettivo alla compromettibilità la disponibilità del diritto controverso, i principi tratti dai precedenti arresti giurisprudenziali, si dimostrano oggi ancor più insoddisfacenti ed inadeguati. All'interno della nuova disciplina si rinvergono, infatti, numerosi indici normativi, che dovrebbero indurre a non operare una acritica trasposizione del "criterio degli interessi", a favore di una più corretta valutazione della compromettibilità della lite, incentrata esclusivamente sulla natura –disponibile o indisponibile- del diritto controverso⁷⁴.

Innanzitutto, non è né irrilevante, né priva di significato, la ripetizione, all'art. 34, comma 1, del limite della disponibilità: risulta reciso, ai fini della determinazione dell'area delle controversie compromettibili, il legame tra arbitrato e transazione posto dalla vecchia formulazione dell'art. 806 del codice di rito, così non legittimando alcuna lettura che faccia discendere da altro che dalla disponibilità del diritto, la deferibilità in arbitri di una controversia⁷⁵. A questo proposito, non si può mancare di notare che, nella medesima direzione, si pone decisamente anche il nuovo art. 806 c.p.c., che, confermando la scelta già operata dal legislatore societario, conforma l'area della non arbitrabilità su quella della non disponibilità del diritto, facendo salvo solo un espresso divieto di

⁷⁴ Appare, quindi, inaccettabile quanto esplicitamente affermano (ma tale posizione in realtà è presupposto di tutte le decisioni rese successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme) il Trib. Lucca, 11 Gennaio 2005, cit., secondo cui "la conformazione dell'oggetto dell'arbitrato in materia societaria è rimasta correlata alle materie "dei diritti disponibili relativi al rapporto sociale" (art. 34 d.lgs. 5 del 2003). Da qui si desume che debbono ritenersi perpetuati, in materia, i principi tratti dagli antecedenti arresti giurisprudenziali" ed il Trib. Biella, ord. 15 Gennaio 2005, cit., per il quale "il legislatore delegato non ha apportato alcun contributo innovativo al problema dei limiti oggettivi della clausola compromissoria in materia societaria, con la conseguenza che devono ritenersi ancora operativi i criteri interpretativi sinora adottati."

⁷⁵ Come già segnalato, il riferimento è all'annoso dibattito che si innescava dal rinvio effettuato dal vecchio testo dell'art. 806 alla disciplina della transazione e, quindi, anche all'art. 1972, comma 1, c.c., a norma del quale non può essere conclusa una transazione su titolo illecito. Si discuteva, infatti, se tale limitazione valesse anche per l'arbitrato: solo in tempi recenti, anche la giurisprudenza è pervenuta alle conclusioni già raggiunte dalla miglior dottrina, secondo cui tale divieto non si estende all'arbitrato, in virtù della non sussistenza di un *continuum* causale tra lodo e titolo illecito, che invece sussiste (così fondandone il divieto ex art. 1972, comma 1, c.c.) tra quest'ultimo e la transazione su di esso conclusa.

legge⁷⁶. La norma, inquadrata nel più ampio contesto delle recenti riforme del diritto arbitrale, offre, peraltro, anche ulteriori indicazioni, sicuramente esportabili anche alla materia societaria: innanzitutto, recepisce a livello di disciplina generale, e non di settore, quanto risulta in modo abbastanza evidente dall'analisi del diritto sostanziale –sul cui piano deve essere valutata la natura disponibile o meno del diritto deferito in arbitri- e cioè che l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive deve ritenersi eccezionale rispetto ad una tendenziale e generale capacità dispositiva dei propri diritti che l'ordinamento riconosce ai privati. Inoltre, atteso il predetto carattere eccezionale dell'indisponibilità, il relativo accertamento deve essere svolto con particolare rigore, tenuto conto, peraltro, dello speciale criterio di interpretazione del patto arbitrale dettato dal nuovo art. 808 *quater* c.p.c., a norma del quale, in caso di dubbio sull'estensione oggettiva della convenzione, l'interprete deve privilegiare la soluzione maggiormente liberale⁷⁷; infine, si rileva che, una volta esclusa l'indisponibilità della situazione controversa, un divieto di arbitrabilità della medesima non potrà che discendere da un'espressa previsione legale⁷⁸.

Ulteriori indicazioni a favore dell'adottata rigorosa interpretazione dell'area della non compromettibilità si traggono, del resto, anche da altri dati di diritto positivo contenuti nella disciplina dell'arbitrato societario; in particolare, si osserva che: a) anticipando la soluzione oggi adottata anche per l'arbitrato di diritto comune, gli arbitri societari possono conoscere *incidenter tantum* questioni non compromettibili (art. 35, comma 3)⁷⁹; b) in questo caso, o qualora la lite sia relativa alla validità di una delibera assembleare, la decisione della controversia deve avvenire secondo diritto (art. 36, comma 1); c) nelle medesime ipotesi, il lodo (di diritto) pronunciato è sempre impugnabile per violazione di norma sostanziale, a norma dell'art. 829, comma 2 (art. 36, comma 1)⁸⁰; d) anche in ipotesi di arbitrato irrituale, è garantito l'accesso delle parti alla tutela

⁷⁶ Per un primo commento all'art. 806 riformato, si rinvia a: B. Capponi, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006, 1785 ss.; Id, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 1, 43 ss.; M. Bove, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 2, 57 ss.; G. Ruffini, *Patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 2005, 711 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Art. 806*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, cit., 1150 ss.; G.F. Ricci, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 759 ss.

⁷⁷ L'art. 808 *quater*, anch'esso introdotto dal d.lgs. 40/2006, prevede che "Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce."

⁷⁸ In questo modo, confronta gli AA. citati, *retro*, a nota 76, cui si rinvia anche per i profili problematici sollevati dalla disposizione.

⁷⁹ Il vecchio testo dell'art. 819, comma 1, secondo l'interpretazione prevalente (ma non unanime: cfr. F.P. Luiso, *Diritto Processuale Civile. IV. I processi speciali*, 3° ed., Milano 2000, 344-345) impediva agli arbitri di conoscere anche solo in via incidentale le questioni non compromettibili. Oggi, invece, con il d.lgs. 40/2006, il legislatore ha abilitato gli arbitri a conoscere *incidenter tantum* tutte le questioni rilevanti per la decisione, anche se relative a diritti indisponibili, salvo che ne sia imposta per legge la decisione con efficacia di giudicato (art. 819, comma 1, c.p.c.); sul punto, confronta: S. Menchini, *Art. 819*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, cit., 1328 ss.

⁸⁰ A seguito della riformulazione dell'art. 829, comma 2, c.p.c. ad opera del d.lgs. 40/2006, il rinvio deve intendersi riferito, come già in precedenza segnalato, all'art. 829, comma 3. Si deve comunque rilevare che, almeno per l'ipotesi di cognizione *incidenter tantum* di una questione non compromettibile, l'impugnabilità del lodo societario per violazione di norma sostanziale discende direttamente dal nuovo art. 829, comma 4, n. 2, c.p.c.

cautelare (art. 35, comma 5)⁸¹; e) agli arbitri è attribuito il potere di sospendere la delibera impugnata (art. 35, comma 5).

Da ultimo, occorre ulteriormente sottolineare che la nuova disciplina pone rimedio alle difficoltà operative dell'arbitrato in materia societaria, derivanti dalla frequenza con cui in quest'ambito si assiste a liti con pluralità di parti, per mezzo della previsione che deferisce ad un terzo la nomina del collegio arbitrale (art. 34, comma 2) e di quella che regola l'attuazione della pluralità di parti successiva, in caso di chiamate in causa e di interventi volontari nel processo arbitrale (art. 35, comma 1 e 2).

Complessivamente considerati, i citati elementi di diritto positivo valgono, dunque, a superare quelle carenze strutturali del fenomeno arbitrale che impedivano nelle controversie societarie di offrire un'adeguata rappresentazione e, quindi, un'adeguata tutela, agli interessi ulteriori a quelli delle parti, pure coinvolti ed incisi dalla decisione della lite e che inducevano la giurisprudenza ad operare la descritta traslazione del *discrimen* della compromettibilità dalla disponibilità del diritto, alla natura degli interessi coinvolti.

Pertanto, è alla luce di una valutazione d'insieme della disciplina dell'arbitrato societario, che si deve apprezzare la sua innovatività in punto di limiti oggettivi della compromettibilità, rilevando, cioè, che se è rimasto fermo –e, anzi, è stato ribadito– il limite della disponibilità del diritto controverso, nondimeno il delegato ha introdotto disposizioni dirette a scongiurare il rischio di decisioni di inoperatività della clausola compromissoria, attraverso la rimozione degli ostacoli “all'espansione dell'area di arbitrabilità che derivano da altro che l'indisponibilità dei diritti che formano oggetto della lite”⁸².

Se si concorda con quanto sin qui osservato, non è chi non veda che la nostra indagine debba ora concentrarsi sulla definizione del concetto di diritto disponibile, dipendendo da tale elemento (e solo da esso) la possibilità di deferire in arbitri le controversie di impugnazione delle delibere assembleari. A questo problema è dedicata la parte ricostruttiva del presente lavoro.

⁸¹ Così anticipando quanto è oggi previsto, in via generale, dall'art. 669 *quinquies*, c.p.c, a seguito della modifica apportata con la l. 14 Maggio 2005, n. 80.

⁸² F. Auletta, *Commento*, cit., 331; non diversamente, A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale"*, cit., 1177 ss.; F. Danovi, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 8 ss. della versione a stampa. E tale lettura è corroborata dalla *ratio* della disposizione della legge delega che facultizzava il delegato a disciplinare una forma di arbitrato su diritti indisponibili (art. 12 comma terzo L. 3 Ottobre 2001, n. 366), che risiedeva nell'intento di troncarsi sul nascere qualsiasi questione circa la compromettibilità delle liti societarie, segnatamente quelle riguardanti l'impugnazione delle deliberazioni assembleari. In dottrina, non si avvedono dei profili di novità della disciplina, G. Arieta-F. De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., 628-629, secondo i quali, in materia di impugnazione di delibere assembleari, il *discrimen* della disponibilità deve appuntarsi alternativamente sulla natura degli interessi tutelati dalla norma violata, o sull'azione fatta valere dall'impugnante.

CAPITOLO SECONDO

I LIMITI OGGETTIVI ALLA COMPROMETTIBILITÀ

Sommario: -1. Transizione. -2. Disponibilità del diritto, potere dispositivo ed autonomia privata. -3. La tesi secondo cui la facoltà di disposizione è un'entità giuridica esterna al diritto di cui si dispone. Critica. -4. Il concetto di indisponibilità si presta ad essere riferito all'area dei limiti posti all'esercizio dell'autonomia privata. -5. Analisi della dottrina in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità; le tesi che adottano un concetto ampio di indisponibilità. -6. Analisi della dottrina in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità; le tesi che adottano un concetto tecnico di indisponibilità. -7. L'analisi condotta induce a ricostruire su basi autonome il concetto di disponibilità del diritto. -8. I limiti oggettivi alla compromettibilità dipendono dal ruolo che assume l'autonomia privata nella risoluzione della controversia. -9. Principia l'indagine relativa alla natura dell'arbitrato. -10. I presupposti su cui si fonda la tesi negoziale. Critica. -11. Accertamento negoziale e giudizio. -12. Cenni all'elaborazione della dottrina in materia di negozio di accertamento; in particolare, le ricostruzioni di Rosario Nicolò e Michele Fornaciari. Critica. -13. Conclusioni e risultati relativamente all'accertamento negoziale. -14. La disciplina positiva non permette di ritenere che il lodo abbia natura ed effetti negoziali; principia l'analisi delle singole disposizioni che attestano detta incompatibilità. -14.1. Gli effetti che si ricollegano all'accoglimento della domanda arbitrale; in specie, l'effetto sospensivo della prescrizione. -14.2. L'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nel procedimento arbitrale. -14.3. Il rilievo incidentale della questione di legittimità costituzionale. -14.4. La sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità propria. -14.5. La disciplina delle impugnazioni. -14.5.1. (Segue): (A) il lodo non è soggetto alle impugnative contrattuali; in specie, non assume rilievo il vizio della volontà; -14.5.2. (Segue): (B) il lodo non è soggetto all'impugnazione per nullità *ex art.* 1418 c.c. per violazione di norme inderogabili; -14.5.3. (Segue): (C) il lodo è soggetto all'impugnazione per violazione di legge sostanziale; -14.5.4. (Segue): (D) il lodo è impugnabile per contrarietà ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato; -14.5.5. (Segue): (E) il lodo è impugnabile mediante opposizione di terzo. -15. Il lodo ha natura di atto giuridico in senso stretto; ad esso l'ordinamento ricollega la produzione di effetti equivalenti alla sentenza giurisdizionale. -16. Il concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità può essere parametrato sui limiti cui è soggetto l'esercizio del potere di autonomia privata riguardo al rapporto giuridico compromesso, soltanto se in arbitrato è riscontrabile un atto di autonomia privata diretto alla regolamentazione della situazione giuridica controversa; si esclude che la stipula del patto compromissorio produca effetti dispositivi sul rapporto giuridico cui si riferisce. -17. (Segue): si esclude che il lodo produca effetti dispositivi sul rapporto giuridico controverso. -18. La raggiunta dimostrazione che in nessun momento della vicenda arbitrale vi è esercizio del potere dispositivo relativamente alla situazione sostanziale che ne è oggetto non può abilitare l'interprete ad assumere che venga meno il requisito della disponibilità del diritto quale condizione di ammissibilità dell'arbitrato. Critica a due recenti tesi dottrinali. -19. Determinazione del concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità: hanno natura disponibile e, dunque, sono compromettibili, le situazioni sostanziali in ordine alle quali assume rilievo, quale fonte della loro regolamentazione, il potere di autonomia privata. -20. Profili applicativi. -21. I risultati raggiunti trovano conferma nell'elaborazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità compiuta nell'ordinamento tedesco.

1.

Esposti gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in punto di compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, ed evidenziate le ragioni per le quali essi

non meritano condivisione, è possibile passare allo sviluppo di un'autonoma prospettiva ricostruttiva del problema oggetto dell'indagine.

Il compito diviene, così, quello di identificare il concetto di "diritto disponibile"; più precisamente, il concetto di "diritto disponibile" rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, come previsto dall'art. 806 c.p.c. e dall'art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003. Solo nel capitolo successivo, i risultati che qui verranno raggiunti permetteranno di riferire il concetto di disponibilità del diritto nel contesto societario e, conseguentemente, di determinare la compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari.

2.

Il legislatore, all'art. 806 c.p.c. ed all'art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003, si riferisce alla disponibilità del diritto; non diversamente, all'art. 1966, comma 2, in materia di transazione, agli artt. 2731, 2733, comma 2, e 2739 c.c. in riferimento alla confessione ed al giuramento, all'art. 114 c.p.c. in relazione al giudizio di equità, all'art. 2934, comma 2, c.c. in tema di prescrizione, agli artt. 2966 e 2968 per la decadenza. Come fatto palese dall'art. 1966, comma 2, c.c., che parla di "diritti...sottratti alla disponibilità delle parti", il concetto di disponibilità del diritto implica quello di potere o facoltà di disposizione del diritto da parte del soggetto¹.

Questa semplice constatazione giustifica l'adozione della seguente premessa metodologica: trattare della disponibilità del diritto significa indagare il problema del potere di disposizione. Questa considerazione può apparire tautologica: e così andrebbe considerata, in effetti, se ci limitassimo a rilevare che è disponibile la situazione soggettiva su cui si esercita il potere di disposizione. Ma la premessa posta è, per l'appunto, una base di partenza e non vuole essere un prematuro risultato: essa ci consente semplicemente di muoverci, per la risoluzione del problema della disponibilità del diritto, all'interno della teorica del potere di disposizione e di avvalerci dei risultati cui è pervenuta la dottrina civilistica che si è cimentata nella sua elaborazione.

Ciò precisato, è possibile procedere oltre.

Dal punto di vista concettuale, è generalmente condivisa l'idea secondo cui il potere di disposizione rientra nell'ambito del potere di autonomia privata; in altri termini, ne rappresenta una particolare modalità di esercizio².

¹ Altrettanto chiaramente, nel senso indicato, l'art. 2739 c.c., in materia di giuramento, l'art. 2968 c.c., in tema di decadenza, nonché l'art. 50 c.p., nel disciplinare la scriminante del consenso dell'avente diritto.

² In questo senso, confronta: G. Chiovenda, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1926, I, 85 ss. (oggi anche in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano 1993, 459 ss.); E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 1994, rist. corretta della 2° ed. 1950, 51 ss., 101 ss., 214, 221 ss.; F. Messineo, *La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione*, in *Temi*, 1949, 607 ss.; Id., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9° ed., Milano 1957, 229 ss., specie 230; L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano 1959, specie 36-37, 223 ss.; A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960, 8 ss., specie 19-20, 44-45; F.

Minore concordia si registra, invece, in ordine all'inquadramento più generale dell'autonomia privata e, quindi, anche del potere di disposizione, come vero e proprio potere giuridico o come mero svolgimento della capacità di agire del soggetto. La questione, pur rilevante, non è dirimente ai fini del presente studio; conseguentemente, può essere lasciata impregiudicata, con l'avvertimento che nel prosieguo si utilizzerà indifferentemente l'espressione potere oppure facoltà di disposizione, senza che la scelta implichi, di volta in volta, una presa di posizione sul complesso tema cui si è accennato³.

Quel che, invece, rileva ai fini della presente indagine, poichè sembra chiarire alquanto il quadro del dibattito in ordine al concetto di disponibilità del diritto, è la seguente constatazione: l'espressione potere o facoltà di disposizione è utilizzata in una pluralità di significati, facenti riferimento a settori eterogenei della qualificazione giuridica dei fenomeni⁴.

Pur procedendo ad una necessaria semplificazione della speculazione teorica e pratica, è possibile infatti osservare che: a) di potere di disposizione si parla come sinonimo di autonomia privata, ossia quale possibilità per il soggetto di dettare precetti negoziali e, dunque, di produrre effetti giuridici rilevanti all'interno dell'ordinamento giuridico (potere di disposizione in senso ampio)⁵; b) in modo più specifico, il concetto designa quella particolare modalità di estrinsecazione

Santoro-Passarelli, *La transazione*, Napoli 1986, rist. 2° ed., 1975, 21 ss.; A. Di Majo, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974, 52 ss.; L. Cariota-Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, 14 ss.; L. Mengoni – F. Realmonte, *Atto di disposizione*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 189 ss., specie 191; A. Lener, *Potere, b) diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss., specie 619-620; G.B. Ferri, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in G.B. Ferri – C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 74 ss.; S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali dell'Università di Messina*, Messina 1927, 165 ss.; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto Civile. Saggi*, Milano 1951, 33 ss., specie 48 ss.; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, IV, 2° ed., Milano 1982, 89-90.

³ Se debba parlarsi propriamente di un potere di disposizione o di una mera facoltà di disposizione, e per ampi riferimenti al relativo dibattito, si rinvia agli studi di S. Pugliatti citati alla nota che precede, ai quali si aggiunga il contributo monografico *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, 87 ss., nonché a L. Cariota-Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., 14 ss., specie 37 ss.

⁴ In dottrina si è autorevolmente affermato che “la cosiddetta indisponibilità è un mero rilievo di fatto, una sintesi verbale operata dalla dottrina sull'effetto, dipendente da altri principi che possono limitare la disposizione dei beni” (così, S. Cassese, *I beni pubblici*, Milano 1969, 106, in nota). In tempi più recenti, analoga osservazione è svolta da A.M. Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000, 318 ss., il quale significativamente nota che “i tentativi di elevare l'indisponibilità a categoria concettuale generale si sono scontrati con le difficoltà opposte da un sistema normativo che di essa non offre una definizione positiva e nel quale non è dato di rinvenire utili indicazioni ricostruttive” (*op. cit.*, 320-321); e da A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, I, Torino 1999, 58 ss., il quale rileva che “la nozione di indisponibilità (...) non è connaturata ad alcuna situazione soggettiva specifica in guisa da poter configurare un diritto indisponibile in sé e per sé, né è giustificabile concettualmente in base a criteri dommatici ma assolve piuttosto a ragioni di opportunità e ad una funzione strumentale proiettata verso il presidio, in ogni ambito del diritto privato, dei limiti tradizionali all'autonomia negoziale, costituiti appunto dai principi di ordine pubblico, dai canoni del buon costume, dagli interessi protetti da norme imperative.” (*op. cit.*, 62; in modo analogo, in seguito, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, II, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, Torino 2005, 711 ss., specie 740).

⁵ E' la legge stessa a riferirsi, sovente, alla nozione di disposizione per indicare il contenuto dell'atto di autonomia privata, ossia i precetti posti in essere mediante negozio: così, ad esempio, l'abrogato art. 31 delle disposizioni della legge in generale faceva riferimento alle “private disposizioni”; l'art. 458 c.c. dichiara nulla la convenzione con cui “taluno dispone della propria successione”; in modo simile, anche numerose norme in materia di testamento, come, ad esempio, gli artt. 587, 588, 590 c.c. In dottrina, il concetto di potere di disposizione è utilizzato nel senso indicato, tra

dell'autonomia privata che determina una perdita di attivo nella sfera giuridica del soggetto, poiché con esso si produce immediatamente il trasferimento, l'estinzione o la modificazione di un diritto soggettivo; il potere di disposizione tende ad identificarsi, dunque, con l'area dei negozi ad effetti reali (potere di disposizione in senso stretto o tecnico)⁶; c) in un'accezione distinta, per facoltà di disposizione si intende la particolare posizione del soggetto in ordine ad un dato rapporto giuridico, che lo legittima all'esplicazione del potere di autonomia privata in ordine ad esso (e si parla anche, in questo senso, di capacità dispositiva o legittimazione)⁷.

Noi non opereremo una scelta tra le diverse concezioni, poiché non è nostro compito quello di definire il concetto di potere dispositivo. Ai fini della nostra indagine, è sufficiente individuare, tra le ricostruzioni proposte, quale o quali di esse rilevino per la definizione del concetto di "diritto disponibile".

A questo riguardo, dobbiamo senz'altro escludere l'accezione *sub c)*. Come dice Emilio Betti, infatti, "legittimazione è una posizione di competenza, caratterizzata o dal potere di porre in essere atti giuridici che abbiano un dato oggetto o dall'attitudine a risentirne gli effetti, in virtù di una relazione, in cui la parte si trova o si pone con l'oggetto dell'atto"⁸; tale posizione di competenza, osserva ancora Betti, "risulta da una specifica *posizione del soggetto rispetto agli interessi* che si tratta di regolare"⁹. In questa accezione, il riferimento operato al potere di disposizione non dice alcunché in ordine all'idoneità della relazione giuridica su cui si imprime l'atto di volontà ad esserne oggetto, ad essere, quindi, oggettivamente disponibile; utilizzare il concetto di potere di disposizione quale sinonimo di legittimazione significa semplicemente individuare quali siano i soggetti che possono concludere il negozio, ma nulla dice in ordine alla materia che da esso viene regolato. Si è significativamente detto che il potere di disposizione, in questo significato, "ha riferimento ad una disponibilità subiettiva o relativa", nonché,

gli altri, da: L. Cariota-Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., 14 ss., specie 33; E. Betti, *Teoria generale*, cit., 49 ss., 101 ss.; L. Ferri, *L'autonomia privata*, cit., 223 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 20-21, 26, 67-68, 136-137; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, II, Padova 1932, 176; F. Messineo, *Manuale*, cit., 230, 461; A. De Cupis, *I diritti della personalità*, cit., 89-90; G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano 1999, 263 ss.; Id., *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, I, cit., 146 ss.; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., 58.

⁶ La nozione tecnica di potere di disposizione è utilizzata, ad esempio, da: L. Mengoni – F. Realmonte, *Atto di disposizione*, cit., 189 ss.; S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., 165 ss.; Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 89; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, cit., 33 ss., specie 48 ss.; F. Messineo, *Manuale*, cit., 223-224, 471; A. Lener, *Potere*, cit., specie 619-620; A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 318 ss., specie 329-330.

⁷ A. Falzea, *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960, 8 ss., specie 17-18, 44-45; E. Betti, *Teoria generale*, cit., 214 e 221 ss.. A tale nozione è rapportabile il concetto di indisponibilità giuridica, contrapposto a quello di indisponibilità assoluta (facente riferimento alla nozione *sub b)*), delineato da F. Negro, *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale, I, l'indisponibilità giuridica*, Padova 1950, 153 ss., 173 ss.; Id., *Indisponibilità giuridica*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Torino 1957, 605 ss.

⁸ E. Betti, *Teoria generale*, cit., 211.

⁹ E. Betti, *Teoria generale*, cit., 221 (corsivo nell'originale).

condivisibilmente, che in tale accezione esso trascende i limiti dell'autonomia privata¹⁰. Conseguentemente, di nessun rilievo è questa nozione ai fini di un'indagine sulla obiettiva disponibilità, ossia a prescindere dal soggetto che pone in essere l'atto dispositivo, della materia oggetto del negozio: la nostra, se si vuole, è un'indagine sull'astratta disponibilità del diritto, che non si occupa della verifica in concreto del soggetto che è titolare del potere dispositivo.

La scelta compiuta non è una restrizione arbitraria del campo di indagine: non vi è dubbio, infatti, da un lato, che l'ordinamento conosce tale distinzione e, dall'altro lato, che nella definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità non rileva la nozione, per così dire, soggettiva del potere di disposizione.

Invero, come sottolinea autorevole dottrina civilistica, è in quest'ultima accezione che il legislatore impiega il concetto, ad esempio, all'art. 1192, comma 1, c.c. ed in ogni altro caso in cui l'atto di disposizione è compiuto da soggetto diverso dal titolare del diritto che ne forma oggetto. In tutte queste ipotesi, non è la materia oggetto del negozio ad essere indisponibile: il difetto di potere di disposizione attiene alla posizione del soggetto rispetto ad essa; si tratta, dunque, di un problema di legittimazione¹¹.

E' significativo notare come tale distinzione, tra potere dispositivo inteso come legittimazione al negozio e potere dispositivo come oggettiva idoneità del diritto ad essere oggetto di manifestazione di volontà, trovi positivo rilievo proprio in materia di transazione e di arbitrato.

E' comune, infatti, l'opinione secondo cui l'art. 1966, comma 1, nel prevedere che "per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite" designa un requisito di idoneità del soggetto al negozio; precisamente, si ritiene che la norma si riferisca alla capacità d'agire del soggetto, ed alla sua specificazione quale potere di agire in ordine al rapporto su cui incide la transazione e, dunque, al concetto di legittimazione al negozio della parte¹². Invece, riguardo al secondo comma della disposizione citata –ai sensi della quale "la transazione è nulla se tali diritti...sono sottratti alla disponibilità delle parti"– si ritiene, altrettanto comunemente, che esso non si occupi dei soggetti della transazione, bensì del suo oggetto. Come si

¹⁰ L. Ferri, *Autonomia*, cit., 227.

¹¹ In questo modo, E. Betti, *Teoria generale*, cit., 210-211, 221 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 96 ss., 105 ss., 124 ss.; in senso contrario, S. Pugliatti, *Considerazioni*, cit., 37 ss.

¹² M. Franzoni, *La transazione*, Padova 2001, 59-60, 86-87; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 96 ss.; P. D'Onofrio, *Transazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1959, 198; E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXVII, 2, 2° ed., Milano 1986, 287 ss.; L.V. Moscarini-N. Corbo, *Transazione, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma 1994, 6; E. Del Prato, *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano 1992, 813 ss., specie 837 ss.; al contrario, secondo S. Pugliatti, *Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, Libro delle Obbligazioni, Vol. 2°, parte II, Firenze 1949, 466-467, l'art. 1966, comma 1, deve essere riportato alla capacità di agire in senso tecnico, essendo la capacità dispositiva (o legittimazione ad agire) disciplinata dall'art. 1966, comma 2; per una critica a tale concezione, vedi F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 96-97, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

vede, all'interno del medesimo articolo, il concetto di potere di disposizione è utilizzato in due differenti significati; ma è certo che a noi interessa esclusivamente nella sua accezione oggettiva.

Non diversamente stanno le cose in materia di arbitrato: a fronte dell'art. 806, che si riferisce alla disponibilità del diritto oggetto della controversia, si pone l'art. 808, comma 3, il quale prevede che “il potere di stipulare il contratto comprende anche il potere di convenire la clausola compromissoria”¹³. Anche in tal caso, all'idoneità oggettiva dei diritti ad essere oggetto di potere di disposizione si affianca un principio di legittimazione al negozio compromissorio¹⁴.

Le considerazioni svolte crediamo giustifichino ampiamente la scelta di estromettere dal nostro campo di indagine la disamina del potere di disposizione inteso quale spettanza in concreto ad un determinato soggetto, in virtù della posizione qualificata da lui ricoperta rispetto al diritto, della titolarità del potere negoziale sul bene oggetto dell'atto.

Non è possibile, invece, almeno allo stato, operare alcuna scelta tra la concezione ampia (*sub a*) e la concezione stretta o tecnica (*sub b*) di potere di disposizione.

Ciascuna delle due definizioni, infatti, si riferisce al potere del soggetto di produrre effetti giuridici, in ordine ad una data situazione sostanziale, attraverso una propria manifestazione di volontà; la differenza intercorrente tra esse, come sta a dimostrare, peraltro, la promiscuità dell'uso che la dottrina ne compie, non è concettuale, ma riposa semplicemente sul diverso contenuto che il precetto di autonomia privata può assumere¹⁵.

¹³ Sul problema della capacità a compromettere in arbitri e, in specie, sul principio di legittimazione posto dalla norma citata, confronta: E. Redenti, *Compromesso (Diritto processuale civile)*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1957, 787 ss., specie 793 ss.; G. Mirabelli, *La capacità a compromettere in arbitri*, in *Riv. arb.*, 1994, 215 ss., specie 216-217, 236 ss.; G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, 3° ed., Torino 2005, 78 ss.; C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, 272 ss., 290 ss.; C. Cecchella, *Arbitrato*, Torino 2005, 47 ss.; F. Carpi-E. Zucconi Galli Fonseca, *art. 807*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001, 105 ss.. Significativa ai nostri fini è la disposizione contenuta nell'art. 1, comma 3, lett. *b*), della legge n. 80 del 2005, contenente la delega per la riforma del diritto dell'arbitrato (attuata con il d.lgs. 40/2006) che prescriveva al Governo di prevedere “che per la stipulazione di compromesso e di clausola compromissoria, vi sia un unico criterio di capacità, riferito al potere di disporre in relazione al rapporto controverso”; al riguardo, confronta: M. Bove, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 2, 57 ss., specie 67; E. Zucconi Galli Fonseca, *Art. 806*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1150 ss., specie 1168 ss.

¹⁴ Lo stesso avviene in materia di confessione e giuramento: l'art. 2731, infatti, rubricato “*Capacità richiesta per la confessione*”, condiziona l'efficacia della confessione alla sua provenienza da persona capace di disporre del diritto; che si tratti della disciplina della legittimazione a confessare risulta confermato dal secondo periodo della norma, ove è disciplinata l'efficacia della confessione resa dal rappresentante; l'art. 2733, comma 2, invece, nel dettare il valore probatorio della confessione, ne subordina l'efficacia alla condizione che essa verta su fatti relativi a diritti disponibili, ove il riferimento deve intendersi fatto a diritti oggettivamente disponibili. Il quadro tracciato riceve significativa conferma dalla disciplina del giuramento: l'art. 2737, rubricato “*Capacità delle parti*” rinvia all'art. 2731; l'art. 2739, che si occupa di disciplinare l'oggetto del giuramento (come chiaramente si evince dalla rubrica dell'articolo, “*Oggetto*”), prevede che esso non possa essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre.

¹⁵ In questo modo, esplicitamente: A. De Cupis, *I diritti della personalità*, cit., 89-90; E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 573 ss., specie 578-579, il quale, ponendosi dal punto di vista della qualificazione della norma –ma la qualificazione è fungibile e può essere riferita al rapporto disciplinato (*op. cit.*, 578)- osserva che “l'espressione norma inderogabile indica le condizioni dei poteri della autonomia privata rispetto ad un precetto legislativo che non può essere

Certo, non si esclude che possa da taluno reputarsi preferibile, sul piano dogmatico, far riferimento ad un potere dispositivo in senso stretto (o tecnico), riguardante la dismissione da parte del soggetto di una situazione attiva, e ad un potere dispositivo in senso lato, indicante, più in generale, il potere del soggetto di determinare i precetti negoziali e, dunque, secondo l'espressione romaniana, di darsi un ordinamento¹⁶; ma ciò non toglie, ai fini della presente ricerca, che il concetto di diritto disponibile non solo appare correttamente riferibile a ciascuno dei due ambiti, ma anche che esso è generalmente utilizzato in questo duplice significato.

Proprio quest'ultimo rilievo, peraltro, rende ragione della eterogeneità delle correnti opinioni dottrinali in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità, e spiega, in buona parte, le ragioni per le quali sull'argomento regna incertezza: essa è dovuta, infatti, all'estrema ampiezza ed all'assenza dei contorni precisi della nozione di disponibilità del diritto.

Prima di dar conto di ciò, occorre, tuttavia, sgombrare il campo da una possibile obiezione.

3.

Nel precedente paragrafo, è stata posta la seguente premessa generale: è disponibile quel diritto sul quale è ammesso l'esercizio dell'autonomia privata, ossia il potere del soggetto di produrre effetti giuridici mediante una propria manifestazione di volontà; questa affermazione, peraltro, è stata ulteriormente circostanziata, precisando che non rileva, ai nostri fini, se non la oggettiva possibilità del diritto ad essere oggetto di un atto di manifestazione di volontà negoziale.

La corrispondenza istituita, tra sussistenza del potere dispositivo e disponibilità del diritto che ne è oggetto, necessita, però, di un supplemento di giustificazione.

Essa, infatti, si rileverebbe priva di ogni fondamento, e, dunque, inutilizzabile ai fini della presente ricerca se, seguendo l'autorevole insegnamento di Giuseppe Chiovenda, si ritenesse che la facoltà di disposizione sia un'entità giuridica a sé stante, distinta dal singolo diritto di cui si dispone¹⁷. Secondo questa dottrina, "la facoltà di disporre di un diritto sta fuori del diritto che è oggetto della disposizione": contrariamente all'opinione prevalente, la facoltà di disposizione non è contenuto del diritto soggettivo, ma è emanazione della capacità d'agire, la quale si specifica in

violato....le nozioni di norma indisponibile e di norma inderogabile innegabilmente si sovrappongono. La nozione di norma inderogabile ha contenuto più ampio...in quanto indica la condizione di inviolabilità dell'interesse protetto. La nozione di norma *indisponibile* indica che l'interesse protetto non può essere oggetto di (atti) di disposizione." (*op. cit.*, 579, corsivo nel testo). E più oltre precisa: "Norma (situazione, rapporto) indisponibile è quella il cui precetto non può essere derogato da manifestazioni espresse di autonomia privata" e conclude rilevando che "la nozione di indisponibilità e il suo contenuto specifico sono tutt'altro che unitari: l'indisponibilità è graduabile ed ha una molteplicità di articolazioni" (*op. cit.*, 580; per le applicazioni del predetto carattere graduabile della indisponibilità del precetto e la conseguente sanzione, *op. cit.*, 589 ss.).

¹⁶ Santi Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 14 ss.; in modo analogo, in seguito, Salv. Romano, *Autonomia privata*, Milano 1957, 17 ss.

¹⁷ G. Chiovenda, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, cit. Chiovenda riprende la tesi di A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Aalen 1964, rist. dell'ed. Weimar 1878, 325-330.

relazione a ciascun diritto soggettivo dando luogo ad altrettante concrete facoltà di disposizione¹⁸. La scissione logico-concettuale tra diritto e facoltà di disposizione è resa con un efficace paragone: il potere di disposizione sta fuori del diritto oggetto dell'atto dispositivo esattamente come la forza di colui che lancia una pietra è espressione del suo potere fisico e non è attributo della pietra oggetto del lancio.

Se questa opinione fosse fondata, ne discenderebbe, in modo del tutto coerente, che non vi sono diritti disponibili o indisponibili, ma solo diritti in relazione ai quali il soggetto ha, o meno, capacità dispositiva; così operando, la distinzione tracciata nel precedente paragrafo perderebbe ogni valenza e con essa altresì la possibilità di intraprendere un discorso imperniato sul discernimento tra indisponibilità oggettiva e soggettiva, ovvero tra potere di disposizione e capacità dispositiva o legittimazione ad agire: l'indisponibilità del diritto di proprietà del minore non sarebbe concettualmente diversa, né praticamente differenziabile, dall'indisponibilità del diritto alla vita da parte del soggetto maggiorenne pienamente capace di agire.

E' evidente che la prospettiva di Chiovenda -seppur indubbiamente suggestiva e stimolante, soprattutto per fornire spiegazione ai fenomeni, in relazione ai quali è stata formulata, in cui la traslazione del diritto consegue ad un atto di disposizione compiuto da soggetto diverso dal titolare del diritto stesso-, da un punto di vista generale, non appare del tutto condivisibile.

Per la dimostrazione di questa affermazione ci serviremo delle critiche mosse da Salvatore Pugliatti, al quale si deve una compiuta teorizzazione dell'atto di disposizione del diritto¹⁹. Secondo questa dottrina, ogni atto di disposizione è strutturalmente scomponibile in due elementi: il primo, che si potrebbe definire statico, che è la facoltà o il potere di disposizione; il secondo, di carattere dinamico, che è la concreta manifestazione di volontà, la quale mette in moto l'energia potenziale racchiusa dal potere dispositivo. Noi non ci occuperemo del secondo elemento, ma solo del primo.²⁰

Secondo Pugliatti, la facoltà o potere di disposizione si compone a sua volta di due elementi eterogenei: l'uno, inerente al soggetto, altro non è che la capacità d'agire nella sua manifestazione concreta; l'altro, di carattere oggettivo, inerisce al diritto soggettivo, designandone l'attitudine ad essere oggetto di disposizione. Avverso la ricostruzione chiovendiana, questa dottrina rileva l'imprescindibile valore di quest'ultimo elemento: se è indubbio che è la manifestazione di volontà dispositiva a determinare l'effetto, non si può mancare di rilevare che è l'attitudine del diritto

¹⁸ La frase riportata è di G. Chiovenda, *Sulla natura*, cit., 85.

¹⁹ Sviluppata in diversi scritti: S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit.; Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 87 ss.; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, cit.

²⁰ Inoltre, come già avvertito nel paragrafo precedente, non prenderemo in considerazione neanche la problematica relativa alla configurazione del potere di disposizione come vero e proprio potere giuridico, cioè come entità sostanziale autonomamente considerabile, o come mera facoltà parte del contenuto del diritto soggettivo, priva di qualsiasi autonomia, che rimane assorbita al suo interno; si rileva, comunque, che Pugliatti è in questo secondo senso (*L'atto di disposizione*, cit. specie 167-168; Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 89 ss.; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, cit., 36, 57 ss., specie 60-61).

soggettivo a subire l'atto dispositivo a rendere possibili gli effetti dell'atto stesso.²¹ Tralasciare la considerazione di questo elemento, dice Pugliatti, significa non poter conferire un'adeguata sistemazione alla categoria dei diritti indisponibili, che sono tali "perché mancano dell'attitudine a subire atti dispositivi"²²: il potere di disposizione è escluso per cause inerenti all'oggetto dell'atto di disposizione e non al soggetto che, anche in ordine ad essi, mantiene la piena capacità di agire. Del resto, osserva questa dottrina, se è vero che è la forza fisica ad imprimere il movimento alla pietra, è altrettanto vero che è necessario che l'oggetto sia idoneo a subire il lancio: pur rimanendo costante la forza fisica, nessun movimento potrebbe essere impresso ad un corpo gassoso o liquido.

Questa ricostruzione crediamo offra conferma della correttezza dell'assunto che ci guiderà nel prosieguo dell'indagine: è indisponibile quel diritto che non è idoneo a subire gli effetti del potere di disposizione.

4.

Nei precedenti paragrafi crediamo di aver fornito sufficiente dimostrazione dell'assunto per il quale il concetto di disponibilità del diritto è intimamente correlato al potere di disposizione e, dunque, all'autonomia privata: la nozione di indisponibilità è concettualmente connessa con quella dei limiti all'esplicazione dell'autonomia negoziale.

Questa affermazione potrebbe sorprendere; si potrebbe obiettare, infatti, che la nozione di indisponibilità copre, in realtà, un'area più ristretta di quella dei limiti alla produzione di effetti giuridici da parte dell'autonomia privata; segnatamente, si potrebbe ritenere che essa coincida con la sottrazione al soggetto del potere di rinunciare o alienare una determinata situazione giuridica. Tale restrizione troverebbe, peraltro, sicuro sostegno in quelle ricostruzioni, di cui già si è detto, che adottano un concetto tecnico di potere di disposizione, quale facoltà del soggetto di dismissione dalla propria sfera giuridica di una situazione giuridica di vantaggio.

Una scelta in questo senso sarebbe, però, arbitraria. Già abbiamo avuto occasione di osservare, infatti, che in dottrina è invalso l'uso del concetto di potere di disposizione in un significato più ampio, tendenzialmente coincidente con l'intera area di estensione dell'autonomia privata: il potere di disposizione, non di rado, è indicato come la possibilità di produrre effetti giuridici e il prodotto del suo esercizio, ossia la disposizione, indica la regolamentazione degli interessi dettata dal negozio.

Questo rilievo ci sembra della massima importanza.

²¹ Così, quasi testualmente, S. Pugliatti, *L'atto*, cit., 173, 193-194; per analogo ordine di considerazioni, vedi anche Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 89 ss., specie 91 ss.

²² S. Pugliatti, *L'atto*, cit., 175; in modo analogo, Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 93-94.

Da un primo punto di vista, esso rivela che il potere di disposizione è il medesimo concetto di autonomia privata: il limite alla rinunciabilità o alla alienabilità del diritto ha contenuto diverso dal limite posto da una norma imperativa alla regolamentazione di un certo rapporto giuridico, perché diverso è l'effetto giuridico di cui è vietata la produzione. Ma ciò non toglie che l'uno e l'altro limite individuino in modo identico un'area sottratta alla disponibilità dell'autonomia privata: la differenza, se si vuole, è meramente quantitativa, ma non qualitativa²³.

Da un secondo punto di vista, esso offre un'eccellente chiave interpretativa del dibattito concernente la compromettibilità in arbitri; l'incertezza che regna in materia ci sembra possa essere spiegata abbastanza agevolmente, infatti, se si tiene in considerazione la differente ampiezza che il concetto di potere dispositivo assume nella speculazione giuridica: la variabile estensione di questo comporta in via di diretta conseguenza una delimitazione di volta in volta più o meno ampia dell'area delle materie non compromettibili.

Proprio a quest'ultimo riguardo, e come già preannunciato, ci sembra allora utile compiere una rapida rassegna delle opinioni formatesi riguardo ai limiti oggettivi di arbitrabilità; al termine di questa analisi, che confermerà la correttezza delle osservazioni sin qui svolte, sarà possibile affrontare direttamente il problema che ci occupa: la definizione del concetto di diritto disponibile e, ancor prima, dei criteri sulla cui base il concetto deve essere delineato.

5.

L'analisi si soffermerà ora su alcune delle più significative dottrine in materia di limiti oggettivi alla compromettibilità. Con buona approssimazione, ci sembra che esse possano essere divise in due gruppi, al loro interno tendenzialmente omogenei: da una parte, le tesi che adottano una nozione di indisponibilità in senso ampio, sicuramente maggioritarie nella dottrina più risalente; dall'altra, le tesi che utilizzano il concetto di indisponibilità in senso tecnico, adottate dalla più recente dottrina.

Iniziamo dalle prime.

Per la dottrina che adotta il concetto di disponibilità in senso ampio, il limite posto all'autonomia privata è il limite alla disponibilità del diritto.

Questa correlazione risulta particolarmente chiara nel pensiero di Virgilio Andrioli, per il quale l'effetto giuridico vietato dalla norma imperativa costituisce un limite alla regolamentazione autonoma degli interessi e, dunque, alla disponibilità del diritto²⁴: gli arbitri possono decidere in

²³ V., infatti, E. Russo, *Norma imperativa*, cit., 578-579.

²⁴ Il pensiero di Virgilio Andrioli sui limiti oggettivi alla compromettibilità si sviluppa in una serie di note a sentenza e viene poi compiutamente esposta nel *Commento al codice di procedura civile*: V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli 1964, 755 ss. (in precedenza, confronta: Id., *L'ultimo comma dell'art. 829 cod. proc.*

ordine ad effetti giuridici disciplinati da norme imperative, a condizione che essi abbiano un contenuto conforme alla norma imperativa; ove, invece, tali effetti siano stati posti in essere, o comunque conformati, in violazione delle norme inderogabili, ivi si è realizzato un eccesso dell'autonomia privata dai limiti che le sono propri e, conseguentemente, si ha indisponibilità²⁵. Proprio in materia di impugnazione delle delibere assembleari Andrioli trae conferma del suo assunto: come già si era rilevato nel corso del primo capitolo, per l'Autore la previsione della non convalidabilità delle delibere nulle per illiceità o impossibilità dell'oggetto rende testimonianza del fatto che l'effetto giuridico prodotto in violazione dei limiti fissati all'autonomia privata è indisponibile; pertanto, esso non è compromettibile²⁶.

Seppur all'interno di una personalissima ricostruzione dell'istituto arbitrale -le cui peculiarità ne rendono, invero, arduo l'inquadramento all'interno di schemi tradizionali²⁷- anche il pensiero di Salvatore Satta in materia di limiti oggettivi alla compromettibilità appare riconducibile tra le tesi che adottano un concetto ampio di disponibilità²⁸. Invero, quantunque manchi un'indicazione univoca in tal senso, costituiscono indici significativi l'affermazione secondo cui “il dominio della volontà, quale si concreta nell'arbitrato, incontra e può incontrare dei limiti, in funzione di interessi generali sottratti, come tali, alla disponibilità dei soggetti” e l'altra, per la quale “il ruolo della volontà non (può) svolgersi al di là dei limiti posti alla stessa volontà di ordinamento”²⁹. Ci sembra, infatti, che, in questo modo, venga istituita quella corrispondenza tra limiti posti all'esplicarsi dell'autonomia privata e indisponibilità del diritto, che si è detto tipica dell'indirizzo teorico in esame. Il che trova conferma in alcune applicazioni specifiche che l'A. compie dei principi generali esposti: così, in relazione alle conseguenze patrimoniali della separazione, è ritenuta arbitrabile solo la controversia sul *quantum* della prestazione e non anche quella sull'*an* del diritto³⁰; non diversamente, in materia di liti sulla nullità del titolo, ne è esclusa, ai sensi dell'art. 1972 c.c., la

civ. e una lacuna che non c'è, in *Foro It.*, 1943, I, 602 ss.; Id., *Arbitrato e ordine pubblico economico*, in *Dir. Fall.*, 1947, II, 37 ss.).

²⁵ *Commento*, cit., 756-757.

²⁶ *Commento*, cit., 763-764; sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si rinvia, *supra*, al capitolo I, par. 2, sub C).

²⁷ Si veda, infatti, l'elaborazione dell'istituto compiuta dall'autore dapprima nel *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931, fino a giungere alla più matura sistemazione della materia nel *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1966 (rist. ed. 1959), 37 ss.; Id., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, 162 ss.

Per quanto ai nostri fini interessa, è del massimo rilievo sottolineare che l'originalità del pensiero dell'A. si riflette anche nella elaborazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità. Ad esempio, è solo Satta, a quanto ci risulta, ad escludere la compromettibilità delle domande di mero accertamento e, in genere, di quelle aventi ad oggetto diritti assoluti: “indipendentemente dalla comune nozione di indisponibilità è sottratta agli arbitri ogni controversia che sia di mero accertamento (...): non si vede in realtà come gli arbitri possano essere investiti di un giudizio sulla titolarità di un bene in assoluto, e certo nella pratica non avviene mai” (così nel *Commentario*, IV, 2, cit., 201).

²⁸ La teoria dei limiti oggettivi alla compromettibilità è sviluppata da Satta nel *Commentario*, IV, 2, cit., 198 ss.

²⁹ *Commentario*, IV, 2, cit., 198, ove anche l'ulteriore affermazione che “l'indisponibilità del rapporto si riflette necessariamente sulla indisponibilità dell'ordinamento.”

³⁰ *Commentario*, IV, 2, cit., 204; la stessa regola vale in relazione alle controversie sul credito alimentare.

compromettibilità, vuoi perché la domanda è di mero accertamento, vuoi perché “con la nullità si toccano i limiti della autonomia negoziale”³¹.

Quantunque nella dottrina più moderna sia prevalente l'adozione di un concetto tecnico di disponibilità, anche in tempi recenti è data constatare l'emersione di tesi che, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento più risalente, istituiscono la prospettata correlazione tra limite all'autonomia privata e indisponibilità.

In questa direzione si orienta, in particolare, la riflessione di Carmine Punzi, al quale si deve il più recente tentativo di sistemazione organica dell'istituto arbitrale³². Per Punzi, infatti, è indisponibile l'effetto giuridico che l'autoregolamentazione privata non può produrre, perché vietato o incompatibile con una norma imperativa³³.

Il pensiero dell'Autore si distingue, però, dall'insegnamento tradizionale per l'attenuazione della regola enunciata. L'effetto giuridico illecitamente prodotto non è, infatti, compromettibile *a priori*. La non arbitrabilità si deve appuntare, piuttosto, sul risultato prodotto dal lodo che decide sull'effetto illecito: è indisponibile se determina quell'effetto che la norma imperativa non vuole che si produca; è disponibile, invece, nel caso opposto, ossia se non produce l'effetto illecito vietato, e, quindi, in sostanza, se fa corretta applicazione della norma inderogabile³⁴. Ad ogni modo, anche se questa tesi assume che l'indisponibilità deve essere valutata *ex post*, anziché *ex ante*, non è dubbio che, anche per essa, disponibilità del diritto e area di valido esercizio dell'autonomia privata coincidono: laddove è impedita la produzione di un dato effetto giuridico o la sua conformazione con un certo contenuto, si ha indisponibilità e, quindi, non arbitrabilità. È significativo, a questo riguardo, che Punzi affermi che si ha compromettibilità se a mezzo del *dictum* arbitrale si consegue quell'effetto *contra legem* che è interdetto alle parti di ottenere in via diretta in esercizio dell'autonomia privata, a mezzo di transazione o di altro negozio³⁵; detto che è disponibile ciò che si colloca all'interno dell'area di rilevanza dell'autonomia privata, ne consegue l'indisponibilità e, quindi, altresì la non compromettibilità, di ciò che ne fuoriesce. Da tanto discende che l'effetto giuridico vietato, non essendo producibile dall'autonomia privata -né in via diretta, né in via indiretta a mezzo del lodo- è indisponibile e, dunque, non arbitrabile.

Particolarmente significativa, ai nostri fini, è l'elaborazione compiuta da Fabrizio Criscuolo relativamente al problema della disponibilità delle situazioni soggettive protette dalla sanzione di

³¹ *Commentario*, IV, 2, cit., 206; inoltre, osserva ancora Satta, la illiceità del contratto si riflette sul lodo (*op. cit.*, 208).

³² C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, Padova 2000.

³³ *Disegno*, I, cit., 218 ss., specie 241 ss.

³⁴ *Disegno*, I, cit., 244.

³⁵ *Disegno*, I, cit., 244.

nullità degli atti che incidono invalidamente su di esse³⁶. L'indagine compiuta dall'Autore ci permette, infatti, di constatare come il concetto di indisponibilità sia suscettibile di ricomprendere una gamma estremamente ampia ed eterogenea di effetti giuridici, i quali, nondimeno, si prestano ad una comune qualificazione -in termini, per l'appunto, di indisponibilità-, in ragione dell'operare relativamente ad essi di un limite, variamente configurato, al valido esercizio del potere di autonomia privata.

Il ragionamento seguito da Criscuolo è il seguente: constatato che di disponibilità si hanno due diverse nozioni, di differente ampiezza, l'una ristretta alla possibilità di compiere atti di disposizione in senso tecnico del diritto, l'altra, più ampia, intesa come “facoltà di determinare il destino del diritto soggettivo o, meglio, come potere di incidere su di esso in qualsivoglia maniera”, egli assume che l'indisponibilità vada intesa quale nozione di volta in volta contrassegnante la intrasmissibilità ovvero la irrinunciabilità della situazione giuridica soggettiva, ulteriormente precisando che, in ordine alla compromettibilità in arbitri, di diritto indisponibile appare più appropriato parlare relativamente alla irrinunciabilità dello stesso da parte del soggetto che ne è titolare³⁷.

Nel passare a valutare se l'effetto giuridico sanzionato con la nullità del contratto che ne costituisce titolo sia o meno disponibile, Criscuolo sottolinea che non tutte le norme imperative hanno la medesima forza cogente: talune regolano situazioni soggettive che, una volta realizzatesi nella sfera del soggetto, sono validamente rinunciabili; altre, invece, e sono le norme di ordine pubblico, impediscono l'estinzione del diritto per atto abdicativo del titolare³⁸. Ciò consente all'Autore di porre un discrimine all'interno dei valori e degli interessi a presidio dei quali è posta la sanzione di nullità: è indisponibile la nullità del contratto illecito per contrarietà a norme di ordine pubblico; è disponibile, invece, la nullità del contratto meramente illegale, perché contrario a norme “semplicemente” imperative³⁹.

In questo modo, però, Criscuolo riespande il concetto di indisponibilità, contraddicendo, almeno parzialmente, le premesse da cui era partito. L'indisponibilità, infatti, viene sganciata dalla irrinunciabilità del diritto ed è fatta coincidere con la più ampia area dei limiti all'autonomia privata, il cui superamento è sanzionato con l'illiceità della pattuizione; appare evidente, invero, che la violazione di legge, da cui discende la nullità del negozio per illiceità, si verifica non solo in relazione agli effetti abdicativi di situazioni sostanziali presenti nel patrimonio del soggetto, ma in corrispondenza di ogni effetto, il cui contenuto, variamente conformato, sia contrastante con norme

³⁶ F. Criscuolo, *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, I, Milano 1993, 359 ss.

³⁷ *La nullità*, cit., 360-361; il passo riportato si trova a pag. 360.

³⁸ *La nullità*, cit., 363 ss., specie 366 ss.

³⁹ *La nullità*, cit., 368 ss., specie 370-371.

di ordine pubblico. Non è chi non veda, dunque, che il risultato cui perviene Criscuolo è, in modo sostanzialmente non dissimile dalle ricostruzioni precedentemente analizzate, quello di riferire il concetto di indisponibilità all'area degli interessi e dei valori sottratti, in certa misura, al potere di autoregolamentazione privata, senza che, in tale prospettiva, possa assumere un reale valore discrezionale la distinzione prospettata tra "semplici" norme imperative e norme -ugualmente imperative- qualificate come di ordine pubblico.

Pertanto, la ricostruzione in esame, nonostante le premesse da cui muove, finisce per adottare un concetto ampio di indisponibilità, il che offre una dimostrazione paradigmatica della correttezza dell'osservazione, più sopra compiuta, relativa all'ampiezza ed alla indeterminatezza del concetto di indisponibilità, nonché alla incertezza che da ciò consegue nella definizione delle materie compromettibili in arbitri.

6.

Come detto, il concetto tecnico di disponibilità del diritto viene utilizzato per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità soprattutto dalla dottrina più recente, preoccupata di garantire un più ampio spazio di operatività all'istituto, indubbiamente sacrificato dall'adozione di un concetto ampio di indisponibilità; l'area della indisponibilità, rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, ricomprende esclusivamente le fattispecie in cui il soggetto non può determinare, nell'esercizio del potere di autonomia privata, la fuoriuscita dalla propria sfera giuridica di una situazione di vantaggio di cui è titolare.

I limiti oggettivi alla compromettibilità sono delineati con particolare chiarezza e coerenza, sulla base della nozione tecnica di potere dispositivo, da Francesco Paolo Luiso⁴⁰. Luiso, infatti, riferisce il concetto di disponibilità ai soli diritti già sorti, e l'atto di disposizione alla fuoriuscita della situazione soggettiva dalla sfera patrimoniale del titolare⁴¹; per contro, esclude in modo netto che il limite all'autonomia privata, posto dalla norma inderogabile nella regolamentazione di un rapporto giuridico, possa essere correttamente riferito al concetto di disponibilità, poiché esso regola, in proiezione futura, gli effetti giuridici che sorgeranno, a favore delle parti, dalla relazione sostanziale cui sono astrette. Per Luiso, quindi, il vincolo imposto dalla norma imperativa all'autoregolamentazione privata non determina necessariamente l'indisponibilità delle situazioni sostanziali disciplinate, come dimostra il fatto che la norma inderogabile, se vieta o prescrive una

⁴⁰ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I Processi speciali*, 3° ed., Milano 2000, 305 ss. Occorre tuttavia sottolineare che l'A., nell'ultima edizione del manuale (4° ed., Milano 2007), ha spostato la propria riflessione più oltre, elaborando un concetto di disponibilità assai vicino a quello che, all'esito del presente capitolo, crederemo di poter delineare; sull'opinione di Luiso occorrerà, pertanto, ritornare (v., *infra*, par. 15 e ss.).

⁴¹ *Diritto processuale civile*, cit., 307-308.

certa regolamentazione del rapporto, non impedisce, di per sé, la possibilità per il soggetto di disporre degli effetti che dal rapporto sorgeranno a suo favore⁴².

L'adozione di un concetto tecnico di disponibilità consente di superare la correlazione, propria dell'orientamento più risalente, tra vincolo imposto dalla norma imperativa all'autoregolamentazione privata e indisponibilità delle situazioni sostanziali disciplinate: la norma imperativa pone all'autonomia privata un limite alla regolamentazione del rapporto e, come tale, attiene ad effetti giuridici non ancora perfezionati; il concetto di disponibilità, invece, deve essere riferito ad effetti giuridici già sorti e riguarda la possibilità per il soggetto di spogliarsi di una situazione sostanziale già realizzatasi nella sua sfera giuridica⁴³.

Questa concezione permette di superare molte delle difficoltà alle quali la dottrina fedele all'orientamento tradizionale non riesce a dare una risposta soddisfacente; così è, in particolare, per il problema della compromettibilità della controversia sulla nullità del contratto.

Di particolare interesse è la dimostrazione offerta a questo proposito da Giovanni Verde. Nella ricostruzione di Verde, è chiarissimo come il problema della compromettibilità della controversia sulla nullità del contratto si presti ad essere risolto positivamente sulla base del concetto tecnico di disponibilità; l'adozione di questo concetto consente di ritenere, da un lato, che non vi è necessaria coincidenza tra inderogabilità della norma e indisponibilità del diritto e, dall'altro lato, che l'indisponibilità si concretizza in un limite all'autonomia privata, ma non ogni limite a questa determina l'indisponibilità della situazione sostanziale⁴⁴. E' solo una siffatta impostazione, sceveratrice degli effetti di diritto sostanziale la cui preclusione al potere di autonomia privata determina l'indisponibilità, a permettere di distinguere tra il diritto, cui deve essere riportata la valutazione della disponibilità, ed il titolo che su di esso ha inciso, cui deve essere riferita la disciplina della sanzione di nullità; ed infatti, osserva Verde che: a) sebbene il contratto sia colpito da nullità, ciò non esclude che il diritto disciplinato sia pienamente disponibile; b) misurare l'arbitrabilità sulla disponibilità del regime dello strumento con cui se ne è disposto, significa riportare i limiti oggettivi alla compromettibilità, anziché all'oggetto della lite, alla *causa petendi*; c) l'art. 1972 c.c. non identifica una fattispecie di indisponibilità, ma di mera intransigibilità, derivante dalla struttura del negozio transattivo, come tale non riferibile all'istituto arbitrale⁴⁵.

Tuttavia, l'adozione della nozione tecnica disponibilità non consente di risolvere tutti i problemi che il concetto solleva; come lo stesso Verde non manca di notare, infatti, la nozione di

⁴² *Diritto processuale civile*, cit., 307-308.

⁴³ *Diritto processuale civile*, cit., 307-308.

⁴⁴ G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 93-94.

⁴⁵ *La convenzione*, cit., 95-96.

indisponibilità rimane, anche in questa prospettiva, nozione dai contorni incerti ed assai variabili⁴⁶. Al suo interno, convivono, infatti, due aspetti: i limiti legali alla trasferibilità del diritto e quelli relativi alla possibilità di rinuncia e dismissione⁴⁷. Secondo Verde, però, per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità rilevano soltanto i secondi; conseguentemente egli ritiene che è indisponibile “il diritto rispetto al quale esiste un divieto espresso o implicito (...) di rinuncia o dismissione (o di conformazione in maniera diversa da quella prevista per legge)”⁴⁸. Come si vede, anche l'adozione del concetto tecnico di indisponibilità pone il problema –sul quale occorrerà tornare più ampiamente nel paragrafo successivo- della individuazione degli effetti dispositivi la cui preclusione determina l'indisponibilità della situazione soggettiva.

Di ciò sembra essere pienamente consapevole anche Elena Zucconi Galli Fonseca, pur pervenendo a conclusioni parzialmente diverse da quelle di Verde. Posta la premessa che il concetto di indisponibilità, nella determinazione delle materie compromettibili, deve essere inteso in senso tecnico, quale preclusione del potere del soggetto di abdicare ad un diritto che gli appartiene, Zucconi precisa, infatti, che tale impedimento deve essere di carattere assoluto: per aversi indisponibilità, ogni esercizio del potere di disposizione deve essere escluso, mentre non è sufficiente che sia impedito soltanto un particolare atto dispositivo (ad esempio, l'alienazione della *res*, ma non la rinuncia ad essa per atto unilaterale)⁴⁹.

Occorre, peraltro, segnalare un ulteriore profilo di interesse della ricostruzione in esame. Ai nostri fini, assume particolare rilievo la constatazione, che l'Autrice compie, della indeterminatezza e relatività del concetto di indisponibilità; Zucconi, infatti, nonostante l'adozione, per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, del concetto tecnico di indisponibilità, ammette in modo esplicito che esso possa essere riferito, in senso più ampio, al contenuto possibile dell'atto di autonomia privata in ordine alla regolamentazione di una data situazione di interessi⁵⁰. La notazione viene sviluppata relativamente al problema della compromettibilità in arbitri delle controversie sulla

⁴⁶ Osserva infatti G. Verde che “la nozione di indisponibilità è dai contorni incerti ed è assai variabile” (*La convenzione*, cit., 93).

⁴⁷ *La convenzione*, cit., 93.

⁴⁸ *La convenzione*, cit., 93. Sebbene lo spunto non venga ulteriormente sviluppato, si deve rilevare come non sia del tutto coerente con la premessa accolta –che si riferisce indubbiamente ad un concetto tecnico di indisponibilità-, far rientrare, da parte di Verde, nel concetto di indisponibilità il divieto di conformazione del diritto in maniera diversa da quella prevista per legge. Tale divieto, infatti, sembra riferirsi ad un limite posto alla regolamentazione negoziale della situazione sostanziale e, quindi, ad un limite del potere dispositivo in senso ampio, che, alla stregua della ricostruzione proposta (e poi coerentemente sviluppata dall'Autore) non dovrebbe rilevare nella definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità.

⁴⁹ E. Zucconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 453 ss., specie 468-483; Ead., *Art. 806*, cit., 1153 ss.; come per le altre dottrine già analizzate nel presente paragrafo, anche per Zucconi, quindi, non ha alcun rilievo, ai fini della compromettibilità in arbitri, che il diritto sia disciplinato da norme inderogabili: qui, infatti, il limite all'autonomia privata è soltanto generico, mentre, per aversi indisponibilità, tale limite deve assumere il contenuto specifico di divieto al compimento di atti di disposizione.

⁵⁰ E. Zucconi Galli Fonseca, *Art. 806*, cit., 1155-1156.

nullità, per illiceità, del titolo⁵¹; l'ostacolo che la nozione ampia di indisponibilità frappone all'arbitrabilità di tale tipologia di liti viene superato assumendo che, ai fini dell'ammissibilità del giudizio privato, debba trovare applicazione un concetto relativo e speciale di indisponibilità, ristretto alla possibilità di compiere atti di disposizione del diritto⁵².

7.

L'analisi di alcune delle dottrine che hanno approfondito il problema della compromettibilità in arbitri conferma quanto avevamo osservato; precisamente, dimostra che: a) la nozione di disponibilità è strettamente correlata a quella di autonomia privata; b) il concetto di potere di disposizione è impiegato in due accezioni di diversa ampiezza: l'una, di maggiore latitudine, che lo estende all'area degli effetti giuridici producibili in via di autonomia privata⁵³; l'altra, più ristretta, che identifica la possibilità di compiere atti dispositivi, cioè abdicativo-derivativi di situazioni giuridiche soggettive di vantaggio appartenenti alla sfera giuridica del soggetto; c) la dottrina processualcivilistica impiega entrambi i concetti, non senza casi in cui si determina una sovrapposizione tra i due, specie da parte delle tesi che, in linea di principio, affermano di adottare il concetto tecnico di indisponibilità⁵⁴; d) le dottrine che adottano la nozione ristretta (o tecnica) di potere dispositivo non negano la legittimità della nozione più ampia: più semplicemente, ne affermano l'irrilevanza ai fini della determinazione delle materie compromettibili; e) il concetto di indisponibilità – e, conseguentemente, quello di compromettibilità – riceve contorni più precisi nella sua formulazione tecnica, perché viene riferito ad una determinata modalità di esercizio dell'autonomia privata; tuttavia, come segnalato, anche in questa accezione più ristretta il concetto non perde l'indeterminatezza che lo contrassegna: da un lato, parte della dottrina distingue tra i diversi atti dispositivi, assumendo che, ai fini della arbitrabilità, rileva, in senso impediente, solo il divieto al compimento di alcuni atti di disposizione (in specie, gli atti unilaterali di rinuncia), ma non di altri (in particolare, gli atti bilaterali di alienazione)⁵⁵; dall'altro lato, si pone una diversa dottrina che, di fronte a situazioni giuridiche soggettive in relazione alle quali sono consentiti solo

⁵¹ *La compromettibilità*, cit., 475 ss., 485-486; *Art. 806*, cit., 1155-1156.

⁵² *La compromettibilità*, cit., 485-486; *Art. 806*, cit., 1155-1156.

⁵³ Merita di essere qui riportata una pagina di E. Redenti, *Compromesso*, cit., 798 che ci sembra offrire un quadro sintetico ed efficace dell'orientamento più risalente: "limiti al potere-diritto di disporre liberamente si possono ravvisare in linea generale tutte le volte che la libertà di private negoziazioni (oppure di determinazione delle sanzioni applicabili) sia esclusa, compressa o condizionata da norme di diritto pubblico o di pubblico interesse o quanto meno di interesse dei terzi. In questi casi il rispetto di quelle norme o la protezione dei diritti altrui deve esser garantita dall'intervento indeclinabile della autorità giudiziaria."

⁵⁴ Ciò che si è constatato avvenire nella ricostruzione di F. Criscuolo (*retro*, par. 5) ed è dato rilevare, sebbene tale profilo non venga sviluppato, nell'opinione di G. Verde (*retro*, par. 6) laddove egli, definendo il concetto di indisponibilità rilevante per la compromettibilità in arbitri, si riferisce, oltre all'impedimento delle facoltà di rinuncia e di dismissione dello stesso, al divieto "di conformazione in maniera diversa da quella prevista per legge." (G. Verde, *La convenzione*, cit., 93, *supra*, alla nota 48).

⁵⁵ Si è visto essere questa l'opinione di F. Criscuolo (*retro*, par. 5) e G. Verde (*retro*, par. 6).

alcuni atti dispositivi, ritiene che, ai fini della determinazione delle materie compromettibili in arbitri, si tratti pur sempre di situazioni disponibili (anche se solo parzialmente).⁵⁶

L'analisi compiuta conferma che il concetto di disponibilità è una figura a "geometria variabile", i cui contorni sono necessariamente mobili, attesa la sua riconduzione al potere di autonomia privata⁵⁷. Talvolta, come si è visto, il concetto coincide con l'area degli effetti giuridici che il soggetto di diritto può lecitamente produrre nell'ordinamento, talaltra individua un'area di minor ampiezza, ristretta agli effetti a contenuto abdicativo di situazioni di vantaggio; secondo alcuni, poi, in tale ambito, deve essere operata un'ulteriore specificazione, tesa a limitare il concetto di indisponibilità agli effetti abdicativi che il soggetto può porre in essere in via unilaterale, mediante rinuncia.

Ciò chiarito, non è chi non veda il problema fondamentale che ora si presenta: quale nozione di disponibilità scegliere, tra quelle enucleate, ai fini della determinazione delle materie compromettibili in arbitri? E ancora: su quali basi e in adozione di quali criteri, la scelta deve essere operata?

Riteniamo che, allo stato, non possa essere operata alcuna scelta.

Poniamo, ad esempio, di adottare il concetto ampio di indisponibilità, alla stregua del quale, se coerentemente applicato, devono ritenersi non compromettibili gli effetti giuridici disciplinati da norme imperative. Ebbene, non è chi non veda come tale criterio sia inaccettabile tanto da un punto di vista pratico quanto alla luce del diritto vigente. Sotto il primo profilo, infatti, esso conduce ad un significativo restringimento dell'area della compromettibilità, in contrasto con le istanze del mondo della prassi, nonché con le più recenti elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, orientate nell'opposta direzione. Sotto il secondo profilo, ed a tacer di ogni altro aspetto, la sicura compromettibilità di controversie relative a situazioni soggettive disciplinate da norme inderogabili, a prescindere dal contenuto in concreto assunto dal lodo che le definisce, riceve esplicita conferma all'art. 829, commi 3 e 4: la norma, consentendo l'impugnazione del lodo per violazione delle norme sostanziali di ordine pubblico, ammette, senza alcun dubbio, la deferibilità in arbitrato di effetti giuridici disciplinati da un apparato di norme inderogabili.

Se, quindi, andrebbe con ogni probabilità esclusa la praticabilità della prima alternativa, ciò non sarebbe ancora sufficiente per dimostrare la correttezza dell'adozione della seconda ricostruzione.

⁵⁶ Secondo la prospettazione di E. Zucconi Galli Fonseca (*retro*, par. 6).

⁵⁷ Per analogo rilievo, confronta: A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 319 A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., 58, il quale osserva che "la nozione di indisponibilità, nel nostro ordinamento, abbraccia (...) una varietà di situazioni giuridiche differenti (...) predisposte a soddisfare interessi diversi e tutelate con diverso grado di intensità, cui non appartiene alcun carattere comune se non quello dell'impossibilità, per il soggetto titolare, di determinare in certa misura il destino del diritto e poter incidere più o meno ampiamente su di esso."

Infatti, posto che il concetto di potere dispositivo si inquadra all'interno dell'autonomia privata, di guisa che esso è correttamente riferibile all'intera area coperta da questa, occorrerebbe giustificare la validità del suo impiego in una nozione più ristretta, limitata al potere di produrre in via di autonomia privata effetti giuridici contrassegnati da un dato contenuto. Tale operazione sarebbe, peraltro, tutt'altro che agevole e non priva di contraddizioni.

Ad esempio, adottata la concezione tecnica, occorrerebbe spiegare, nell'ambito di situazioni di diritto della famiglia, quali il credito alimentare o quello al mantenimento, come possa ritenersi rilevante, in ordine alla compromettibilità del diritto, la distinzione, sovente tracciata, tra il *quantum* del diritto o le modalità della prestazione -di cui si afferma la disponibilità e, dunque, la compromettibilità- e l'*an* del diritto stesso, di cui si afferma -ma solo con riferimento alle prestazioni future e non a quelle già maturate- la indisponibilità e, conseguentemente, la non compromettibilità⁵⁸. In tale fattispecie, ci sembra particolarmente evidente la difficoltà a tracciare una linea netta tra potere dispositivo in senso tecnico e limiti all'autonomia privata e, ancor di più, a fornire una valida giustificazione alla distinzione operata tra i diversi effetti giuridici che l'autonomia privata può determinare in ordine alla medesima situazione sostanziale, e sulla base della quale si ritiene di poter discernere tra effetti compromettibili ed effetti non compromettibili.

Inoltre, anche ammettendo che sia stata sufficientemente giustificata la scelta di conferire rilievo solo ad alcuni degli effetti producibili dall'autonomia privata, occorre notare che l'adozione del concetto tecnico di potere dispositivo non conduce, comunque, a risultati del tutto soddisfacenti, stabili e verificabili.

In primo luogo, come in parte anticipato nel precedente capitolo, e come si vedrà più ampiamente nel corso del terzo capitolo dell'indagine, vi sono settori, come quello delle controversie societarie e, in specie, delle impugnative assembleari, in cui vengono in rilievo situazioni giuridiche soggettive non riconducibili al paradigma del diritto soggettivo, ed in relazione alle quali, dunque, deve ritenersi preclusa la possibilità di compiere una valutazione in termini di rinunciabilità-alienabilità ad opera del titolare.

In secondo luogo, come si è già avuto occasione di notare, una volta operata la scelta di adottare un concetto tecnico di indisponibilità, alcuni autori ne restringono ulteriormente la nozione. Taluni ritengono che in arbitrato rilevi solo la possibilità di rinunciare al diritto, così riservando l'attributo di indisponibilità ai soli diritti privi di tale attitudine, senza tuttavia spiegare perché, nella

⁵⁸ Sul punto, con riferimento alla compromettibilità di tali controversie, si rinvia, per tutti, a C. Punzi, *Disegno sistematico*, cit., 241, 246 ss.; per ulteriori riferimenti, sviluppati in relazione alla possibilità di concludere, nei limiti indicati, una transazione, confronta: M. Franzoni, *La transazione*, cit., 90; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 122-123; M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro It.*, 1995, V, 105 ss., specie 115; L. V. Moscarini-N. Corbo, *Transazione*, cit., 10-11; A. Palazzo, *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XIX, Torino 1999, 386 ss., specie 391-392; E. Del Prato, *Transazione*, 841-842.

definizione del concetto, non debbano concorrere divieti al compimento di atti dispositivi che, pur avendo differente struttura (perché bilaterali, anziché unilaterali), nondimeno producono invariabilmente lo stesso effetto (la fuoriuscita di una situazione soggettiva di vantaggio dalla sfera del soggetto)⁵⁹. Altri, invece, con operazione non dissimile, in riferimento a diritti in ordine ai quali sono ammessi alcuni atti dispositivi ma non altri, ritengono di poter parlare di relativa disponibilità, anziché di relativa indisponibilità, senza tuttavia offrire alcuna reale giustificazione di tale scelta⁶⁰.

Un esempio chiarirà il discorso: a quale categoria ascrivere i diritti di uso ed abitazione? Tali diritti non sono, infatti, trasferibili (art. 1024 c.c.), ma non è dubbia la rinunciabilità ad opera del titolare⁶¹. Ed ancora: il credito alimentare non può essere ceduto (art. 447, comma 1, c.c.), però si ritiene che possa essere oggetto di rinuncia limitatamente alle prestazioni già sorte (ma non a quelle future): esso è dunque disponibile o indisponibile e, conseguentemente, compromettibile o non compromettibile?

Queste osservazioni dimostrano come sia l'una che l'altra delle ricostruzioni offerte dalla dottrina non sono del tutto soddisfacenti; si apre quindi la necessità di ricostruire su basi autonome il concetto di disponibilità del diritto. Tale indagine, tuttavia, non può essere svolta senza un preliminare chiarimento in ordine al metodo ed ai criteri che la devono guidare.

8.

Riteniamo che la chiave di volta per la soluzione del problema dei limiti oggettivi della compromettibilità in arbitri sia la seguente: se nel fenomeno arbitrale è riscontrabile un atto di autonomia privata diretto alla regolamentazione della situazione giuridica controversa, allora è corretta l'utilizzazione del concetto di indisponibilità quale limite, variamente configurabile, all'autonomia negoziale; se, al contrario, nell'arbitrato rituale il momento volontaristico-negoziale -indubbiamente presente nella vicenda- non riguarda la situazione sostanziale, che la legge vuole disponibile ai fini della compromettibilità, allora la nozione di indisponibilità può, anzi deve, trovare contorni nuovi.

La correttezza di questa premessa ci sembra discendere dall'analisi della dottrina civilistica formatasi in relazione al contratto di transazione.

⁵⁹ Questa, come si è detto, è la ricostruzione di G. Verde (per la quale si rimanda, *supra*, al par. 6). Rileva come nel concetto di indisponibilità rientrino tanto la intrasmissibilità quanto la irrinunciabilità del diritto, A. De Cupis, *I diritti della personalità*, cit., 85 ss., specie 89-90, 92.

⁶⁰ Secondo la prospettazione di E. Zucconi Galli Fonseca (di cui si è detto, *supra*, al par. 6). Riguardo alla nozione di relativa indisponibilità, si è osservato, da parte di alcuni, che "sul piano logico (...) non sembra consentito qualificare come indisponibile ciò di cui, sia pure parzialmente o relativamente, è comunque possibile disporre" (così, A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 323, e, in modo analogo, 347-348).

⁶¹ Per la qualifica in termini di indisponibilità dei diritti di uso ed abitazione, confronta: M. Franzoni, *La transazione*, cit., 91-92; G. Gitti, *L'oggetto*, cit., 256-257, 263-264; in modo analogo, già in precedenza: G. Chiovenda, *Sulla natura dell'espropriazione*, cit., 85; S. Pugliatti, *L'atto di disposizione*, cit., 173-174.

La transazione condivide con l'arbitrato e la funzione giurisdizionale lo scopo: quello di risolvere una controversia; con l'arbitrato condivide anche il limite fondamentale al suo operare: la disponibilità del rapporto litigioso. Si distingue dalla giurisdizione (e, per noi, ma ciò è quanto si dovrà dimostrare, anche dall'arbitrato rituale) per lo strumento, ossia per la tecnica con cui l'identico scopo è raggiunto. La transazione risolve la controversia mercè l'esercizio dell'autonomia negoziale, che innova la regolamentazione giuridica dei rapporti tra le parti disponendo un nuovo assetto di interessi⁶²; il comando è, dunque, un comando autonomo, vincolante in quanto prodotto dell'autonomia negoziale. La giurisdizione si attua, al contrario, mediante l'accertamento della

⁶² La tesi dell'efficacia dichiarativa della transazione –ove alla funzione assolta dal contratto voleva farsi corrispondere un'efficacia congruente, senza avvedersi che la funzione dichiarativa (con ciò intendendosi la composizione della lite) è realizzata mediante uno strumento prettamente costitutivo, da cui non può che derivare un effetto dispositivo- era sostenuta dalla dottrina maggioritaria nel vigore del codice civile del 1865; per tutti, confronta: T. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. Proc. Civ.*, 1929, I, 308 ss., specie 331-332; G. Stolfi, *La transazione*, specie 60; Id., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, 132 ss., specie 140 ss.; S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 157 ss., specie 158-160; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova 1933 (rist.), 130 ss., specie 132; Id., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1940, I, 3 ss., specie 6 ss. (che, sulla base della pretesa dichiaratività degli effetti, costruisce la categoria degli equivalenti giurisdizionali, teorizzata nel *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, 154 ss., specie 168 ss.). Questo orientamento, seppur prevalente, non era però unanime; in senso parzialmente diverso, R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, Messina 1932, 375 ss., specie 378-379, 430 ss., rilevando il fattore di criticità presente nella tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria, osservava che la transazione ha efficacia propriamente costitutiva, e riservava l'attributo della dichiaratività alla retroattività degli effetti (in modo non dissimile, anche E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. Proc. Civ.*, 1932, I, 260 ss., specie 270 ss.); per una critica radicale all'orientamento prevalente, in specie per la non decisività, nel senso della dichiaratività, dell'art. 1772, c.c. 1865, a norma del quale le "le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile", vedi S. Pugliatti, *Della transazione*, cit., 452 (sul punto, più recentemente, confronta: G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 1 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti).

Quantunque con diversità di accenti e differenti modulazioni dell'effetto in concreto determinato, nella dottrina civilistica successiva al codice del 1942, vi è accordo nel riconoscere alla transazione efficacia dispositiva: C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze 1948, Milano (rist.) 1993, 53 ss., 183-184; S. Pugliatti, *Della transazione*, cit., 453 ss.; P. d'Onofrio, *Transazione*, cit., 188-189; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 67 ss.; A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss., specie 508 ss.; Id., *Accertamento*, in *Enc. Diritto*, I, Milano, 1958, 205 ss., specie 216 ss. (il quale, nel quadro di una particolare ricostruzione della teoria dell'effetto giuridico, parla di efficacia preclusiva della transazione; per una critica, atteso il carattere meramente descrittivo della categorizzazione operata, F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 215); M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, *ivi*, 227 ss., specie 230-231; E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, cit., 232 ss., specie 246 ss. (il quale ha così mutato opinione rispetto alla prima edizione dell'opera, Milano 1954, ove era sostenuta l'opposta tesi della natura dichiarativa della transazione); E. Del Prato, *Transazione*, cit., 828 ss.; L.V. Moscarini- N. Corbo, *Transazione*, cit., 2 ss.; A. Palazzo, *Transazione*, cit., 387-388; G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 140 ss. (che, nell'ottica di una personale ricostruzione, tesa a restituire sul piano dogmatico la reale complessità sociale ed economica del contratto di transazione, parla di contratto avente causa normativa, di volta in volta specificantesi a seconda del contenuto del regolamento contrattuale, che, sostiene l'A., è di regola modificativo, occasionalmente innovativo, eccezionalmente novativo; l'efficacia normativa-regolamentare della transazione, peraltro, era già stata posta in luce da E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale*, cit., 281-282); L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Milano 1996, 29 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova 2000, 83 ss.; A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 65 ss., il quale ricostruisce la transazione come contratto ad effetti dispositivi (quanto al potere di azione giudiziale) e ad efficacia innovativa (sul rapporto giuridico su cui incide, conferendovi una nuova regolamentazione).

Nella manualistica, in modo conforme all'orientamento prevalente, confronta: L. Bigliuzzi Geri- U. Breccia- F.D. Busnelli, *Diritto Civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino 2001 (rist.), 507; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 12° ed., Napoli 2006, 1267.

Opinano, pur sotto il vigore del nuovo codice, per l'efficacia dichiarativa della transazione: F. Carresi, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Fil. Vassalli, IX, 3, 2° ed., Torino 1956, 98 ss.; S. Satta, *Commentario*, I, cit., 36-37; Id., *Commentario*, IV, 2, cit., 170 ss.

situazione controversa, attraverso la dichiarazione della regola concreta di condotta delle parti intorno al bene contestato; il comando vincola le parti non in quanto atto di volontà negoziale, ma in quanto atto di accertamento, il cui contenuto corrisponde istituzionalmente all'obiettivo applicazione della volontà di legge alla fattispecie concreta: esso, in altri termini, non è il prodotto della volontà dispositiva del soggetto, ma è frutto di giudizio.

Abbiamo detto che identico è lo scopo perseguito; secondo alcuni, sono addirittura identici gli effetti della risoluzione delle controversie in via negoziale rispetto a quella attuata in via giurisdizionale⁶³. Ciò, tuttavia, non può far velo alla radicale alterità delle tecniche utilizzate all'identico fine: nell'un caso, la volontà negoziale, che dispone del diritto litigioso e supera lo stato di contestazione mediante un nuovo assetto di interessi; nell'altro caso, il giudizio, mediante il quale la situazione sostanziale controversa è accertata, dichiarata per la sua obiettiva consistenza, senza essere innovata⁶⁴.

Equivalenza effettuale, dunque, ma radicale alterità degli strumenti impiegati allo scopo⁶⁵.

Ed è proprio sul ruolo dell'autonomia negoziale quale causa efficiente del regolamento transattivo che si giustifica e si comprende la limitazione delle materie transigibili rispetto a quelle devolvibili al giudice dello Stato: la transazione, in quanto negozio, e nonostante la peculiare causa che la connota, non può essere conclusa rispetto ad un sfera di interessi e di rapporti giuridici sottratti, in varia misura, al potere di autonomia privata. A questo riguardo, è assai agevole notare, nelle trattazioni dedicate all'argomento dalla dottrina civilistica, come i confini delle materie transigibili siano i medesimi fissati all'autonomia negoziale: per la transazione non è posto, né effettivamente potrebbe esserlo, un limite speciale. Il limite della disponibilità del diritto si sovrappone e coincide con il limite ordinario posto all'atto di autonomia privata: se –si osserva-

⁶³ In questo modo, in particolare: F. Carnelutti, *Lezioni*, cit., 130 ss.; Id., *Sistema*, cit., 170 ss., specie 172; Id., *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 6 ss.; S. Satta, *Commentario*, I, cit., 36-37; Id., *Commentario*, IV, 2, cit., 170 ss.; più recentemente, in questo senso, anche M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. Proc.*, 1999, 688 ss. specie 707. Tale prospettiva non appare, tuttavia, condivisibile, in quanto essa si fonda sul presupposto fallace per il quale all'identica funzione esplicata dai due strumenti si accompagni l'identità degli effetti prodotti; in realtà, posto che transazione e accertamento giurisdizionale perseguono il medesimo scopo, che è quello di comporre la lite, da ciò non segue che gli effetti della pattuizione negoziale siano i medesimi della sentenza; in realtà, appare corretto parlare della transazione come di "equivalente giurisdizionale" nella misura in cui con ciò si intenda designare la funzione assolta da tale contratto nell'ordinamento, e non anche ove con ciò si intenda un'equivalenza tra gli effetti della composizione negoziale della lite e la sentenza del giudice.

⁶⁴ L'analogia funzionale tra sentenza e transazione, consistente nel comune scopo di superamento della lite, e la radicale alterità degli strumenti all'uso utilizzati (nel primo caso mediante una decisione, nel secondo per mezzo di un nuovo rapporto giuridico a sostituire quello preesistente e controverso) era già lucidamente colta da F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di V. Scialoja, VII, Torino 1896, § 302, specie 7-8. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti circa il dibattito sviluppatosi in Germania relativamente ai cd. "surrogati di sentenza", confronta: E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale*, cit., 278 ss.; G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 13 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 24 ss.

⁶⁵ Il dato è pacifico; per molti, confronta: R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., 421 ss.; E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale*, cit., 274 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 16 ss., 214-215; E. Del Prato, *Transazione*, cit., 816; M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit. 706 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 86.

dettare una certa regolamentazione di un rapporto giuridico significa disporne, allora è indisponibile la regolamentazione vietata o comunque non consentita dalla legge⁶⁶. In materia di transazione il limite della disponibilità altro non è che il limite dell'effetto giuridico producibile e, dunque, della liceità dell'esercizio della volontà privata; in questo senso, seppur in diversa misura e con differente contenuto, è indisponibile tanto il diritto in ordine al quale è precluso l'effetto dispositivo in senso tecnico, quanto il diritto o, più latamente, il rapporto giuridico protetto da norme di carattere inderogabile, che, di volta in volta, vietano la produzione di un determinato effetto, o ne impongono un altro come di necessaria realizzazione⁶⁷.

La consumazione del problema della indisponibilità in quello della illiceità dell'effetto risulta confermata dall'inquadramento operato, nella dottrina civilistica, della transazione su titolo illecito (art. 1972, comma 1, c.c.). Coerentemente alle premesse da cui si muove, questa ipotesi viene ricondotta, infatti, esplicitamente o implicitamente, tra i casi di transazione su materia indisponibile. Se il titolo è illecito, produce effetti giuridici che, in quanto vietati all'autonomia privata, sono indisponibili; da tanto consegue che una transazione, in ordine ad essi, non può in alcun caso essere conclusa. La transazione che ha ad oggetto un rapporto illecito ne perpetua necessariamente, infatti, l'illiceità: ciò sia nel caso in cui per mezzo del regolamento transattivo sia data esecuzione al titolo illecito, quanto in quello in cui, invece, vengano governati gli effetti patrimoniali della illiceità, poiché il contenuto vietato del contratto originario sarebbe comunque perpetuato: la norma imperativa violata deve, infatti, trovare necessaria applicazione, e non può, nella sua attuazione, risultare condizionata alle reciproche concessioni che contraddistinguono il negozio transattivo⁶⁸.

⁶⁶ Chiara è la corrispondenza tra indisponibilità del diritto e inderogabilità della sua regolamentazione, che ne è effetto, in G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit. 263 ss., ove si legge che "inderogabilità (...) sta per immodificabilità del contenuto di un diritto che, anche perciò, si può dire indisponibile se è vero che regolare il suo contenuto nell'ambito di un rapporto patrimoniale, anche pregresso, costituisce, in linea di principio, uno dei possibili effetti della disposizione per contratto (art. 1321 c.c.)" (*op. cit.*, 264); l'opinione è ribadita in *La transazione*, cit., 146-147; non diversamente, E. Del Prato, *Transazione*, cit., specie 841 ss., per il quale "una volta posto in essere un rapporto regolato dalla legge con norme imperative, devono ritenersi acquisite alle parti tutte le prerogative che la legge ricollega a quel rapporto. Pertanto realizza un atto di disposizione di diritti la transazione che non investa situazioni soggettive già maturate (ad esempio, il diritto alla retribuzione del lavoratore a fronte delle prestazioni già eseguite), ma tocchi la conformazione del rapporto, ponendo per il futuro suo svolgimento una regola eliminativa di quelle prerogative che la legge vi ricollega in modo inderogabile" (*op. cit.*, 846); in modo non dissimile, anche A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., 58. Per una diversa concezione, che distingue la indisponibilità del diritto dalla imperatività della norma che disciplina la fonte da cui il diritto sorge, confronta, nella dottrina civilistica: A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 145 ss.

⁶⁷ Così, ad esempio, G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., sottolinea il differente regime cui soggiace l'atto negoziale dispositivo di un diritto assolutamente incedibile, intrasmissibile ed irrinunciabile (*op. cit.*, 261), rispetto a quello cui soggiace l'atto negoziale che dispone di un diritto protetto da norme inderogabili che precludono al sua conformazione in modo differente da quello prescritto (*op. cit.*, 262 ss.), ma nondimeno parla, in entrambi i casi, di indisponibilità e di nullità, ex art. 1966, comma 2, della transazione che incida su di essi in maniera contraria alla prescrizione di legge per essi rispettivamente dettata (*op. cit.*, 268); in modo analogo, E. Del Prato, *Transazione*, cit., 846 ss.

⁶⁸ F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 121 ss., risolve il concetto di indisponibilità in quello di illiceità: la transazione ha oggetto illecito tanto nel caso di transazione su diritti sottratti per loro natura o per espressa disposizione di legge alla disponibilità delle parti (in tal caso l'illiceità è diretta), quanto nel caso in cui essa sia relativa a titolo nullo,

Non sono mancate le critiche a tale concezione, in specie da parte della dottrina processualciviltistica, che ha inteso porre in evidenza la non correttezza del riferimento all'indisponibilità dell'oggetto della transazione nel caso in esame⁶⁹. In realtà, tali critiche non appaiono giustificate all'indirizzo di una tesi che, al suo interno, è di indubbia coerenza: se la transazione è atto dispositivo –in quanto detta una nuova regolamentazione di interessi delle parti-, è corretto riferire all'area della indisponibilità tanto il caso in cui la situazione controversa non può essere alienata, rinunciata o dismessa, quanto il caso in cui norme imperative, vietando o imponendo la realizzazione di determinati effetti giuridici, identificano direttamente o indirettamente un insieme di effetti giuridici non voluti, come tali vietati all'autonomia privata e, conseguentemente, ascrivibili all'area dell'indisponibilità. Come già si è avuto occasione di notare, infatti, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, alla base del fenomeno vi è sempre una norma inderogabile che vieta la produzione di un determinato effetto giuridico; la distinzione tra le due ipotesi non poggia sulla natura del limite, che è, in modo identico nei due casi, limite all'autonomia negoziale, ma sul contenuto (ovvero sulla tipologia) dell'effetto vietato.⁷⁰

perché l'illiceità del negozio originario si riflette sull'oggetto della transazione (in questo caso l'illiceità è derivata); significativamente, l'A. osserva che l'art. 1972, comma 1, c.c. "contiene una riserva a favore della giurisdizione in materia di negozio illecito. La ragione della norma impedisce la validità della transazione con la quale le parti compungano una controversia sulla sussistenza degli estremi dell'illiceità nel precedente negozio" (*op. cit.*, 127); in modo analogo, anche V. Andrioli, *Commento*, cit., 756. Con ancora maggior nettezza, l'ipotesi dell'art. 1972, comma 1, è riportata alla indisponibilità dell'oggetto da: L.V. Moscarini-N. Corbo, *Transazione*, cit., 10-11; L. Bigliuzzi Geri- U. Breccia- F.D. Busnelli- U. Natoli, *Diritto civile*, cit., 509 (secondo cui il divieto posto dall'art. 1972, comma 1, è strettamente connesso al divieto di transazione su diritti indisponibili dettato dall'art. 1966, comma 2); E. Del Prato, *Transazione*, cit., 845 (che parla della illiceità del contratto, impeditiva della transazione ex art. 1972, comma 1, come di materia sottratta alla disponibilità delle parti); F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milano 2001, 136 (il quale afferma che "consentire di transigere relativamente a un titolo nullo equivale a permettere la dismissione di un diritto indisponibile"; opinione successivamente ribadita dall'A. in *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, II, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, cit., 847 ss., specie 935); A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, cit., I, 65. Non nega la correttezza della identificazione dell'indisponibilità del diritto con la illiceità del rapporto contrattuale controverso neppure G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 258. Non dissimile la posizione della giurisprudenza, che nega, al di là delle formule utilizzate, la transazione su titolo illecito (per riferimenti: G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 249).

⁶⁹ Il tema è stato affrontato dalla dottrina processualciviltistica per via del previgente disposto dell'art. 806, che, facendo riferimento alle materie transigibili, poneva gli interpreti di fronte al problema della ammissibilità del giudizio arbitrale su un titolo illecito. In tempi recenti, si è andata imponendo la soluzione affermativa, sulla base di due argomenti: il primo, che in questa sede non rileva direttamente, in quanto consonante con l'opinione esposta degli studiosi del diritto sostanziale, poneva in evidenza come il divieto trovasse ragione nel *continuum* causale intercorrente tra rapporto originario e negozio transattivo, che determinava la necessaria ripercussione della illiceità del primo sulla seconda, al contrario non riscontrabile in relazione all'arbitrato; il secondo, invece, in senso contrario all'opinione esposta nel testo, ma forse senza intendere la effettiva diversa portata rispetto ad essa, risolveva il problema rilevando che il divieto sulla illiceità del titolo non pone un problema di disponibilità, atteso che quest'ultima deve appuntarsi sulla situazione sostanziale oggetto del contratto, e non sul contratto medesimo, che ne rappresenta un mero strumento di disposizione (in questo modo, vedi, per tutti, G. Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 95 ss.; da ultimo: G. Canale, *Antitrust e arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 2006, 1207 ss., specie 1224 ss.). Ma è evidente, come segnalato nel testo, che basta riferirsi, anziché al rapporto fondamentale inciso o regolato dal titolo illecito –che, effettivamente, rimane, se lo era in origine, disponibile nonostante la regolamentazione illecita ricevuta- agli effetti giuridici prodotti dal contratto per accorgersi che a questi ultimi può correttamente riferirsi l'attributo di indisponibilità.

⁷⁰ Tant'è che, in entrambi i casi, la dottrina civilistica parla di indisponibilità: E. Del Prato, *Transazione*, cit., 845-846; L.V. Moscarini – N. Corbo, *Transazione*, cit., 10; G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 268; F. Festi, *La clausola compromissoria*, cit., 137 ss.

E', quindi, il carattere dispositivo della transazione, in quanto atto di autonomia privata, a giustificare la sovrapposizione tra indisponibilità ed area degli effetti giuridici vietati all'autonomia negoziale.

Ma se così è, ci sembra che una deduzione possa essere tratta anche per il nostro tema: o in arbitrato si assiste ad un analogo effetto dispositivo della situazione sostanziale controversa, ed allora l'area della indisponibilità deve (e non può non) corrispondere all'area degli effetti giuridici sottratti al lecito esercizio dell'autonomia privata, salva solo la possibilità, sulla base di chiari indici di diritto positivo, di ritenere che, ai fini della compromettibilità in arbitri, rilevino solo alcuni particolari divieti al potere di disposizione (in specie, quelli al compimento di atti abdicativi della situazione sostanziale)⁷¹; oppure nel contesto della vicenda arbitrale non si attua alcuna disposizione della situazione controversa, ed allora il limite della disponibilità del diritto risponde ad una *ratio* differente da quella testè descritta, con conseguente possibilità di intraprendere un *iter* ricostruttivo che conduca alla formulazione di un concetto di indisponibilità, da applicare in sede di determinazione delle materie compromettibili, diverso da quello generalmente adottato, e –lo si preannuncia- dai confini sensibilmente più ristretti.

La nostra ipotesi di lavoro è, pertanto, la seguente: se in arbitrato non si dispone, ma si accerta il diritto controverso, il limite della disponibilità della situazione controversa opera in funzione di un'esigenza diversa da quella della determinazione del contenuto che, rispetto ad essa, può assumere l'atto di autonomia privata, proprio perché nella vicenda arbitrale non vi è spendita di potere negoziale in ordine al diritto che ne è oggetto. Se l'identica funzione assolta dall'istituto arbitrale e dalla transazione –il porre termine ad una controversia- è perseguita, come a noi sembra, con strumenti diversi –nel primo caso, a mezzo di una decisione, nel secondo, mediante un atto di disposizione- allora il limite della disponibilità del diritto deve assumere contorni differenti nelle due fattispecie, con conseguente diversa estensione delle materie arbitrabili rispetto alle materie transigibili.

Si introdurrà, quindi, la complessa e dibattuta questione della natura dell'arbitrato -se negozio oppure giudizio-, poiché dalla soluzione di essa dipende, secondo le premesse poste, la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità: come già intuito da parte della dottrina, la struttura del fenomeno condiziona l'area della sua rilevanza⁷².

⁷¹ Si vuol dire che, ad esempio, l'impugnabilità del lodo per violazione di legge sostanziale inderogabile (art. 829, commi 3 e 4) potrebbe indurre, come già segnalato, ad adottare un concetto tecnico di potere di disposizione, sulla base del presupposto che la previsione di tale motivo di impugnazione del lodo implicitamente ammette la possibilità che in arbitri siano decisi ed accertati effetti giuridici –a contenuto non tecnicamente dispositivo- disciplinati da norme imperative.

⁷² In questo modo, confronta, in specie: A. Berlinguer, *La compromettibilità in arbitri*, I, cit., 17 ss., specie 31-32, 38 ss., 49 ss.; Id., *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, II, cit., 711 ss., specie 716 ss., 723-724, 729-730; E. Zucconi Galli Fonseca, *La*

9.

Le diverse tesi sulla natura dell'arbitrato compongono un quadro variegato e complesso; non sembra, tuttavia, che, ai fini della presente indagine, sia necessario ripercorrere in modo analitico le diverse ricostruzioni prospettate dalla dottrina, poiché esse si prestano ad essere aggregate all'interno di due poli contrapposti, rappresentati dalla teoria negoziale e dalla teoria giurisdizionale dell'arbitrato. Ciò precisato, l'indagine procederà dall'analisi critica della tesi negoziale, per giungere alla dimostrazione, sulla base della disciplina vigente dell'arbitrato rituale, della correttezza della tesi giurisdizionale.

10.

La tesi secondo cui l'arbitrato è un fenomeno negoziale, il cui atto finale ha gli effetti di un contratto, si fonda su due proposizioni⁷³: a) il patto compromissorio è la fonte del potere degli arbitri di giudicare e di decidere la controversia insorta tra le parti formando un atto di

compromettibilità delle impugnative, cit., 477 ss.; Ead., *Art. 806*, cit., 1153 ss.; F. Festi, *La clausola compromissoria*, cit., 133 ss., specie 141 ss.; Id., *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F. P. Luiso, II, cit., 847 ss., specie 933 ss., 939 ss.; C. Consolo, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. Arb.* 2003, 241 ss.

⁷³ Per la tesi in parola, vedi, in specie: S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., *passim*; Id., *Commentario*, I, cit., 37; Id., *Commentario*, IV, 2, cit., 165 ss.; C. Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 395 ss., specie 403-404, 430 ss.; Id., *"Efficacia di sentenza" del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 819 ss.; Id., *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 749 ss.; *Disegno sistematico*, I, cit., 15 ss., specie 51 ss.; Id., *Disegno sistematico*, II, cit., 76 ss.; Id., *L'efficacia del loro arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 10 ss., specie 13 ss.; Id., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 1983, 78 ss., specie 79 ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, XIV, 4°, Torino 1984, 40 ss., specie 45; Id., *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 1984, 214 ss., specie 215 ss.; Id., *Sugli effetti del lodo arbitrale e sulle funzioni della sua "omologazione"*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1994, 821 ss.; Id., *"Privato" e "pubblico" nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1998, 7 ss., specie 8-9, nota 4; Id., *Magistrature –ordinarie e speciali- e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1996, 645 ss., specie 653 ss.; G. Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arb.*, 2002, 750 ss.; Id., *"Efficacia di sentenza" del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, in *Riv. arb.*, 2000, 465 ss., specie 470 ss.; E. Odorisio, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss., specie 267 ss.; a questa ricostruzione appare riconducibile anche il pensiero di F. Mazzarella, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova 1968, 53 ss. .

A questo orientamento ci sembra riconducibile anche il pensiero di Elio Fazzalari (per il quale vedi, in specie: *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. Proc.*, 1968, 459 ss., 464 ss.; *L'arbitrato*, Torino 1997, 19 ss.; *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 389 ss., specie 400-401; Id., *Una buona "novella"*, in *Riv. dir. Proc.*, 1984, 6 ss., specie 8 ss.). In questo senso appare decisivo il rilievo che Fazzalari, non diversamente dagli autori citati, attribuisce al lodo natura ed efficacia negoziale, mentre, ai nostri fini, non può darsi eccessiva importanza alla circostanza che, secondo l'A., l'omologazione conferisce al lodo gli attributi propri della sentenza (ossia l'imperatività e l'autorità di cosa giudicata); per quanto qui interessa, deve infatti essere sottolineato che, nella ricostruzione di Fazzalari, il lodo, in quanto atto promanante da un soggetto privo di *imperium*, è una volizione privata, avente natura ed efficacia dispositiva, mentre l'*exequatur*, che attribuisce al lodo gli effetti della sentenza, da un lato, è un atto del potere giudiziario, e, dall'altro lato, come lo stesso A. precisa, svolge solo un'opera di potenziamento del *dictum* arbitrale, senza tuttavia mutarne la natura, che è, e rimane, di atto privato.

Come è noto, la tesi negoziale è stata da ultimo adottata anche dalla giurisprudenza, a partire dalla nota Cass., sez. un., 3 Agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, 699, con osservazioni di E. Fazzalari; in *Foro It.*, 2001, I, 839; in *Giur. It.*, 2001, 1107, con nota di G. Canale; in *Giust. Civ.* 2001, I, 761; in *Corr. Giur.* 2001, 51, con osservazioni di G. Ruffini e M. Marinelli; in *Riv. dir. Proc.*, 2001, 254 ss., con commento di E.F. Ricci.

accertamento⁷⁴; b) il patto compromissorio, allo stesso tempo, è anche la fonte del vincolo delle parti al *dictum* arbitrale⁷⁵. Da queste due proposizioni fondamentali discende che gli arbitri, al pari del giudice dello Stato, giudicano, decidono, comandano⁷⁶; tuttavia, e in ciò risiede la insopprimibile differenza tra arbitrato e processo statale, il vincolo delle parti rispetto alla pronuncia degli arbitri è di matrice negoziale: il lodo è vincolante per le parti nello stesso modo e nella stessa misura in cui lo è un contratto.

La prova della correttezza di tale ultima affermazione è fornita mediante il seguente sillogismo: gli arbitri risolvono la lite esercitando un potere ad essi conferito dalle parti compromittenti; i privati non possono conferire che un potere di cui sono titolari; escluso che possa trattarsi del potere giurisdizionale, attribuito in via esclusiva all'autorità giudiziaria, tale potere è, per forza di cose, il potere di autonomia privata; da ciò deriva che il lodo è un atto negoziale⁷⁷.

⁷⁴ S. Satta, *Contributo*, cit., 17 ss.; Id., *Commentario*, IV, 2, cit., 188; C. Punzi, *Disegno*, I, cit., 52 ss.; Id., “*Efficacia di sentenza*”, cit., 836; Id., *L’efficacia*, cit., 18, nota 31

⁷⁵ In questo modo: S. Satta, *Contributo*, cit., 110 ss., 163 ss.; C. Punzi, *Disegno*, cit., I, 52, 73; Id., *Disegno*, cit., II, 86 ss.; Id., *L’efficacia*, cit., 18; Id., *La riforma*, cit., 82-83; Id., “*Efficacia di sentenza*”, cit., 824; in modo non dissimile, anche L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 44, nota 66. Come ognuno vede, tale prospettiva conduce a risolvere l’arbitrato nell’arbitramento (in questo modo, infatti: S. Satta, *Contributo*, 109 ss., specie 142 e 152 ss.; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 37 ss., 44, nota 66; Id., *Negozio e processo*, cit., 218). In seguito, peraltro, S. Satta sembra discostarsi da questa ricostruzione, rinunciando a risolvere la vincolatività del lodo per le parti in una obbligazione contratta con la stipula del patto compromissorio (così, in specie, nel *Commentario*, IV, 2, cit., 175-176, 188-189); per tal via, rimane però aperto il problema di spiegare da dove derivi la vincolatività della pronuncia arbitrale per le parti. Critico sulla riduzione dell’arbitrato (sia esso rituale o libero) ad un arbitraggio nella transazione o in un negozio di accertamento è anche G. Ruffini, *Sulla distinzione*, cit., 750-751. Come noto, invece, questa è la ricostruzione maggioritaria dell’arbitrato libero; sul punto, anche per ulteriori riferimenti, confronta: T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, cit., 315 ss., specie 324, 335; F. Carnelutti, *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. Proc.*, 1962, 197 ss., specie 202 ss.; V. Andrioli, *Commento*, 747; E. Fazzalari, *I processi arbitrali*, cit., 469 ss., specie 472-473; Id., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., 404-405; Id., *L’arbitrato*, cit., 23-24 (nelle opere citate è possibile cogliere l’evoluzione del pensiero dell’autore, dalla configurazione dell’arbitrato libero come negozio –di transazione o di accertamento- *per relationem*, in cui il lodo si inserisce quale mero atto intellettuale di giudizio, alla negazione di tale ricostruzione, in cui il lodo libero, al pari di quello rituale, costituisce una dichiarazione di volontà negoziale); M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 691 ss., 716 ss. (per il quale l’arbitrato irrituale vede una doppia manifestazione di volontà negoziale: l’una, delle parti, che elimina il rapporto giuridico tra esse intercorrente, l’altra, affidata dalle parti stesse al terzo, che interviene determinando il nuovo rapporto giuridico); di recente, la tradizionale configurazione dell’arbitrato irrituale come contratto *per relationem* è stata accolta da M. Marinelli, *La natura dell’arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002, 103 ss. Infine, per l’incidenza del nuovo art. 808 *ter*, introdotto dal d.lgs. 40/2006, sulla ricostruzione della natura e struttura dell’arbitrato irrituale, confronta: G. Verde, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 667 ss.; B. Sassani, *L’arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2007, 25 ss.; P. Biavati, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull’arbitrato irrituale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 1159 ss.; M. Bove, *Art. 808 ter*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, cit., 1182 ss.

⁷⁶ Così, quasi letteralmente, C. Punzi, *Disegno*, I, cit., 52, 73; Id., “*Efficacia di sentenza*”, cit., 830-831 e G. Ruffini, *Sulla distinzione*, cit., 750, 751, 752; già in precedenza, in modo analogo, S. Satta, *Commentario*, I, cit. 34 ss..

⁷⁷ In questo modo, in specie: E. Fazzalari, *I processi arbitrali*, cit., 467; C. Punzi, *Disegno*, I, cit., 52; Id., *Disegno*, II, cit., 86; E. Odorisio, *Prime riflessioni*, cit., 268; un accenno nel senso indicato è svolto anche da L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 40. In modo parzialmente diverso, S. Satta, *Contributo*, cit., 17 ss., 163 ss.; Id., *Commentario*, IV, 2, 163 ss., esclude che il lodo sia esercizio di un potere attribuito dalle parti agli arbitri, ritenendolo un atto di adempimento (avente natura negoziale) dell’obbligazione di giudicare assunta dagli arbitri nei confronti delle parti, oggetto di un rapporto di diritto sostanziale (il *receptum*), assimilabile al contratto d’opera; per Satta la contrattualità dell’arbitrato è necessario corollario dell’esplicarsi del fenomeno sul piano del diritto privato, in via alternativa al ricorso alla giurisdizione statale, sulla base di un atto di volontà delle parti: proprio perché il giudizio degli arbitri è un giudizio voluto dalle parti, questo non può che avere efficacia negoziale.

Una prima critica alla tesi combattuta può esser mossa già alla luce delle premesse da cui muove.

Essa, infatti, omette di dimostrare proprio ciò che deve essere dimostrato; ed invero: premesso che non è in discussione la natura privatistica del fenomeno arbitrale; posto che non è dubbio che gli arbitri derivano il potere di risolvere la controversia dalle parti, che stipulano un apposito negozio compromissorio; da tutto ciò non segue, però, in via di logica conseguenza, che l'atto con cui gli arbitri definiscono la controversia debba essere necessariamente un atto di natura negoziale. Certamente il lodo è un atto privato; abbisogna, tuttavia, di ulteriore dimostrazione il passaggio successivo, e cioè che esso sia formato nell'esercizio del potere di autonomia privata ed abbia, quindi, natura negoziale⁷⁸. Sul piano del sistema, nulla impedisce di ritenere, infatti, che il lodo sia classificabile tra gli atti giuridici in senso stretto, cioè tra gli atti volontari a contenuto non negoziale.

Questi rilievi, nella loro semplicità, permettono di conseguire un importante risultato: è infondata -nei termini di ineluttabilità logica con cui è di solito formulata- la proposizione su cui si fonda la tesi negoziale, e cioè l'assunto per il quale vi è necessaria corrispondenza tra natura privata dell'arbitrato e natura negoziale del lodo. Pertanto, in assenza di contraria dimostrazione -che i sostenitori della tesi negoziale non forniscono-, rimane aperta la questione della natura del *dictum* arbitrale: con il carattere privato dell'arbitrato è, infatti, compatibile tanto la ricostruzione che assegna al lodo carattere negoziale, quanto quella che vi assegna carattere di atto giuridico in senso stretto.

Ciò chiarito, il problema che ci occupa si presta ad essere analizzato nei suoi termini essenziali, in una prospettiva scevra da sovrastrutture concettuali. La questione, impostata nei suoi corretti termini, diviene, dunque, la seguente: se, alla luce della disciplina vigente, il lodo arbitrale, in quanto atto privato risolutivo di una controversia, abbia l'efficacia di un negozio, o se, invece, l'ordinamento riconosca ad esso un'efficacia diversa, omologa a quella propria delle sentenze del giudice dello Stato⁷⁹.

⁷⁸ Per il rilievo secondo cui la natura negoziale del lodo non può essere dedotta dal carattere privato dell'arbitrato, vedi, specialmente: S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*. I, Napoli 2005, 177, 203-204; E.F. Ricci, *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss., specie 373-374; Id., *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. Proc.*, 2002, 1239 ss., specie 1241; Id., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. Proc.*, 2003, 557 ss., specie 559-560; per rilievi sostanzialmente analoghi si veda, peraltro, già C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 191-192.

⁷⁹ Afferma significativamente S. Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito della omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, 773 ss., specie 775-776 che è "dalla disciplina positiva che si deve dedurre se l' "efficacia vincolante" del lodo sia munita di caratteristiche e attributi *identici* a quelli della sentenza" (corsivo nel testo).

11.

Il punto di partenza da cui muovere è che, secondo i sostenitori della tesi negoziale, con il lodo si ha la decisione della lite mediante un giudizio, che determina l'accertamento della situazione sostanziale⁸⁰. Ciò che separa questa ricostruzione dalla tesi giurisdizionale è l'individuazione dello "strumento" con cui tale accertamento è compiuto; secondo la ricostruzione qui criticata, infatti, il mezzo mediante il quale gli arbitri operano l'accertamento è l'autonomia privata: il lodo, pertanto, è un negozio di accertamento.

Non è questa la sede per ripercorrere la complessa elaborazione dell'atto negoziale di accertamento. Quel che, però, va sicuramente posto in rilievo, è che appare assai dubbio e contestato che i privati, nell'esercizio del potere di disposizione, possano compiere un accertamento del rapporto giuridico tra loro intercorrente e dichiarare la regola di condotta ad esso applicabile; ciò in quanto la volontà negoziale non può che avere effetti dispositivi sulla realtà giuridica su cui incide, mentre l'accertamento esclude proprio una innovazione della situazione giuridica che ha ad oggetto⁸¹. Riteniamo, in altri termini, di condividere l'autorevole insegnamento secondo cui laddove vi è esercizio di autonomia negoziale non può esservi accertamento: tra potere di disposizione e

⁸⁰ Significativamente, S. Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 175 parla dell'arbitrato come di "un istituto del quale è impossibile negare che comporti un accertamento" e, poco oltre, afferma che "non si può disconoscere (...) la natura di giudizio al responso degli arbitri" (non diversamente, peraltro, *op. cit.*, 189); in modo analogo, C. Punzi, *L'arbitrato: fecondità e attualità*, cit., 754, nota 17, 756, 760; Id., *Disegno*, I, cit., 73 ss., specie 76-77; G. Ruffini, *Sulla distinzione*, cit., 750 ss. La centralità rivestita dall'elemento del giudizio nel fenomeno arbitrale, cui è preordinata l'organizzazione, secondo la forma del processo, dell'*iter* di attività necessarie per pervenire alla definizione della controversia, è stata posta in particolare evidenza da E. Fazzalari, *I procedimenti arbitrali*, cit., 463 ss.

⁸¹ A questo proposito, è necessaria una precisazione. Noi non intendiamo negare cittadinanza nel nostro sistema al negozio di accertamento; semplicemente, riteniamo che la pattuizione dei privati diretta ad accertare una preesistente relazione giuridica abbia sempre natura costitutiva; in altri termini, deve essere chiaro che se di negozio di accertamento si vuol parlare, esso, a differenza dell'atto di accertamento giurisdizionale, non ha efficacia dichiarativa, bensì sempre dispositiva della situazione giuridica su cui interviene, poiché opera introducendo, sul piano delle relazioni sostanziali, sempre un *quid novi* (che, a seconda delle differenti ricostruzioni prospettate, è rappresentato, di volta in volta, dalla sovrapposizione di un nuovo rapporto giuridico a quello accertato; da un obbligo per le parti di intendere la relazione giuridica così come è stata dichiarata; dalla *fissazione* della situazione giuridica mediante l'introduzione di una concorrente fonte di regolamento); seppur con diversità di accenti e con non trascurabili differenti modulazioni del grado di dispositività, l'efficacia costitutiva del negozio di accertamento (che, per alcuni autori, come Santoro-Passarelli, Furno, Liebman, Fabbrini, comporta la negazione stessa dell'ammissibilità della pattuizione accertativa) è affermata o, comunque, implicitamente ammessa, dalla dottrina maggioritaria; sul punto, confronta: F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 28; E. T. Liebman, *Risoluzione convenzionale*, cit., 274 ss., specie 281-282; C. Furno, *Accertamento negoziale*, cit. 18 ss.; T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, cit., 331; R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., 384 ss., specie 389 ss.; A. Falzea, *Accertamento*, cit., 211 ss., specie 212, 217-218; Id., *Efficacia giuridica*, cit., 498 ss.; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Milano 1939, 51 ss.; Id., *Accertamento (negozio di)*, 232 ss., specie 235; G. Fabbrini, *L'accertamento privato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1960, 631 ss.; M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 717 ss.; R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 1993, 661, nota 4; E. Del Prato, *Transazione*, cit., 816; S. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 7, 34 ss.; L. Bozzi, *Accertamento*, 119 ss., specie 125 ss.; A.M. Palmieri, *Transazione*, cit., 257 ss.; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 101-102, 825-826). In senso contrario, opinano per l'efficacia dichiarativa del negozio di accertamento: F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 4 ss.; G. Stolfi, *Natura giuridica*, cit., 136 ss.; S. Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 173-174; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 37-38, nota 56; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2001, 525.

potere di accertamento vi è reciproca incompatibilità⁸². La ragione di tale incompatibilità deve ravvisarsi in ciò, che l'effetto prodotto dall'accertamento -vale a dire la dichiarazione della regola di condotta delle parti intorno ad una situazione sostanziale- è risultato che può essere attinto solo sulla base di un'attività di giudizio, che è estranea alla fattispecie formativa del negozio giuridico⁸³.

L'obiezione che a questa considerazione generalmente viene mossa dai sostenitori dell'accertamento privato è nota; essa si compendia nella notazione, invero empirica, che anche l'effetto negoziale affonda le sue radici in un giudizio compiuto dal soggetto che lo pone in essere⁸⁴.

Questo rilievo non coglie, però, nel segno.

Occorre, infatti, tenere distinte due funzioni eterogenee. Da un lato si pone il giudizio, quale attività di ricognizione delle circostanze fattuali, economiche e giuridiche funzionale ad operare una valutazione di opportunità e convenienza, prodromico alla manifestazione di volontà negoziale preordinata alla produzione di un certo effetto giuridico, avente contenuto dispositivo-constitutivo della realtà giuridica; dall'altro lato si colloca, invece, il giudizio, quale attività di obiettiva rilevazione della situazione di fatto e di diritto, disciplinata nel suo svolgimento da regole (processuali), preordinata all'enunciazione, in applicazione di un parametro obiettivo, di una regola di condotta delle parti intorno ad un bene della vita, ciò in cui si compendia l'effetto dichiarativo dell'accertamento⁸⁵.

Il cuore del problema è, dunque, il momento del giudizio: nel comando dettato dall'autonomia privata, l'attività intellettuale di giudizio non rientra nella fattispecie costitutiva dell'effetto finale, non ha, cioè, rilevanza diretta nella produzione dell'effetto voluto; l'effetto

⁸² In questo modo, in particolare: C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 20 ss., specie 28-29; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 25 ss.

⁸³ In questo modo: C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 34 ss., specie 37 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 61 ss.; sulla centralità del momento del giudizio nei fenomeni di accertamento, anche M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, cit., 233; A. Falzea, *Accertamento*, cit., 207-208, 217-218, il quale rileva, molto significativamente, che il problema più grave nella ricostruzione dell'accertamento negoziale risiede nella conciliare il momento della volontà con quello del giudizio, indispensabile ai fini del riconoscimento, nel fenomeno indagato, dei caratteri tipici dell'accertamento.

⁸⁴ Vedi, infatti, in questo modo, coloro che ammettono la possibilità per i privati, nell'esercizio del potere di autonomia privata, di formare un atto di accertamento, avente efficacia dichiarativa, basato su un'attività di giudizio: F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 6-7; G.B. Ferri, *Decisione negoziale*, cit., 81 ss.; C. Punzi, *La riforma*, cit., 80; Id., *Disegno*, I, cit., 44; S. Satta, *Commentario*, I, 36-37; Id., *Commentario*, IV, 2, 170 ss. (il quale, peraltro, in precedenza nel *Contributo*, cit., 97 ss., 103, 164-164 aveva nettamente distinto l'attività di giudizio a base dell'accertamento giurisdizionale, da quella posta a fondamento della manifestazione di volontà negoziale, come dimostra il fatto che, in quest'ultimo caso, la locuzione giudizio era significativamente posta tra virgolette; così nel *Contributo*, cit., 164, ove si legge altresì che nel lodo, in quanto negozio, "il giudizio, a differenza che nella sentenza del giudice, dove esso ha parte costitutiva, se non addirittura esclusiva, si atteggia semplicemente a causa della dichiarazione di volontà dell'arbitro" (*op. cit.*, 164-165).

⁸⁵ In questo senso: S. Satta, *Contributo*, cit., 97 ss., 103, 164-164; C. Furno, *Accertamento convenzionale*, 37 ss.; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, cit., 233; G. Fabbrini, *L'accertamento privato*, cit., 640 ss.; M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 708 ss., 717 ss.; L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 90-91. È significativo notare che non dissimili appaiono i rilievi di F. Carnelutti, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 6-7, ossia uno dei più autorevoli sostenitori dell'accertamento negoziale, e che si compendiano nella nota formula secondo cui "mentre nell'accertamento giudiziale, la *sententia* è il *prius*, nell'accertamento giudiziale (*rectius*: negoziale) è il *posterius*; nel primo vi è un giudizio in funzione di comando, nel secondo un comando in funzione di giudizio."

giuridico dipende non dalla correttezza del giudizio che sta alla base della dichiarazione, ma dalla volontà che tale dichiarazione ha reso. Ciò è tanto vero che, nella teoria del contratto, l'errore nel giudizio non rileva in sé, ma rileva solo in quanto abbia inficiato la formazione o la manifestazione della volontà.

L'effetto negoziale si produce, dunque, in quanto sia un effetto voluto, non in quanto esso scaturisce da un preventiva ricostruzione della fattispecie concreta a cui sia stata correttamente applicata la norma giuridica. Ciò, con ogni evidenza, non significa escludere ogni rilevanza della norma giuridica nella formazione dell'effetto negoziale; più semplicemente, si vuole richiamare l'attenzione sul fatto che, nella vicenda negoziale, il parametro normativo rileva -nella misura in cui abbia natura imperativa- quale limite esterno della volontà negoziale, perchè segna l'effetto giuridico che non può essere prodotto neppure se voluto; per contro, la volontà privata ben può produrre effetti giuridici derogatori rispetto alla regola fissata da norme a carattere dispositivo.

Le cose stanno in modo radicalmente diverso nel comando formato dall'atto di accertamento; in questo caso, il giudizio è fatto costitutivo dell'effetto dichiarativo, in cui l'accertamento consiste: l'effetto si produce in quanto il giudizio sia stato correttamente svolto, non in quanto sia stato correttamente voluto. Qui l'effetto giuridico prodotto non è l'effetto voluto dall'autore dell'atto, ma è l'effetto che l'ordinamento riconnette all'operazione di concretizzazione della norma giuridica astratta rispetto ad una fattispecie concreta, che si è svolta in conformità delle regole (processuali) che tale attività disciplinano⁸⁶; in quest'ambito, la volontà del soggetto che forma l'atto di accertamento è legata all'effetto dichiarativo prodotto da un mero nesso naturalistico-eziologico. L'accertamento, ossia la dichiarazione in ordine all'esistenza ed al modo di essere di una situazione sostanziale, è tale proprio perchè non è voluto; è giudizio preordinato all'applicazione della norma di diritto astratta alla fattispecie concreta e non alla formazione della volontà negoziale produttiva di nuovi effetti giuridici: è dichiarazione e non volizione.

⁸⁶ In questo modo, per una svalutazione dell'elemento della volontà (e del comando) nell'identificazione dell'attività diretta alla decisione di una controversia, e, quindi, dell'accertamento, confronta: C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 43; C. Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1962, 1485 ss., specie 1541 ss.; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 2° ed., Padova 1997, 3-4, 14 ss. A questo riguardo, ci sembrano significative le osservazioni di L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., il quale, dopo aver individuato il tratto distintivo dell'effetto giurisdizionale rispetto agli effetti posti in essere dall'esercizio della pubblica amministrazione e dell'autonomia privata nel non essere mai riferibile ad un soggetto e nell'operare sempre "come un oggettivo concretarsi dell'ordinamento" (*op. cit.*, 3-4), afferma che "le conseguenze giuridiche dell'atto giurisdizionale non si possono riferire e commisurare -come quelle del negozio privato o del provvedimento amministrativo- alla "volontà" espressa, al "precetto" posto, al "fine" perseguito, o al "mezzo giuridico" prescelto per il fine normativo, da chi ha emesso l'atto (...) rimangono estranee allo schema normativo del provvedimento giurisdizionale tutte quelle caratteristiche che inducono a classificare come "comandi" o atti "di volontà" o "negozi" i provvedimenti amministrativi o comunque le "esecuzioni" della legge; che cioè per l'ordinamento, il giudice può "volere" solo nel senso (...) di volere enunciare la "volontà" della norma, e che li comanda "l'esecutore" -sia pure nei "limiti" che gli sono posti dalla "norma superiore"- qui (...) la norma comanda come il giudice dice che essa debba comandare" (*op. cit.*, 14).

Giudizio ed accertamento si pongono, quindi, come binomio antitetico alla coppia volontà-disposizione; il che, dopotutto, appare anche ragionevole: se i privati, nell'esercizio del potere di autonomia privata, possono direttamente produrre gli effetti giuridici desiderati, quale ragione logica, prima che giuridica, richiede di riconoscere loro il potere di dichiarare l'effetto giuridico già prodottosi sul piano del diritto sostanziale?

12.

Il complesso dibattito sviluppatosi sul tema dell'accertamento negoziale offre conferma di quanto si è cercato sin qui di dimostrare.

Uno scopo o, forse, più tecnicamente, una causa di accertamento, quale valido fondamento di un negozio privato, appare sicuramente ammissibile nel nostro ordinamento⁸⁷. Tuttavia, il negozio, con cui le parti dichiarano il modo d'essere di una preesistente relazione sostanziale, determina pur sempre effetti dispositivi del rapporto giuridico anteriore, a cui viene sovrapposta - nei limiti della pattuizione accertativa- una nuova regolamentazione di interessi, intesa dalle parti come corrispondente alla realtà giuridica preesistente⁸⁸.

Il problema, quindi, è quello dell'aspetto funzionale -avente scopo dichiarativo- posto a confronto con quello strutturale (o strumentale) attraverso cui a tale risultato si giunge: ed essendo tale strumento l'autonomia privata, il fine dichiarativo perseguito non potrà che essere realizzato attraverso la produzione di un nuovo effetto giuridico. Ma è allora evidente che, nella misura in cui l'effetto incide sulla situazione sostanziale da dichiarare, non può non ammettersi che lo scopo dichiarativo (o, se si vuole, di accertamento) è realizzato mediante una nuova regolamentazione di interessi, che innova, in misura maggiore o minore, il rapporto giuridico preesistente; il negozio privato a funzione accertativa opera, dunque, con modalità del tutto differenti rispetto all'accertamento giurisdizionale: questo, istituzionalmente, è conforme alla realtà giuridica accertata; quello, invece, determina, per definizione, una modificazione del rapporto giuridico su cui incide.

Così stando le cose, non stupisce, allora, che, allo scopo di conciliare la funzione dichiarativa (che, di per sé, presuppone l'accertamento del rapporto giuridico senza determinare alcuna innovazione), con lo strumento utilizzato a tale scopo (il potere negoziale, avente invariabilmente effetti costitutivi della realtà sostanziale), parte della dottrina abbia tentato di

⁸⁷ In questo modo, esplicitamente: S. Pugliatti, *Della transazione*, cit., 454; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, cit., 234; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 37, nota 55; L. Bozzi, *Accertamento*, cit., 97 ss.; L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 11 ss.

⁸⁸ Sul punto, per ogni opportuno riferimento, si rimanda alla precedente nota 81.

fornire una ricostruzione complessa del negozio di accertamento, tesa a svincolare l'effetto dichiarativo dal momento negoziale e costitutivo.

In questa direzione si muovono i tentativi di Rosario Nicolò e Michele Fornaciari⁸⁹.

Per entrambi, infatti, la funzione dichiarativa, che connota il negozio di accertamento, postula che la realtà giuridica che ne è oggetto non risulti né innovata, né in alcun modo modificata dal contratto; tale risultato può essere raggiunto -e in ciò si colloca l'indefettibile momento costitutivo dell'atto negoziale- mediante la creazione di un nuovo obbligo, avente per contenuto di ritenere la situazione sostanziale intercorrente tra le parti così come è stata dichiarata. La differenza tra la ricostruzione di Nicolò e quella di Fornaciari risiede in ciò che, per il primo, destinatarie di tale obbligo sono le parti⁹⁰; per il secondo, invece, è il giudice del processo in cui viene fatto valere l'oggetto accertato⁹¹.

Le critiche mosse alla tesi di Nicolò sono note ed autorevoli: innanzitutto, le difficoltà, sul piano sistematico e dogmatico, a configurare un obbligo privo di prestazione, perchè risolvendosi nel non considerare la situazione giuridica diversamente da come è stata dichiarata nel negozio di accertamento⁹²; secondariamente, sul piano pratico ed applicativo, la scarsa utilità della fattispecie negoziale delineata, attesa la ineffettività di un'obbligazione così configurata a conseguire lo scopo di accertamento in caso di inadempimento delle parti. A quest'ultimo riguardo si deve osservare che, nella misura in cui, posteriormente alla conclusione del negozio di accertamento, la contestazione della consistenza della situazione accertata assume giuridico rilievo, *sub specie* di inadempimento dell'obbligo, contrattualmente assunto, di intendere la realtà giuridica così come è stata definita dalle parti, allora non può dirsi raggiunto lo scopo in vista del quale il negozio era stato concluso, ovvero l'attribuzione della certezza ad un situazione incerta. L'effetto dichiarativo postula, infatti, la giuridica irrilevanza della contestazione delle risultanze accertate: a seguito dell'accertamento, la realtà giuridica non può che essere così come è stata accertata. Nella ricostruzione di Nicolò, invece, il non intendere la realtà giuridica diversamente da come è stata definita è oggetto di un obbligo contrattualmente assunto, il che implica la rilevanza della contestazione dell'effetto giuridico dichiarato, *sub specie* di inadempimento di tale obbligo⁹³.

⁸⁹ R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit.; M. Fornaciari, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002; Id., *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, cit., 1 ss.

⁹⁰ R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., 389 ss.; in tempi più recenti, in questo senso, anche L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, 34 ss., il quale ritiene che, allorché il negozio di accertamento non interviene a sanare un'incertezza relativamente alle modalità del rapporto (perché in questo caso si avrebbe ripetizione dell'originario comando), ma direttamente l'incertezza relativa all'esistenza del rapporto, esso produce in capo alle parti anche l'obbligo di intendere la realtà giuridica così come dichiarata.

⁹¹ M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 270-271, 334-335; Id., *Il negozio*, cit., 52 ss., 59 ss.

⁹² Per questo rilievo, vedi, in particolare, G. Fabbrini, *L'accertamento privato*, cit., 636-637.

⁹³ Per questi rilievi, confronta: C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 82-83; M. Giorgianni, *Accertamento (negozio di)*, cit., 234; G. Fabbrini, *L'accertamento privato*, cit., 638-639; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel*

Veniamo ora alla tesi elaborata da Michele Fornaciari.

In un ampio studio, l'autore identifica l'effetto di accertamento nella creazione di un vincolo per il giudice a non considerare la realtà giuridica in modo diverso da come è stata dichiarata⁹⁴. Il punto che qui interessa è che, per Fornaciari, questo effetto, oltre ad essere proprio dell'accertamento giurisdizionale (nella prospettiva della teoria cd. processuale del giudicato), può essere prodotto anche in via di autonomia privata, mediante un negozio⁹⁵.

La tesi in rilievo è degna della massima considerazione poiché essa, se ritenuta meritevole di condivisione, è in grado di risolvere il problema del negozio di accertamento, consentendo ai soggetti di conseguire in via di autonomia privata gli stessi risultati e le medesime utilità garantiti dall'accertamento giurisdizionale.

Premesso che appare assolutamente corretta l'impostazione data al problema dall'autore - secondo il quale di accertamento privato può parlarsi nella misura in cui il negozio produce esattamente gli effetti che si sono visti essere propri, sul piano generale, del fenomeno accertativo⁹⁶- non sembra, però, che l'analisi condotta riesca a fornire dimostrazione della conseguibilità, in via di autonomia privata, di tale effetto. Invero, è difficile ammettere, sul piano del diritto positivo, che le parti possano vincolare il giudice a ritenere la realtà sostanziale così come è stata dichiarata nel negozio tra esse intervenuto⁹⁷.

Certo, è vero, come rileva Fornaciari, che le parti, nell'esercizio del potere dispositivo, producono un vincolo in capo al giudice, il quale deve attenersi alla regolamentazione di interessi prodotta⁹⁸; tuttavia, questo vincolo, al di là di un'analogia *prima facie*, è del tutto eterogeneo rispetto al vincolo prodotto dall'accertamento. L'esercizio del potere di disposizione, infatti, non

diritto privato italiano, 3° ed., Napoli s.d., 290; M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 239-240; Id., *Il negozio*, cit., 43; S. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 68.

Si deve peraltro notare che ad analoga critica non si sottraggono le tesi che configurano gli effetti del negozio di accertamento direttamente nella posizione di una nuova regolamentazione del rapporto accertato vincolante per le parti (in questo senso: S. Pugliatti, *Della transazione*, cit., 455; L. Bozzi, *Accertamento*, cit. 126-127; S. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, 34 ss.; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 101-102) e neppure quelle che assegnano al negozio di accertamento l'effetto di *fixare* il rapporto giuridico preesistente mediante la posizione di una nuova fonte costitutiva della situazione sostanziale (così, M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 36 ss.; *Accertamento (negozio di)*, cit., 234-235). Anche tali ricostruzioni, infatti, non escludono l'inadempimento dell'obbligo delle parti di riconoscere la situazione sostanziale così come l'hanno definita nel negozio di accertamento e, di conseguenza, di introdurre una controversia avente ad oggetto il rapporto sostanziale oggetto del negozio. Non è chi non veda che, se di accertamento si trattasse, la contestazione sarebbe giuridicamente irrilevante, proprio perchè l'accertamento esclude la possibilità giuridica di intendere il rapporto diversamente da come è stato accertato: ed è evidente che ciò non può essere oggetto di un obbligo e di un diritto nascenti da un rapporto obbligatorio (per analogo rilievo, confronta: M. Fornaciari, *Il negozio*, cit., 44).

⁹⁴ M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 270-271; Id., *Il negozio*, cit., 54-55.

⁹⁵ M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 326 ss., specie 332 ss.; Id., *Il negozio*, cit., 59 ss., specie 61 ss.

⁹⁶ La necessità che il concetto di accertamento sia unitariamente inteso nei singoli campi del diritto in cui trova applicazione è significativamente posta da Fornaciari, in guisa di premessa metodologica, in apertura della sua indagine: *Lineamenti*, cit., 7 ss. (e ribadita successivamente a pag. 328); analogamente, in *Il negozio di accertamento*, cit., 8, 59.

⁹⁷ In questo senso anche S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 160-161, nota 12.

⁹⁸ M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 334-335; Id., *Il negozio*, cit., 61 ss.

determina un vincolo diretto per il giudice a ritenere la realtà giuridica così come è stata dichiarata dalle parti; molto più semplicemente, il giudice è vincolato, per ragioni del suo ufficio, a dichiarare l'effetto giuridico che il negozio ha prodotto sul piano del diritto sostanziale⁹⁹. Se così si può dire, la volontà negoziale produce un vincolo solo indiretto e riflesso nei confronti del giudice: il riconoscimento dell'autonomia privata abilita le parti a porre in essere effetti giuridici rilevanti per l'ordinamento; il giudice, da par suo, una volta verificato che detto effetto si sia prodotto, deve dichiarare che le relazioni giuridiche tra le parti sono così come le parti hanno disposto.

Diversamente stanno le cose quando viene in campo l'effetto di accertamento. Qui, il vincolo per il giudice è immediato e diretto: egli deve ritenere la realtà giuridica così come è stata accertata, con esclusione del potere di verificare vuoi la conformità della dichiarazione con la realtà preesistente, vuoi la correttezza della operazione di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, vuoi, infine, la validità della regola di condotta enunciata dall'atto di accertamento. In altri e diversi termini: il *proprium* dell'effetto prodotto dall'atto di accertamento risiede nel costituire un diaframma tra giudice e realtà sostanziale, tale per cui egli deve considerare il rapporto giuridico così come è dichiarato dall'atto di accertamento, escluso ogni potere di apprensione diretta del fenomeno sostanziale.

Per contro, l'effetto dell'atto dispositivo consiste nel produrre effetti giuridici sul piano della realtà sostanziale che, in quanto tali, hanno giuridico rilievo anche per il giudice, il quale, tuttavia, può sempre verificare che quell'effetto si sia validamente prodotto e che alla volontà negoziale delle parti possa effettivamente corrispondere, alla stregua delle norme dell'ordinamento, l'effetto giuridico avuto di mira nel programma contrattuale.

Se, infatti, i soggetti possono stipulare un contratto di compravendita e, per tale via, vincolare il giudice -non diversamente da ogni altro soggetto dell'ordinamento- a ritenere che parte acquirente è divenuta titolare del diritto di parte alienante, ciò non implica che essi possano, nell'esplicazione di quel medesimo potere negoziale, produrre un vincolo in capo al giudice tale da impedirgli di verificare che l'effetto traslativo si sia validamente ed effettivamente prodotto. Il giudice, in altri termini, dichiara che l'effetto negoziale si è realizzato nella misura in cui, alla stregua delle norme di diritto sostanziale, si debba ritenere realizzato: egli deve, quindi, ricostruire la fattispecie concreta e sussumerla all'interno della fattispecie astratta ad essa applicabile; solo se

⁹⁹ Anche Fornaciari svolge un analogo rilievo, concludendo, però, che la differenza tra accertamento e attività dispositiva è “una differenza solo quantitativa, che non riveste, mi pare, rilievo decisivo. Essa non incrina infatti in alcun modo l'identità qualitativa dei due fenomeni” (così, *Lineamenti*, cit., 335; in modo analogo, in seguito, *Il negozio*, cit. 62). Le considerazioni che si vanno a svolgere nel testo sono dirette, invece, a dimostrare che tale differenza rivela, contrariamente a quanto l'A. ritiene, una diversità qualificante l'accertamento e l'attività dispositiva, che impedisce di assimilare i due fenomeni.

tale operazione offre esito positivo, il giudice deve dichiarare che l'effetto avuto di mira dalle parti nel programma negoziale si è effettivamente realizzato.

Solo nei termini anzidetti si può, quindi, ammettere che il potere negoziale, e, in specie, l'effetto normativo che gli è proprio, vincola il giudice. Non si può, invece, riconoscere alle parti il potere di obbligare il giudice a ritenere come senz'altro esistente un dato effetto giuridico¹⁰⁰; in ogni caso, infatti, egli deve verificare, da un lato, che il programma negoziale sia idoneo a realizzare l'effetto in rilievo, e, dall'altro lato, che tale effetto si sia prodotto in modo compatibile con le norme dell'ordinamento.

Da tanto consegue l'impossibilità di configurare il potere di accertamento quale estrinsecazione del potere di autonomia privata: l'effetto negoziale non può in alcun modo assumere efficacia di accertamento, poiché non è mai in grado di determinare quel vincolo diretto, immediato ed assoluto -che dell'accertamento costituisce il *proprium*- a ritenere il rapporto sostanziale così come è stato dichiarato: l'effetto di accertamento preclude ogni controllo di validità da parte del soggetto (nel nostro caso, il giudice) nei cui confronti opera¹⁰¹.

Si pensi all'esempio, già fatto, del contratto di compravendita; in un momento successivo, sorta incertezza sulle relazioni sostanziali delle parti, queste pervengono all'accertamento dei reciproci rapporti, dichiarando che la parte acquirente, in forza del contratto concluso, è divenuta titolare del diritto alienato da parte venditrice. Poniamo, ora, che il rapporto giuridico in rilievo sia dedotto in giudizio: può seriamente ritenersi che il giudice sia vincolato all'accertamento compiuto dalle parti circa i loro reciproci rapporti? Se così fosse, occorrerebbe ammettere che il giudice, da un lato, dovrebbe considerare parte acquirente titolare del diritto a far data dalla conclusione del primo contratto e, dall'altro, non potrebbe in alcun modo avere diretta apprensione del fondamento causale del trasferimento, ossia del contratto di compravendita, retrostante il negozio di accertamento; da ciò discenderebbe che il giudice: a) non potrebbe procedere ad un'autonoma qualificazione del contratto, e, quindi, verificare se il negozio posto in essere è, effettivamente, un contratto di compravendita, traslativo del diritto sul bene, oppure un diverso negozio, produttivo di effetti giuridici differenti; b) non potrebbe verificare che il diritto trasferito sia, effettivamente, il diritto accertato (così, che sia effettivamente il diritto di proprietà sul bene, piuttosto che un diritto

¹⁰⁰ In questo senso, già C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 45-46.

¹⁰¹ Ciò non significa che l'effetto di accertamento esclude la possibilità del suo controllo; la controllabilità dell'atto di accertamento, infatti, è prevista e disciplinata dalla legge. Significa, più semplicemente, che l'effetto di accertamento vincola il soggetto a cui si rivolge, precludendogli la possibilità di sottoporre a controllo di validità il recepimento delle risultanze dell'atto di accertamento; al contrario, nulla esclude che altri soggetti, in specie le parti del rapporto sostanziale accertato, possano rimuovere l'accertamento -e, quindi, esperire dei mezzi di controllo avverso l'accertamento- mediante impugnazione dell'atto che lo contiene: impugnazione per violenza od errore della confessione, revocazione straordinaria delle sentenze. Ma, lo si ripete, fin tanto che l'accertamento esiste -non è stato cioè rimosso dall'impugnazione di parte- esso vincola il giudice a ritenere la realtà giuridica così come è stata accertata.

reale minore o un diritto relativo); c) non potrebbe controllare che l'effetto giuridico consistente nel trasferimento del diritto sia stato posto in essere nel rispetto delle norme -sottratte alla disponibilità delle parti- che governano la realizzazione di tale programma negoziale, ossia delle norme che disciplinano gli acquisti dei diritti a titolo derivativo.

Si pensi, ancora, a quest'ultimo esempio: le parti accertano che tra esse è intervenuto un contratto di mutuo, in forza del quale il mutuatario si impegna a restituire la somma mutuata maggiorata degli interessi; in forza di tale programma negoziale, le parti accertano che il mutuante è creditore di una certa somma nei confronti del mutuatario. Anche qui, come nel caso precedente, se si riconosce cittadinanza al negozio di accertamento, occorrerebbe ammettere che il giudice non può verificare la validità del rapporto causale fondante l'obbligazione; ciò, senza voler ripetere rilievi analoghi a quelli poc'anzi svolti, significherebbe ammettere, ad esempio, che, stipulando un negozio di accertamento, i soggetti possono aggirare il divieto di interessi usurari: una volta accertato il rapporto obbligatorio ed il *quantum* dovuto, diverrebbe, infatti, irrilevante il fondamento causale dell'attribuzione patrimoniale¹⁰².

L'esempio da ultimo prospettato ci sembra particolarmente significativo, poiché dimostra che non appare seriamente dubitabile che, a tacer d'ogni altro aspetto, in relazione al presunto accertamento privato, il recepimento della regola negoziale da parte del giudice è subordinata, quantomeno, ad un preventivo controllo di conformità dell'effetto dichiarato alle norme inderogabili: il giudice, in nessun caso e, quindi, neanche a mezzo del negozio di accertamento, può essere vincolato alla clausola pattuita in violazione delle norme imperative. Da ciò consegue, in modo diretto, che il giudice non può essere obbligato a ritenere la realtà giuridica così come essa risulta dal negozio concluso *inter partes*. Come ognuno vede, del tutto differente è la conclusione cui si deve pervenire nel caso in cui detta clausola sia stata oggetto di accertamento giurisdizionale: il secondo giudice, proprio perché è intervenuto l'accertamento, deve recepire quella clausola come valida ed efficace, senza neppure potersi prospettare il problema della sua conformità con le norme di carattere imperativo.

Da ultimo, si deve rilevare che la tesi criticata presta il fianco ad un'ulteriore critica.

¹⁰² Un esempio, volutamente paradossale, può contribuire a chiarire quanto si è affermato nel testo. In linea generale, si deve sicuramente ammettere che Tizio possa essere debitore di Caio al pagamento di una somma pari ad un milione di euro, poiché l'ordinamento non fissa un limite al *quantum* della prestazione cui un soggetto può obbligarsi. Il limite sussiste, invece, a livello delle cause che possono giustificare l'attribuzione patrimoniale. Così, non appare dubbio che Tizio possa acquistare da Caio un immobile di pregio e decidere di conseguirne la proprietà dietro pagamento del corrispettivo di un milione di euro; al contrario, l'ordinamento non ammette che Tizio prenda a mutuo da Caio cento euro e che si obblighi a restituire dopo un mese tale somma maggiorata di interessi così elevati da obbligarlo a corrispondere un milione di euro. Questi esempi contribuiscono a chiarire quanto si vuol dire nel testo: se si ammettono i privati a formare negozi aventi i medesimi effetti dell'accertamento giurisdizionale, una volta che le parti dichiarano che Tizio è debitore di Caio di un milione di euro, il giudice non può avere apprensione del fondamento causale dell'attribuzione patrimoniale, e così verificare se la somma è dovuta per l'avvenuto acquisto di un immobile di pregio (ammissibile) o a seguito di mutuo contratto ad interessi usurari (inammissibile).

Non si può sottacere, infatti, che la ricostruzione combattuta perviene alla configurazione di un negozio dalle vistose peculiarità. Invero, secondo questa prospettazione, l'ammissibilità del contratto (atipico) di accertamento trova le sue radici nel principio di autonomia privata, ma, nondimeno, ha quale effetto tipico e caratteristico la produzione, in via diretta ed immediata, di un obbligo in capo ad un soggetto terzo, il giudice; ne esce delineato, quindi, un negozio che, per perseguire il fine avuto di mira dalle parti, non solo deroga al principio di relatività dell'efficacia dei contratti, posto dall'art. 1372 c.c., ma produce tale efficacia diretta (e non riflessa) non nei confronti di un soggetto privato, ma di un organo pubblico. Ma non solo: in senso ancor più dirimente deve osservarsi che il negozio così configurato produce gli effetti che ne sono propri e caratteristici non sul piano sostanziale, ma solo sul piano processuale: esso, dunque, rientra nella categoria dei negozi processuali. Ma se così è, non è chi non veda come il ragionamento di Fornaciari presenti un ulteriore profilo di criticità: nel nostro ordinamento, infatti, vige il principio di tipicità degli accordi processuali, di guisa che l'interprete non è abilitato a ricostruire una fattispecie atipica di negozio ad effetti processuali, sulla base del principio della atipicità dei negozi di diritto sostanziale posto dall'art. 1322 c.c.¹⁰³

In conclusione, la tesi criticata, sebbene acutamente sostenuta, non appare condivisibile.

13.

Il complesso dei rilievi svolti dimostra che, se si vuole parlare di negozio di accertamento, questo andrà ricostruito nei consueti termini di fattispecie produttiva di effetti sostanziali tra le parti contraenti; in altri termini, come è stato osservato, “il cosiddetto accertamento privato comunque implica, in misura più o meno intensa, un atto di disposizione.”¹⁰⁴

Ciò chiarito, sembra che, posto di fronte al problema dell'accertamento privato, due siano le ricostruzioni astrattamente ipotizzabili tra cui l'interprete può optare.

(A) Allo scopo di assimilare l'accertamento privato all'accertamento giurisdizionale sotto il profilo degli effetti e, dunque, del vincolo del giudice all'effetto dichiarato, occorre svincolare il primo da qualsiasi riferimento al rapporto sostanziale da cui trae origine la situazione giuridica accertata e, quindi, operare una ricostruzione del negozio in questione come fattispecie di astrazione

¹⁰³ Quantunque Fornaciari escluda che l'ammissibilità del negozio di accertamento possa essere fondata sul principio di libertà negoziale posto dall'art. 1322, comma 2, c.c. (*Lineamenti*, cit., 329), non sembra comunque dubbio che la ricostruzione proposta si fondi, anche solo implicitamente, su detto principio, posto che essa, per un verso, delinea una fattispecie negoziale atipica e, per un altro, ne fonda l'ammissibilità argomentando a partire dalla spettanza ai privati del potere di disporre dei propri interessi.

¹⁰⁴ E' la incisiva affermazione con cui E. Del Prato, *Transazione*, cit., 816, conclude l'esame delle differenti teorie avanzate in tema di negozio di accertamento, identificandone in tal modo il tratto comune e caratteristico.

materiale della causa¹⁰⁵. In altri termini, si deve ritenere che l'effetto giuridico dichiarato si produce a prescindere dalla idoneità della fattispecie sostanziale retrostante a costituire valido fondamento causale dell'attribuzione patrimoniale. Così opinando, tuttavia, a parte le difficoltà a configurare attribuzioni patrimoniali prive di giustificazione causale nel nostro ordinamento, si ingenera la grave conseguenza che, a mezzo di un negozio di accertamento, i soggetti possono determinare effetti giuridici vietati dall'ordinamento¹⁰⁶; ciò, quantomeno, nel senso di porre in essere validamente effetti giuridici che, seppur leciti perchè non contrastanti con le norme di ordine pubblico, vengono nondimeno collegati a fattispecie sostanziali che, dal punto di vista delle norme legali ed astratte, non sarebbero idonee a produrle¹⁰⁷. Resterebbe comunque fermo che, nel caso in cui l'accertamento privato producesse effetti giuridici direttamente lesivi dei principi posti dalle norme inderogabili dell'ordinamento, il negozio di accertamento dovrebbe considerarsi senz'altro nullo, a differenza dell'accertamento giurisdizionale. Ad ogni buon conto, anche una ricostruzione siffatta del fenomeno in considerazione implica che le parti, stipulando un negozio di accertamento, pongono in essere pur sempre una nuova regolamentazione di interessi, che si sovrappone a quella accertata; la necessaria costitutività della vicenda segna, dunque, una divario netto ed incolmabile tra la privata pattuizione di accertamento e l'atto di accertamento giurisdizionale, avente efficacia dichiarativa.

(B) Con ogni probabilità, più corretta è la ricostruzione dell'accertamento privato quale negozio atipico, ammissibile ai sensi dell'art. 1322 c.c., mediante il quale le parti, al fine di superare una situazione di incertezza relativa ad un rapporto giuridico (o, se si vuole, anche ad una situazione di mero fatto), dettano una nuova regolamentazione di interessi che esse assumono come conforme alla realtà giuridica (o fattuale) preesistente. In questa prospettiva, la peculiare funzione esplicata dal negozio -che è quello di accertare una realtà preesistente- comporta che il regolamento

¹⁰⁵ In questo senso, osserva che l'irrelevanza della reale consistenza della situazione preesistente rispetto al regolamento accertativo postula la configurazione del negozio di accertamento come fattispecie di astrazione materiale della causa, R. Sacco, *Il contratto*, cit., 661, nota 4; analoga notazione è svolta da G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, cit., 23 ss.; *contra*, M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 201 ss.; Id., *Il negozio*, cit., 34-35; L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 151, 159, 173, che parla di negozio sempre causale (perchè ne è causa il superamento dello stato di incertezza), in relazione al quale il rapporto sostanziale accertato integra la presupposizione; in senso contrario, per l'impossibilità di concepire la funzione di accertamento come causa materiale di un negozio, C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 152 ss.

¹⁰⁶ Nella dottrina civilistica italiana che si è occupata dell'accertamento negoziale, è punto fermo quello della inammissibilità, nel nostro ordinamento, di un negozio astratto di accertamento; con particolare chiarezza, in questo senso, confronta: R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., 387; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 60; Id., *Accertamento (negozio di)*, cit., 234, 239; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., 286-287; più di recente, in questo senso, è anche il contributo di L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., specie 158 ss. In senso contrario, vedi, però, R. Sacco, *Il contratto*, cit., 660-661, nota 4.

¹⁰⁷ E' il caso, precedentemente prospettato, del mutuo contratto ad interessi usurari, oppure del negozio di accertamento della proprietà di un bene in capo ad un soggetto, a fronte di un contratto di compravendita viziato (per una fattispecie, in cui le parti avevano accertato la proprietà di un bene immobile in capo ad un soggetto, successivamente alla stipula di un contratto traslativo della proprietà privo della forma scritta, si confronti Cass., 18 Giugno 2003, n. 9687; nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che l'intervenuta pattuizione accertativa non potesse in alcun modo impedire di rilevare l'invalidità del titolo di acquisto della proprietà, ed ha, conseguentemente, dichiarato non realizzato l'effetto traslativo).

posto in essere risulta causalmente collegato con il rapporto-base cui si sovrappone, configurandosi, dunque, quale negozio a causa esterna; conseguentemente, il giudice di fronte al quale sia fatto valere il rapporto giuridico oggetto di privato accertamento, in caso di contestazione di una delle parti, può sempre operare una valutazione di conformità del regolamento accertativo con l'obiettivo consistenza della situazione giuridica (o fattuale) accertata, e verificare, questa volta senza necessità del rilievo di parte, che l'effetto dichiarato dal negozio di accertamento, da un lato, sia producibile alla stregua delle norme di diritto sostanziale dalla fattispecie concreta accertata e, dall'altro lato, che l'effetto accertato non contrasti con l'apparato delle norme inderogabili¹⁰⁸. Infine, dal punto di vista del contenuto degli effetti prodotti dal negozio di accertamento, non è dubbio, anche adottando questa diversa ricostruzione, che essi sono da qualificare come costitutivi e, quindi, dispositivi sul piano dei rapporti sostanziali in ordine ai quali la pattuizione privata opera. Questa nuova regolamentazione, infatti, anche se non definibile come necessariamente innovativa del rapporto accertato -posto che si assume a questo conforme-, è, e resta pur sempre nuova dal punto di vista dell'ordinamento; invero, anche se si ammette, come parte della dottrina ritiene, che il negozio di accertamento pone in essere un regolamento giuridico meramente riproduttivo di quello già posto

¹⁰⁸ Questo è quanto ci sembra discendere, in modo coerente, dalla ricostruzione operata del negozio di accertamento e che ci sembra trovare almeno parziale conferma nella dottrina civilistica, la quale, in linea di principio, ammette la rilevanza dell'obiettivo consistenza del rapporto giuridico preesistente rispetto al regolamento accertativo, in virtù del collegamento causale intercorrente tra quest'ultimo e la relazione giuridica originaria. È diversa, tuttavia, la misura in cui si ritiene rilevante l'obiettivo consistenza della realtà originaria rispetto alla regola accertata, nonché l'individuazione del vizio cui dà luogo lo sfasamento, una volta che questo sia stato ritenuto rilevante. Alcuni autori ravvisano una causa di invalidità del negozio di accertamento nella divergenza tra la configurazione originaria del rapporto e quella dichiarata dalle parti; in questo senso: T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, cit., 326, 328-329 (il quale distingue tra due differenti tipologie di negozio di accertamento a seconda dell'intensità del vincolo di accertamento: l'uno, destinato a venir meno sulla base della semplice dimostrazione della sua difformità dal rapporto accertato, l'altro, che prevale fin tanto che non venga impugnato per errore); R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione*, cit., 396; E. Del Prato, *Transazione*, cit., 820-821 (secondo i quali la difformità tra realtà preesistente e regola accertata deve essere fatta valere mediante l'impugnazione per errore); L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit. 295 (per il quale se vi è divergenza tra il rapporto così come accertato e così come esso effettivamente era, il negozio di accertamento è nullo per difetto di causa); V. Roppo, *Il contratto*, cit., 525 (il quale rileva che "se l'accertamento risultasse non conforme al vero, perché la posizione accertata in realtà non esiste o ha contenuti diversi, il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa. Infatti qui la causa è la *semplificazione probatoria di una posizione soggettiva preesistente*, e non una causa che implichi spostamenti patrimoniali sostanziali. La relativa prova incombe al convenuto: per smantellare la forza del titolo del contratto di accertamento, spetta a lui dimostrarne la difformità dalla situazione reale."). La parte maggioritaria della dottrina civilistica, invece, ritiene -per la verità non motivando sempre adeguatamente-, che solo l'inesistenza (e non già la semplice difformità) dalla situazione preesistente è causa di invalidità del negozio di accertamento; in questo senso, con la dovuta precisazione che, per alcuni, il vizio di difformità rileva sotto il profilo dell'impugnativa per errore, mentre per altri sotto il profilo della mancanza di causa, confronta: F. Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, 213; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 61, 109; Id., *Accertamento (negozio di)*, cit., 238-239; S. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 46-47; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 825-826; L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 155, (secondo la quale il negozio di accertamento nel quale la situazione erroneamente accertata in realtà non esista è inefficace, in quanto privo del requisito della presupposizione).

In giurisprudenza, è affermato il principio secondo cui il negozio di accertamento può eliminare le incertezze riguardo ad una situazione giuridica preesistente, ma non costituire una situazione giuridica anteriormente non esistente (Cass., 18 Giugno 2003, n. 9687, cit.; Cass., 5 Giugno 1997, n. 4994; Cass., 29 Gennaio 1991, n. 885, in *Foro It.*, 1991, I, 1112 ss.); il che equivale a dire che solo l'inesistenza e non la semplice difformità della situazione giuridica anteriore determina l'invalidità del negozio di accertamento.

Quanto osservato non esclude, ovviamente, che il giudice conosca anche dei vizi propri del negozio di accertamento.

in essere dalle parti, non è dubbio che la stipulazione accertativa produce pur sempre effetti giuridici nuovi sul piano dell'ordinamento; quantunque, dal punto di vista del contenuto identici a quelli prodotti dall'originaria fattispecie, non vi è dubbio alcuno che essi sono da qualificare come nuovi, trovando titolo in una diversa fattispecie costitutiva¹⁰⁹. Il contenuto e l'efficacia necessariamente costitutiva della realtà giuridica sono dunque, anche in tale prospettiva, una costante del fenomeno dell'accertamento privato¹¹⁰. Ancora una volta, quindi, il negozio di accertamento assume contenuto ed effetti necessariamente costitutivi sulla realtà giuridica.

Il senso del discorso intrapreso si può compendiare in due osservazioni.

(A) Dal punto di vista dell'efficacia, il negozio di accertamento, in quanto espressione dell'autonomia privata, ha effetti necessariamente costitutivi sulla realtà sostanziale; esso, quindi, se anche lo si vuole assimilare, dal punto di vista funzionale, all'accertamento giurisdizionale, opera indubbiamente con modalità differenti, posto che questo ha efficacia dichiarativa della realtà sostanziale, mentre quello ha costantemente effetti dispositivi. Per quanto parte della dottrina tenti di preservare il più possibile il collegamento con l'ambito semantico della dichiaratività, appare infatti difficilmente controvertibile che il negozio di accertamento esplica la funzione che gli è propria introducendo un *quid novi* sul piano dei rapporti sostanziali, ossia una nuova regola, che, dal punto di vista giuridico, è necessariamente distinta da quella preesistente ed accertata.

(B) Dal punto di vista della operatività pratica e, quindi, dei risultati conseguibili dai privati mediante la stipula del negozio di accertamento, si è visto che, esclusa la possibilità di ricostruire il negozio di accertamento come fondativo di un obbligo per il giudice, di ritenere la realtà giuridica così come le parti l'hanno definita, le utilità conseguibili a mezzo dell'accertamento negoziale non sono confrontabili con quelle garantite dall'accertamento giurisdizionale. L'analisi compiuta ha dimostrato, infatti, che, a mezzo del negozio di accertamento, le parti possono eliminare lo stato di incertezza delle proprie relazioni giuridiche sul piano del diritto sostanziale, senza tuttavia poter

¹⁰⁹ Si condividono le osservazioni di L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 126-127, la quale rileva che “non si contesta (...) il fatto che il negozio debba necessariamente introdurre una *novità*, ma piuttosto l'assunto (...) che tale regola senz'altro *nuova* debba anche essere *innovativa*, e che debba “per forza” operare un mutamento per c.d. “tangibile” nella “realtà empirica”. Non solo invece il *quid novi* introdotto dal nuovo negozio produce un mutamento (rappresentato, come già detto, dall'effetto preclusivo vincolante) esclusivamente sulla “realtà giuridica”, ma la regola posta con il negozio di accertamento è (...) nuova, pur se non “innovativa”. (...) Ciò vuol dire che si è in presenza di una situazione nuova, giuridicamente diversa da quella precedente, accertata, anche quando la nuova situazione si limiti a *riprodurre* quella preesistente”; in questo modo, già G.B. Ferri, *Decisione negoziale*, cit., 84; non dissimile è la ricostruzione di L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 34 ss.

¹¹⁰ Ci appare, dunque, contraddittoria la ricostruzione di M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 51 ss., specie 54-55; Id., *Accertamento (negozio di)*, cit., 235, laddove, da un lato, seppur debitamente precisando la portata dell'affermazione, assegna natura dichiarativa al negozio di accertamento, dall'altro lato, però, afferma che con ciò non si “vuole certo disconoscere che (il negozio di accertamento) costituisce una concorrente fonte di regolamento della situazione precedente”; in realtà, ci sembra, come già notato, che l'attributo della dichiaratività possa essere correttamente riferito alla funzione dell'accertamento negoziale, la quale tuttavia è attuata mediante uno strumento avente efficacia tipicamente costitutiva (per questa ricostruzione della posizione di Giorgianni, confronta, in specie, L. Bozzi, *Accertamento negoziale*, cit., 53 ss., specie 54-55).

escludere il giuridico rilievo della successiva contestazione; conseguentemente, nel caso in cui venga adito il giudice dello Stato, questo avrà cognizione diretta del rapporto sostanziale su cui è intervenuto l'accertamento privato. Ne discende che il negozio di accertamento non esplica alcuna efficacia preclusiva all'interno del processo: il giudice ha apprensione diretta della realtà giuridica preesistente all'accertamento e, in applicazione delle norme di legge ad essa ritenute applicabili, procederà ad un'autonoma qualificazione giuridica della fattispecie concreta e, dunque, alla dichiarazione dell'effetto giuridico che essa produce¹¹¹. Per rendersi conto dell'importanza di questa notazione, è sufficiente osservare che, quando è la sentenza passata in giudicato a rendere l'accertamento, è escluso che il secondo giudice possa operare un'autonoma valutazione della fattispecie concreta; qui, infatti, la regola del rapporto è già dettata dall'accertamento, e l'effetto di preclusione, che ad esso è proprio, impedisce che, nel secondo processo, venga nuovamente dichiarata la volontà di legge nel caso concreto.

14.

I risultati conseguiti non sono di certo originali; si pongono, infatti, nella scia dell'autorevole insegnamento, secondo cui i privati possono produrre effetti di accertamento vincolanti all'interno del processo, solo quando essi pongono in essere attività giuridica avente carattere non negoziale, e mai quando esercitano il potere di autonomia privata, il quale determina invariabilmente effetti costitutivi¹¹².

Ciò nondimeno, questi risultati sono particolarmente utili ai nostri fini, poichè offrono un saldo punto di partenza per l'indagine circa la natura e gli effetti del lodo. In base ad essi, infatti, è possibile affermare che se il lodo, come la tesi combattuta sostiene, è un negozio (quantunque di accertamento), da tale qualificazione discendono necessariamente due corollari, i quali, peraltro, non sempre sono stati resi espliciti dai sostenitori della tesi negoziale¹¹³; in particolare, è possibile osservare che: a) il lodo è un atto costitutivo, che determina effetti dispositivi sulla situazione

¹¹¹ O, quantomeno, accedendo ad una ricostruzione astratta, il giudice può sempre verificare che l'effetto giuridico prodotto non sia in contrasto con le norme inderogabili, quantunque, in questo caso, sia escluso il controllo in ordine alla fattispecie concreta produttiva dell'effetto (se, cioè, posta una determinata situazione di fatto, l'effetto accertato si sia effettivamente prodotto); tuttavia, come segnalato, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti negano l'ammissibilità nel nostro ordinamento di un negozio di accertamento astratto.

¹¹² Il rilievo dell'attività negoziale nel processo è, dunque, soltanto indiretta, poiché la cognizione del giudice non è direttamente condizionata dall'esercizio del potere di autonomia privata; in realtà, ciò che si può affermare è soltanto che l'accertamento giurisdizionale risulta condizionato dagli effetti di diritto sostanziale prodotti sulla situazione giuridica controversa dal potere di autonomia privata: ciò che vincola il giudice è, dunque, solo e soltanto la conformazione del rapporto sostanziale, su cui ha inciso l'autonomia privata, ma non già direttamente l'esercizio di questa; nel senso indicato: S. Satta, *Contributo*, cit., 43 ss.; C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 133; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 21 ss.

¹¹³ Invero, i corollari, che sono necessariamente implicati dalla qualificazione negoziale del lodo, non sempre sono adeguatamente esplicitati dai sostenitori della tesi negoziale; in altri termini, l'orientamento criticato non deduce le conseguenze che si pongono in rilievo nel testo, quantunque esse discendano necessariamente dalla premessa secondo cui la pronuncia degli arbitri ha natura di negozio giuridico.

sostanziale oggetto del procedimento arbitrale¹¹⁴; b) il lodo è un atto avente efficacia negoziale, che, in quanto tale, non è in grado di vincolare il giudice dei futuri processi sulla stessa situazione sostanziale già oggetto della pronuncia arbitrale o su quella da questa dipendente o incompatibile, a recepire la regolamentazione che di essa è stata fornita dagli arbitri all'esito del primo processo¹¹⁵; da ciò consegue, ad esempio, che il lodo di condanna al pagamento di una somma di denaro non più impugnabile non preclude al giudice di decidere nel merito la domanda di ripetizione dell'indebitto proposta dal debitore, o l'opposizione all'esecuzione da questo instaurata facendo valere l'inesistenza del credito o, ancora, di negare il diritto agli interessi rilevando l'inesistenza del credito al cui adempimento gli arbitri avevano condannato il debitore¹¹⁶.

¹¹⁴ Appare invero significativo notare che solo Salvatore Satta, ossia il più autorevole sostenitore della natura negoziale del lodo, chiaramente riconnette alla pronuncia degli arbitri effetti costitutivi ed innovativi sulla situazione sostanziale devoluta in arbitrato; per riferimenti: S. Satta, *Contributo*, cit., 98 ss., 152 ss. ove significativamente si legge che “la causa del compromesso resta così la costituzione di un rapporto attraverso l'arbitrio di un terzo; la sostituzione del precedente (incerto) rapporto, ne è il motivo; l'esclusione della lite, l'effetto” (*op. cit.*, 160; in modo analogo, in seguito, Id., *Commentario*, IV, 2, cit., 195 ss.). Per contro, analoga affermazione non è invece compiuta o, quantomeno, non è altrettanto chiaramente compiuta da altri sostenitori della tesi negoziale; tuttavia, dovrebbe essere chiaro, alla luce di quanto sin qui detto, che l'efficacia dispositiva-costitutiva si riconnette necessariamente al lodo, una volta che a questo sia riconosciuta la natura di negozio.

¹¹⁵ Assai significativa, a conferma dell'osservazione svolta, è la seguente pagina di L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, 4° ed., Milano 1923, 42: “La libertà civile dei singoli soggetti di diritto (...), in quanto si svolge nella sfera delle private convenzioni, garantisce senza dubbio la facoltà di deferire le controversie alla decisione di terzi, o, per meglio dire, di convenire che la volontà del terzo sarà accettata dalle parti a risoluzione del loro contrasto. Questa non è ancora la forma di un giudizio; perché alla volontà del terzo manca qualsiasi forza di coazione per imporsi alle parti contraenti. Sarebbe logica, e strettamente contenuta nei confini della libertà contrattuale, la applicazione dei principi generali del diritto delle obbligazioni, nel senso che la parte la quale, violando la promessa, ricusi di stare alla volontà del terzo, debba risarcire i danni derivanti dalla violazione del patto bilaterale, e possa essere costretta con azione giudiziaria ad adempierla. Provocata con tale azione, però, essa dovrebbe godere di libertà di difesa (...); in altre parole, l'esercizio dell'azione per l'adempimento del contratto di compromesso potrebbe rinnovare dinanzi al magistrato la discussione di tutta la controversia”; e, poco oltre, Mortara rileva che l'attribuzione al lodo di un'efficacia non inferiore alla sentenza statale è determinato “dalla necessità di dare al contratto una sanzione senza la quale l'esperienza attestava la quasi immancabile sua destinazione ad essere violato.”

¹¹⁶ Ciò è quanto, del resto, ci sembra riconosciuto da uno dei più autorevoli sostenitori della tesi negoziale, allorché afferma che il lodo, in quanto atto negoziale, determina effetti sostanziali, tra i quali, in specie “nasce per le parti l'obbligo di osservare la decisione arbitrale”; questa dottrina, peraltro, si preoccupa di precisare che a tale obbligo (sostanziale) consegue quello processuale di non contestare la regola dettata dagli arbitri “se non attraverso le impugnazioni previste dal codice di rito”, e conclude osservando che, a fronte di un lodo di condanna “la parte che riceve la prestazione non è esposta alla *repetitio indebiti*” (in questo modo, C. Punzi, *Disegno*, II, cit., 86; Id., *Disegno*, I, cit., 101-102 e, già in precedenza, in *L'efficacia*, cit., 18-19). Avverso tale prospettiva ci sembra sufficiente rilevare che: a) come già sottolineato in precedenza, l'obbligo di diritto sostanziale di osservare la regola dettata dal negozio non esclude la rilevanza della sua contestazione, e, dunque, la ineffettività a realizzare lo scopo di accertamento; b) l'effetto di accertamento non può, in ogni caso, essere desunto dalla possibilità di contestare il lodo solo tramite l'esperimento di mezzi di impugnazione tipici, sottoposti a termine decadenziale; non è infatti difficile dimostrare che ciò corrisponde alla nozione di giudicato formale (art. 324 c.p.c.), mentre l'effetto di accertamento implica la stabilità ed incontestabilità della regola enunciata (e non semplicemente dell'atto che la contiene) e risponde al concetto di giudicato sostanziale (art. 2909 c.c.); c) in definitiva, la prospettiva negoziale può, sulla base dell'art. 827, escludere che il lodo sia contestabile al di là dei limiti posti dalla previsione di mezzi di impugnazione tipici, il cui esercizio è sottoposto a termine decadenziale, ma non può in alcun modo escludere che il rapporto sostanziale oggetto del lodo sia nuovamente posto in contestazione e che su di esso si pronunci un secondo giudice; il che val quanto dire, in modo paradigmatico, che, a fronte di un lodo di condanna, nulla impedisce alla parte adempiente di agire per la ripetizione dell'indebitto. Del resto, sono i medesimi sostenitori della tesi negoziale a negare a chiare lettere che il lodo non più impugnabile possa assumere autorità di cosa giudicata (in questo modo, esplicitamente: S. Satta, *Contributo*, cit., 165-166; *Commentario*, IV, 2, cit., 314-315; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale*, cit., 45-46; C. Punzi,

Il percorso dell'indagine è dunque tracciato: esplicitate le conseguenze che sono necessariamente implicate dalla qualificazione in termini negoziali del lodo, si tratta ora di verificare la compatibilità di questa ricostruzione con le norme di diritto positivo che disciplinano il fenomeno arbitrale.

Ebbene, l'analisi che si principia dimostra che all'interno della disciplina del diritto dell'arbitrato sono presenti disposizioni, le quali attestano una sicura incompatibilità con la qualificazione del lodo quale atto di natura negoziale. Prima di procedere oltre sia consentita, però, un'ultima avvertenza: ci occuperemo delle sole disposizioni che contraddicono apertamente la possibilità di ritenere il lodo un atto negoziale, mentre lasceremo intenzionalmente da parte quelle norme che, pur fornendo chiara indicazione in senso opposto alla ricostruzione negoziale, nondimeno non presentano quel carattere di radicale incompatibilità che, a nostro avviso, è invece proprio delle disposizioni che saranno ora analizzate.

14.1

A seguito della riforma dell'arbitrato del 1994 (l. n. 25/1994), la proposizione della domanda arbitrale produce i medesimi effetti che conseguono alla domanda avanzata di fronte al giudice dello Stato. Sulla base del programma tracciato, si vuole qui porre in evidenza che, se non tutti, almeno alcuni tra questi effetti sono incompatibili con l'asserita efficacia negoziale del lodo, in specie avuto riguardo alla necessaria efficacia dispositiva della situazione giuridica controversa che, come detto, tale qualificazione postula¹¹⁷.

Appare invero difficile capire, sul piano logico prima che giuridico, quale utilità abbia attribuire alla domanda arbitrale quegli effetti che si ricollegano all'accoglimento della domanda giudiziale, se il lodo, alla stregua della ricostruzione negoziale, non accerta la volontà di legge nel caso concreto, né dichiara l'esistenza del diritto vantato, ma, piuttosto, in caso di pronuncia di accoglimento, dispone una nuova regolamentazione di interessi conforme alla prospettazione dell'attore, ritenuta corrispondente alla realtà giuridica preesistente¹¹⁸.

Questa osservazione necessita di essere opportunamente chiarita.

Disegno, I, cit., 101; Id., *Disegno*, II, cit. 82; Id., *L'arbitrato: fecondità e attualità*, cit., 762; G. Ruffini, "Efficacia di sentenza", cit., 470 ss.; E. Odorisio, *Prime osservazioni*, cit., 267 ss.).

¹¹⁷ Appare significativo notare che i sostenitori della tesi negoziale, proprio sulla base dell'assunto della natura ed efficacia negoziale del lodo, anteriormente alla riforma del 1994, escludevano la possibilità che alla domanda arbitrale potessero essere attribuiti gli effetti ricollegati alla domanda giudiziale e, tra essi, in particolare, gli effetti ricollegati alla pendenza del processo ed alla sua definizione con sentenza di merito; in questo senso, confronta: L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 46.

¹¹⁸ L'attitudine della domanda arbitrale ad avere gli effetti della domanda giudiziale è indicata quale "sintomo" dell'equivalenza tra lodo e sentenza, tra gli altri, da: S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 211; E.F. Ricci, *La "funzione giudicante" degli arbitri*, cit., 378; per considerazioni analoghe, anteriormente alla riforma del 1994, vedi Id., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. Proc.*, 1989, 655 ss., specie 662-663.

Si pensi, in termini concreti, alla seguente fattispecie. Il lodo che accerta il diritto di credito dell'attore, nella prospettiva della tesi negoziale, costituisce un nuovo rapporto obbligatorio tra le parti. Così stando le cose, non è chi non veda che non ha alcun senso prevedere l'effetto sospensivo della prescrizione per la durata del procedimento, atteso che il lodo non accerta il diritto fatto valere, ma crea, *ex novo*, un nuovo diritto di credito, in relazione al quale, ovviamente, non può che decorrere un nuovo termine di prescrizione dal momento in cui il lodo non è più impugnabile.

La tesi negoziale, conseguentemente, è incompatibile con l'art. 2945, comma 4, c.c., che prevede la sospensione del termine di prescrizione del diritto di credito durante la litispendenza arbitrale.

14.2

L'art. 816 *quinquies*, comma 3, introdotto dal d.lgs. 40/2006, prevede in modo espresso l'applicazione nel processo privato dell'art. 111 c.p.c.¹¹⁹. Questa previsione rivela l'incompatibilità della tesi negoziale con l'attuale conformazione positiva dell'istituto arbitrale sotto almeno tre profili¹²⁰.

A) L'art. 111 c.p.c. prevede che la sentenza pronunciata *inter partes* spieghi i suoi effetti anche nei confronti del terzo successore a titolo particolare nel diritto controverso. Alla luce della funzione assolta dall'art. 111 c.p.c. nel sistema processuale, è certo che tali effetti sono propriamente gli effetti di accertamento della pronuncia giurisdizionale: il terzo subisce gli effetti del giudicato, e, per tale ragione, non può contestare la regola enunciata dalla sentenza.

Così stando le cose, appare difficile non ammettere che la previsione della applicabilità dell'art. 111 all'interno del giudizio privato postula l'idoneità della pronuncia arbitrale al giudicato sostanziale, ciò che consente di escludere, sulla base delle premesse accolte, che il lodo abbia natura ed effetti di negozio¹²¹.

B) A prescindere dalla natura negoziale o di accertamento degli effetti che, in forza dell'art. 111, il lodo produce nei confronti del terzo, è in sé la previsione dell'estensione degli effetti *ultra partes* ad evidenziare un ulteriore profilo di incompatibilità con la tesi dell'efficacia negoziale del

¹¹⁹ Si deve peraltro segnalare che, già prima della novella, l'interpretazione prevalente, almeno a far data dalla riforma dell'arbitrato del 1994, ammetteva l'applicazione dell'art. 111 c.p.c. all'interno del procedimento arbitrale nonostante la mancanza di un'espressa previsione di legge in tal senso; in questo modo: E.F. Ricci, *Il lodo rituale*, cit., 674; L. Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova 1999, 121 ss., specie 125; R. Muroi, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo art. 816-quinquies c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 903 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, per l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. nel procedimento arbitrale, pur dopo la "svolta negozialista", confronta: Cass., 25 Luglio 2002, in *Foro It.*, 2002, I, 2919.

¹²⁰ In generale, per l'incompatibilità dell'applicazione dell'art. 111 c.p.c. con le tesi negoziali, confronta: R. Muroi, *La successione*, cit., 904 ss.

¹²¹ Sul punto, confronta R. Nazzini, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, 229 ss., specie 239, nota 20 e 240 nota 21 e, più recentemente, R. Muroi, *La successione*, cit., 904 ss.

lodo. Si deve osservare, infatti, che non appare conciliabile tale predetta efficacia *ultra partes* se l'atto i cui effetti vengono estesi al terzo ha natura negoziale: in tal caso, infatti, dovrebbe valere il disposto di cui all'art. 1372 c.c. e, più in generale, il principio per il quale, salve ipotesi tipiche e tassative, nella sfera del terzo il negozio produce effetti solo in quanto favorevoli, ferma restando, in ogni caso, la possibilità del rifiuto (arg. ex artt. 1333 e 1411 c.c.), o, comunque, il condizionamento dell'operare dell'effetto favorevole alla dichiarazione del terzo di volerne profittare (cfr. art. 1304 c.c.). In senso opposto, a nulla varrebbe obiettare che il secondo comma dell'art. 1372 fa salvi i casi in cui sia la legge ad estendere a terzi gli effetti del contratto *inter partes*; l'ambito di applicazione dell'art. 111 c.p.c., infatti, è generalizzato: da un lato, al terzo successore si estendono sempre gli effetti della sentenza (e, quindi, del lodo), siano essi favorevoli o sfavorevoli; dall'altro lato, questi effetti si producono nei confronti del terzo sulla base del solo presupposto dell'acquisto del diritto in relazione al quale opera l'accertamento, mentre gli effetti *ultra partes* dei contratti operano in modo specifico e tassativo in relazione a particolari diritti ed in occasione di determinate operazioni negoziali.

C) Non sembra, infine, che possa sfuggire l'incompatibilità della ricostruzione in termini negoziali del lodo con l'applicazione nel procedimento arbitrale dell'art. 111 c.p.c., alla luce del complesso meccanismo con il quale si ritiene che operi l'efficacia della sentenza nei confronti del terzo successore a titolo particolare nel diritto controverso.

Il quadro è così sintetizzabile: a) secondo alcuni, si assiste ad un fenomeno di legittimazione straordinaria, per cui il dante causa, parte originaria del processo, sta in giudizio, a seguito del trasferimento, in qualità di legittimato straordinario dell'avente causa, il cui diritto diviene oggetto del processo¹²²; b) secondo altri, invece, si è in presenza di un fenomeno di legittimazione ordinaria, posta l'irrelevanza nel processo del trasferimento operato sul piano sostanziale¹²³; c) infine, per altri ancora, l'art. 111 opera in modo differente a seconda che l'avvenuto trasferimento del diritto sia allegato in causa o meno: nel primo caso, se il successore non interviene, il dante causa diviene legittimato straordinario a far valere il suo diritto; nel secondo, invece, l'oggetto del processo rimane il diritto originario, e, conseguentemente, il dante causa è legittimato ordinario¹²⁴.

Ora, se si adotta la ricostruzione sub *a)* o, comunque, seguendo la tesi sub *c)*, si considerano i casi in cui vi è l'allegazione in causa dell'avvenuto trasferimento, l'operare dell'art. 111 c.p.c. nel procedimento arbitrale presenta non secondari profili di incompatibilità, ove si guardi ad esso come fenomeno negoziale. In tali ipotesi, infatti, la vicenda successoria, nel processo statale, dà luogo a

¹²² A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, 1219 ss., specie 1242.

¹²³ E', questa, la cd. teoria dell'irrelevanza, sostenuta, tra gli altri, da A. Attardi, *Diritto processuale civile*, cit., 328 ss. e da G. Verde, *Profili del processo civile. I. Parte generale*, 6° ed., Napoli 2002, 222 ss.

¹²⁴ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, 4° ed., Milano 2007, 365 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Profili Generali*, 5° ed., Padova 2006, 529 ss.

fattispecie di legittimazione straordinaria; nel procedimento arbitrale, invece, alla luce della ricostruzione in termini negoziali dell'istituto, il fenomeno non potrebbe che essere ricostruito quale fattispecie di rappresentanza sostanziale: ma appare chiaro che la legge non subordina l'operatività del meccanismo dell'art. 111 c.p.c. all'interno del processo arbitrale alla positiva verifica dell'avvenuta investitura, ad opera dell'avente causa, del dante causa del potere di rappresentanza.

Non minori profili di incompatibilità con la tesi negoziale si appalesano ove si ritenga che l'art. 111 c.p.c. dia luogo sempre (secondo la tesi *sub b*)), o, quantomeno, almeno talvolta (ove non vi sia allegazione nel processo dell'atto di trasferimento del diritto, secondo la tesi *sub c*)), a fenomeni di irrilevanza all'interno del processo delle modificazioni della realtà sostanziale. In questa prospettiva, nelle ipotesi in cui opera l'art. 111, il negozio di accertamento formato all'esito del processo arbitrale, non diversamente dalla sentenza del giudice statale, è per definizione difforme dalla realtà giuridica. Tra le due fattispecie vi è, però, una rilevante differenza: nel caso del negozio, a differenza della sentenza, il terzo successore a titolo particolare può sempre contestare l'effetto dichiarato *inter partes*, rilevando che esso non tiene conto dell'evoluzione dei rapporti sostanziali; ma ciò, con ogni evidenza, equivale a vanificare l'applicazione dell'art. 111 nel processo arbitrale¹²⁵.

14.3

Gli arbitri rituali possono e devono sollevare, anche d'ufficio, le questioni di legittimità costituzionale rilevanti e non manifestamente infondate delle norme di legge, di cui deve essere fatta applicazione per la decisione della controversia. Ciò è quanto si ricava in modo implicito, ma sicuro, dall'art. 819 *bis*, comma 1, n. 3, che, dando per presupposto il potere degli arbitri di rimettere alla Corte Costituzionale le questioni di sospetta incostituzionalità di una norma rilevante, dispone che, in caso di esercizio di siffatto potere, il procedimento arbitrale debba essere sospeso a norma dell'art. 23 l. n. 87/1953¹²⁶.

¹²⁵ Ancor più gravemente, rileva R. Muroi, *La successione*, cit., 907 che “se anche si accedesse per un momento alla tesi che intravede nel lodo un contratto (...) non si riuscirebbe comunque a spiegare la ragione dell'efficacia del lodo nei confronti di un terzo, che avrebbe allora acquistato il diritto, accertato dal lodo, in un momento anteriore, con conseguente piana applicazione del principio *prior in tempore potior in jure*.”

¹²⁶ Per un primo commento alla norma, sia consentito rinviare a S. Menchini – A. Motto, *Art. 819 bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1335 ss. Con la disposizione in parola, il legislatore ha recepito la soluzione già adottata nel 2001 dalla Corte Costituzionale: C. Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb.*, 2001, 657 ss., con commento di A. Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss., con osservazioni di R. Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; la sentenza è stata commentata anche da M. Esposito, *Si aprono le <<porte del cielo>>: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3757 ss.; F.P. Luiso- F. Auletta- B. Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C.cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 59 ss.; E.F. Ricci, *La “funzione giudicante” degli arbitri*, cit.; G. Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione*, in *Riv.*

Tale previsione è in stridente contrasto con la ricostruzione negoziale: se, infatti, il lodo è un contratto, che gli arbitri formano nell'esercizio dell'autonomia privata, non v'è alcuna ragione per la quale essi, differentemente da ogni altro privato, devono rimettere alla Consulta la norma di legge sospettata di incostituzionalità.

Occorre notare, a questo riguardo, che nessuna delle esigenze al cui soddisfacimento è preordinato l'incidente di costituzionalità si porrebbe se il lodo fosse veramente un contratto; ed invero: gli arbitri, non diversamente da ogni altro soggetto privato impegnato nella formazione di un atto negoziale, risolverebbero in proprio la questione di costituzionalità, procedendo, a seconda dei casi, alla disapplicazione o alla applicazione della norma; nel caso in cui, in un momento successivo, intervenisse una decisione della Consulta riguardo alla norma, la quale fosse nel senso opposto a quella adottata *incidenter* dagli arbitri, il regolamento negoziale dettato dagli arbitri potrebbe essere sicuramente rimosso.

In realtà, la previsione per la quale, di fronte alla norma rilevante per la decisione della lite sospettata di incostituzionalità, gli arbitri devono rimettere la questione alla Corte costituzionale, è intimamente connessa con l'esplicazione di una funzione giurisdizionale. Solo in questo caso, infatti, è necessario il rilievo dell'incidente di costituzionalità, poichè la regola di condotta sorge dall'applicazione della legge al caso concreto ed assume gli attributi della stabilità ed incontestabilità¹²⁷. Tutto cambia, invece, se, come la tesi negoziale postula, gli arbitri risolvono la lite disponendo della situazione sostanziale e dettando una regolamentazione di interessi avente efficacia negoziale; in questo caso, non vi è ragione, prima ancora che necessità, di postulare il rinvio pregiudiziale di costituzionalità: da un lato, non vi è applicazione della norma di diritto alla fattispecie concreta, ma creazione di un effetto negoziale; dall'altro, la regola così dettata, non essendo stabile ed incontestabile, può sempre essere rimossa, ove violi i precetti costituzionali¹²⁸.

trim. dir. proc. civ., 2002, 643 ss. L'ordinanza di rimessione è stata resa da Coll. arb. Napoli, 3 Luglio 2000, in *Riv. arb.*, 2000, 815 ss., con nota di F. Auletta, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*

¹²⁷ Per analoghi rilievi, confronta: A. Briguglio, *Merito e metodo*, cit., 668 ss.; E.F. Ricci, *La never ending story della natura negoziale del lodo*, cit., 567-568; in modo analogo, più di recente, B. Capponi, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 1, 43 ss.

¹²⁸ Sulla base di analoghi rilievi esclude, infatti, il rilievo incidentale della questione di costituzionalità nel procedimento arbitrale, argomentando sulla base della natura negoziale del lodo, L. Montesano, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, in *Riv. dir. Proc.*, 2000, 1 ss., specie 5 ss.; in senso contrario, pur partendo dal medesimo presupposto della efficacia negoziale del lodo rituale, G. Ruffini, *Arbitri, diritto costituzione*, cit., 272-273. Occorre tuttavia precisare che l'operatività retroattiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale, secondo la giurisprudenza consolidata, trova il fondamentale limite dei rapporti esauriti, ciò che può avvenire tanto in corrispondenza della formazione del giudicato, quanto per ragioni di diritto sostanziale, tra le quali, in specie, il decorso del termine prescrizione o decadenza previsto per l'esercizio del diritto, e, almeno secondo alcune pronunce, per effetto dell'avvenuta stipula di una transazione o di un negozio di accertamento.

14.4

Il combinato disposto degli artt. 819 e 819 *bis*, comma 1, n. 2, prevede che il procedimento arbitrale debba essere sospeso in presenza di situazioni giuridiche pregiudiziali, di competenza dell'autorità giudiziaria, da decidersi per legge con efficacia di giudicato. Questa previsione è incompatibile con la ricostruzione che attribuisce al lodo gli effetti di un negozio, poichè, se così fosse, nessuna ragione giustificerebbe l'arresto della procedura nei casi previsti¹²⁹. Premesso che, ai sensi degli artt. 819 e 819 *bis*, comma 1, n. 2, la sospensione opera solo se vi è necessità di decidere ad ogni effetto la situazione pregiudiziale di competenza dell'autorità giudiziaria; posto che gli arbitri possono conoscere *incidenter tantum* l'effetto pregiudiziale non compromettibile per il quale non sia prevista la decisione ad ogni effetto; è agevole dedurre che la *ratio* della sospensione risiede tutta e soltanto nella necessità di evitare che la situazione dipendente riceva una regolamentazione incompatibile con l'accertamento della situazione pregiudiziale. Ma è evidente che, se il lodo avesse effetti negoziali, tale rischio non vi sarebbe mai: il *dictum* degli arbitri sulla situazione dipendente sarebbe, infatti, sempre caducabile a seguito dell'intervenuto accertamento sul rapporto pregiudiziale con esso incompatibile.¹³⁰ Si pensi alla seguente fattispecie: nella controversia di petizione ereditaria deferita in arbitri cui sia pregiudiziale l'accertamento dello stato di figlio di una delle parti, gli arbitri potrebbero definire la lite; quando, in un momento successivo, si formasse un giudicato sullo *status* pregiudiziale incompatibile con la regola del lodo, questa sarebbe senz'altro rimuovibile, in quanto riguardo ad essa non sarebbero predicabili gli attributi della stabilità ed incontestabilità propri del giudicato sostanziale.

Queste considerazioni dimostrano che la regola della sospensione necessaria per pregiudizialità posta dall'art. 819 *bis*, comma 1, n. 2, è incompatibile con la tesi negoziale del lodo: invero, se il *dictum* arbitrale avesse gli effetti di un negozio, sarebbe rimuovibile ad opera del giudicato posteriore sulla situazione pregiudiziale e, in tal caso, non vi sarebbe, evidentemente, alcuna ragione di impedire *ex ante*, mediante la sospensione necessaria della procedura, la definizione della controversia dipendente: la successiva rimozione del lodo assicurerebbe di

¹²⁹ La stretta correlazione tra svolgimento di attività di giudizio, culminante con la formazione di un atto di accertamento, e sospensione del procedimento a ciò preordinato in attesa della definizione del processo su un oggetto pregiudiziale, è sottolineata da C. Vocino, *Sospensione del procedimento arbitrale per pregiudizialità penale*, in *Arb. App.*, 1969, 143 ss., specie 152 ss.; E.F. Ricci, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale*, cit., 1244, il quale, in linea generale, osserva che il problema dei rapporti tra l'arbitrato e il processo giudiziario in tanto "può porsi come oggetto di disciplina, in quanto si pensi che l'arbitrato ponga capo ad un lodo dotato di effetti di sentenza (...) Se si ritiene che l'arbitrato si conclude con un regolamento negoziale del rapporto controverso, un problema di rapporti con il processo giudiziario *non ha motivo di sorgere*" (*op. cit.*, 1243). Per la rilevanza della disciplina delle questioni pregiudiziali in arbitrato sul problema della natura del lodo, si veda ampiamente F. Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 239 ss.

¹³⁰ A conferma della correttezza di questi rilievi, si osserva che alcuni dei sostenitori della tesi negoziale, sulla base di analoghe considerazioni, escludono la sospensione del processo arbitrale per insorgenza di questione pregiudiziale non compromettibile: L. Montesano, *Questioni incidentali*, cit., 3 ss.; G. Ruffini, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*, in *Riv. arb.*, 2003, 533 ss., specie 537-538.

conseguire sempre il risultato avuto di mira dalla previsione del necessario accertamento ad ogni effetto della questione pregiudiziale.

14.5

L'asserita efficacia negoziale del *dictum* arbitrale è sotto più punti di vista incompatibile con il sistema delle impugnazioni del lodo di cui agli artt. 827 ss. c.p.c.¹³¹

14.5.1

(A) Se il lodo avesse efficacia negoziale dovrebbe essere soggetto alle impugnative contrattuali, o, quantomeno, esservi soggetto per quei vizi che la disciplina delle impugnazioni del lodo non considera¹³².

Non sembra, però, seriamente dubitabile che il *dictum* arbitrale possa essere oggetto esclusivamente dei mezzi di impugnazione previsti dall'art. 827 c.p.c., per i soli motivi di censura espressamente contemplati¹³³.

Appare estremamente significativo, ai fini dell'indagine che si sta conducendo, richiamare l'attenzione sulla circostanza che, tra i motivi di impugnazione per nullità, non ne figura alcuno diretto a dare rilievo a vizi verificatisi nella formazione della volontà degli arbitri. Questa esclusione è infatti decisiva nella direzione di escludere la natura negoziale del lodo.

Si è già avuto occasione di rilevare che, nella produzione di effetti giuridici in via di autonomia privata, causa efficiente del loro verificarsi è la manifestazione di volontà negoziale del soggetto; da ciò consegue che, ogni volta in cui la dichiarazione di volontà non si è correttamente formata o non è stata correttamente manifestata, l'ordinamento deve prevedere un mezzo di contestazione dell'effetto giuridico posto in essere, il quale non risulta congruente con la genuina intenzione del suo autore. Ovviamente, il mezzo di contestazione, e il rilievo del vizio della volontà, sono rimessi alla discrezionalità del legislatore, che può diversamente modularli e

¹³¹ Già F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 51 rilevava, pur senza approfondire la notazione, che la disciplina delle impugnazioni del lodo conferma che il lodo non è un atto negoziale, ma, al pari della sentenza, di accertamento.

¹³² In questo modo, in particolare, E.F. Ricci, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la Legge 9 Febbraio 1983*, n. 28, in *Riv. dir. Proc.*, 1983, 635 ss., specie 653.

¹³³ Ciò è quanto riconoscono, del resto, anche i sostenitori della tesi negoziale: S. Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 185; L. Montesano, *La tutela giurisdizionale*, cit., 45; C. Punzi, *Disegno*, I, cit., 106; Id., *Disegno*, II, cit., 83; Id., "Efficacia di sentenza", cit., 840-841; G. Ruffini, "Efficacia di sentenza", cit., 470 ss.; Id., *Sulla distinzione*, cit., 756 (il quale adotta, a tal fine, il concetto di efficacia *processuale* di sentenza del lodo, contrapposto a quello di efficacia *sostanziale* di negozio del lodo; l'opinione è condivisa da C. Punzi, "Efficacia di sentenza", cit., 840). In senso critico rispetto a tale orientamento, rilevando la correlazione necessaria tra natura dell'efficacia del lodo e natura dei mezzi di impugnazione avverso di esso spendibili, S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 79 ss.

Si deve tuttavia sottolineare che nell'orientamento che attribuisce al lodo efficacia negoziale non mancano prese di posizione in senso opposto a quello riferito; talvolta si è sostenuto, ad esempio, che il lodo possa sempre essere dichiarato nullo per violazione delle norme di ordine pubblico (in questo senso, C. Punzi, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 235 ss., specie 242 ss.). Quest'ultimo problema, a seguito della riforma del 2006 si presta, peraltro, ad essere oggetto di separata analisi, cui è riservato il paragrafo che segue.

configurarli; tuttavia, non può essere posto in dubbio che, al cospetto di un atto negoziale -di un atto, lo si ripete, attraverso il quale gli effetti giuridici si producono in quanto siano voluti dal suo autore-, il vizio della volontà deve avere una qualche rilevanza, seppur minima. Riportando tali considerazioni alla pronuncia degli arbitri, il problema che si pone è il seguente: se il lodo produce i propri effetti mercè la manifestazione di volontà negoziale, come negare alla parte un mezzo di impugnazione diretto a far valere l'errore rappresentativo o ostativo in cui siano incorsi gli arbitri? Appare invero necessario ammettere che, ove la regolamentazione di interessi creata dal lodo sia fondata su un errore inficiante la dichiarazione di volontà degli arbitri, questa possa essere rimossa. Ebbene, se, a questo punto, si pone mente al catalogo dei motivi di impugnazione per nullità del lodo, non è difficile rendersi conto che l'errore della volontà degli arbitri non è contemplato, il che val quanto dire che esso non è mai rilevante.

Ci sembra, quindi, di poter affermare che la circostanza della mancata previsione dell'impugnazione per vizio della volontà sia elemento decisivo avverso la qualificazione del lodo quale negozio ed a favore di una ricostruzione che prescindendo dall'autonomia privata quale fonte degli effetti giuridici del lodo¹³⁴.

Occorre peraltro notare che, in senso contrario a tale conclusione, a nulla varrebbe obiettare che, tra i motivi di impugnazione del lodo, ve ne sono alcuni previsti anche in materia di transazione¹³⁵. Il rilievo può considerarsi corretto, nella misura in cui pone in evidenza che all'identità di funzione assoluta da tali istituti -che è quella di risolvere una controversia- corrisponde una sovrapposizione dei vizi che inficiano la validità del risultato conseguito; non è invece corretto ove, sul dato di tale (parziale) coincidenza, voglia fondarsi un giudizio di comune natura negoziale dei due istituti. Invero, avverso un siffatto tentativo, appare sufficiente rilevare che: a) i medesimi vizi di cui è riscontrata la coincidenza tra lodo e transazione sono previsti anche in relazione alle sentenze, che, certamente, non sono atti negoziali; b) in ogni caso, con riferimento alla transazione, i motivi di impugnazione in considerazione sono ricostruiti quali vizi della volontà; essi, quindi, non inficiano il regolamento transattivo in quanto obiettivamente non corrispondente alla realtà giuridica e fattuale sulla quale interviene, ma solo e soltanto nella misura in cui l'errore sulla realtà

¹³⁴ La necessaria correlazione tra esercizio del potere di autonomia privata e sottoposizione del negozio posto in essere alle impugnative contrattuali è sottolineata, in particolare, da T. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori*, cit., 334 ss., il quale, coerentemente, ritiene che la pronuncia degli arbitri irrituali, in quanto dichiarazione costitutiva di un negozio di accertamento, sia soggetta alle impugnative contrattuali. In tempi più recenti, in questo senso, seppur pervenendo a soluzioni opposte quanto al regime del lodo libero (discendenti dalla diversa qualificazione dello stesso quale negozio o atto giuridico in senso stretto), vedi: M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 725; M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 246.

¹³⁵ In specie, il vizio concernente la falsità delle prove (art. 1973 c.c. e art. 395, n. 2), la scoperta di documenti decisivi (art. 1975 c.c. e 395, n. 3), l'esistenza di un giudicato anteriore (art. 1974 c.c. e 829, n. 8).

sostanziale abbia cagionato un'errata formazione della volontà negoziale, nel rispetto dei requisiti dell'essenzialità dell'errore e della sua riconoscibilità (artt. 1428, 1429, 1431 c.c.)¹³⁶.

14.5.2

(B) Se il lodo avesse efficacia negoziale, il *dictum* arbitrale contrastante con le norme imperative dovrebbe essere, al pari di un contratto, affetto da nullità, sempre rilevabile in via di azione o di eccezione, in quest'ultimo caso anche d'ufficio dal giudice.

Non sembra, però, che le cose stiano in questi termini: come è espressamente previsto a seguito della riforma dall'art. 829, comma 3, il lodo contrastante con l'ordine pubblico deve essere fatto oggetto di impugnazione per nullità nel termine perentorio di novanta giorni dalla notificazione o di un anno dall'ultima sottoscrizione; il vizio in considerazione costituisce, dunque, un motivo di impugnazione, suscettibile di sanatoria in mancanza dell'esercizio, ad opera della parte legittimata, dell'azione di impugnativa. Questa previsione, se il lodo avesse natura negoziale, sarebbe, invero, incomprensibile: se, infatti, le parti dettassero in via diretta una regola in contrasto con l'ordine pubblico, questa sarebbe nulla ai sensi dell'art. 1418 c.c., e, come tale, inefficace e non suscettibile di sanatoria; ove, invece, quella medesima regola fosse creata dagli arbitri, loro mandatari, nell'esercizio del medesimo potere negoziale, questa dovrebbe essere fatta oggetto di tempestiva impugnazione di parte, pena la sanatoria del vizio¹³⁷. Avremmo, dunque, una situazione paradossale, in cui il medesimo atto negoziale, produttivo degli stessi effetti contrastanti con l'ordine pubblico, sarebbe sottoposto a due regimi completamente differenti, in ragione della circostanza, invero, casuale, dei soggetti che quel regolamento contrattuale hanno posto in essere. In realtà, ci sembra che la circostanza che il lodo possa, in mancanza di tempestiva impugnazione di parte, produrre, in modo stabile ed incontestabile, effetti giuridici contrastanti con l'ordine pubblico, sia sintomo di una sua differente natura rispetto al negozio, che spiega il diverso trattamento della contrarietà con i principi dell'ordinamento nelle due ipotesi.

¹³⁶ In questo modo, vedi, con la massima chiarezza, G. Gitti, *L'oggetto*, cit., 293 ss., specie 295; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 141 ss. il quale osserva che “non è la divergenza della soluzione transattiva dalla situazione preesistente che rileva, ma appunto il vizio del processo formativo della volontà negoziale” (*op. cit.*, 142; per completezza, si deve tuttavia precisare che egli ricostruisce le fattispecie contemplate agli artt. 1972-1975 come errore sui motivi ed esclude la rilevanza del requisito della riconoscibilità dell'errore ai fini dell'annullamento). Infine, ad ulteriore conferma di quanto sostenuto nel testo, si deve rilevare che, almeno secondo parte della dottrina civilistica, la transazione è soggetta alle ordinarie impugnazioni negoziali previste dal codice civile nella parte generale sul contratto (così, G. Gitti, *L'oggetto*, cit. 270 ss.).

¹³⁷ Questo problema è avvertito, infatti, da un sostenitore della tesi negoziale, che, coerentemente, ritiene il lodo contrastante con l'ordine pubblico affetto da nullità assoluta, rilevabile in ogni tempo, sia in via di azione che di eccezione: C. Punzi, *Diritto comunitario*, cit., 242 ss. Tuttavia, come detto, la legge detta una regola opposta, sancendo che il contrasto con l'ordine pubblico costituisce motivo di impugnazione del lodo.

14.5.3

(C) L'impugnabilità del lodo per violazione di legge sostanziale (art. 829, comma 3) è incompatibile con la tesi dell'efficacia negoziale del lodo almeno per due ordini di ragioni.

Sotto un primo profilo, ed il punto appare dotato di portata decisiva, si deve notare che tanto la transazione, per effetto di disposizione espressa (art. 1969 c.c.), quanto il negozio di accertamento, in via interpretativa, non sono impugnabili per errore di diritto¹³⁸. Tale dato non può che apparire sorprendente, se lo si guarda dalla prospettiva dell'efficacia negoziale del lodo: il negozio di composizione della lite formato direttamente dalle parti non è censurabile per errore di diritto, mentre lo è se è formato da loro mandatarî. Ma non solo: il lodo irrituale -che, lo si ricorda, per i sostenitori della tesi negoziale condivide la medesima natura del lodo rituale, dal quale differisce per la sola circostanza, invero estrinseca, dell'attributo di eseguibilità-, secondo la giurisprudenza e la dottrina consolidate, non è censurabile per errore di diritto¹³⁹; questo orientamento, peraltro, appare oggi confermato dal nuovo art. 808 *ter*, comma 2, che, tipizzando i motivi di impugnazione del lodo irrituale, non contempla la violazione delle norme di diritto sostanziale¹⁴⁰.

In definitiva, seguendo la tesi criticata, si perviene alla conclusione, invero di difficile giustificazione, che il lodo formato dagli arbitri rituali è il solo, tra i negozi *ad finiendas lites*, censurabile per violazione delle norme sostanziali.

¹³⁸ Sul punto, quanto alla transazione, per tutti confronta: F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 150 ss. (il quale esclude anche la rilevanza dell'errore di fatto); in relazione al negozio di accertamento, negano la rilevanza dell'errore di diritto: T. Ascarelli, *Arbitri e arbitratori*, cit., 328-329; M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 112-113; Id., *Accertamento (negozio di)*, cit., 240; E. Del Prato, *Transazione*, cit., 819 ss.; F. Gazzoni, *Manuale*, cit., 825. In senso parzialmente diverso, vedi, però, le considerazioni critiche di G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, 114 ss., tese ad ampliare la rilevanza anche dell'errore di diritto nella conclusione del contratto di transazione e di L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 49 ss., favorevole all'impugnabilità del negozio di accertamento per errore.

¹³⁹ Dal punto di vista sistematico, questo orientamento appare coerente con quell'opinione, autorevolmente sostenuta, e anche di recente ribadita, che ricostruisce l'arbitrato libero come arbitraggio nel negozio di accertamento; per gli opportuni riferimenti circa la disputata natura del lodo libero, si rimanda alle indicazioni contenute, *supra*, alla nota 75. In giurisprudenza è fermo l'indirizzo che esclude l'impugnabilità del lodo irrituale per errore di diritto, al pari della transazione e del negozio di accertamento, sulla base della premessa che il lodo libero, in quanto manifestazione di volontà negoziale, è impugnabile nei limiti e nelle forme di qualsiasi altro negozio giuridico (e, dunque, in specie, per vizi che abbiano alterato il processo formativo della volontà); per riferimenti, vedi: Cass., 17 Agosto 2004, n.16049; Cass., 18 Maggio 2004, n. 9392; Cass., 24 Febbraio 2004, n. 3614; Cass., 16 Maggio 2003, n. 7654; App. Milano, 24 Maggio 1994; Trib. Perugia, 13 Marzo 1996; Trib. Bologna, 28 Marzo 1996; in dottrina, per la non impugnabilità del lodo irrituale per *error in iudicando*, vedi, per tutti: M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, cit., 711, 721-722; M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 246 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti; in senso opposto, per la rilevanza dell'errore di diritto, vedi: E. Fazzalari, *I processi arbitrali*, cit., 474-475; G. Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. Proc.*, 1987, 14 ss., specie 21 ss.

¹⁴⁰ A questo proposito occorre svolgere la seguente precisazione: non appare possibile ritenere che l'*error in iudicando de iure* possa assumere rilevanza ai sensi del n. 4 del comma 2 dell'art. 808 *ter*, che prevede l'annullabilità del lodo libero "se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo". Se, infatti, è evidente che le parti possono imporre agli arbitri regole attinenti ai criteri di valutazione, ciò non significa che la violazione di tali criteri costituisca un'ipotesi di *error in iudicando*; in realtà, mediante l'impugnazione al giudice dello Stato non è deferito il controllo relativamente alla corretta interpretazione e/o applicazione del criterio di valutazione, ma solo la violazione della volontà delle parti, che può emergere al più da una "manifesta" erroneità del responso, la quale si configura, dunque, quale ipotesi di eccesso di potere (in questo senso, M. Bove, *Art. 808 ter, in Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1182 ss., specie 1195-1196).

Ma non è tutto. La previsione della impugnabilità del lodo rituale per *errores in iudicando de iure* suscita ulteriori, più dirimenti, considerazioni avverso la tesi della natura negoziale del lodo¹⁴¹.

Per rendersi conto di ciò, è sufficiente por mente alle ragioni che giustificano l'esclusione dell'impugnazione per errore di diritto della transazione e del negozio di accertamento; esse, infatti, sono intimamente connesse, da un lato, alla causa che contraddistingue tali operazioni contrattuali e, dall'altro, alla circostanza che la funzione è assolta mediante lo strumento negoziale. Più precisamente, si deve osservare che lo scopo perseguito dai contraenti -nell'un caso, la risoluzione della lite mediante reciproche concessioni e, nell'altro, il superamento della situazione di incertezza riguardo al modo d'essere di una relazione giuridica- sarebbe invero frustrato dalla possibilità di far valere l'erroneo apprezzamento delle norme di diritto applicabili alla realtà giuridica preesistente: mediante la transazione o il negozio di accertamento le parti superano la situazione transatta o quella accertata, dettando, in sua vece, una regolamentazione di interessi nuova e diversa (e, sia detto incidentalmente, poco conta, da questo punto di vista, che, nella transazione, questa scaturisca da reciproche concessioni rispetto alle pretese delle parti e, nel negozio di accertamento, discenda dall'apprezzamento della conformità della situazione sostanziale creata a quella preesistente ed incerta)¹⁴². La nuova regola vincola le parti in quanto è voluta, e non in quanto operi la corretta qualificazione della fattispecie su cui interviene: condizione per la valida realizzazione dell'effetto non è che l'attività preordinata alla sua produzione si sia svolta nel rispetto delle regole che la disciplinano, bensì che esso sia l'effetto alla cui realizzazione era diretta la manifestazione di volontà delle parti. E' proprio il fatto che la situazione di lite o di incertezza sia superata mediante la posizione di una nuova regola pattuita dalle parti, ad escludere che possa rilevare l'errata qualificazione giuridica della realtà preesistente: la nuova regola sostanziale non può essere giusta o ingiusta; essa è per definizione giusta, perchè è voluta, in quanto su di essa si incontrano le reciproche manifestazione di volontà: ciò che rileva, in definitiva, è la regola creata dalla volontà, e non la regola trovata in applicazione della legge.

Alla luce di queste considerazioni ben si intende che la previsione della sindacabilità per violazione della legge sostanziale assume una rilevanza assolutamente centrale nel discorso sulla natura del lodo. La previsione di tale motivo di impugnazione dimostra che la validità del *dictum* arbitrale è condizionata alla corretta applicazione delle norme di diritto alla situazione sostanziale controversa, il che, alla stregua di quanto si è osservato, val quanto dire che il lodo non detta una nuova regolamentazione di interessi, ma accerta il rapporto giuridico preesistente tra le parti,

¹⁴¹ In questo senso, di recente, anche S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 207-208.

¹⁴² Il rilievo è pacifico; al riguardo, per tutti, si rinvia a: F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 160; R. Sacco, *Il contratto*, cit., 661, nota 4.

dichiarando la volontà di legge nel caso concreto¹⁴³. Se, invece, il lodo contenesse una regola dettata nell'esercizio del potere di autonomia negoziale, questa si sovrapporrebbe alla situazione preesistente, rendendola irrilevante: la regola corretta sarebbe, invero, la regola creata, in quanto su di essa si è formato il consenso¹⁴⁴. Laddove, invece, come nel caso del lodo, la validità dipende dalla corretta applicazione delle norma di diritto alla fattispecie concreta –quindi, dalla correttezza del giudizio svolto–, significa che non vi è posizione di una nuova regola, mediante l'esercizio del potere dispositivo, ma dichiarazione della regola già esistente e soggetta a contestazione¹⁴⁵.

Il secondo profilo di incompatibilità, cui si era accennato, attiene alla possibilità di censurare, ex art. 829, comma 3, il lodo per ogni violazione di diritto sostanziale: quindi, per violazione non delle sole norme imperative, ma anche delle norme a carattere dispositivo. Ciò significa che gli arbitri, nel pronunciare il lodo, in modo identico ai privati nell'esercizio del potere negoziale, non possono derogare le norme imperative, ma, a differenza di questi, non possono derogare neppure alle norme di carattere dispositivo. Orbene, anche sotto tale profilo si evidenzia un'incompatibilità tra lodo e negozio: il primo è valido se conforme alle norme di diritto, siano esse

¹⁴³ In questo senso, vedi: F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 25-26, 159-160, il quale, a significativa conferma di quanto da noi osservato, rilevava che “l’irrevocabilità (lato sensu) della transazione, che deriva dall’irrelevanza dell’errore sul caput controversum, nonostante il tradizionale accostamento all’irrevocabilità della sentenza (...) contrasta con la pretesa natura dichiarativa o accertativa della transazione e costituisce conferma della sua natura dispositiva” (*op. cit.*, 160); già R. Nicolò, *Il riconoscimento*, cit., 420, osservava, del resto, che “la possibilità dell’impugnativa per errore dimostra precisamente che un intento dispositivo va escluso. Se fosse il riconoscimento la fonte di un nuovo rapporto certo da mettersi al posto del rapporto originario, esso come nuova fonte di diritti e obblighi non potrebbe essere impugnato nel caso di un errore che importi una divergenza fra il rapporto originario e il rapporto nuovo”; in tempi recenti, in questo senso, anche L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, cit., 30, secondo cui l’art. 1969 c.c., nell’escludere la impugnabilità della transazione per errore di diritto sul *caput controversum*, poiché impedisce qualsiasi riesame del dato originario su cui la pattuizione transattiva interviene, enuncia “un principio incompatibile con qualsiasi operazione dichiarativa.”

¹⁴⁴ In questo senso, infatti, S. Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 195 ss., 297 ss., il quale nega che il giudicare secondo diritto degli arbitri sia la stessa cosa del giudicare secondo diritto del giudice dello Stato: il diritto degli arbitri è diverso dal diritto del giudice, in quanto i primi, per volontà delle parti, creano diritto, e non si limitano alla dichiarazione nel caso concreto della volontà di legge astratta; pertanto, conclude Satta, “dove, a nostro avviso, il giudizio secondo diritto acquista un significato e un valore è nei vincoli che la legge impone alla formazione del giudizio (...) sotto questo aspetto si può dire che non senza ragione l’errore di diritto, previsto dall’art. 829, sia stato visto da qualcuno (...) come un errore *in procedendo*” (*op. cit.*, 300); in caso contrario, infatti, afferma ancora Satta “si potrebbe profilare una contraddizione con quanto abbiamo detto sulla esclusione della giurisdizione nel lodo arbitrale” (*op. cit.*, 325; in modo analogo, poco oltre, *op. cit.*, 336-337).

¹⁴⁵ Affermava, infatti, S. Satta, *Contributo*, cit., 97 che “il giudizio contenuto nella sentenza ha per oggetto la volontà stessa della legge, che traduce da astratta e generale in concreta e particolare (...) il comando del giudice non è in ogni caso un comando autonomo, ma presuppone un comando anteriore, del quale contiene in primo luogo un accertamento. Se così è, la contraddizione col lodo arbitrale tipico si rivela a prima vista: nessun comando preesistente ha da accertare l’arbitro; egli deve soltanto esprimere un giudizio, trovando in se stesso, insindacabilmente, le fonti della decisione; e se anche questo giudizio dovesse essere un comando, questo comando sarebbe sempre autonomo; sarebbe cioè, più che l’affermazione, la negazione del diritto”; tali affermazioni, poi, rimangono valide anche rispetto al lodo di diritto, ove non vi è del pari alcuna applicazione della legge, la quale non rappresenta nulla più di un criterio di valutazione, consistente in una “limitazione pura e semplice del libero arbitrio degli arbitri” (*op. cit.*, 103); anche in tal caso, quindi, “di accertamento giudiziale non si può in nessun caso parlare” (*op. cit.*, 105), poiché “il giudizio, a differenza che nella sentenza del giudice, dove esso ha parte costitutiva, se non addirittura esclusiva, si attegga semplicemente a causa della dichiarazione di volontà dell’arbitro” (*op. cit.*, 164-165).

imperative o dispositive; il precetto posto dall'autonomia privata, invece, fermo il rispetto per le norme imperative, ben può produrre effetti giuridici in deroga alla previsione di legge dispositiva.

A conferma della correttezza di tali rilievi, basti osservare che Salvatore Satta, in ragione dell'efficacia negoziale e dispositiva degli interessi sostanziali del lodo, esplicitamente riconosceva agli arbitri il potere di validamente produrre effetti giuridici difformi da quelli che essi avrebbero dovuto dichiarare in applicazione delle norme di diritto¹⁴⁶; ma appare evidente che, a norma dell'art. 829, comma 3, costituisce motivo di impugnazione del lodo tanto la violazione di norma imperativa che quella concernente norme dispositive¹⁴⁷. Anche da questo punto di vista emerge con chiarezza, dunque, la incompatibilità della tesi negoziale con i dati di diritto positivo disciplinanti l'istituto arbitrale: se il lodo fosse negozio, esso sarebbe soggetto esclusivamente al rispetto del limite esterno costituito dalle norme inderogabili. Ed appare appena il caso di sottolineare che, in questa prospettiva, la violazione delle norme imperative dovrebbe ritenersi sanzionabile direttamente a norma dell'art. 1418 c.c., senza la necessità di una previsione specifica, quale quella dettata all'art. 829, comma 3.

14.5.4

(D) E' incompatibile con la tesi dell'efficacia negoziale del lodo la previsione del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 8, che sanziona il vizio di contrarietà ad un precedente lodo non più impugnabile o ad una sentenza passata in giudicato.

Questa disposizione è stata talvolta valorizzata a sostegno della tesi negoziale, rilevandosi, da parte di alcuni, la differente terminologia utilizzata dal legislatore: il precedente lodo è definito come “non impugnabile”, mentre per la sentenza anteriore si fa riferimento al suo passaggio in giudicato¹⁴⁸. Tuttavia, non sembra corretto riferire al dato letterale l'importanza decisiva che la tesi criticata vi assegna; invero, come si cercherà di dimostrare, la previsione del vizio in esame sta a dimostrare proprio il contrario, ovvero che il lodo non più impugnabile non può avere gli effetti di un negozio¹⁴⁹.

¹⁴⁶ S. Satta, *Commentario*, IV, 2, cit., 195 ss., specie 196-197, 297 ss..

¹⁴⁷ Tant'è che le parti, se vogliono mettere fuori gioco le norme dispositive, devono autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità, il che vale a dire, ad utilizzare un parametro di giudizio almeno parzialmente diverso dal sistema delle norme di fonte statuale (art. 822); il che, a ben vedere, è esattamente quanto avviene nel giudizio di fronte all'autorità giudiziaria, ove il giudice, fatti salvi i casi di cd. di equità necessaria, pronuncia secondo il regolo lesbio solo se le parti lo richiedono (art. 114).

¹⁴⁸ C. Punzi, *Disegno sistematico*, II, 82-83; Id., *L'efficacia*, cit., 15; Id., “*Efficacia di sentenza*”, cit., 838, il quale osserva che, in modo analogo all'art. 829, comma 1, n. 8, anche l'art. 2945, comma 3, c.c., nel disciplinare l'effetto sospensivo della prescrizione, stabilisce che questa non corre dal momento della domanda di arbitrato “sino al momento in cui il lodo che definisce il giudizio non è più impugnabile o passa in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione.”

¹⁴⁹ In questo senso, da ultimo, anche alla luce della nuova formulazione del vizio in esame dettata dal d.lgs. 40/2006, confronta: E. Marinucci, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 1177 ss., specie 1192-1193.

La dimostrazione di tale affermazione deve procedere separatamente per le due fattispecie di invalidità contemplate dall'art. 829, comma 1, n. 8 e, dunque, per il vizio di contrarietà del lodo a precedente lodo non più impugnabile e per il vizio di contrarietà a precedente sentenza passata in giudicato.

Sotto il primo profilo, l'alternativa che si presenta è netta: o il *dictum* arbitrale ha un'efficacia diversa da quella dell'atto negoziale, ed allora il motivo di impugnazione in esame assume significato; oppure produce gli effetti di un negozio ed è privo di senso aver previsto la contrarietà a precedente lodo non più impugnabile quale vizio di invalidità del lodo.

Le fattispecie in cui tale contrarietà ricorre sono le ipotesi in cui il secondo lodo ha ad oggetto lo stesso diritto già deciso o quello con esso incompatibile, oppure, almeno secondo alcuni, un diritto dipendente¹⁵⁰. Ebbene, se la pronuncia arbitrale avesse natura negoziale, non sarebbe possibile conferire rilievo all'obiettiva contrarietà del secondo lodo al lodo anteriore. Invero, al cospetto di atti negoziali non si può avere mai, per definizione, contrarietà della seconda pattuizione rispetto alla prima, semplicemente perchè il secondo negozio detta una nuova e diversa regolamentazione di interessi, che si sostituisce a quella in essere; tutt'al più, nella misura in cui la ricorrenza del primo negozio rilevi nella formazione della volontà diretta alla conclusione del secondo, si potrebbe parlare, ove ne siano integrati i presupposti, di errore della volontà: ma è chiaro che, così operando, ad essere sanzionata non è certo l'obiettiva contrarietà del secondo regolamento negoziale rispetto al primo, bensì il vizio della volontà che ha dato vita al secondo negozio.

Le gravi conseguenze che discendono dall'applicazione di tali principi all'arbitrato, sulla base del presupposto della natura negoziale del lodo, possono essere agevolmente poste in luce mediante un esempio. Un primo lodo, ormai non più impugnabile, dichiara che Tizio è creditore di una certa somma nei confronti di Caio; un secondo lodo, sempre tra le stesse parti, dichiara che il credito di Tizio in realtà non esiste, oppure che è di diverso ammontare. Ebbene, se il primo lodo fosse un negozio, esso, come detto, detterebbe una certa regolamentazione di interessi, assumendone la conformità alla realtà giuridica preesistente; ora, proprio perchè di negozio si tratta, nulla impedirebbe che, nel secondo processo al cui interno sia stato fatto valere il primo lodo, gli arbitri, assumendo l'erroneità della regolamentazione di interessi dettata rispetto alla realtà giuridica, procedessero ad una nuova valutazione della situazione sostanziale intercorrente tra le

¹⁵⁰ In verità, è dubbio che la contrarietà e precedente lodo, così come la revocazione per contrasto di giudicato (395, n. 5), trovino applicazione anche in presenza di pregiudizialità-dipendenza, nel caso in cui nel secondo processo sull'effetto dipendente non sia richiesto l'accertamento ad ogni effetto del rapporto pregiudiziale.

parti, ed enunciassero una nuova regola del rapporto giuridico, la quale andrebbe a sovrapporsi a quella disposta dal primo lodo¹⁵¹.

Non è chi non veda, però, che il motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 sanziona in quanto tale, ossia nella sua rilevanza oggettiva, la contrarietà del secondo lodo al primo. Non conta che la regola di condotta enunciata dal primo lodo sia giusta o sbagliata, rileva soltanto la contrarietà del secondo lodo rispetto ad essa; quanto statuito dal primo lodo non può essere superato né in via diretta, mediante la sua rimozione, né in via indiretta, ad opera di un lodo comportante una differente disciplina della medesima fattispecie concreta. Da tali considerazioni discende, in via di stretta necessità logica, che il lodo non più impugnabile produce un effetto di accertamento, il che ci conduce direttamente, secondo le premesse poste, a negare che esso abbia natura negoziale¹⁵².

Veniamo ora alla seconda ipotesi di invalidità contemplata dall'art. 829, comma 1, n. 8, consistente nel vizio del lodo per contrarietà con una precedente sentenza passata in giudicato. A questo riguardo si deve osservare che, se il lodo è negozio, nessuna ragione giustifica che esso sia fulminato con l'invalidità in ragione della sua obiettiva difformità all'accertamento giurisdizionale¹⁵³. Invero, nessuno dubita che un negozio *inter partes* possa intervenire, successivamente al giudicato, a regolare in modo differente dall'accertamento reso la relazione sostanziale oggetto della sentenza; per quale ragione, dunque, il lodo non potrebbe fare altrettanto?

In significativa consonanza con questo assunto, si noti che l'art. 1974 c.c. prevede l'annullabilità della transazione stipulata successivamente alla sentenza passata in giudicato a patto che dell'accertamento una o entrambe le parti non avessero conoscenza, mentre il vizio del lodo sanzionato all'art. 829, comma 1, n. 8, presuppone che il giudicato anteriore fosse tra gli atti di causa, e, quindi, fosse conosciuto dagli arbitri. Il raffronto impostato evidenzia che il precedente giudicato, rispetto ad un successivo negozio, non rileva per la sua obiettiva contrarietà rispetto alla

¹⁵¹ In modo analogo, seppure con argomentazioni riferite alla transazione, confronta: A. Scala, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001, 201 ss. Si deve tuttavia precisare che l'A. nega di poter pervenire alle medesime conclusioni rispetto al negozio di accertamento, argomentando dal presupposto, da noi non condiviso, che il negozio di accertamento non determina una sostituzione dei rapporti delle parti (*op. cit.*, 207-208, nota 117). A nostro avviso, ove si volesse accedere alle ricostruzioni che negano che il negozio di accertamento determina una nuova regolamentazione di interessi intorno al medesimo bene giuridico, ed affermano che la fonte dei rapporti tra le parti rimane il rapporto-base, costituendo il negozio di accertamento un obbligo di secondo grado a ritenere la realtà giuridica così come è stata accertata, le conclusioni sarebbero anche di maggiore gravità: in tal caso, infatti, nel secondo procedimento arbitrale gli arbitri potrebbero pervenire ad una diversa dichiarazione dei rapporti tra le parti, senza necessità di rimuovere preventivamente il primo lodo, ma direttamente fornendo una diversa ricostruzione del rapporto-base, sulla cui regolamentazione il primo lodo non ha inciso.

¹⁵² Significativa conferma di tale conclusione si trae, a contrario, dalle considerazioni di S. Satta, il quale, proprio sulla base dell'efficacia costitutiva-dispositiva del lodo negava ad esso l'attributo della cosa giudicata, osservando che "è da escludere che la sentenza dell'arbitro contenga un'affermazione del diritto preesistente: essa è invece creativa, costitutiva del diritto o del rapporto giuridico. Come dunque il comando della legge rispetto al secondo giudice può valere per un accertamento del diritto che non fu mai fatto?" (così, S. Satta, *Contributo*, cit., 166).

¹⁵³ In questo senso, confronta: E.F. Ricci, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale*, cit., 1242; S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 210

pattuizione privata, ma in quanto in relazione ad esso si sia verificato un vizio della volontà negoziale; per contro, rispetto al lodo, in modo del tutto simile alla sentenza, ad essere sanzionata è proprio e soltanto la sua obiettiva contrarietà ad un precedente giudicato, conosciuto agli arbitri¹⁵⁴. Ancora una volta, dunque, ci troviamo al cospetto di una previsione di legge incompatibile con la tesi dell'efficacia negoziale del lodo, ma che, invece, è del tutto coerente con l'attribuzione al *dictum* degli arbitri di effetti di accertamento della realtà giuridica preesistente, il quale è invalido se contrario ad un precedente giudicato che ha già dichiarato, in modo stabile ed incontestabile, la obiettiva consistenza della fattispecie sostanziale.

Infine, a chiusura di queste osservazioni, appare significativo rilevare che l'art. 829, comma 1, n. 8 dispone, in modo identico, l'invalidità del lodo contrario a precedente lodo non impugnabile o a sentenza passata in giudicato; la norma, dunque, istituisce una piena equivalenza di effetti tra la pronuncia arbitrale e la sentenza, invero di difficile giustificazione ove si trattasse di due atti aventi natura ed effetti eterogenei¹⁵⁵.

14.5.5

(E) La previsione dell'opposizione di terzo tra i mezzi di impugnazione del lodo (art. 827, comma 1, e art. 831, comma 3) è incompatibile con la tesi che attribuisce ad esso efficacia negoziale¹⁵⁶.

L'opposizione di terzo è il mezzo di impugnazione riservato a chi non è stato parte del processo avverso l'accertamento compiuto dalla sentenza pronunciata tra altre parti; in questo senso, l'opposizione di terzo, sia essa ordinaria (art. 404, comma 1) o revocatoria (art. 404, comma 2), è un mezzo necessario di tutela del terzo, in quanto gli consente di rimuovere l'accertamento formato tra altre parti, i cui effetti cagionano un pregiudizio, nell'un caso di mero fatto, nell'altro propriamente giuridico, nella sua sfera giuridica.

¹⁵⁴ Una differenza tra il lodo e la sentenza risiede in ciò, che mentre entrambi sono impugnabili per violazione del giudicato prodotto in causa (rispettivamente *ex* art. 829, comma 1, n. 8 e *ex* 360, comma 1, n. 3), soltanto l'atto giurisdizionale è sanzionabile per contrarietà ad un precedente giudicato non dedotto nel processo, ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 5 (tuttavia, per l'estensione della revocazione del lodo anche a tale vizio, G. Tarzia, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 631 ss.).

¹⁵⁵ In questo modo: S. Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale*, cit., 779; E.F. Ricci, *La "funzione giudicante"*, cit., 379; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, 4° ed., Milano 2007, 437, il quale, peraltro, molto significativamente, nota che "l'applicazione della norma in esame alle ipotesi in cui nel processo arbitrale non è stato prodotto il precedente lodo o la precedente sentenza comporta la prevalenza del lodo (...) sulla decisione anteriore con cui si trova in contrasto, a prescindere dalla circostanza che si tratti di un altro lodo o di una sentenza. Ciò costituisce un'ulteriore conferma (indiretta) della perfetta equiparazione degli effetti di un lodo a quelli di una sentenza."

¹⁵⁶ In questo senso confronta, in specie: S. Menchini, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Riv. arb.*, 2002, 289 ss., specie 297-298; B. Sassani, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 199 ss., specie 203 ss.; S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 211-212; per la necessaria correlazione tra efficacia di accertamento del lodo ed opposizione di terzo, vedi, già in precedenza, E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., 674 ss., specie 679 ss.

La previsione di tale mezzo di impugnazione è incompatibile con la ricostruzione che assegna al lodo efficacia negoziale.

Da un primo punto di vista, si può osservare che, se il lodo avesse efficacia negoziale, il terzo dovrebbe avere nei confronti del lodo gli ordinari strumenti di tutela previsti dal diritto sostanziale avverso il contratto concluso *inter alios*¹⁵⁷. In particolare, riguardo alle fattispecie sostanziali in ordine alle quali, ove siano oggetto di accertamento giurisdizionale, viene in considerazione l'opposizione *ex art. 404*, comma 1, il terzo potrebbe agire in via ordinaria facendo valere il proprio diritto autonomo, prevalente ed incompatibile (o in via di accertamento negativo dell'altrui diritto), e per la declaratoria di inefficacia del negozio concluso *inter pauciores*; la previsione dell'opposizione di terzo, invece, esclude tale possibilità ed impone al terzo, al fine di impedire l'esecuzione del lodo *inter partes*, di avvalersi di tale mezzo di tutela, il cui tratto caratteristico è la rimozione dell'accertamento intervenuto tra altre parti¹⁵⁸.

Da un secondo punto di vista, e, in particolare, con riferimento all'opposizione di terzo revocatoria, è possibile osservare che tale mezzo di impugnazione è dato al terzo per sottrarsi all'efficacia di giudicato (e, quindi di accertamento) che la sentenza emessa tra altre parti esplica, in via riflessa, anche nei suoi confronti¹⁵⁹. Già tale rilievo sembra sufficiente a dimostrare la incompatibilità di questa previsione con l'attribuzione al lodo dell'efficacia negoziale.

Alcune ulteriori riflessioni sembrano tuttavia opportune, anche allo scopo di chiarire ulteriormente il nostro pensiero.

Se si accede ad una concezione ampia degli effetti riflessi della sentenza, si postula che la platea dei terzi soggetti agli effetti del giudicato è composta da tutti i titolari di rapporti

¹⁵⁷ E. F. Ricci, *La "funzione giudicante" degli arbitri*, cit., 379-380 sottolinea che la impugnabilità mediante l'opposizione di terzo ordinaria del lodo è incompatibile con la ricostruzione dello stesso come negozio, rilevando che tale mezzo di impugnazione "come strumento per far venir meno gli effetti prodotti per i terzi da un contratto (o per impugnare quest'ultimo) meriterebbe di essere considerato, se non proprio come un *monstrum*, certamente come un fuor d'opera".

¹⁵⁸ Per tale ragione non appare concludente l'affermazione di C. Punzi (svolta in *L'efficacia*, cit., 25 ss., e, successivamente, in *Disegno*, II, cit., 95 ss.) secondo cui, anche in un'ottica negoziale, l'opposizione di terzo si giustifica quale mezzo necessario per rimuovere la pronuncia *inter partes*, risultato non conseguibile mediante un'ordinaria azione di accertamento negativo; appare infatti facilmente rilevabile che, se il lodo avesse efficacia negoziale, il terzo, per ottenere tutela del proprio diritto, non avrebbe alcuna necessità di eliminare la pronuncia *inter partes*, essendo a tal fine sufficiente far valere nei confronti delle parti il suo diritto in via ordinaria; l'opposizione di terzo, in questa prospettiva, costituirebbe, dunque, uno strumento di tutela superfluo.

¹⁵⁹ Si deve peraltro dar conto del fatto che sul tema degli effetti del lodo riguardo a rapporti dipendenti da quello deciso, in specie ove ne sia titolare un soggetto terzo, in dottrina si contendono il campo due orientamenti; per alcuni, il lodo produce effetti *ultra partes* nelle medesime ipotesi in cui detta efficacia è propria della sentenza (in questo modo, in particolare: E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., 665 ss.; S. Menchini, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 297-298; S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità*, cit., 163-164, nota 18); per altri, invece, il lodo, in quanto atto privato, emanato da soggetti il cui potere di decidere la controversia si fonda sul consenso delle parti in ordine alle quali la decisione spiega effetti, non potrebbe produrre effetti riguardo a soggetti terzi rispetto al processo arbitrale, che non abbiano stipulato il patto compromissorio (in questo modo, vedi: L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit.; Id., *Magistrature – ordinarie e speciali- e arbitri*, cit., 655 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, 5° ed., Padova 2006, 185; C. Punzi, *"Efficacia di sentenza"*, cit., 833-834).

giuridicamente dipendenti da quello deciso; quindi da una più ampia schiera di soggetti rispetto a coloro che, in casi tipici e tassativi, possono subire gli effetti del negozio concluso *inter partes*, ai sensi dell'art. 1372 c.c. Se, a questo punto, si pone a confronto tale dato con la circostanza che questi soggetti sono coloro che possono esperire l'opposizione di terzo revocatoria, appare lecito dedurre dalla prevista impugnabilità del lodo mediante tale rimedio, due corollari: il primo è che la pronuncia arbitrale, in modo identico alla sentenza, produce effetti nei confronti di tutti i terzi titolari di rapporti dipendenti, e, quindi, anche nei confronti di coloro i quali non subirebbero gli effetti del negozio avente il medesimo contenuto concluso dalle parti; il secondo, direttamente discendente dal primo, è che il lodo non ha gli effetti di un negozio, ma quelli della sentenza; è, quindi, atto di accertamento e non di disposizione.

Le conclusioni raggiunte non mutano se, in una prospettiva maggiormente rispettosa del dettato costituzionale, si assume che i terzi soggetti all'efficacia riflessa del giudicato sono soltanto coloro che, per regola di diritto sostanziale, subirebbero gli effetti di identico contenuto prodotti in via negoziale dalle parti. Invero, tale ricostruzione vale ad introdurre un principio di equivalenza tra i limiti soggettivi del giudicato ed i limiti di efficacia del negozio; ma ciò non toglie che l'efficacia *ultra partes*, potenzialmente producibile nei confronti dei medesimi soggetti ad opera dell'atto giurisdizionale e dell'atto negoziale, sia qualitativamente diversa nei due ambiti: nel primo caso, il terzo subisce gli effetti del giudicato, nel secondo gli effetti di un contratto. Tant'è che, alla diversa qualità degli effetti, corrisponde la diversità di rimedi concessi al terzo: nell'un caso, l'opposizione di terzo, ossia un mezzo diretto a rimuovere l'accertamento pregiudizievole; nell'altro caso, i rimedi di carattere sostanziale volti a far dichiarare l'inefficacia relativa o assoluta dell'atto negoziale pregiudizievole. Ma è chiaro che, oltre il dato di analogia funzionale dei rimedi predisposti a favore del terzo non è lecito andare: in particolare da tali (corrette) considerazioni non è possibile inferire l'identità di effetti e di natura dell'atto avverso cui si dirige la contestazione del terzo. Così, se è vero che con l'opposizione *ex art. 404*, comma 2, il terzo chiede che siano rimossi gli effetti pregiudizievoli che una sentenza produce nei suoi confronti -in modo identico a quanto sarebbe potuto avvenire sulla base di un atto negoziale avente ad oggetto la medesima situazione sostanziale- non si può però obliterare il rilievo che, proprio perchè tali effetti sono gli effetti propri del giudicato, al terzo deve essere concesso un mezzo che gli consenta di rimuovere l'accertamento, mentre nei casi in cui tale effetto ha natura negoziale, allora il rimedio previsto è quello ordinariamente spendibile avverso gli atti negoziali¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Ed infatti, L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 46, assumendo che il lodo valga nei confronti dei terzi come un negozio, esplicitamente richiama la possibilità per tali soggetti di esperire l'azione revocatoria nei confronti del *dictum* arbitrale.

In definitiva, se i terzi soggetti agli effetti del giudicato ed i terzi soggetti agli effetti del negozio sono i medesimi; se è riscontrabile un'analogia funzionale tra i rimedi posti a tutela del terzo nei due ambiti, perchè, in entrambi i casi, si tratta di rendere inefficace l'atto fonte del pregiudizio nei confronti del terzo; ciò non toglie che gli effetti che si estendono al terzo sono, nei due ambiti, differenti, come dimostra chiaramente la diversità dei mezzi di tutela predisposti a favore del terzo.

A questo punto, non è chi non veda che la previsione della impugnabilità del lodo con l'opposizione di terzo è un dato decisivo per negare che il lodo abbia efficacia negoziale: se così fosse, avverso la pronuncia arbitrale sarebbero esperibili gli ordinari rimedi negoziali, e non già un mezzo di impugnazione necessario per rimuovere l'accertamento reso *inter alios*.

15.

La lunga analisi compiuta permette di trarre conclusioni di notevole rilievo per il prosieguo dell'indagine; in particolare, è possibile affermare che: a) il lodo non ha efficacia costitutiva sulla situazione sostanziale che ne è oggetto; al contrario, dichiara, sulla base di attività di giudizio, l'esistenza/inesistenza ed il modo d'essere del rapporto giuridico controverso; b) la pronuncia arbitrale non è un negozio giuridico, posto che l'esercizio dell'autonomia privata implica la formazione di un atto a contenuto dispositivo; al contrario, il lodo è un atto di accertamento, avente efficacia dichiarativa; c) tale efficacia è di intensità pari a quella del giudicato sostanziale, sancita dall'art. 2909 c.c.: l'accertamento arbitrale, in modo non diverso da quello giurisdizionale, dichiara la volontà di legge nel caso concreto in modo stabile ed incontestabile.

Queste conclusioni sono state raggiunte senza far riferimento a quelle disposizioni, introdotte dal riformatore del 2006, che esplicitamente attribuiscono al lodo arbitrale gli effetti propri della sentenza giurisdizionale (artt. 819 e 824 *bis*). Ciò, nella convinzione che la qualificazione operata dal legislatore dell'atto-lodo non sia di decisiva importanza nel discorso sulla sua natura, in ordine alla quale incidono in modo maggiormente significativo dati di diritto positivo a carattere prescrittivo e non meramente descrittivo¹⁶¹: come dimostra il dibattito decennale sviluppatosi sul punto, le definizioni legali via via susseguitesisi del lodo e dei suoi effetti non sono mai state di per sé decisive nella risoluzione della questione concernente la natura della pronuncia

¹⁶¹ Ed infatti, i sostenitori della tesi negoziale, facendo proprio l'insegnamento di Satta, secondo cui "non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto" (*Commentario*, IV, 2, cit., 162), non reputano decisivi i dati normativi richiamati (in questo modo, vedi, in specie: C. Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., 403-404, 421 nota 37, 430 ss.; Id., "Efficacia di sentenza", cit., 819 ss., specie 827 ss.; E. Odorisio, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 264, 267 ss.).

arbitrale¹⁶². Questo, però, non può condurre a negare che questi dati, quantunque meramente descrittivi, abbiano un loro valore, se non altro nel senso di confermare la correttezza della ricostruzione con essi congruente, e di onerare di un supplemento di motivazione chi aderisce ad una ricostruzione con essi incompatibile. Con questa precisazione, si può quindi notare che, in significativa consonanza con i risultati raggiunti, per l'art. 819 la decisione degli arbitri assume autorità di cosa giudicata, ciò in cui consiste l'efficacia propria e caratterizzante della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, di cui il lodo, ai sensi dell'art. art. 824 *bis*, ha gli effetti dalla data dell'ultima sottoscrizione.

Ciò chiarito, si tratta ora di inquadrare il lodo, quale fattispecie di produzione di effetti rilevanti per l'ordinamento, all'interno dei fatti giuridici. A questo riguardo, posta la volontarietà del comportamento che presiede alla sua formazione, ed esclusa, come detto, la sua natura negoziale, ne è agevole la riconduzione alla categoria degli atti giuridici in senso stretto¹⁶³. Questa classificazione è di decisiva importanza ai nostri fini; il punto centrale, da tenere in particolare considerazione, è il seguente: se il lodo è un atto giuridico in senso stretto, ciò significa che la volontà del soggetto esaurisce la propria rilevanza nel compimento dell'atto, mentre non ha alcun rilievo in ordine alla produzione degli effetti giuridici, che sono ricollegati alla fattispecie automaticamente ed immediatamente dalla legge.

Questo spiega, innanzitutto, da un punto di vista sistematico, la possibilità che il lodo, benchè atto privato, produca esattamente quell'effetto di accertamento che l'ordinamento, da un lato, ricollega alla sentenza del giudice dello Stato e, dall'altro lato, esclude che i privati possano conseguire in via di autonomia privata.

Una volta escluso il rilievo della volontà privata nella produzione degli effetti giuridici propri del lodo, ed ammesso che tali effetti sono ad esso collegati automaticamente ed immediatamente dalla legge, non vi è alcuna difficoltà a riconoscere che, allo stato della disciplina vigente, l'ordinamento attribuisce alla pronuncia degli arbitri quel medesimo effetto di accertamento che consegue alla sentenza del giudice dello Stato. Non si presenta alcuna difficoltà proprio in quanto, da un lato, si esclude il rilievo della volontà privata nella produzione degli effetti giuridici

¹⁶² Il codice di procedura civile del 1865 designava espressamente la pronuncia degli arbitri come "sentenza" (artt. 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34); il codice di procedura civile, nella versione originaria del 1942, invece, prevedeva che il decreto di *exequatur* del pretore conferisse al lodo efficacia di sentenza (art. 825, comma 3); in modo analogo, anche a seguito della riforma del diritto arbitrale attuata con la legge 9 Febbraio 1983, n. 28, malgrado fosse venuta meno l'obbligatorietà dell'omologazione del lodo, il decreto del pretore conferiva pur sempre al lodo efficacia di sentenza (art. 825, comma 5); ogni riferimento alla sentenza è, invece, venuto meno a seguito della riforma operata dalla l. 5 Gennaio 1994, n. 25: a seguito del decreto di omologazione, il lodo è, semplicemente, reso esecutivo.

¹⁶³ Molto chiaramente, escludono la natura negoziale del lodo rituale, C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 191 ss.; F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, cit., 51, il quale notava che "nell'arbitrato rituale, com'è regolato dalla legge, l'attività dell'arbitro è certamente un'attività di giudizio: al terzo arbitro si affida precisamente questo compito, accertare l'effettiva situazione giuridica (...) all'arbitro non è richiesto un atto di volontà, e il lodo non ha natura negoziale: l'arbitro, come il giudice, deve solo dichiarare, accertando la situazione qual è, e non volere."

ricollegati al lodo e, dall'altro lato, si afferma che essi dipendono esclusivamente dalla qualificazione operata dalla norma della fattispecie-lodo: l'effetto di accertamento si produce proprio in quanto è irrilevante a tal fine la volontà del soggetto che pone in essere l'atto¹⁶⁴.

Queste considerazioni permettono di spiegare agevolmente la possibilità che al lodo, quantunque atto privato, proveniente da soggetti che derivano il proprio potere decisorio da una privata convenzione, sia attribuita la medesima efficacia della sentenza; ed invero: ammesso che la pronuncia arbitrale è un atto di accertamento a contenuto decisorio, che dichiara, sulla base di attività di giudizio, la regola di condotta nel caso concreto; dimostrato che il lodo non è un negozio giuridico, avente, in quanto tale, efficacia costitutiva della situazione giuridica su cui incide; escluso, quindi, il rilievo della volontà privata nella produzione degli effetti giuridici ricollegati al lodo; riconosciuto che tali effetti dipendono esclusivamente dalla qualificazione operata dalla norma del lodo, quale atto giuridico in senso stretto; ne discende, per un verso, che gli effetti realizzati dal lodo sono ad esso ricollegati direttamente dalla legge e non sono, invece, giuridicamente rilevanti in quanto voluti dall'autore dell'atto e, per un altro, che gli effetti prodotti dal lodo hanno il contenuto ed i caratteri che la legge ad essi assegna. Il che consente di riconoscere, senza alcuna difficoltà, che la vigente disciplina dell'arbitrato rituale attribuisce al lodo degli arbitri i medesimi effetti che la legge assegna all'accertamento giurisdizionale.

Ciò precisato in linea generale, e senza poter indugiare sugli ulteriori corollari che discendono dall'inquadramento operato, conviene senz'altro passare all'analisi delle implicazioni che la qualificazione del lodo tra gli atti giuridici in senso stretto ha sul piano dell'indagine diretta alla determinazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità.

16.

Nella prima parte del presente capitolo, rigettate come inaccettabili le ricostruzioni offerte dalla dottrina in punto di limiti oggettivi alla compromettibilità, eravamo giunti alla conclusione della necessità di ricostruire su basi autonome il concetto di indisponibilità rilevante per la determinazione delle materie arbitrabili¹⁶⁵. A questo riguardo, era stata posta la seguente premessa: atteso che l'indisponibilità si riferisce ai limiti, variamente configurabili, cui è soggetto l'esercizio del potere di autonomia privata, l'utilizzazione del concetto in questa accezione si giustifica solo se

¹⁶⁴ Ci ricollegiamo, per tal via, all'autorevole insegnamento di C. Furno, *Accertamento convenzionale*, cit., 9, la cui opinione circa il fenomeno dell'accertamento stragiudiziale è efficacemente compendiata nella seguente osservazione: "l'accertamento stragiudiziale non potrà mai essere spiegato correttamente e persuasivamente, finché ci si sforzerà di cercarne il segreto sul terreno della volontà e dell'autonomia privata" e riconosceva tutta l'importanza della categoria degli atti giuridici in senso stretto, per conferire adeguata sistemazione agli atti non negoziali dei privati, la cui principale categoria è riconosciuta essere quella degli atti dichiarativi (così, *op. cit.*, 26 ss., specie 28-29); con specifico riferimento all'arbitrato rituale, Furno notava, del resto, che l'attività svolta dagli arbitri è propriamente attività di giudizio, al cui esito si compie l'accertamento e, dunque, è attività a carattere non negoziale (*op. cit.*, 191-192).

¹⁶⁵ *Retro*, parr. 7 e 8.

nel fenomeno arbitrale è riscontrabile un atto di autonomia privata diretto alla regolamentazione della situazione giuridica controversa.

Ci sembra, peraltro, che ciò sia da escludere: né il lodo, né, ancor prima, la convenzione arbitrale producono effetti costitutivi sul rapporto giuridico compromesso.

Prendiamo in considerazione, innanzitutto, la convenzione arbitrale.

Il patto compromissorio è, indubbiamente, un negozio giuridico¹⁶⁶. Tuttavia, ed il punto è di decisiva importanza, il potere di autonomia privata non incide direttamente sul rapporto giuridico compromesso; per opinione condivisa, con la convenzione per arbitrato rituale non si attua alcuna disposizione del diritto sostanziale: la situazione giuridica rimane, sotto questo profilo, estranea al negozio compromissorio, i cui effetti si risolvono nella sottrazione della controversia insorta alla giurisdizione statale e nella attribuzione della *potestas iudicandi* su di essa agli arbitri¹⁶⁷.

Con la stipula del patto compromissorio non si realizza, dunque, la rinuncia vietata al diritto controverso, né si aliena la situazione sostanziale intrasmissibile, né, più in generale, si attua alcuna regolamentazione del rapporto giuridico litigioso; in definitiva, la volontà privata diretta al deferimento in arbitri di una controversia non attua alcuna disposizione del diritto. Se questo è vero, allora pare lecito ritenere che, dal punto di osservazione della convenzione arbitrale, non sussiste alcuna ragione per la quale il limite di ammissibilità della volontà compromissoria debba essere parametrato sui limiti fissati al potere di autoregolamentazione privata rispetto al diritto compromesso: posto che il negozio compromissorio non incide sul diritto sostanziale, ma solo sulle modalità della sua tutela, i suoi limiti di ammissibilità non possono essere dedotti dalla regolamentazione del potere di autonomia privata riguardo alla situazione sostanziale in considerazione.

Ai nostri fini, da ciò consegue che i limiti dettati all'autonomia privata, rispetto alla regolamentazione di una determinata situazione giuridica, non possono essere riferiti alla vicenda in cui, impregiudicato l'assetto delle relazioni sostanziali tra le parti, il potere negoziale deferisce ad arbitri il potere di decidere la controversia sulla spettanza di un bene della vita. Pertanto, sotto il

¹⁶⁶ Ai nostri fini è sufficiente notare che è condivisa la qualificazione del patto compromissorio come negozio giuridico; non rileva, invece, addentrarsi nel dibattito concernente la più precisa determinazione della sua natura quale negozio di diritto sostanziale (così potendosi discutere circa la sua natura contrattuale) o di diritto processuale (costituente una ipotesi di contratto processuale); sul punto, per ogni opportuno riferimento si rimanda, per tutti, a: F. Festi, *La clausola compromissoria*, cit.; G. Ruffini, *Sulla nozione di clausola compromissoria*, cit.

¹⁶⁷ In questo modo, già L. Mortara, *Commentario del Codice*, cit. 36 ss., 56; G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, I, Napoli 1980, rist. 3° ed. 1923, 107 ss. Il principio è accolto anche nella dottrina tedesca; sul punto, per tutti, confronta: J. Münch, § 1029, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di G. Lücke e P. Wax, III, 2° ed., Monaco 2001, 1014. Mette conto rilevare che ad analogo risultato è pervenuto anche chi, muovendo dal presupposto della negoziabilità del fenomeno arbitrale, aveva in precedenza affermato che mediante il compromesso le parti innovano il rapporto giuridico sostanziale (così, S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 61 ss., 72 ss., 155); nel *Commentario*, IV, 2, cit. si legge, infatti, che “è ridicolo pensare che le parti abbiano voluto questa o quella determinazione che sarà contenuta nel lodo. Le parti hanno voluto e vogliono con il compromesso la composizione della lite, cioè hanno voluto e vogliono il giudizio di un terzo che non è il giudice.”

profilo in considerazione, il concetto di indisponibilità rilevante per la determinazione delle materie compromettibili non può essere ricostruito sulla base dei limiti fissati al potere di autonomia negoziale nella produzione di effetti giuridici sostanziali incidenti sulla situazione giuridica che le parti vogliono deferire in arbitri.

17.

La conclusione preliminare raggiunta non viene smentita, ma, anzi, trova ulteriore conferma, se si passa a considerare il lodo.

L'analisi condotta ha permesso, infatti, di ricondurre la pronuncia degli arbitri alla categoria degli atti giuridici in senso stretto e, quindi, di escludere che la regolamentazione dettata dal lodo del rapporto giuridico controverso sia una regola negoziale, dettata nell'esercizio del potere di autonomia privata.

Il venir meno del riferimento alla volizione negoziale, quale fonte produttiva degli effetti giuridici ricollegati al lodo, consente di ritenere che il concetto di indisponibilità da utilizzare ai fini della compromettibilità in arbitri non coincide con l'area degli effetti giuridici sottratti al lecito esercizio dell'autonomia privata. Proprio perchè gli arbitri non dispongono, ma accertano la situazione sostanziale controversa, non è possibile riferire il limite della disponibilità alla serie di effetti giuridici che l'autonomia privata può produrre rispetto ad essa: se non vi è spendita del potere negoziale in ordine al diritto oggetto del procedimento, i limiti di ammissibilità del giudizio privato non possono essere definiti sulla base dei limiti posti alla produzione in via di autonomia privata di effetti giuridici riguardo a quel diritto.

Solo se il lodo fosse esplicitazione del potere di autonomia privata sarebbe non solo giustificato, ma altresì necessario, utilizzare il concetto di indisponibilità quale limite, variamente configurabile, al potere di autonomia privata, poiché tale limite risulterebbe posto in funzione del contenuto assunto dalla regola negoziale che si forma all'esito del procedimento arbitrale: l'area della indisponibilità coinciderebbe con i limiti posti all'autonomia privata proprio perchè in arbitrato si avrebbe esercizio, rispetto al diritto litigioso, di questo medesimo potere¹⁶⁸.

¹⁶⁸ In questi termini si esprime, infatti, un autorevole sostenitore della tesi negoziale: “la natura privata dell’arbitrato (...) permea tutto il processo arbitrale, lodo compreso: proprio in quanto gli arbitri, a differenza del giudice dello Stato, derivano il proprio potere direttamente e soltanto dalle parti litigiose (...) essi sono condizionati nell’esercizio della loro *potestas iudicandi* dagli stessi limiti che incontrano le parti nelle manifestazioni dell’autonomia privata, ossia il limite della disponibilità dei diritti e del rispetto delle norme inderogabili di ordine pubblico”(così C. Punzi, “*Efficacia di sentenza*”, cit., 831). Nella dottrina civilistica la relazione funzionale tra limite della disponibilità del diritto ed esercizio del potere di autonomia privata in ordine ad esso è colta con particolare incisività da M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, cit., 62; Id., *Accertamento (negozio di)*, cit., 233, il quale, ponendo in luce le differenze intercorrenti tra l’accertamento posto in essere sulla base di un’attività di giudizio (proprio, secondo l’A., del giudice e dell’arbitro) e l’accertamento negoziale, osserva che “l’accertamento dei fatti o dei rapporti effettuato dalle parti costituisce invece proiezione del potere ad esse spettante in ordine alle situazioni giuridiche di loro pertinenza. Cosicché, tale potere si arresta di fronte alle situazioni sottratte alla loro disponibilità: rispetto ad esse non è possibile altra forma di

Una volta chiarito, però, che il lodo non è un atto negoziale e, quindi, che sulla situazione controversia non si ha spendita del potere di autonomia privata, cade anche la possibilità di utilizzare, ai fini della determinazione delle materie compromettibili, un concetto di indisponibilità parametrato sui limiti posti all'esercizio dell'autonomia privata.

Ciò, del resto, è confermato dalla disposizione che prevede l'impugnabilità del lodo per violazione dell'ordine pubblico sostanziale (art. 829, comma 3): la norma offre un'indiretta, ma chiara, conferma dell'assunto, per il quale non è corretto riportare il concetto di disponibilità ai limiti posti all'autonomia privata nella regolamentazione del diritto compromesso in arbitri.

A ben vedere, infatti, le norme che, sul piano sostanziale, identificano l'area degli effetti giuridici illeciti, e, dunque, l'area degli effetti non producibili dall'autonomia privata, sono quelle medesime norme la cui violazione ad opera del lodo fonda il motivo di impugnazione in esame. La previsione del motivo di impugnazione per violazione di norme di ordine pubblico sostanziale dimostra che il legislatore, a fronte della previsione di regolamentazioni di interessi di necessaria realizzazione, si preoccupa soltanto di garantire –mediante la previsione di un mezzo di controllo– che tale assetto di interessi trovi realizzazione anche qualora la lite sia deferita in arbitri: la norma di ordine pubblico costituisce un limite del contenuto della pronuncia arbitrale; non ne identifica, invece, una condizione di ammissibilità¹⁶⁹.

Se quanto si è osservato è vero, allora sembra possibile trarre la seguente conclusione: tanto la natura del lodo rituale -quale atto giuridico in senso stretto, avente contenuto di accertamento-, quanto la disciplina per esso dettata -in specie, la previsione dell'impugnazione per violazione delle norme di ordine pubblico- consentono di ritenere che il requisito della disponibilità del diritto non trova la propria *ratio* nell'impossibilità, per i giudici privati, di decidere controversie contrassegnate da un grado, pur elevato, di inderogabilità. I limiti fissati all'autonomia privata sul piano sostanziale sono, infatti, i medesimi limiti che il giudice dello Stato e gli arbitri devono rispettare nella decisione della controversia; questi limiti, anche se particolarmente penetranti, non possono

accertamento, che quella operata dal giudice”; in modo analogo, più oltre, l'A. precisa che “dalla circostanza che il potere di accertamento costituisce esplicazione del potere di disposizione, nasce la conseguenza che occorre la capacità e la legittimazione a disporre della situazione accertata. Cosicché, l'accertamento delle parti può operare solo sui rapporti patrimoniali disponibili (...), il che viene da un altro verso a confermare la sua *natura negoziale*” (*op. cit.*, 238). In modo analogo, in seguito, anche M. Fornaciari, *Lineamenti*, cit., 336-337, il quale, dal presupposto secondo cui il fenomeno dell'accertamento negoziale si fonda sul potere dispositivo spettante al soggetto, osserva che “le parti in tanto possono accertare, in quanto possono disporre” ciò da cui deriva che “in materia indisponibile il negozio di accertamento non può trovare luogo”; in modo analogo, anche L.V. Moscarini – N. Corbo, *Transazione*, cit., 6.

Ulteriore conferma, seppur solo indiretta, si trae dall'analisi della giurisprudenza, la quale, accomunando transazione ed arbitrato, sovrappone il problema della natura disponibile o indisponibile del diritto oggetto del processo arbitrale a quello della liceità o illiceità degli effetti prodotti dal lodo; è significativa espressione di tale orientamento, da ultimo, Cass., 20 Giugno 2000, n. 8376

¹⁶⁹ In modo analogo, nella dottrina tedesca, confronta: R. Bork, *Der Begriff der objectiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO)*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 100 (1987), 249 ss., specie 256 ss.

costituire una condizione impeditiva della pronuncia arbitrale, proprio perchè ne rappresentano, molto più semplicemente, un requisito di validità.

Risulta dunque confermato, anche sotto il profilo in considerazione, che il concetto di disponibilità rilevante per la determinazione delle controversie compromettibili non può essere ricostruito sulla base dello scrutinio degli effetti di diritto sostanziale di cui è ammessa o preclusa la produzione, in via di autonomia privata, relativamente ad una certa situazione giuridica.

18.

L'analisi strutturale del lodo e del patto compromissorio dimostra che in nessun momento della vicenda arbitrale vi è esercizio del potere dispositivo relativamente alla situazione sostanziale che ne è oggetto. Si esclude così la validità di un'operazione che, al fine di identificare i limiti oggettivi alla compromettibilità, tenti di identificare sul piano del diritto sostanziale gli effetti giuridici che, per il caso del divieto della loro produzione in via di autonomia privata, determinano la qualifica di indisponibilità del rapporto giuridico; in specie, nel giudizio concernente l'arbitrabilità di una situazione giuridica, non rilevano nè le limitazioni di ordine generale costituite dalla normativa inderogabile, nè, in modo maggiormente specifico, quei limiti posti alla produzione di effetti giuridici a contenuto abdicativo-dismissivo della posizione giuridica di vantaggio e, quindi, i divieti di rinuncia e di alienazione del diritto.

Crediamo di aver così chiarito ciò che, per noi, non può concorrere a determinare la nozione di indisponibilità da utilizzare per la definizione delle materie compromettibili in arbitri. Prima di passare a definire, in positivo, il concetto di indisponibilità rilevante, occorre, tuttavia, sgombrare il campo da una possibile obiezione.

La ricostruzione operata dell'arbitrato rituale potrebbe condurre a destituire di ogni valore il requisito della disponibilità del diritto quale limite di ammissibilità dell'arbitrato. Una volta escluso che nella vicenda arbitrale la situazione controversa sia oggetto di regolamentazione in via negoziale, si potrebbe essere indotti, infatti, a trarre la conclusione che il limite della disponibilità, in quanto identificante l'area degli effetti giuridici non producibili in via di autonomia privata, non possa validamente operare quale limite di ammissibilità dell'arbitrato, in corrispondenza del quale non si assiste ad alcuna disposizione del diritto compromesso.

In questa direzione, del resto, sembrano muoversi recenti contributi al tema dei limiti oggettivi alla compromettibilità, i quali pervengono al risultato di escludere o, quantomeno, di limitare fortemente, nella valutazione concernente l'arbitrabilità dei rapporti giuridici, il ruolo da assegnare al requisito della disponibilità del diritto controverso, inteso nella sua classica accezione di qualificazione di diritto sostanziale delle situazioni soggettive. In particolare, secondo una

dottrina, attesa, da un lato, la funzione decisoria assoluta dagli arbitri, e, dall'altro lato, l'indeterminatezza del contenuto ascrivibile al concetto di indisponibilità, l'individuazione delle materie compromettibili dovrebbe poter prescindere dalla previa qualificazione, sul piano del diritto sostanziale, della situazione giuridica compromessa come disponibile o indisponibile, ed attestarsi esclusivamente sulle "ragioni di opportunità, che inducono l'ordinamento a ritenere indisponibile non le posizioni soggettive dei contendenti, sottese alla lite, ma il diritto di azione -ex art. 24 Cost.- dinanzi all'autorità giudiziaria"¹⁷⁰. Un'altra dottrina, sulla base di considerazioni non dissimili, ritiene non compromettibili in arbitri le sole controversie in relazione alle quali interviene in via obbligatoria, o anche solo meramente facoltativa, il P.M.¹⁷¹.

Questo orientamento non appare, però, meritevole di accoglimento.

Sicuramente condivisibile è il metodo di indagine utilizzato, e consistente nell'approfondimento della natura e della struttura dell'istituto arbitrale quale analisi funzionale alla corretta determinazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità; meno condivisibili sono, invece, le conclusioni tratte dalla riconosciuta natura dell'arbitrato quale fenomeno a carattere decisivo, anziché costitutivo-dispositivo. Contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina criticata, sembra, infatti, che, ai fini della arbitrabilità della controversia, non sia possibile prescindere dalla natura disponibile del diritto litigioso, né ricostruire il contenuto dell'indisponibilità sul piano esclusivamente processuale, così da identificare l'area delle materie non compromettibili con quella delle controversie in relazione alle quali si assiste al venir meno del monopolio delle parti del rapporto sostanziale nella instaurazione e nella gestione del processo.

In primo luogo, si può rilevare che il diritto vigente condiziona l'ammissibilità dell'arbitrato alla disponibilità del diritto controverso, e non già -anche volendo ammettere che tale qualificazione sia correttamente riferibile ad una posizione giuridica di natura processuale- al carattere disponibile del diritto di azione (art. 806 e art. 34, d.lgs. 5/2003). A questo riguardo, occorre peraltro notare che il limite della disponibilità del diritto controverso non solo è principio tradizionalmente accolto dal nostro ordinamento, ma è principio la cui vigenza è stata di recente riaffermata dal legislatore, allorché ha definito i limiti oggettivi alla compromettibilità nell'arbitrato societario (art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003)), ed ha riformato la disciplina dell'arbitrato di diritto comune (art. 806). In tale contesto, appare evidente che la definizione del concetto di disponibilità delle posizioni di diritto sostanziale, nonostante qualsiasi suggestione derivante dalla riconosciuta

¹⁷⁰ A. Berlinguer, *La compromettibilità in arbitri*, I, cit., 38 ss., specie 40-41, 43, 51 ss., 81-82, 124-125 (il passo riportato è tratto da pag. 82); in seguito, dello stesso autore, nel medesimo senso, vedi, *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, II, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, cit., 711 ss.

¹⁷¹ F. Festi, *La clausola compromissoria*, cit., 133 ss., 152 ss., il quale tuttavia precisa che l'intervento facoltativo del P.M. per pubblico interesse ex art. 70, comma 3, "non rappresenta un limite a compromettere in senso proprio" (*op. cit.*, 155); in seguito, dello stesso autore, vedi, nel medesimo senso, *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, II, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, cit., 847 ss., specie 948 ss.

natura decisoria dell'arbitrato, si impone quale parametro centrale, e non eludibile, della compromettibilità in arbitri.

In secondo luogo, non è condivisibile l'operazione che pone in essere una traslazione del concetto di indisponibilità dal piano del diritto sostanziale a quello della disciplina processuale. Anche a voler ammettere che, dal punto di vista applicativo, il requisito della disponibilità -per l'indubbia indeterminatezza che, allo stato della legislazione vigente, lo contraddistingue- sia criterio scarsamente funzionale a fungere da selettore delle materie compromettibili, ciò non può certo legittimare l'interprete a rifuggire dall'analisi delle norme di diritto materiale, e limitare il proprio campo di osservazione alla sola normativa processuale¹⁷². Innanzitutto, si deve osservare che la natura indisponibile dei rapporti giuridici è una qualificazione di diritto sostanziale, che attiene, come più volte si è detto, all'inattitudine della situazione giuridica ad essere oggetto del potere dispositivo del soggetto che ne è titolare, cui può, ma non necessariamente deve, corrispondere una disciplina processuale che, attraverso l'attribuzione della legittimazione ad agire o ad intervenire in giudizio a soggetti diversi dal titolare del diritto (in specie, al P.M.), assicuri, attraverso l'integrazione dei poteri processuali delle parti del rapporto sostanziale, in punto di iniziativa processuale e di allegazione e di iniziativa istruttoria, l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche a carattere indisponibile. Secondariamente, da un punto di vista più generale, è possibile rilevare che, in ragione della strumentalità del diritto processuale rispetto al diritto materiale, la disciplina delle modalità attraverso cui si realizza la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive è effetto della loro conformazione di diritto sostanziale; pertanto, sia dal punto di vista logico che giuridico, è su questo piano che l'analisi deve essere prioritariamente condotta.

Conferma della correttezza della critica svolta e, in specie, della non decisività del richiamo alle norme che attribuiscono al P.M. il potere di azione e di intervento in causa, al fine di determinare il perimetro delle controversie arbitrabili, può essere tratta dalla seguente osservazione. Se è vero che vi è una tendenziale corrispondenza tra intervento obbligatorio del P.M. in causa e

¹⁷² Analogo rilievo è svolto anche dalla più recente dottrina tedesca. Anche in Germania, infatti, al fine di superare l'orientamento che faceva coincidere inderogabilità della normativa e indisponibilità del diritto, da parte di alcuni si era avanzata la tesi secondo cui il concetto di indisponibilità rilevante per la compromettibilità in arbitri dovesse essere ricostruito non sul piano sostanziale, ma sul piano processuale, dovendosi ravvisare l'indisponibilità in presenza di norme limitative del principio dispositivo (in questo modo, vedi, infatti, la proposta di U. Kornmeier, *Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichbefugnis*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 94 (1981), 27 ss., specie 37 ss.). Questa tesi è peraltro rimasta isolata, poiché la dottrina ha successivamente posto in luce che le limitazioni del principio dispositivo nel processo dipendono dalla conformazione di diritto sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive, di guisa che il concetto di indisponibilità deve essere ricostruito sul piano del diritto materiale (in questo modo, la dottrina assolutamente maggioritaria, per la quale vedi: R. Bork, *Der Begriff der objectiven Schiedsfähigkeit*, cit., 249 ss.; K.H. Schwab, *Wandlungen der Schiedsfähigkeit*, in *Festschrift für Wolfram Henckel*, Berlino-New York 1995, 803 ss., specie 808 ss.; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip*, Baden Baden 2002, 117 ss.).

indisponibilità dei diritti coinvolti, si deve tuttavia rilevare che: a) vi sono situazioni giuridiche che, sul piano del diritto sostanziale, sono da qualificarsi come indisponibili, ma per le quali non è previsto l'intervento obbligatorio del P.M. nel processo in cui siano fatte valere¹⁷³; b) è prevista la possibilità per il P.M. di intervenire nel processo ogni volta che vi ravvisi un pubblico interesse (art. 70, comma 3), ciò che può indubbiamente avvenire anche in relazione a controversie aventi ad oggetto diritti pienamente disponibili, per i quali, in linea generale, deve ritenersi sicuramente ammesso il ricorso alla via arbitrale.

Dai rilievi svolti discende che, ai fini della determinazione delle materie compromettibili, la valutazione in ordine al carattere disponibile o indisponibile dei rapporti giuridici deve essere condotta sul piano della disciplina di diritto sostanziale per essi dettata.

19.

Precisato che la natura disponibile del diritto litigioso è condizione di ammissibilità del ricorso all'arbitrato e che la qualificazione in termini di disponibilità o di indisponibilità dello stesso deve essere condotta sul piano delle norme di diritto sostanziale, è possibile passare a definire, in positivo, il concetto di indisponibilità rilevante per la determinazione delle materie compromettibili in arbitri.

Come più volte osservato, la nozione di indisponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità deve essere ricavata alla luce della struttura e della natura del fenomeno arbitrale e, in particolare, del rilievo rivestito al suo interno dall'autonomia privata. Una volta dimostrato che nel procedimento arbitrale non vi è esercizio del potere di disposizione relativamente alla situazione sostanziale che ne è oggetto, il metodo di indagine adottato ha consentito di escludere che la nozione di indisponibilità possa essere modellata sui limiti posti all'esercizio del potere di autonomia privata. In applicazione delle medesime premesse metodologiche si deve ora procedere alla definizione, in positivo, del concetto di indisponibilità rilevante; ciò implica, ancora una volta, di prendere in considerazione il ruolo svolto dal potere di autonomia privata nel fenomeno arbitrale. Dimostrato che l'attività degli arbitri di decisione della lite non è estrinsecazione del potere di autonomia privata, l'attenzione non può che essere rivolta al patto compromissorio, il quale costituisce l'unico momento volontaristico-negoziale presente nella vicenda in considerazione: ad esso, e soltanto ad esso, deve essere quindi riferito il requisito della disponibilità del diritto.

Posto, dunque, che il limite della disponibilità del diritto diviene il limite dell'atto di autonomia privata diretta alla stipula di una convenzione arbitrale, per definirne, in concreto, il

¹⁷³ Si pensi, in particolare, alle controversie relative ai diritti cd. personalissimi, come il diritto alla vita, all'integrità fisica, al nome, all'immagine, all'onore ed alla libertà individuale.

contenuto, occorre, in applicazione del metodo di analisi sin qui utilizzato, scrutinare gli effetti giuridici che l'atto negoziale in considerazione pone in essere.

Il discorso, peraltro, alla luce dei rilievi precedentemente svolti, è assai breve¹⁷⁴.

L'autonomia privata diretta alla stipula di una convenzione arbitrale non attua alcuna disposizione del diritto sostanziale, ma determina solo la sottrazione al giudice dello Stato della cognizione sulla controversia e la contemporanea attribuzione del potere di decidere su di essa ad un soggetto privato. Ciò consente di determinare il concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità: poichè con la convenzione arbitrale si attribuisce agli arbitri il potere di dettare la disciplina del rapporto giuridico, il *quantum* di autonomia negoziale a tal fine necessario è minimo, e si identifica con il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del rilievo della volontà privata in ordine a quel rapporto giuridico; una volta che tale riconoscimento sia ritenuto sussistente, non rileva, invece, la misura in cui esso è effettuato. In altri e diversi termini: in ragione del fatto che l'autonomia privata, all'interno del fenomeno arbitrale, esaurisce il proprio ruolo nell'istituire una deroga alla giurisdizione statale a favore del giudizio arbitrale, al fine di deferire in arbitrato una controversia, è sufficiente che l'autonomia negoziale assuma rilievo in corrispondenza della situazione sostanziale che ne è oggetto, mentre non è anche necessario che il potere di autoregolamento non subisca limiti particolarmente qualificati, avuto riguardo allo spettro degli effetti astrattamente producibili, rispetto alla situazione sostanziale compromessa. Da tanto discende che devono essere ascritte al concetto di indisponibilità, rilevante per la determinazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, le situazioni sostanziali in ordine alle quali risulta preclusa, o comunque irrilevante, l'autonomia privata¹⁷⁵.

La ricostruzione proposta mantiene saldo il collegamento tra indisponibilità e autonomia privata, in quanto è disponibile il diritto che ha l'attitudine ad essere oggetto del potere di disposizione. Il tratto differenziale rispetto alle elaborazioni tradizionali è che, in ragione della natura e della struttura del fenomeno arbitrale, il contenuto in concreto assunto dalla nozione di indisponibilità è significativamente più ristretto: ad essere indisponibile non è la situazione giuridica in relazione alla quale sono semplicemente posti limiti al contenuto degli effetti producibili in via di autonomia privata, ma solo quella in ordine alla quale il potere dispositivo non può essere esercitato, a prescindere dal contenuto assunto in concreto.

¹⁷⁴ Vedi, *retro*, par.16.

¹⁷⁵ In questi termini, sviluppando la propria originaria opinione (cfr., *retro*, par. 6), si esprime oggi anche F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, 4° ed., Milano 2007, 355 ss., il quale rileva che “per quanto riguarda l'arbitrabilità della controversia, sembra chiaro che non è rilevante la rinunciabilità o alienabilità del diritto, quanto l'esistenza, rispetto ad esso, del potere negoziale: cioè il potere di darsi regole di condotta che l'ordinamento recepisce e garantisce come vincolanti. Ove non c'è potere negoziale, non c'è neppure arbitrabilità.”

Il fondamento logico-giuridico della nozione di indisponibilità delineata risiede in ciò, che le parti non possono, con la stipula del patto compromissorio, conferire agli arbitri un potere di cui sono prive: se non hanno la facoltà di regolare in via autonoma i propri interessi relativamente ad una certa situazione sostanziale, allora non è neppure possibile che a dettare tale regola siano, su investitura delle parti, gli arbitri. Questo, evidentemente, non perché il giudice privato faccia uso di quello stesso potere di autoregolamentazione che appartiene alle parti, ma perché egli riceve il potere di dettare una regola di condotta vincolante intorno ad un bene della vita –mediante attività di giudizio e non attività di disposizione- dalle parti che hanno stipulato il patto arbitrale; laddove è esclusa la rilevanza dell'autonomia privata, deve parimenti escludersi che essa possa dirigersi nel senso di deferire agli arbitri la decisione della lite. Rispetto alle materie così qualificate sussiste, in altri termini, un monopolio giurisdizionale: il potere di dettare regole giuridicamente efficaci, in ordine a situazioni giuridiche così qualificate, è sottratto ai soggetti titolari ed è attribuito in via esclusiva al giudice dello Stato; il limite individuato non attiene, dunque, al contenuto ed alla conformazione del diritto, bensì all'impossibilità che sia il *dictum* arbitrale a costituire la fonte di regolamentazione della situazione sostanziale.

D'altra parte, la indiscussa qualificazione del patto compromissorio come negozio giuridico consente di riferire ad esso il limite della disponibilità del diritto previsto dall'art. 806¹⁷⁶; questo, precisamente nel senso che il requisito della disponibilità costituisce limite al potere di autonomia privata che si esplica nel momento della stipula del patto compromissorio. Peraltro, come si è già in precedenza segnalato, l'effetto realizzato dalla convenzione arbitrale non incide sulla situazione giuridica che ne è oggetto, determinandone la costituzione, modificazione, estinzione o, comunque, la regolamentazione, bensì assume un rilievo che può dirsi dispositivo solo in senso lato o indiretto, risolvendosi nella sottrazione della controversia su di essa insorta alla giurisdizione statale e nella contemporanea attribuzione agli arbitri del potere di dettare una regolamentazione giuridicamente vincolante –mediante attività di giudizio e non di disposizione- della situazione giuridica che ne è oggetto. In applicazione della ricostruzione proposta, il contenuto e l'ampiezza del limite della disponibilità devono essere ritagliati sulla tipologia degli effetti che conseguono all'esercizio del potere di autonomia privata che pone in essere l'accordo compromissorio; una volta riconosciuto che l'attività negoziale incide sul diritto sostanziale in modo soltanto indiretto, realizzando, assai limitatamente, il deferimento a giudici privati della decisione della controversia (attuale o futura) insorta su di esso, è possibile fondatamente affermare che, ai fini della compromettibilità in arbitri di una controversia, è sufficiente che, riguardo al diritto che ne è oggetto, il potere di autonomia privata assuma rilievo quale fonte della sua regolamentazione. Invero, il riconoscimento al soggetto,

¹⁷⁶ Sul punto, *retro*, par. 16.

da parte dell'ordinamento, del potere di produrre effetti in via negoziale in ordine ad una data situazione giuridica, è requisito necessario e sufficiente per ritenere che, nell'esercizio di quel medesimo potere, il soggetto possa rinunciare a dettare autonomamente la regolamentazione del rapporto e contestualmente attribuire ad altri soggetti, in sua vece (nella specie, gli arbitri), il potere di dettare una regola di condotta vincolante intorno a quel medesimo rapporto.

In definitiva, si può concludere col dire che è indisponibile la situazione sostanziale rispetto alla quale può essere fonte di disciplina del rapporto solo l'atto giurisdizionale, atteso il mancato riconoscimento da parte dell'ordinamento del potere di autonomia privata in ordine ad essa; per contro, è disponibile la situazione sostanziale in relazione alla quale assume rilievo il potere di autoregolamentazione dei privati, quantunque esso sia fortemente limitato dall'operare di norme di carattere inderogabile.

20.

Dal punto di vista applicativo, la ricostruzione prospettata permette di conseguire risultati di notevole rilievo.

Nell'individuazione delle materie non arbitrabili non si tratta di individuare, tra i diversi effetti giuridici, quelli che, se preclusi, devono ritenersi cause efficienti della qualificazione in termini di indisponibilità del diritto; più semplicemente, la situazione sostanziale è indisponibile quando, rispetto ad essa, non si pone un problema di effetti producibili, ma, più radicalmente, si assiste all'esclusione del rilievo dell'autonomia privata. Fin tanto che l'ordinamento riconosce rilievo al potere negoziale, si deve ritenere che le parti possano conferire a terzi il potere di regolare, in loro vece, e nel rispetto dei limiti fissati dalla disciplina inderogabile, la situazione sostanziale. Ove, invece, le parti non possono dettare in via autonoma un assetto di interessi, si deve intendere esclusa la possibilità che esse conferiscano a terzi il potere di dettare in via eteronoma quella regolamentazione, proprio perché non possono attribuire un potere di cui sono *ab origine* sprovviste.

In modo maggiormente specifico è possibile osservare che: a) devono ritenersi disponibili e, dunque, arbitrabili, tutte le situazioni sostanziali in ordine alle quali è riconosciuto rilievo al potere di autonomia privata; eventuali limiti, anche penetranti, posti da norme inderogabili non costituiscono impedimenti all'arbitrabilità, ma requisiti di validità del lodo, la cui violazione deve essere fatta valere mediante l'impugnazione per violazione di legge sostanziale prevista dall'art. 829, comma 3; b) all'area delle materie indisponibili sono ascrivibili, per lo più, situazioni a contenuto non patrimoniale; in ordine ad esse, infatti, non si pone un problema di effetti *contra jus* e di effetti *secundum jus*, ma, più radicalmente, di irrilevanza della volontà privata in ordine alla loro

regolamentazione, che è riservata alla giurisdizione statale; a conferma di ciò, si pensi alla frequenza con la quale il legislatore, nel settore dei rapporti non patrimoniali, e in specie, in materia di invalidità matrimoniali e di *status*, richiede, affinché una determinata situazione di fatto o di diritto assuma giuridico rilievo, che essa sia necessariamente fatta oggetto di accertamento giurisdizionale, che si esplica, per lo più, secondo i moduli della tutela costitutiva necessaria¹⁷⁷; c) la maggioranza delle controversie per le quali è previsto l'intervento obbligatorio nel processo del Pubblico Ministero sono relative a diritti definibili, alla stregua del criterio enunciato, come indisponibili¹⁷⁸; d) altre materie, per le quali è ugualmente disposto l'intervento obbligatorio in causa del P.M., anche se qualificabili, sul piano del diritto sostanziale, come disponibili, sono parimenti non compromettibili¹⁷⁹; in questo caso, la non arbitrabilità non discende, però, dall'indisponibilità del rapporto sostanziale, ma dalla impossibilità di ammettere all'interno del processo arbitrale l'intervento del pubblico ministero che la legge vuole di obbligatoria realizzazione in determinate controversie; in questi casi, alla compressione del principio dispositivo non motivata dall'indisponibilità della situazione sostanziale, corrisponde la non arbitrabilità delle controversie ad esse relative: siamo in presenza, dunque, di una ipotesi di non compromettibilità derivante da ragioni diverse dalla indisponibilità del rapporto giuridico controverso, non dissimile dalle fattispecie di divieto legale di arbitrato su situazioni sostanziali disponibili cui fa riferimento l'art. 806¹⁸⁰; e) come un'espressa previsione di legge può precludere l'arbitrabilità di situazioni

¹⁷⁷ Tuttavia, per una riduzione degli spazi della tutela costitutiva necessaria, e, dunque, delle ipotesi in cui l'accertamento giurisdizionale produce la modifica della realtà giuridica preesistente, a favore di una ricostruzione in cui la tutela giurisdizionale esplica una funzione dichiarativa di situazioni giuridiche già realizzatesi sul piano della realtà sostanziale, di guisa che la necessità del ricorso alla giurisdizione è imposta da ragioni di certezza nei rapporti giuridici, e non già dalla necessità di operare un mutamento nella realtà giuridica, confronta I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 453 ss., specie 484 ss.

¹⁷⁸ L'art. 70, infatti, prevede l'intervento obbligatorio nel processo del P.M., nelle cause matrimoniali e di separazione personale dei coniugi (n. 2), in quelle riguardanti lo stato e la capacità delle persone (n.3) nonché, più in generale, nei processi in cui l'organo pubblico è fornito di legittimazione attiva, riguardanti anch'essi per lo più materie indisponibili.

¹⁷⁹ Il riferimento è alle azioni di revoca per giusta causa dei liquidatori di società (art. 2487, comma 3, c.c.) ed a quelle di impugnazione delle delibere di associazioni e fondazioni (art. 23, comma 1, c.c.). Nel passato dovevano essere annoverate in questa categoria anche le controversie concernenti la nullità dei marchi e brevetti. Oggi, invece, il d.lgs. 10 Febbraio 2005, n.30 (Codice della proprietà industriale), pur mantenendo ferma la legittimazione attiva del P.M. ad esercitare l'azione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale, in deroga all'art. 70, comma 1, n.1, non prevede più l'intervento obbligatorio dell'organo pubblico nel processo pendente tra altre parti (art. 122, comma 1, cod. prop. ind.); conseguentemente, nella prospettiva accolta, deve ritenersi ammissibile il deferimento in arbitri delle controversie in parola (in questo senso: C. Cecchella, *Arbitrato*, cit., 43-44; *contra*, P.L. Nela, art. 806, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da S. Chiarloni, II, Bologna 2007, 1600, nota 38, cui si rinvia per ulteriori riferimenti).

¹⁸⁰ L'art. 806, infatti, a seguito della riforma, prevede, al primo comma, che "Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge." Secondo l'opinione prevalente, la disposizione contempla le ipotesi di divieto legale all'arbitrabilità di situazioni sostanziali aventi natura disponibile (in questo modo, confronta: F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, 4° ed., cit., 358-359; B. Capponi, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006, 1785 ss.; Id, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 1, 43 ss.; M. Bove, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 2, 57 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *Art. 806*, cit., 1156 ss.; G. Ruffini, *Patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 2005, 711 ss., specie 714-715). Le ipotesi di divieto legale alla compromettibilità di situazioni giuridiche disponibili maggiormente significative sono dettate: a) in materia

disponibili, privando di giuridico rilievo la manifestazione di volontà a ciò diretta, così un'esplicita autorizzazione può ammettere l'arbitrato in materia indisponibile; tale previsione, ove fosse dettata, agirebbe, infatti, nel senso di attribuire rilevanza, rispetto ad una situazione indisponibile, a quella particolare e specifica manifestazione di volontà negoziale che è diretta al deferimento in arbitri della controversia su di essa insorta¹⁸¹.

21.

All'esito dell'indagine compiuta, non sembra privo di utilità un confronto con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale compiuta nell'ordinamento tedesco relativamente al tema dei limiti oggettivi alla compromettibilità.

Sino alla riforma del diritto arbitrale introdotta dalla l. 22 Dicembre 1997, in modo analogo all'ordinamento italiano, l'arbitrabilità della lite dipendeva, ai sensi del § 1025 ZPO, da ciò, che le parti potessero concludere una transazione sull'oggetto della lite e, dunque, dalla disponibilità del diritto controverso.

Come ognuno vede, similmente a quanto accade nel nostro ordinamento, anche nella legislazione tedesca la questione decisiva era lasciata senza risposta dalla norma; rimaneva infatti aperto il problema di stabilire relativamente a quali diritti le parti potessero esercitare il potere di

di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di recente introduzione ad opera dell'art. 3, commi 19, 20, 21 e 22 della l. 24 Dicembre 2007, n. 244 (*legge finanziaria 2008*) e, già precedentemente, in materia di opere pubbliche comprese in programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità (art. 3, comma 2, d.l. 11 Giugno 1998, n. 180, convertito, con modifiche, in l. 3 Agosto 1998, n. 267, ed esplicitamente fatto salvo dall'art. 253, comma 34, lett. d) del d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163, codice degli appalti); b) per le controversie di previdenza ed assistenza obbligatorie, a norma dell'art. 147 disp. att. c.p.c.; d) almeno secondo la giurisprudenza prevalente, un divieto di arbitrato era posto dall'art. 54 della l. 27 Luglio 1978, n. 392, per i rapporti di locazione di immobili ad uso abitativo; e) infine, secondo l'interpretazione che appare preferibile, un divieto all'arbitrabilità su diritti disponibili, anche solo se relativo, perché superabile mediante la previsione autorizzativa espressa a livello generale, è quello previsto, dal medesimo art. 806, comma 2, in relazione alle controversie di lavoro.

¹⁸¹ Una volta riconosciuto che in arbitrato l'autonomia privata esaurisce i propri effetti nell'attribuzione ad arbitri, in vece dei giudici statali, del potere di decidere la controversia, non vi è alcuna difficoltà ad ammettere che una previsione di legge possa abilitare le parti a compromettere situazioni giuridiche da qualificare, sul piano del diritto sostanziale, come indisponibili (per uno spunto in questo senso, G. Verde, *La convenzione*, cit., 98; Id., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 371 ss., specie 384; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile. IV. I Processi speciali*, 4° ed., cit., 356). Tale operazione non dà adito ad alcuna contraddizione, né sembra, in realtà, presentare profili di illegittimità costituzionale (ex art. 102), proprio perché l'atto di esercizio dell'autonomia privata in arbitrato non incide sul diritto sostanziale –che, essendo indisponibile, non è suscettibile di esserne oggetto– ma produce il più limitato effetto di deferire a giudici privati la decisione della controversia su di esso insorta; ben si intende, allora, che la previsione di legge che abilita le parti a ricorrere ad arbitri per la risoluzione delle controversie relative ad un rapporto indisponibile non ha altro significato che abilitare l'autonomia negoziale a porre in essere il vincolo compromissorio e, per tal via, riconoscere al lodo arbitrale la dignità di fonte della disciplina del diritto indisponibile, a fianco del provvedimento dell'autorità giudiziaria; in termini analoghi, C. Consolo, *Sul "campo" dissodato*, cit., 252-253; in senso opposto, confronta: G. Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. Proc.*, 2002, 133 ss., specie 149; Id., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. Proc., civ.*, 2004, 495 ss., specie 506 ss.; E. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 443 ss., specie 444; C. Punzi, *"Efficacia di sentenza"*, cit., 830, nota 31.

disposizione e relativamente a quali no. Al proposito, si erano formate diverse tesi, che conviene brevemente sintetizzare¹⁸².

In modo analogo a quanto osservato in precedenza con riferimento alla dottrina italiana, anche in Germania le opinioni più risalenti, dal (corretto) presupposto che ogni norma inderogabile costituisce un limite al potere di autonomia privata, deducevano la non compromettibilità delle liti la cui definizione implicasse l'applicazione di norme imperative¹⁸³.

A partire dagli anni '80, questo orientamento venne però sottoposto a penetrante critica da parte della dottrina, con l'effetto di superare la correlazione norma imperativa-divieto di compromettibilità. Un primo tentativo in questo senso è quello, già ricordato, compiuto da Udo Kornmeier, il quale ritiene che l'arbitrabilità della controversia sia esclusa nei soli casi in cui lo Stato garantisca alla giurisdizione un monopolio nella decisione della lite¹⁸⁴. La definizione dell'area di questo "monopolio di giurisdizione" (*Rechtsprechungsmonopol*) deve essere condotta, secondo l'autore, sul piano del diritto processuale, dipendendo dalla conformazione della tutela giurisdizionale rispetto ad un determinato diritto; in questa prospettiva, un *Rechtsprechungsmonopol* e, dunque, il divieto alla compromettibilità, deve essere riconosciuto esistente, per Kornmeier, laddove la ZPO, o altra normativa processuale, prevede la compressione del principio dispositivo, a favore di quello officioso, e del principio della trattazione, a favore di quello inquisitorio¹⁸⁵.

Peraltro, questa ricostruzione è stata severamente criticata dalla dottrina successiva, la quale, come già segnalato, ha rilevato la non correttezza dell'operata sostituzione, quale parametro della arbitrabilità, del potere dispositivo sostanziale, con un potere dispositivo di carattere processuale¹⁸⁶. La tesi di Kornmeier, tuttavia, aveva fatto acquisire definitivamente alla riflessione della dottrina processualciviltistica il principio secondo cui il deferimento in arbitri di una controversia non può ritenersi precluso per il solo fatto che venga in rilievo una disciplina di carattere inderogabile, ma occorre, secondo la terminologia adottata dagli autori tedeschi, che lo Stato riservi a sé un monopolio di giurisdizione; peraltro, era evidente che la definizione dell'area riservata al giudice dello Stato avrebbe dovuto essere condotta a partire dalla normativa di diritto sostanziale.

Nella direzione indicata si muove, in particolare, la riflessione di Reinhard Bork, il quale dimostra che la compromettibilità deve essere parametrata su un concetto di oggettiva disponibilità del rapporto giuridico controverso, che non viene meno per effetto della previsione di norme

¹⁸² Per un quadro generale delle diverse opinioni in materia, confronta: M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 97 ss.

¹⁸³ Per riferimenti, si rinvia, per tutti, a: M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 98.

¹⁸⁴ Di questa opinione si è già dato sommariamente conto, *retro*, a 172.

¹⁸⁵ U. Kornmeier, *Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichbefugnis*, cit., 27 ss., specie 37 ss.

¹⁸⁶ Per riferimenti, si rinvia, *supra*, alla nota 172.

imperative: nella misura in cui un *Anspruch* non è sottratto in generale alla circolazione giuridica, esso è compromettibile¹⁸⁷.

Non appare utile indulgere sulla dimostrazione offerta da Bork, atteso che essa si fonda, in larga parte, sui medesimi argomenti, già illustrati, utilizzati dalla dottrina italiana per negare che alla inderogabilità della normativa corrisponda la indisponibilità dei rapporti giuridici disciplinati. Ai nostri fini, è assai più rilevante notare che, a seguito dello scritto di Bork, nella dottrina tedesca si assiste alla progressiva affermazione dei seguenti principi: a) l'arbitrabilità della controversia non può dipendere dalla necessità di applicare, in sede di decisione, norme di carattere inderogabile; b) la compromettibilità è un concetto oggettivo, che deve essere valutato sul piano della disciplina di diritto sostanziale del diritto, e non può dipendere dalla corretta applicazione, in sede di definizione della controversia su di esso insorta, delle norme, anche di carattere imperativo, che ne dettano la disciplina¹⁸⁸; c) il concetto di arbitrabilità è parametrato sulla sottrazione, in via generale ed assoluta, del diritto al regime della libera circolazione giuridica; per impedire la decisione in via arbitrale della controversia, non è sufficiente, pertanto, che siano precluse determinati atti di disposizione, bensì deve essere impedita ogni forma di disposizione del diritto; d) con riferimento ai rapporti giuridici disciplinati da norme di ordine pubblico, queste non impediscono, di per sé, il ricorso dell'arbitrato, bensì costituiscono solo un limite di validità del lodo; in relazione ad esse, pertanto, è sufficiente che sia garantita la possibilità del controllo della loro corretta applicazione da parte del giudice statale, eventualmente anche in sede di concessione dell'esecutività al lodo, e non solo in sede di impugnazione.

L'elaborazione della dottrina ha avuto riscontro, peraltro, anche in sede applicativa; in particolare, essa è stata recepita integralmente da una fondamentale sentenza del *Bundesgerichtshof* del 29 Marzo 1996, che, in consapevole e dichiarata adesione ai principi esposti, ha affermato che: a) il venire in gioco di norme imperative non è di ostacolo all'arbitrabilità della controversia insorta sul diritto disciplinato, costituendo queste solo regole di validità del lodo, come tali sottoposte al regime delle impugnazioni, e non già condizioni di ammissibilità del giudizio privato; b) l'oggettiva arbitrabilità manca, soltanto quando lo Stato sottrae al potere dispositivo dei privati un bene giuridico degno di particolare tutela, riservando a sé un monopolio di giurisdizione, tale per cui solo il giudice statale è abilitato a produrre lo stato giuridico perseguito¹⁸⁹.

¹⁸⁷ R. Bork, *Der Begriff*, cit., 249 ss., 255 ss., , 276.

¹⁸⁸ Il concetto di oggettiva disponibilità adottato dalla dottrina tedesca postula, dunque, come da noi rilevato, che la valutazione della arbitrabilità della lite sia compiuta *ex ante*, cioè a prescindere tanto dalla regolamentazione offerta dalle parti del rapporto giuridico nell'esercizio del potere di autonomia privata, quanto dalla regolamentazione offerta dagli arbitri in sede di decisione.

¹⁸⁹ La sentenza è pubblicata in tutte le più importanti riviste giuridiche; noi abbiamo consultato la *Juristen Zeitung*, 1996, 1017 ss., con commento di P. Schlosser. L'occasione di affrontare il tema dei limiti oggettivi alla compromettibilità è stato offerto al *BGH* dalla domanda di impugnazione proposta da un socio avverso la delibera di

L'adozione dei principi esposti, ci permette di constatare, sul piano sistematico e teorico, una sostanziale corrispondenza delle nozioni di arbitrabilità oggettiva e di *Rechtsprechungsmonopol*, elaborati dalla giurisprudenza teorica e pratica tedesca, con il concetto di indisponibilità delineato nei paragrafi precedenti: per determinare l'area dei limiti oggettivi alla compromettibilità, non rileva tanto l'impedimento alla realizzazione di determinati e specifici effetti giuridici, quanto, piuttosto, la irrilevanza del potere di autonomia privata quale fonte di regolamentazione di un determinato rapporto giuridico.

Ma è da notare come non minore corrispondenza, tra l'elaborazione compiuta nell'ordinamento tedesco e l'impostazione del problema dei limiti oggettivi alla compromettibilità da noi offerta, si registra anche sul piano applicativo, oltre che su quello dogmatico. In particolare, come segnalato, il concetto di disponibilità adottato conduce a riconoscere l'arbitrabilità, salvo espresso divieto di legge, di tutte le controversie a contenuto patrimoniale, siccome situazioni giuridiche in relazione alle quali assume rilievo il potere di autonomia privata. Ebbene, appare assai significativo osservare che, in Germania, l'adozione dei principi più volte ricordati ha, per l'appunto, condotto a riconoscere la compromettibilità di tutte le controversie a contenuto patrimoniale: dapprima, attraverso l'opera degli interpreti, si giunge ad ammettere la tendenziale compromettibilità delle pretese a contenuto patrimoniale, sulla base del rilievo che su di esse si esplica validamente il potere di autonomia privata, seppur con i limiti imposti dalle norme imperative¹⁹⁰. In seguito, mediante l'intervento del legislatore, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale è recepita dalla riforma del diritto arbitrale introdotta con la l. 22 Dicembre 1997¹⁹¹; oggi, infatti, il § 1030, comma 1, della *ZPO*, che si occupa di definire i limiti oggettivi alla compromettibilità, dispone che ogni pretesa (*Anspruch*) patrimoniale può essere oggetto di arbitrato, a differenza delle pretese non patrimoniali, che possono essere deferite in arbitri solo se le parti sono legittimate a concludere una transazione sull'oggetto della lite¹⁹².

una *GmbH*; sulla pronuncia, pertanto, occorrerà nuovamente tornare, allorché affronteremo *ex professo* il tema della compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari (*infra*, capitolo III, par. 16).

¹⁹⁰ In particolare, la citata sentenza del *BGH* del 29 Marzo 1996, dai principi più volte ricordati, fa discendere la conseguenza che ad essere oggettivamente non arbitrabili sono le controversie “di scioglimento del matrimonio, in materia di filiazione, dunque i processi concernenti *status* sottratti alla disposizione delle parti”, mentre devono ritenersi tendenzialmente arbitrabili le controversie a contenuto patrimoniale; in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, confronta: M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten*, Francoforte 2001, 212 ss.; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 100; K.H. Schwab-G.Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7° ed., Monaco 2005, 29-30.

¹⁹¹ La citata sentenza del *BGH* del 29 Marzo 1996, in motivazione, rileva la significativa coincidenza della ricostruzione da essa compiuta dei limiti oggettivi alla compromettibilità con il progetto di legge relativo alla riforma dell'arbitrato che avrebbe introdotto il § 1030, per il quale, come segnalato, la decidibilità in via arbitrale della lite è condizionata dalla natura disponibile del diritto solo per le controversie concernenti pretese non patrimoniali.

¹⁹² Ai sensi dei commi 2 e 3 della norma citata, peraltro, restano fermi particolari divieti di arbitrabilità su pretese a contenuto patrimoniale, per le quali deve essere riservata al giudice dello Stato la decisione delle controversie su di esse insorte, sulla base di ragioni differenti dalla natura indisponibile del diritto, che, invece, è, e rimane, sicuramente disponibile; ne è un esempio la materia dei rapporti di locazione ad uso abitativo (per indicazioni di ulteriori fattispecie, confronta: K.H. Schwab-G.Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 32 ss.; G. Wagner, *Prozessverträge*, Tubinga 1998, 98-

Il punto che, ai fini della nostra indagine, merita di essere sottolineato è che, nell'ordinamento tedesco, a differenza di quanto l'interprete italiano sarebbe portato a ritenere, il venir meno del parametro della disponibilità, quale condizione di arbitrabilità dei diritti a contenuto patrimoniale, non è stato considerato una rivoluzione copernicana nella definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità; al contrario, la novella non ha fatto altro che ratificare l'orientamento formatosi nel vigore della previgente disciplina, il quale, sulla base dei principi precedentemente richiamati, aveva riconosciuto che le situazioni giuridiche patrimoniali hanno natura disponibile. Pertanto, il nuovo § 1030, comma 1, nell'ammettere l'arbitrabilità delle pretese a contenuto patrimoniale, senza prevedere la condizione della disponibilità del diritto, non apre il ricorso all'arbitrato per la decisione di liti su situazioni giuridiche indisponibili, e, dunque, non costituisce una deroga ai limiti tradizionalmente fissati alla risoluzione in via privata delle controversie, bensì ne è un'applicazione coerente, una volta che sia stato correttamente definito il concetto di disponibilità: riconosciuta la natura disponibile dei diritti a contenuto patrimoniale, ne deve essere in linea generale ammessa la deferibilità in arbitri¹⁹³.

La comparazione con l'esperienza tedesca dimostra, dunque, sotto un ulteriore profilo, la correttezza delle deduzioni compiute nel precedente paragrafo in applicazione del concetto di disponibilità adottato: la tendenziale compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto situazioni giuridiche a contenuto patrimoniale, siccome aventi natura disponibile, salvo l'espresso divieto di arbitrato posto dal legislatore, in ragione dell'emersione, in relazione a determinati settori dell'ordinamento, di specifici interessi che sarebbero pregiudicati dalla decisione della lite da parte degli arbitri, e in corrispondenza dei quali si impone, pertanto, l'esigenza di riservare la cognizione della controversia alla giurisdizione statale, mediante la previsione di uno specifico *Rechtsprechungsmonopol*.

99, 585-586). Ai nostri fini è rilevante notare come la dottrina giustifichi il divieto di arbitrabilità di alcune categorie di controversie a contenuto patrimoniale rilevando la ricorrenza, nel caso di specie, di un rilevante interesse pubblico, che induce il legislatore a riservare la cognizione di tali controversie al giudice dello Stato; ad esempio, secondo la dottrina, la ragione della non compromettibilità delle controversie relative a rapporti di locazione ad uso abitativo deve ravvisarsi nell'esigenza di tutelare il conduttore, parte socialmente debole del rapporto di locazione; sul punto, confronta: G. Wagner, *Prozessverträge*, cit., 98-99; J. Münch, § 1030, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., 1044 ss., specie 1046-1052.

¹⁹³ In questo modo, in dottrina, confronta: M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 212 ss.; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 100; K.H. Schwab-G.Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 29-30; in senso contrario, critica la scelta del legislatore di elidere il riferimento, per le controversie su pretese patrimoniali, alla loro disponibilità sul piano del diritto sostanziale, K.H. Schwab, *Wandlungen*, cit., 813.

CAPITOLO TERZO

LA COMPROMETTIBILITÀ DELLE CONTROVERSIE DI IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE ASSEMBLEARI

Sommario: **1.** Transizione. **-2.** Le situazioni giuridiche nel gruppo organizzato. **-3.** Individuazione delle situazioni giuridiche incise dalla delibera. **-4.** La valutazione di disponibilità, rilevante ai fini della compromettibilità della lite, deve essere condotta relativamente alle situazioni giuridiche così individuate. **-5.** Le situazioni giuridiche nella titolarità dei soci; **-5.1.** (Segue): non costituiscono un'autonoma situazione giuridica soggettiva, incisa dalla delibera assembleare, né l'interesse del socio alla legittimità dell'azione sociale (o ad una gestione sociale condivisa nelle scelte); né i diritti (poteri) partecipativi del socio di cui sia dedotta la violazione nel procedimento di adozione della delibera; né, infine, l'interesse che risulta protetto dalla norma imperativa, ove questo non sia posto in relazione con un bene di natura sostanziale. **-6.** Classificazione delle delibere assembleari in funzione del contenuto -di imputazione o di organizzazione- dell'effetto prodotto, e del soggetto -la società, i soci, o terzi qualificati- nella cui sfera gli effetti si realizzano; **-6.1** (Segue): (A) Delibere aventi ad oggetto immediato, diretto ed esclusivo, una posizione giuridica dei soci; **-6.2** (Segue): (B) Delibere aventi ad oggetto immediato ed esclusivo una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società; **-6.3** (Segue): (C) Delibere aventi ad oggetto una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società e simultaneamente incidenti su situazioni giuridiche a carattere individuale nella titolarità dei soci; **-6.4** (Segue): (D) Delibere aventi ad oggetto una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società e simultaneamente incidenti su situazioni giuridiche a carattere individuale nella titolarità di determinati soggetti terzi rispetto alla società. **-7.** Sintesi dei risultati raggiunti. **-8.** Le specificità strutturali delle situazioni sostanziali coinvolte nel processo di impugnativa impediscono di applicare ad esse il tradizionale concetto di disponibilità articolato secondo i parametri della rinunciabilità ed alienabilità del diritto; è invece idonea la nozione di disponibilità intesa come rilevanza del potere di autonomia privata nella produzione di effetti giuridici relativamente ad una certa situazione sostanziale. **-9.** Il potere assembleare e la tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui è riconducibile la delibera assembleare. **-10.** La natura della delibera assembleare. Le tesi negoziali classiche. **-10.1.** (Segue): (A) la tesi unitaria (o organica). Critica. **-10.2.** (Segue): (B) la tesi antiunitaria. Critica. **-11.** La natura della delibera assembleare. Le tesi procedurali (o organizzative). Critica. **-12.** La delibera come negozio giuridico. **-13.** La qualificazione della delibera come negozio giuridico non è impedita dalla particolare tipologia degli effetti (valori) realizzati. **-14.** La delibera di bilancio come fattispecie produttiva di effetti (a contenuto organizzativo); **-14.1.** (Segue): la delibera di bilancio ha natura di negozio giuridico. **-15.** La compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari. **-16.** I risultati raggiunti trovano conferma nell'elaborazione compiuta nell'ordinamento tedesco.

1.

In questa terza ed ultima parte del lavoro, si procederà alla definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, mediante l'applicazione a tale particolare tipologia di liti del concetto di disponibilità delineato nel capitolo secondo¹.

¹ Il concetto di disponibilità rilevante per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità ha carattere unitario, e

Le precedenti fasi dell'indagine hanno dimostrato che il problema in esame può trovare adeguata sistemazione solo se il predicato di disponibilità/indisponibilità è riferito alle situazioni giuridiche coinvolte nella controversia di impugnazione. Come non si è mancato di rilevare, questa appare, del resto, l'unica ricostruzione compatibile con il dato normativo, che, tanto all'art. 34 del d.lgs. 5/2003, quanto, in linea generale, all'art. 806 del codice di procedura civile, espressamente individua nella disponibilità del diritto il parametro della arbitrabilità della controversia su di esso insorta.

Questa è, dopotutto, la ragione essenziale del nostro dissenso rispetto alle tesi elaborate in dottrina e giurisprudenza per la soluzione del problema che ci occupa.

Come si crede aver dimostrato attraverso l'esposizione compiuta nel primo capitolo, tutti gli orientamenti allora criticati, nella valutazione della compromettibilità delle liti di impugnativa assembleare, giungono ad una sostanziale obliterazione del parametro della disponibilità/indisponibilità delle situazioni sostanziali in esse coinvolte. Richiamando sinteticamente i risultati che in quella sede sono stati raggiunti, riteniamo che la corretta ricostruzione della natura disponibile o indisponibile del diritto postula che tale valutazione si attesti in un momento logicamente anteriore e del tutto indipendente dall'apprezzamento delle modalità con cui è avvenuta la lesione del diritto, della sanabilità, o meno, dell'atto che su di esso incide, della figura di invalidità fatta valere dall'attore, nonché della natura, imperativa o dispositiva, delle norme che l'istante assume essere state violate. In particolare, abbiamo posto in luce che le numerose fattispecie di sanatoria della invalidità delle deliberazioni assembleari possono far concludere, tutt'al più, ove si ammetta tale qualificazione, per la disponibilità del diritto di azione diretto alla loro caducazione, mentre, al contrario, sono del tutto neutre con riferimento al problema relativo alla natura –disponibile o indisponibile- del diritto controverso, che, diverso dal diritto di azione, è il (solo) parametro su cui il legislatore appunta il limite oggettivo alla compromettibilità². A quest'ultimo proposito, è stato altresì dimostrato che la disponibilità delle posizioni di diritto sostanziale non può essere fatta discendere, in via di necessaria deduzione, dal carattere inderogabile della normativa da cui esse sono disciplinate, non sussistendo una biunivoca corrispondenza tra i due termini. Si è visto, infatti, che diritti contemplati da un apparato di norme imperative ben possono costituire, seppur entro i limiti

non è, pertanto, suscettibile di variazioni in relazione alla tipologia di liti di volta in volta in considerazione; per una prima dimostrazione della validità di questo assunto, si rimanda, *retro*, al capitolo I, par. 6 (ove si è criticata la tesi che ritiene operante, nella materia societaria in generale e nelle azioni di impugnativa assembleare in particolare, un concetto di disponibilità speciale); sul punto si tornerà, comunque, più ampiamente in seguito, al par. 8.

² *Retro*, capitolo I, par. 5 e capitolo II, par. 18.

fissati, oggetto del potere di disposizione³; in modo non dissimile, è stato anche escluso che la natura normalmente extraindividuale degli interessi tutelati dalla norme imperative ammantate del crisma dell'indisponibilità il diritto disciplinato⁴. Infine, in relazione ad una recente tesi dottrinale, non abbiamo mancato di porre in luce che la facoltà attribuita all'assemblea di sostituire una deliberazione invalida nulla ha a che vedere con la (pretesa) natura disponibile delle situazioni giuridiche coinvolte: la possibilità di reiterare l'atto di esercizio del potere su un determinato oggetto discende dalla conformazione e dai caratteri propri del potere che, di per sé, non può essere né disponibile, né indisponibile, bensì può solo essere esercitato in conformità o in difformità delle norme che ne dettano la disciplina e, perciò, non si pone in alcun rapporto di deduzione o di implicazione logica con la disponibilità o indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive su cui incide⁵.

Se si volesse ora individuare la ragione dell'emersione di tali non condivisibili teoriche, essa dovrebbe essere ravvisata, con ogni probabilità, nel mancato o insufficiente approfondimento delle peculiarità proprie del fenomeno associativo, così come della struttura e della dinamica delle situazioni sostanziali che si collocano al suo interno, rispetto al settore delle relazioni intersoggettive che si articolano secondo lo schema, tipicamente bilaterale, del rapporto obbligatorio, ed in relazione alle quali si sviluppa tradizionalmente la riflessione della dottrina processualciviltistica.

Per questa ragione, l'applicazione alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari del concetto di disponibilità delineato nel precedente capitolo -che si è visto consistere nella rilevanza del potere di autonomia privata quale fonte di produzione di effetti giuridicamente rilevanti in ordine alle situazioni sostanziali- deve essere preceduta da un'indagine di carattere preliminare, la quale consenta di inquadrare le problematiche specifiche che si pongono nell'osservazione di relazioni giuridiche che sorgono e si sviluppano all'interno del fenomeno associativo, e di cui l'atto deliberativo rappresenta la primaria fonte di disciplina. Soltanto in un secondo momento, si procederà a verificare quale sia il ruolo da assegnare al potere di autonomia privata nella produzione di effetti giuridici riguardo alle situazioni sostanziali individuate, il che renderà necessario affrontare il complesso tema del potere assembleare e della natura -se negoziale o meno- della delibera che ne costituisce l'atto di esercizio. All'esito di tale indagine, sarà possibile trarre ogni opportuna conclusione in ordine alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari; infine, ed in conclusione del lavoro, i risultati raggiunti

³ *Retro*, capitolo I, par. 7 e, per più ampi svolgimenti riguardo al rapporto tra indisponibilità e inderogabilità della normativa, capitolo II, parr. 2-8.

⁴ *Retro*, capitolo I, par. 7.

⁵ *Retro*, capitolo I, par. 6.

saranno posti a confronto con l'esperienza maturata in seno all'ordinamento tedesco, ciò da cui deriverà un'ulteriore conferma della loro validità.

2.

La dottrina commercialistica che più ha approfondito il fenomeno deliberativo, lo ha indagato per lo più dall'angolo visuale della natura e della struttura della delibera assembleare, facendo discendere da tale preliminare presa di posizione la tipologia degli effetti producibili e la natura delle situazioni sostanziali coinvolte⁶. A questo modo di impostare l'indagine deve essere ascritta, con ogni probabilità, la ragione per la quale, in materia, si assiste alla frequente sovrapposizione tra profili -quello della natura della delibera assembleare e quello della tipologia di effetti prodotti- che, a rigore, devono essere tenuti distinti⁷; sovrapposizione che si riflette, a ben vedere, nei noti contrasti e nella grande varietà di opinioni manifestate in ordine alla classificazione delle delibere assembleari⁸.

⁶ Questa è l'impostazione adottata, ad esempio, da F. Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano 1969, 1 ss., 79 ss., il quale, dalla struttura della delibera quale atto collegiale, desume che questa non può che produrre effetti nella sola sfera dei soggetti legati dal rapporto sociale, e, dalla funzione della delibera, quale forma di svolgimento dell'attività interna dell'ente, deduce che, in modo caratteristico, la delibera determina la costituzione, modificazione, estinzione dei rapporti interni, intercorrenti tra i soggetti legati al rapporto sociale; da tale preliminare presa di posizione discende la definizione della delibera quale atto corporativo o interno, che, per sua natura, non può produrre effetti se non nei confronti dei soggetti vincolati dal rapporto sociale; in modo analogo, già in precedenza, T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, 2° ed., Roma 1933, 246, 329, il quale, dopo aver assunto che, con la delibera assembleare, si forma la volontà sociale, ne deduce che la stessa ha, e non può non avere, carattere esclusivamente interno, quale manifestazione di volontà diretta agli altri organi sociali, la cui attività è necessaria per la manifestazione della volontà ai terzi (e, dunque, per la produzione di effetti esterni).

Più in generale, è significativo notare come le indagini dedicate al fenomeno deliberativo muovano, per lo più, da un preliminare inquadramento dogmatico della delibera all'interno dei fatti giuridici e, dunque, come detto nel testo, dalla definizione della natura e struttura della delibera assembleare, e, solo in un secondo momento, procedano alla ricognizione degli effetti realizzati dalla delibera; in questo modo, in particolare, la dottrina classica, che, inquadrata la delibera tra i negozi giuridici, ne definisce gli effetti come costitutivi, modificativi, estintivi di rapporti giuridici, introducendo, per tal via, una sostanziale assimilazione dell'atto deliberativo, che si colloca all'interno di un gruppo organizzato, ai negozi giuridici che si realizzano sul piano dei rapporti interprivati, tra soggetti non legati da un vincolo di carattere associativo (in questo modo, confronta: A. Donati, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano 1937, 17 ss.; A. Candian, *Nullità e annullabilità di delibera di assemblea delle società per azioni*, Milano 1942, 9 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee di società*, Milano 1951, 3 ss., 69 ss.; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 3 ss., 79 ss.).

Mette conto sottolineare che tale modo di procedere, con gli esiti segnalati, è proprio anche della dottrina tedesca, per la quale vedi: C.H. Barz, *sub § 119*, in *Grosskommentar Aktiengesetz*, I, 2, 3° ed., Berlino 1973, 940 ss.; W. Zöllner, *sub § 133*, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, I, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco 1985, 1346 ss.; F.J. Semler, *sub § 39*, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, IV, 2° ed., Monaco 1999, 514 ss.; Volhard, *sub § 133*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, IV, Monaco 2004, 532 ss.; U. Hüffer, *Aktiengesetz*, 7° ed., Monaco 2006, 724 ss.

⁷ Questa, più corretta, prospettiva è sottesa, invece, allo studio di P. Ferro-Luzzi, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano 1993 (rist. ed. provv. 1976), 70 ss., 82 ss., ove si legge che "non si deve porre la domanda se la deliberazione sia negozio giuridico, di che tipo, o atto diverso; occorre invece (...) analizzare quale tipo di valore la norma attribuisca alla deliberazione (...). Solo dopo di ciò sarà possibile precisare se e quali analogie il fenomeno (...) presenti eventualmente con l'atto individuale e il suo prototipo, il negozio" (*op. cit.*, 75).

⁸ Ad esempio, limitandoci alle ricostruzioni più note, vi è chi individua tre categorie sulla base della direzione degli effetti della delibera, distinguendo tra delibere che formano e dichiarano la volontà della società con efficacia puramente interna, nei confronti dei soci e degli organi sociali, delibere che formano e dichiarano la volontà della società con efficacia esterna, verso terzi, delibere che formano la volontà che viene dichiarata all'esterno verso i terzi da

Le limitate finalità dell'indagine che si va ad intraprendere ci esonerano da una compiuta esposizione del dibattito che, in seno alla dottrina commercialistica, si è sviluppato a partire dai primi anni del secolo scorso sulla ricostruzione della delibera assembleare e, in specie, del sistema delle sue invalidità. In questa sede, appare sufficiente notare che una corretta ricostruzione del fenomeno deliberativo deve mantenere distinti i due profili segnalati: da un lato, il tema degli effetti della delibera assembleare e delle situazioni giuridiche coinvolte; dall'altro lato, il tema della tecnica di produzione di tali effetti⁹. Confortati da una riflessione di carattere generale in ordine alle tecniche di produzione degli effetti sostanziali, riteniamo, in altri termini, che il problema della tipologia di effetto (ossia il valore) ascrivibile alla delibera assembleare è neutro rispetto al problema dello schema in forza del quale l'effetto si produce¹⁰.

Per questa ragione, e come già preannunciato, l'indagine procederà dall'individuazione, sul piano del diritto positivo, delle situazioni sostanziali su cui la delibera incide producendo effetti giuridicamente rilevanti e, solo in un secondo momento, si occuperà di definire, sul piano sistematico e dogmatico, la natura della delibera assembleare e, dunque, la tecnica di produzione degli effetti giuridici preliminarmente individuati.

Ciò precisato, è possibile passare alla determinazione dei caratteri e del contenuto delle situazioni sostanziali che possono essere incise dalle delibere assembleari.

L'operazione, peraltro, è tutt'altro che agevole.

Essa si scontra immediatamente con la constatazione che non sempre la situazione sostanziale sottesa ad una delibera assembleare è inquadrabile nella fattispecie del diritto soggettivo, dovendosi piuttosto rilevare che l'isolamento di un'autonoma posizione di diritto è pressoché impossibile riguardo alla maggior parte delle delibere, le quali pongono in essere valori

parte degli amministratori (così A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 24 ss.); altri, invece, propongono un doppio criterio di classificazione: il primo, relativo al contenuto della delibera, che permette di distinguere tra delibere normative, organizzative ed amministrative, il secondo attinente alla potenzialità di produzione di effetti giuridici, in base al quale si discerne tra delibere autonome (o costitutive) e delibere accessorie (o decisive) (in questo modo, A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 173 ss.); in modo ancora diverso, altri, ritenendo che la funzione esplicata dalla deliberazione sia strettamente dipendente dal suo contenuto, distingue tra deliberazioni in senso stretto, esplicanti una funzione interna, che si esaurisce nella sfera giuridica dell'ente e, dunque, che incidono su rapporti interni, e deliberazioni di gestione, esplicanti una funzione esterna, rivolta a creare direttamente rapporti con i terzi (così, G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 61-62); ancora, vi è chi, assunta l'efficacia interna della delibera, propone una classificazione sulla base della funzione esplicata dalla delibera rispetto al contratto sociale, così distinguendo tra delibere di svolgimento dell'attività economica in comune, di modificazione del contratto sociale e di realizzazione dell'interesse finale dei soci (in questo senso, F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 13, 94 ss.).

⁹ In modo analogo, nota la sovrapposizione tra il tema degli effetti e quella della tecnica di produzione cui è ascrivibile la delibera assembleare, anche I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 521 ss.

¹⁰ La constatazione, invero ovvia, da cui muoviamo è la seguente: l'effetto giuridico rimane uguale a se stesso anche se diversa è la fonte (titolo) da cui trae origine; così, ad esempio, il diritto di credito può sorgere sia a seguito dell'esercizio dell'autonomia negoziale, che a seguito del verificarsi di un atto illecito: quantunque sia diversa la tecnica in base alla quale nei due casi sorge l'effetto, la natura di questo rimane identica.

tipicamente sociali e, dunque, a contenuto eminentemente organizzativo¹¹. In sostanza, la peculiarità del fenomeno in considerazione risiede nell'impossibilità di individuare una situazione sostanziale riconducibile al paradigma del diritto soggettivo quale contenuto stabile e costante della delibera assembleare.

Il problema sorge, e può trovare adeguata soluzione, se si considera l'eterogeneità strutturale ed effettuale del fenomeno associativo, posto in essere dal contratto di società, rispetto agli effetti giuridici cui pone capo un contratto di scambio.

Il punto decisivo risiede nella seguente notazione: il valore proprio del contratto di scambio si traduce nella correlazione atto-situazioni giuridiche soggettive, ossia nella imputazione, in capo alle parti del contratto, di posizioni individuali riconducibili, per lo più, allo schema diritto/obbligo; per contro, nella ricostruzione del contratto di società, come insegna autorevole dottrina commercialistica, occorre rinunciare a porre la suddetta correlazione e procedere alla sostituzione del secondo termine del binomio con quello di "azione", ove tale elemento sta ad indicare che effetto del contratto associativo non è il sorgere in capo alle parti di situazioni giuridiche sostanziali, bensì l'asseveramento di utilità materiali e personali, nonché la posizione di regole, per lo svolgimento successivo di un'attività economica in comune. Con formula sintetica, può dirsi che l'atto (il contratto di società) determina la posizione di un'organizzazione quale modulo di produzione e di disciplina di un'attività, e non determina, almeno in via diretta e "normale", quale espressione del suo contenuto tipico, la creazione di situazioni giuridiche sostanziali in capo alle parti¹²; anzi, secondo la dottrina che maggiormente ha approfondito il problema, dal valore tipico del contratto associativo esula la produzione di effetti giuridici sussumibili nello schema diritto/obbligo, per mezzo della qualificazione come lecito/doveroso delle condotte dei soggetti parte e destinatari degli effetti dell'atto¹³. A quest'ultimo riguardo, al fine di evitare fraintendimenti, conviene peraltro precisare che, come questa dottrina insegna, non si nega che la fattispecie

¹¹ Adottiamo la terminologia proposta da P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano 1971, *passim*; Id., *La conformità*, cit., *passim*; la definizione degli effetti prodotti dalla delibera come "organizzativi", in ragione della loro peculiarità rispetto agli effetti tipicamente realizzati dai negozi individuali, ricorre anche nella dottrina più risalente, nella quale, tuttavia, essa assume un rilievo soltanto descrittivo, senza essere ulteriormente sviluppata nella ricostruzione teorica dell'atto deliberativo (in questo modo, confronta: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 173 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 61 ss.); segnaliamo, peraltro, che altri autori, con differente terminologia, designano il contenuto delle situazioni giuridiche che tipicamente si collocano all'interno del gruppo organizzato come "interne" o "corporative" (così, ad esempio, F. Chiomenti, *La revoca*, cit., *passim*; A. Donati, *L'invalidità delle deliberazioni*, cit., 24 ss.).

¹² In questo senso, molto chiaramente: P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 83 ss., 127 ss., 188 ss., 300 ss.; L. Farenga, *I contratti parasociali*, Milano 1987, 68 ss., 77 ss.; C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 977 ss., specie 980 ss.; in modo non dissimile, rileva la diversità delle situazioni soggettive che si collocano all'interno del gruppo organizzato, che sorgono da rapporti che non si piegano ad essere inquadrati negli schemi del diritto individuale e, perciò sono definiti rapporti corporativi o interni, F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 3 ss., nota 5.

¹³ P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 240-241, testo e note 9 e 10; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 981 ss.

associativa abbia anche un “valore di imputazione” di situazioni giuridiche in capo alle parti; più semplicemente, si ritiene che, nella ricostruzione dogmatica del contratto di società, questo valore, indubbiamente sussistente, assume un ruolo secondario e subordinato rispetto al valore tipico dell’atto, che è quello di porre in essere un’organizzazione per lo svolgimento di un’attività, che si articola in figure di produzione dell’azione, dei modelli formali e procedurali con cui esse operano, nonché dei mezzi necessari a tal fine¹⁴.

Se ci si pone nella prospettiva della ricostruzione richiamata –che, si sottolinea, è condivisa dalla dottrina commercialistica maggioritaria¹⁵–, il corretto inquadramento del fenomeno associativo non si può limitare ad un’opera di ricognizione delle posizioni giuridiche individuali di cui sono titolari i soci all’interno del gruppo organizzato, ma deve necessariamente prendere in considerazione il rilievo che, in quest’ambito, assume il concetto di azione, di cui l’organizzazione rappresenta la forma giuridica in cui essa si manifesta, ed al cui interno deve ricostruirsi la posizione dei soci in quanto membri dell’organizzazione stessa, ed il fenomeno deliberativo quale figura di produzione dell’azione¹⁶.

3.

Alla luce dell’inquadramento generale della fattispecie compiuto nel precedente paragrafo, è possibile passare ad esaminare direttamente il fenomeno deliberativo e, in specie, il tema degli effetti giuridici prodotti dalla delibera.

E’ peraltro evidente, a questo riguardo, che, una volta identificata, come devesi, nella delibera assembleare la figura di produzione dell’azione sociale¹⁷, ad essa deve essere riconosciuta, in linea di principio, l’idoneità ad incidere, in modo giuridicamente rilevante, su ogni tipologia di

¹⁴ P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 236 ss.; 327 ss.; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 981 ss.; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 10-11, il quale, peraltro, in senso parzialmente diverso, rileva che la caratteristica della deliberazione non sta nella natura dei suoi effetti –che possono essere vuoi di tipo corporativo, vuoi di tipo individuale– ma nella posizione interna dei destinatari di tali effetti.

¹⁵ La ricostruzione organizzativa costituisce, peraltro, un efficace modello interpretativo per la comprensione del fenomeno associativo nel suo complesso e, in particolare, del fenomeno deliberativo, come dimostrano, ad esempio, le indagini compiute da L. Farenga, *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell’inesistenza*, in *Riv. dir. Comm.*, 1988, I, 179 ss., specie 192-193 e, in tempi più recenti, da G. Meo, *Gli effetti dell’invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano 1998, il quale, proprio muovendo dalla considerazione del valore di organizzazione che normalmente assume la deliberazione assembleare in seno all’agire sociale, propone di ricostruire il problema degli effetti dell’invalidità delle delibere assembleari su basi autonome rispetto ai principi valevoli in materia contrattuale (*op. cit.*, 102 ss.).

¹⁶ P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 305 ss., testo e note; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 981 ss., specie 986 ss.

¹⁷ Osserva L. Farenga, *La deliberazione di società*, cit., 191 che la deliberazione assembleare è un atto che “va inserito nel contesto entro il quale è nato per operare, e cioè una *struttura organizzativa*”; struttura organizzativa che nasce ed è disciplinata dal contratto di società, ciò da cui discende che “la deliberazione assembleare va esaminata quale momento di sviluppo dell’azione nascente dal contratto di società, quale momento, cioè, di sviluppo dell’azione comune disciplinata da quel particolare contratto associativo che è il contratto di società”; in modo analogo, già in precedenza, confronta: F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 9 ss.; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 77, 155.

situazione giuridica che si colloca all'interno del gruppo organizzato o che ad esso, in ogni modo, faccia capo¹⁸. Pertanto, giusta le osservazioni precedentemente svolte, la delibera assembleare è suscettibile di costituire tanto un atto di imputazione, nelle sfere giuridiche dei destinatari degli effetti dell'atto (siano essi soci, o, eventualmente, anche terzi), di posizioni giuridiche di carattere individuale, quanto un atto a contenuto organizzativo, che si inserisce nel processo di produzione e di determinazione dell'attività sociale¹⁹.

Questa è la considerazione, di carattere volutamente generale, da cui deve prendere le mosse l'indagine. Come in precedenza segnalato, infatti, operare una restrizione del campo di osservazione, mediante una preliminare selezione dei valori attribuibili alla delibera assembleare, sarebbe il frutto di una scelta, aprioristicamente compiuta, circa la ricostruzione della natura e della struttura dell'atto assembleare, secondo un modo di procedere che si è detto tipico di molte delle analisi compiute in materia, incentrate, per l'appunto, sull'analisi dei profili strutturali della delibera, piuttosto che sull'enucleazione degli effetti ad essa ascrivibili²⁰. Adottare questo metodo di indagine, significherebbe, tuttavia, sovrapporre una scelta di carattere interpretativo al dato positivo, sul cui piano deve essere prioritariamente compiuta la ricognizione degli effetti delle delibere assembleari; per queste ragioni, è solo successivamente all'individuazione dei valori che deve essere affrontato il tema della tecnica di produzione cui è ascrivibile la delibera che li pone in essere.

Se ci si pone in questa prospettiva, non è chi non veda, allora, che l'indagine debba appuntarsi sul piano degli effetti che la delibera pone in essere, e non già su quest'ultima; invero, la

¹⁸ Si utilizza qui il termine "situazione giuridica", in quanto, data la sua ampiezza, si presta a designare in modo unitario gli effetti giuridici producibili dalla delibera assembleare, i quali, come si è detto, solo talvolta incidono su posizioni giuridiche di carattere individuale riconducibili al paradigma diritto/obbligo, esprimendo, invece, in via normale, valori a contenuto organizzativo che non possono essere inquadrati all'interno di una relazione intersoggettiva che si sviluppa secondo il modello del rapporto obbligatorio; per l'utilizzazione del termine situazione giuridica in questo senso, con specifico riferimento al settore societario, vedi G. Zanarone, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle S.P.A.*, III, 2, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993, 347, nota 87. Peraltro, già in precedenza, per la legittimità, sul piano della teoria generale del diritto, del concetto di situazione giuridica, quale nozione idonea a ricomprendere vuoi situazioni giuridiche di carattere soggettivo, vuoi situazioni giuridiche non soggettive, ma nondimeno dotate di giuridico rilievo, sul piano del diritto sostanziale, da parte dell'ordinamento, confronta: A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958, 126 ss., specie 132 ss.

¹⁹ Per questo modo di procedere, confronta: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 82 ss., specie 82, nota 22; peraltro, si precisa sin d'ora che, contrariamente a quanto da questo A. ritenuto (*La conformità*, cit., 106), la delibera assembleare, sebbene atto produttivo di effetti normalmente a carattere organizzativo, in alcune ipotesi –talune delle quali positivamente previste– può essere fattispecie costitutiva di effetti giuridici a contenuto tipicamente individuale (il che, lo stesso A. è costretto ad ammettere in relazione alla delibera di distribuzione degli utili: *La conformità*, cit., 103, 118, nota 147); in questo modo, seppur non esplicitamente, anche C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 983-984.

²⁰ E' infatti agevole rilevare come la maggior parte degli autori prende in considerazione gli effetti della delibera assembleare solo dopo averne ricostruita la natura, di guisa che l'individuazione dei primi dipende dalla configurazione della seconda; ma tale modo di procedere è foriero di incongruenze, ogni volta che dalla ricognizione del dato positivo emerga che il legislatore riconosce nella delibera assembleare la fattispecie di produzione di effetti giuridici che, sulla base della ricostruzione accolta, ad essa non potrebbero conseguire (in questo modo, vedi, infatti, al dottrina citata, *supra*, alle note 6 e 8).

natura dell'atto deliberativo, in quanto fattispecie di produzione di effetti giuridici, rimane la medesima, non mutando in corrispondenza delle specificità di contenuto e funzione del valore realizzato²¹.

Muovendoci, dunque, sul piano degli effetti e del loro contenuto, è possibile operare una prima distinzione tra effetti che incidono su posizioni giuridiche di carattere individuale, che si prestano ad essere ricondotte, senza difficoltà, ai consueti schemi elaborati dalla teorica privatistica delle situazioni giuridiche soggettive, ed effetti che realizzano valori a contenuto organizzativo, di produzione e svolgimento dell'azione sociale, che, in quanto tali, non sono agevolmente inquadrabili in quella teorica. Nel primo caso, si parlerà, allora, di delibera come atto dell'organizzazione avente contenuto (valore) di imputazione; nel secondo caso, invece, di delibera come atto dell'organizzazione avente contenuto (valore) di organizzazione.

Non ci si nasconde certo che, come sottolineano gli studiosi del diritto commerciale, è il secondo ordine di ipotesi a costituire il nucleo di maggiore ricorrenza statistica e di maggior rilievo sistematico, proprio in ragione del fatto che le delibere ad esso riconducibili, realizzando valori tipicamente sociali, riflettono le specificità proprie del contesto associativo. Tuttavia, questa considerazione -che in seguito ci sarà estremamente utile per comprendere le ragioni delle difficoltà della dottrina processualciviltistica ad operare la valutazione della compromettibilità delle liti di impugnativa assembleare- non può, allo stato attuale della ricerca, essere ulteriormente sviluppata: è infatti evidente che, ai nostri fini, rilevano tanto le delibere a contenuto di imputazione, quanto quelle a valore organizzativo, posto che entrambe possono essere oggetto dell'azione di impugnativa, quantunque radicalmente diversi siano gli effetti giuridici coinvolti nei due casi.

Precisato, dunque, che la deliberazione assembleare deve essere riguardata quale fattispecie unitaria di produzione di effetti giuridici; rilevato che tali effetti si specificano, normalmente, in effetti a contenuto organizzativo (nella sfera della società) e, in via eventuale, in effetti di imputazione di situazioni di diritto ed obbligo (nella sfera dei soci ed, eventualmente, dei terzi)²²; dobbiamo ora meglio precisare il contenuto e l'oggetto degli effetti così genericamente individuati.

Salvi gli approfondimenti che, sulla base del programma delineato, saranno successivamente svolti, è considerazione comune quella secondo cui, nel fenomeno deliberativo, ricorre un profilo di potere, che si manifesta nella vincolatività degli effetti posti in essere dalla delibera anche per i soci che non abbiano concorso con il loro voto positivo alla sua adozione; il dato, sostanzialmente condiviso, emerge con nettezza dall'art. 2377, comma 1, c.c., a norma del quale “le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci,

²¹ Per la dimostrazione di questo principio, vedi, *infra*, parr. 12 e 13.

²² In questo senso: M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova 1986, 146 ss.

ancorché non intervenuti o dissenzienti”²³.

Se si concorda sul rilievo che la delibera assembleare è espressione di potere, per identificare gli effetti giuridici che essa produce –siano essi a contenuto organizzativo o di imputazione- occorre prendere in considerazione le norme che attribuiscono all’assemblea il potere di deliberare su una determinata materia, ossia di produrre effetti giuridici vincolanti (nella sfera della società, dei soci ed, eventualmente, anche dei terzi) in ordine ad un determinato oggetto. Sono, infatti, le norme riconducibili alla tipologia indicata ad individuare le situazioni giuridiche soggette agli effetti del potere (vale a dire, le situazioni sostanziali a carattere individuale ed i tratti dell’attività sociale che da esso possono essere incise); a dettare i presupposti in base ai quali il potere può determinarsi in ordine ad esse; a determinare, infine, il contenuto della regolamentazione che di esse può essere fornita dalla delibera, ossia dall’atto di esercizio del potere.

Ancor più chiaramente, si deve affermare che l’individuazione delle situazioni giuridiche che si collocano nel contesto associativo deve procedere compiendo un costante riferimento al fenomeno del potere. Ed invero, poiché il gruppo organizzato è dominato da una figura di potere, in tanto si può riconoscere la qualificazione normativa di una posizione di interesse protetto, in quanto, allo stesso tempo, vengano individuati i limiti e le condizioni in presenza delle quali il potere può incidere su di esse; in altri termini, la norma, nel momento in cui qualifica una situazione giuridica all’interno dell’ordinamento societario, disciplina anche il contenuto che può assumere l’atto di esercizio del potere riguardo ad essa, ed i presupposti in presenza dei quali la determinazione può essere assunta²⁴.

²³ Che nel fenomeno deliberativo ricorra una profilo di potere è affermazione assolutamente pacifica. Occorre peraltro notare che il riferimento operato alla figura del potere è in questa sede svolto per porre in evidenza l’idoneità dell’azione assembleare ad incidere anche su una sfera giuridica diversa dal soggetto che abbia prestato il proprio consenso all’adozione della delibera. Il concetto, pertanto, è utilizzato in via descrittiva, come tale neutra rispetto alla tematica, che sarà successivamente approfondita (*infra*, parr. 9-14), relativa alla possibilità di riscontrare nel potere assembleare una figura del più ampio potere di autonomia privata (cui si accompagna, di norma, il riconoscimento alla delibera dei caratteri della negozialità), oppure una mera convenzione linguistica, identificante l’attitudine dell’atto assembleare a vincolare anche quei soggetti che non abbiano acconsentito alla sua adozione (cui sia accompagna una ricostruzione della delibera assembleare in termini meramente procedimentali, cui fa difetto ogni elemento di negozialità; in questo senso, per ora, confronta: P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., 147 ss., nota 7, 170 ss.; Id., *La conformità*, cit., 136-137, 152 ss., 162). Ai nostri fini, è particolarmente degno di nota sottolineare che anche le teoriche da ultimo richiamate, pur ricostruendo il potere come fattispecie procedimentale e, conseguentemente, negando che la delibera sia espressione del potere di autonomia, nondimeno devono necessariamente ricorrere alla figura del potere per operare un corretto inquadramento delle modalità di produzione degli effetti della delibera assembleare (così, in particolare, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 136-137, 152 ss., 162; L. Farenga, *I patti parasociali*, cit., 103, il quale, in modo più generico, fa riferimento ad una posizione giuridica di carattere potestativo). Infine, si deve osservare che in dottrina, anche senza prendere posizione sui complessi temi cui si è accennato, è generalmente condivisa l’idea che la delibera assembleare sia da ricondurre ad un fenomeno di potere (in questo modo, limitandoci per ora alla dottrina civilistica, confronta, tra molti: E. Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano 1988, 24-25; A. Lener, *Potere (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss., specie 619 ss.).

²⁴ Questo è il presupposto da cui muovono le indagini che si prefiggono di individuare le situazione giuridiche nella titolarità dei soci- all’interno della società; in questo modo, vedi, in specie: T. Ascarelli, *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi di diritto delle società*, Milano 1952, 99 ss.; V. Buonocore, *Le*

La considerazione da cui occorre partire è, dunque, la seguente: dato che la delibera assembleare incide nella sfera della società e dei soci, le norme che disciplinano l'attribuzione ed il contenuto del potere prendono in considerazione le situazioni giuridiche su cui esso produce effetti; oppure, detto in altri termini, le norme che prevedono e qualificano una posizione giuridica individuale o un profilo di organizzazione all'interno dell'ordinamento societario, allorché ammettono che in ordine ad esse possa validamente esercitarsi il potere assembleare, allo stesso tempo dettano anche la disciplina dei presupposti e del contenuto dell'atto di esercizio del potere che su di esse incide.

Dall'impostazione adottata discende un primo importante risultato: al fine di individuare le situazioni giuridiche oggetto delle delibere -con ciò intendendosi tanto le situazioni aventi contenuto di imputazione, quanto quelle aventi valore di organizzazione-, non hanno alcuna utilità le norme che si occupano di disciplinare il procedimento assembleare. Queste disposizioni regolano il momento della formazione del potere che andrà ad incidere su una determinata situazione giuridica o su un determinato profilo dell'azione sociale, ma non si occupano di disciplinare il contenuto, in concreto, che esso può assumere in ordine a quella posizione soggettiva, o a quel profilo organizzativo; da ciò si evince che esse sono norme strumentali, a carattere formale, che nulla dicono in merito al contenuto delle delibere assembleari, ossia all'effetto giuridico che questa può produrre, occupandosi, più limitatamente, di disciplinare il procedimento di formazione del deliberato.

Quanto affermato trova conferma, del resto, sul piano del diverso rilievo che assume la violazione delle une o delle altre: nel caso di violazione di norme di disciplina dell'*iter* procedimentale di formazione del potere, l'illegittimità degli effetti giuridici, determinati dalla deliberazione su un certo oggetto, discende dalla non corretta formazione del deliberato, mentre nell'ipotesi di violazione di norme di disciplina del contenuto dell'atto assembleare, quel che emerge è proprio e direttamente la difformità degli effetti prodotti in ordine ad un determinato oggetto, rispetto al parametro legale che identifica il contenuto che può assumere il potere assembleare in ordine ad esso.

Per le ragioni esposte, è, dunque, solo alla seconda categoria di norme che occorre far riferimento per individuare la situazione giuridica incisa dalla deliberazione: esse soltanto, infatti, risultano utili allo scopo, identificando il grado di protezione delle posizioni individuali di fronte al potere assembleare e gli effetti organizzativi determinabili da una delibera.

situazioni soggettive dell'azionista, Napoli 1960, 29 ss., 61 ss., 107 ss., 146 ss.; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle S.P.A.*, VI, 1, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993, 104 ss., 117 ss.

4.

Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo sono particolarmente utili ai nostri fini, in quanto si prestano ad essere applicate anche al momento dell'impugnazione della delibera, consentendo così di individuare, senza difficoltà, la situazione giuridica in ordine alla quale deve essere svolto il giudizio di compromettibilità della controversia.

Se si concorda con quanto sin qui osservato, emerge con sufficiente nettezza, infatti, che al centro della lite di impugnativa si pone la situazione giuridica in ordine alla quale è stato esercitato, nel senso indicato, il potere assembleare.

Con ciò non si vuole, evidentemente, prendere posizione sul dibattuto tema della individuazione dell'oggetto del processo di impugnazione²⁵. D'altra parte, tale questione, non solo è troppo complessa per essere affrontata in questa sede, ma, soprattutto, non riveste neppure una portata decisiva ai nostri fini. Ci sembra, infatti, che un dato emerga con sufficiente chiarezza: allorchè sia proposta la domanda di annullamento o di nullità della delibera, l'oggetto di cui è richiesta tutela da parte dell'impugnante è la situazione giuridica incisa, in modo asseritamente illegittimo, dall'atto censurato. Se, poi, in tale entità debba riconoscersi, o meno, anche l'oggetto del giudizio di impugnativa, in questa sede non rileva; ai nostri fini, infatti, è sufficiente porre in luce che il bene della vita di cui è invocata la tutela, in tutti questi casi, è la situazione giuridica incisa dall'atto di esercizio del potere, ciò da cui consegue che la valutazione di disponibilità, da cui dipende la compromettibilità della lite di impugnazione, deve essere condotta relativamente ad essa.

La conclusione raggiunta, peraltro, alla luce dei rilievi precedentemente svolti, è valida tanto nell'ipotesi in cui l'impugnante deduca la violazione delle norme sostanziali che disciplinano il contenuto dell'atto che su di essa incide, quanto nell'ipotesi in cui la violazione lamentata si attesti sul piano delle regole procedimentali di formazione del potere. Così nel primo, come nel secondo

²⁵ E' noto, infatti, che il tema dell'oggetto delle domande costitutive e, in specie, delle azioni che, come quella qui in considerazione, concernono l'impugnazione di atti giuridici, non ha ancora trovato una sistemazione generalmente condivisa nella dottrina processualcivilistica, divisa tra quanti ritengono che l'oggetto sia costituito dal diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale alla modificazione giuridica (orientamento al cui interno convivono, peraltro, posizioni significativamente diverse circa i criteri di individuazione di tale diritto), ed altri che, negando l'esistenza di un diritto sostanziale alla modificazione giuridica, assumono che l'attore, in ipotesi di azioni costitutive, faccia valere un diritto processuale di azione concreta, tendente, per l'appunto, alla produzione dell'effetto costitutivo; altri ancora, invece, assumono che l'oggetto debba essere individuato nella situazione giuridica finale, su cui incide la pronuncia richiesta dall'attore; sul punto, per ogni opportuno riferimento, si rinvia a: S. Menchini, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica del codice di procedura civile* diretta da A. Proto Pisani, 2° ed., Torino 2002, 133 ss. Per una recente tesi, l'oggetto del processo di impugnazione delle delibere assembleari è costituito dalla questione di legittimità della delibera censurata, in relazione al motivo fatto valere dall'attore; in questo senso, S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano 2006, 285 ss., specie 409 ss., 427 ss. Per una diversa ricostruzione, che configura le azioni di impugnativa, in generale, e le azioni in considerazione, in particolare, come fattispecie di tutela dichiarativa, e non costitutiva, il cui oggetto deve essere ravvisato o nelle situazioni giuridiche finali (*rectius*, negli effetti) realizzate dalla delibera, o, forse più correttamente, nel potere della maggioranza di cui l'atto è espressione, I. Pagni, *Le azioni*, cit., 505 ss., specie 585 ss.

caso, infatti, ciò su cui le parti controvertono è l'effetto giuridico prodotto dalla delibera; quel che muta è solo la *ragione* -dunque, la *causa petendi*- per la quale l'effetto prodotto è ritenuto illegittimo: nella prima ipotesi, in quanto l'effetto si è realizzato in spregio delle formalità che condizionano la formazione della delibera; nella seconda ipotesi, in quanto si ritiene che la delibera non possa validamente assumere quel dato valore. Ma è evidente che, in entrambi i casi, l'impugnante si duole, in modo identico, dell'illegittimità dell'effetto prodotto dalla delibera assembleare rispetto alla situazione giuridica, a contenuto organizzativo o di imputazione, che risulta qualificata dalle norme disciplinanti il contenuto del potere assembleare²⁶. Risulta quindi dimostrato che la situazione giuridica coinvolta nella causa di impugnativa è sempre unitaria, a prescindere dalla tipologia di vizio lamentato, dalla natura delle norme violate, dalla figura di invalidità fatta valere.

In definitiva, posto che per identificare la situazione giuridica incisa dalla delibera assembleare occorre fare riferimento alle norme che attribuiscono all'assemblea il potere di deliberare in ordine ad un determinato oggetto, mentre non hanno alcun rilievo le norme che dettano la disciplina del procedimento di formazione dell'atto; rilevato che, in modo corrispondente, la situazione giuridica così individuata diviene, al momento dell'impugnazione, il *quid* in ordine al quale deve essere valutata la compromettibilità della controversia, indipendentemente dalla circostanza che sia dedotta la violazione di norme procedimentali o di norme sostanziali e dalla figura di invalidità fatta valere; ne discende che nel processo di impugnazione sono coinvolte le situazioni giuridiche oggetto di qualificazione da parte delle norme che disciplinano il contenuto del potere assembleare: pertanto, situazioni di carattere organizzativo riferibili alla sfera della società e situazioni a contenuto di imputazione nella titolarità dei soci ed, eccezionalmente, di terzi.

5.

Prima di passare a tracciare un quadro in cui trovino adeguata sistemazione le singole fattispecie di delibera assembleare, occorre svolgere alcune precisazioni in merito al problema della identificazione, in capo ai soci, di situazioni di interesse giuridicamente rilevanti all'interno del gruppo organizzato, al cospetto delle quali possa porsi, nel senso indicato, un problema di

²⁶ Risulta, quindi, inaccettabile la prospettiva di P.L. Nela, *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna 2004, 925 ss., specie 945 ss, secondo cui il problema della natura disponibile o indisponibile della controversia di impugnazione, deve trovare diversa soluzione, se ben si intende, a seconda del vizio - formale o contenutistico - da cui è inficiata la delibera. Secondo questa dottrina, è generalmente disponibile, in quanto semplicemente annullabile, l'impugnativa fondata sulla violazione di norme procedurali, con l'unico limite rappresentato dall'essere l'asserita violazione relativa a precetti formali di ordine pubblico; al contrario, per la tesi in esame, nell'ipotesi in cui la violazione lamentata sia di natura sostanziale, occorre guardare alla natura -disponibile o indisponibile- della situazione giuridica pregiudicata.

illegittima incisione da parte della delibera assembleare.

Il tema, come è stato anche recentemente notato, coinvolge la dibattuta questione della determinazione della natura giuridica della partecipazione sociale²⁷. Senza che sia possibile dar conto del complesso dibattito che, per lungo tempo, ha percorso la dottrina commercialistica, in questa sede appare sufficiente notare che l'elaborazione compiuta è giunta al risultato, sostanzialmente condiviso, di rinunciare ad operare una ricostruzione unitaria della posizione del socio all'interno della società -in particolare, alla sua configurazione in termini di diritto soggettivo²⁸-, a favore di una impostazione diretta a conferire rilievo alle singole posizioni di interesse, a carattere tipicamente individuale, di cui il socio, in quanto parte dell'organizzazione, è titolare²⁹.

L'inserimento del soggetto all'interno di un gruppo organizzato, dominato dall'operare di una figura di potere, che opera secondo il principio di maggioranza, se, da un lato, impedisce di configurare nella titolarità del socio vere e proprie posizioni di diritto soggettivo, identificanti una sua pretesa nei confronti della società a che questa realizzi o assicuri senz'altro il soddisfacimento del suo interesse, dall'altro lato non può far velo sulla circostanza che, in seno all'ente collettivo, emergono vere e proprie posizioni di interesse protetto dei suoi componenti³⁰.

Il problema attinente all'individuazione delle situazioni soggettive del socio diviene, pertanto, quello di verificare in quali casi, ed in che misura, l'interesse materiale, sotteso alla partecipazione sociale, assuma giuridico rilievo all'interno dell'ordinamento societario; divenga, in definitiva, un interesse giuridicamente protetto.

Ricordato che gli interessi del socio, in quanto partecipante al gruppo organizzato, sono soggetti all'operare del potere assembleare; osservato che il grado della loro protezione è dato dal condizionamento legalmente previsto per l'esercizio del potere assembleare che su di essi incide; ne discende che è possibile ravvisare una posizione di interesse protetto del socio all'interno della società, solo laddove tale protezione si estrinsechi in un limite, in varia guisa conformato, al potere

²⁷ I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004, 145 ss.

²⁸ Il definitivo abbandono della teorica del diritto soggettivo è dovuta alla progressiva affermazione delle teorie organizzative; significativo, al riguardo, è quanto osserva C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 981 ss., il quale, a fronte delle "difficoltà che si frappongono per l'inquadramento della figura dell'azionista nello schema del diritto soggettivo (...) e anche quelle di operare una costruzione unitaria delle molteplici situazioni giuridiche di cui tale posizione (dell'azionista) concretamente è costituita" (*op. cit.*, 981), ritiene che al centro dell'esame dell'interprete debba porsi il valore organizzativo dei fenomeni associativi ed, in specie, "l'analisi del modo di operare delle regole che (...) presiedono all'attività della società e ne determinano l'organizzazione" (*op. cit.*, 982), ciò che consente di comprendere "la difficoltà di intendere i fenomeni organizzativi mediante i consueti schemi del diritto soggettivo e dell'obbligo" (*op. cit.*, 982).

²⁹ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si rimanda a I. Pagni, *Tutela specifica*, cit., 146 ss. ed a C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 981.

³⁰ E' significativo notare che, in questo modo, opina anche chi pone decisamente l'accento sui profili di organizzazione del fenomeno associativo: P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, 236 ss., specie 240-241, note 9 e 10, 305 ss., specie 309 ss.

dell'assemblea di formare deliberazioni su di esso incidenti³¹.

L'indice di protezione dell'interesse del socio all'interno della società deve essere ravvisato, pertanto, nelle regole che presiedono allo svolgimento dell'azione sociale e, in modo corrispondente, la possibilità della tutela della posizione protetta, nel potere di reazione del socio contro gli atti dell'organizzazione che illegittimamente pregiudichino il suo interesse. Ancora una volta, dunque, si profila come momento centrale dell'indagine l'analisi sul potere assembleare e, più precisamente, il discernimento, tra le norme attributive del potere all'assemblea, di quelle che, disciplinando il contenuto dell'atto assembleare, individuano il grado di protezione dell'interesse del socio; ciò in cui consiste, del resto, la qualificazione normativa che eleva dal piano meramente fattuale a quello giuridico un interesse, che diviene, conseguentemente, possibile oggetto di tutela giurisdizionale.

Questa premessa rende possibile passare a definire ciò che deve correttamente essere inteso per situazione giuridica soggettiva dei soci, identificante un posizione di interesse protetto dei medesimi di fronte all'esplicarsi degli effetti di una delibera assembleare. Tale è una posizione di interesse qualificata, presa in considerazione dalla norma attributiva del potere assembleare, che identifica, in capo al soggetto cui è riferibile, una situazione di vantaggio differenziata in ordine ad un bene della vita. Anche nel settore societario, come in qualsiasi altro settore dell'ordinamento, deve, quindi, profilarsi un procedimento complesso di qualificazione normativa, che si articola nell'identificazione di un interesse giuridicamente rilevante, descrivibile in termini di rapporto di tensione tra un soggetto ed un bene, a cui viene collegata dalla legge una situazione del soggetto posta in funzione del soddisfacimento di tale interesse-presupposto³².

Ciò detto, occorre avvertire che, né rientra nello scopo del presente lavoro, né è utile ai fini dell'indagine intrapresa, l'individuazione della veste giuridica formale da riconoscersi alle posizioni di interesse protetto che si vedranno essere nella titolarità dei soci; tuttavia, una volta esclusa, per le ragioni esposte, la possibilità di ravvisare una situazione giuridica di diritto soggettivo, sembra condivisibile, nei suoi termini essenziali, l'orientamento che identifica in capo al socio una

³¹ A conferma della correttezza dell'impostazione adottata, giova ricordare che la dottrina commercialistica, allorchè è impegnata nell'opera di individuazione delle situazioni soggettive del socio, svolge la propria indagine in stretta connessione con il tema delle invalidità delle delibere assembleari, ritenendo che la natura della situazione soggettiva dell'azionista dipenda strettamente dalla possibilità di ravvisare un limite legale all'operare del potere assembleare che su di essa incide (in questo modo, confronta: V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 29 ss., 61 ss., 107 ss., 146 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 82; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale*, cit., 104 ss., 117 ss.).

³² Così, quasi testualmente, L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*. I, 1. *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino 2000, 260 e 285; analogamente, F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, 1, 3° ed., Milano 2004, 338 ss.

posizione di interesse legittimo³³. Ed invero: riconosciuto che al socio non è garantita la soddisfazione dell'interesse materiale di cui è portatore; ammesso che l'atto assembleare può legittimamente esplicarsi nel senso di incidere, pregiudicandolo, su di esso; ravvisata la protezione dell'interesse nella possibilità, per il suo titolare, di pretendere esclusivamente il rispetto delle norme che presiedono all'esplicazione del potere che su di esso incide; appare corretto ricondurre la situazione giuridica soggettiva *de qua* alla figura dell'interesse legittimo, volendosi con ciò identificare la posizione giuridica del soggetto che, nel conseguimento o nel mantenimento di un'utilità, è esposto all'esercizio di un potere altrui, che può legittimamente esplicarsi in senso pregiudizievole rispetto alla realizzazione dell'interesse di cui è titolare.

Ad ogni modo, la risoluzione di questo problema non è decisivo ai nostri fini; che si condivida o meno tale ricostruzione, è infatti sufficiente aver posto in evidenza che: a) il socio è portatore, all'interno del gruppo organizzato, di interessi a carattere individuale; b) questi interessi sono soggetti agli effetti del potere assembleare; c) per identificare, tra gli interessi materiali di cui il socio è portatore, quelli dotati di rilevanza giuridica, occorre fare riferimento alle norme attributive del potere all'assemblea, posto che un interesse giuridicamente protetto del socio è ravvisabile solo in corrispondenza della sussistenza di un limite posto dalla legge al contenuto che può assumere l'atto di potere che su di esso incide; d) gli interessi in relazione ai quali si profila un limite al potere assembleare sono gli unici ai quali può essere riconosciuta giuridica rilevanza, in quanto oggetto di qualificazione normativa; e) per la tutela delle posizioni di interesse protetto così individuate, è data al socio l'azione di impugnazione della delibera assembleare che incida illegittimamente su di esse³⁴.

³³ Per la dottrina commercialistica, tendenzialmente schierata nel secondo senso, confronta: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 145 ss.; V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 132 ss., 223 ss.; G. Pellizzi, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, 113 ss., specie 126 ss.; G. Zanarone, *L'invalidità*, cit., 270 ss.; nega che, a fronte del potere della maggioranza su una determinata situazione di vantaggio riferibile al socio, questa possa configurare un vero e proprio diritto soggettivo, G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale*, cit., 103 ss.. Per la dottrina privatistica, si veda L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, 164 ss., 299 ss., secondo cui di una posizione di interesse legittimo nella titolarità dei soci, non si può parlare genericamente argomentando dalla norma di legittimazione all'impugnativa, bensì occorre indagare le ipotesi in cui il socio è titolare di una situazione sostanziale di vantaggio, ma inattiva, il cui soddisfacimento dipende dal comportamento discrezionale di un altro soggetto: ed è ciò che, secondo l'Autrice, si verifica in materia di diritto di opzione in caso di aumento di capitale a pagamento (art. 2441 c.c.) e del diritto agli utili (art. 2433 c.c.); analogamente restrittiva in ordine alla configurabilità di un interesse legittimo del socio quale situazione sostanziale sottesa all'impugnativa, l'opinione di G.A. Micheli, *Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, in *Studi in onore di A. Segni*, III, Milano 1967, 351 ss., specie 357-358, in ragione della coincidenza della finalità (interesse) perseguita dalla società e dal socio. La dottrina commercialistica più risalente inquadra, invece, le posizioni di vantaggio dei soci all'interno del gruppo organizzato come diritti, distinguendo tra diritti inderogabili, non modificabili da parte della maggioranza, e diritti derogabili, suscettibili, invece, di incisione da parte del potere assembleare (in questo modo, confronta: A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 132 ss.; T. Ascarelli, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 99 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 84).

³⁴ Quest'ultima affermazione vuol semplicemente rappresentare che, ove il potere assembleare si sia in concreto

Da tutto quanto osservato, discende che è possibile individuare le situazioni soggettive del socio all'interno dell'ordinamento societario in corrispondenza di posizioni di interesse che risultano dotate di protezione, nel senso indicato, a fronte dell'atto di esercizio del potere assembleare; ogniqualvolta, invece, manchi il predetto processo di qualificazione normativa, è da escludersi che ricorra un'autonoma posizione di interesse del socio.

5.1.

Prima di procedere oltre, è opportuno soffermarsi ulteriormente su quest'ultimo profilo, mediante l'esplicitazione di alcuni indici normativi, in relazione ai quali non è possibile ricostruire altrettante posizioni individuali del socio, in ragione del difetto dell'elemento di qualificazione. In particolare, occorre soffermare l'attenzione su tre specifici elementi normativi ai quali non di rado è attribuito rilievo, per noi erroneamente, da parte delle indagini concernenti l'identificazione delle situazioni soggettive del socio all'interno del gruppo organizzato.

A) Contrariamente a quanto da alcuni sostenuto, non è possibile riconoscere il rango di situazione giuridica soggettiva autonomamente rilevante all'interesse del socio alla legittimità dell'azione sociale, o, secondo altra e più recente formulazione, all'interesse ad una gestione sociale condivisa nelle scelte³⁵. Un interesse così qualificato, infatti, non riceve autonoma protezione da parte delle norme che, sul piano del diritto sostanziale, disciplinano l'esercizio del potere assembleare e, di conseguenza, non può costituire la posizione di interesse protetto del socio a fronte della delibera.

La conferma della correttezza di questa affermazione si trae, senza eccessiva difficoltà, rilevando che un interesse così configurato può essere ricostruito nel nostro sistema, solo a partire dalla norma processuale che disciplina la legittimazione all'azione di annullamento dei soli soci che

esplicito nel senso di pregiudicare un interesse protetto del socio, l'azione di impugnativa della delibera è lo strumento di tutela esperibile dal socio per la tutela dell'interesse leso; ciò però non toglie che, quando l'atto assembleare incida illegittimamente su una situazione di carattere organizzativo, come tale riferibile alla società, lo strumento per far valere tale illegittimità sia pur sempre l'azione di impugnativa assembleare, sicuramente azionabile anche dal socio, quantunque egli, in tal caso, non lamenti la lesione di una propria posizione di interesse protetto.

³⁵ E' la nota tesi formulata da A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 145 ss., cui aderisce anche G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 81-82, per il quale il socio ha un diritto soggettivo al rispetto delle norme legali e statutarie; la correzione, nel senso dell'interesse ad una gestione sociale condivisa nelle scelte, è compiuta da G. Zonarone, *L'invalidità*, cit., 270 ss., specie 275, ed è oggi condivisa da S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., 148 (che, al riguardo, parla di posizione "indirettamente protetta"), ed appare maggiormente idonea a dare spiegazione delle fattispecie legittimanti previste dal legislatore in materia di annullabilità della deliberazione, il cui comune denominatore è rappresentato dalla circostanza che il socio non abbia concorso all'approvazione della deliberazione. Occorre peraltro segnalare che, in tempi recenti, l'opinione di A. Candian è stata ripresa da A. Scala, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino 2006, 255 ss., specie 264, ove l'affermazione che "non è discutibile che tutti i soci sono, sul piano sostanziale, titolari di una situazione giuridica soggettiva a che sia rispettata la legalità delle delibere dell'organo assembleare".

non abbiano concorso, mediante una dichiarazione di voto positiva, all'adozione della delibera (art. 2377, secondo comma, c.c.)³⁶; ed è superfluo sottolineare che le norme processuali, proprio in quanto norme strumentali, non attribuiscono situazioni giuridiche di carattere sostanziale, giacché si limitano disciplinare il diritto di azione per la tutela in giudizio di posizioni soggettive (di carattere sostanziale) garantite altrove dall'ordinamento. D'altra parte, non è chi non veda che individuare nel pregiudizio ad un interesse così qualificato l'effetto lesivo che, sempre, determina una deliberazione illegittima, lascia del tutto impregiudicato il problema relativo all'individuazione delle situazioni soggettive incise dalla delibera nulla, in relazione alla quale, come è noto, la legittimazione ad agire spetta a chiunque vi abbia interesse e, dunque, in linea di principio, anche al socio che abbia prestato il suo consenso all'adozione della delibera impugnata.

In realtà, questo interesse, che, a ragione, si scorge sotteso alla norma processuale, trova la sua origine nella situazione sostanziale legittimante all'azione di impugnativa –essere i soci parti di una collettività, organizzata intorno al contratto associativo-, e non nella situazione sostanziale tutelata in giudizio, che, come si è detto, è qualificata in modo autonomo dalle singole norme disciplinanti il contenuto della delibera assembleare³⁷. Per questa ragione, l'interesse del socio alla legittimità dell'azione sociale -o, secondo la più recente formulazione, ad una gestione sociale condivisa nelle scelte- non può costituire la posizione di interesse protetto costantemente incisa dall'atto assembleare e, per tal via, rappresentare altresì l'unitaria situazione soggettiva tutelata dall'azione di impugnazione. Ad ulteriore conferma della correttezza della critica svolta, è possibile osservare che, se si adottasse questa ricostruzione -in specie, nella sua più recente enunciazione-, ne discenderebbe, sul piano del processo, che la situazione giuridica coinvolta nella causa di impugnazione muterebbe a seconda del soggetto che ha esercitato l'azione. Invero, dovrebbe ammettersi che l'impugnazione della medesima delibera -avente, cioè, identico oggetto- vedrebbe coinvolte, di volta in volta, situazioni giuridiche differenti, nel caso in cui ad agire fosse il socio, oppure un soggetto legittimato sulla base di un diverso titolo (come, ad esempio, gli amministratori, il consiglio di sorveglianza o il collegio sindacale, a norma dell'art. 2377, comma 2, c.c.). Il che sembra, in verità, inaccettabile, essendo evidente che, nei due casi, a variare è il soggetto agente -e, dunque, la fattispecie legittimante-, restando, invece, fermo l'oggetto nei cui confronti è diretta l'impugnazione.

³⁶ Ed infatti G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 81-82, deduce l'esistenza del diritto soggettivo dei soci al rispetto delle norme legali e statutarie dalla previsione che attribuisce al socio la legittimazione ad agire per l'annullamento della delibera adottata in violazione delle norme legali e statutarie.

³⁷ La distinzione concettuale tra la situazione sostanziale legittimante all'azione -rappresentata dal contratto sociale- e la situazione sostanziale oggetto del giudizio -costituita dalla situazione unica plurisoggettiva, nella titolarità dei soci, nascente dall'atto costitutivo o dalla legge, su cui incide la delibera impugnata- è chiaramente posta in luce da G. Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano 1964, 186 ss.

In conclusione, si deve affermare che l'interesse alla legittimità dell'azione sociale o, forse più correttamente, l'interesse ad una gestione sociale condivisa nella scelta, è inerente alla situazione legittimante all'impugnativa, ed è, pertanto, criterio idoneo a dar contezza delle fattispecie di legittimazione del socio all'azione, ma, al contrario, è assolutamente inconferente nell'indagine volta alla determinazione delle situazioni giuridiche incise dall'atto e coinvolte nel giudizio di impugnazione. Queste, come si è rilevato, sono le posizioni di interesse del socio in ordine ad un dato bene di natura sostanziale, o le situazioni a contenuto organizzativo, oggetto di qualificazione da parte della norma che attribuisce all'assemblea il potere di adottare una delibera su un determinato oggetto.

B) Sulla base della ricostruzione delineata, risultano escluse dal novero delle situazioni soggettive incise dalla delibera assembleare le prerogative –variamente definite in termini di diritto soggettivo o quali figure di potere- di cui il socio, in quanto componente del gruppo organizzato, è titolare, e che si sostanziano nella possibilità di concorrere alla produzione dell'azione in seno all'organizzazione: si pensi, in modo paradigmatico, ai cd. diritti di intervento e di voto in assemblea.

I poteri attribuiti al socio all'interno della collettività non rilevano ai nostri fini per la ragione che si qualificano come posizioni procedimentali e strumentali, che interagiscono sul profilo organizzativo della formazione dell'atto assembleare, ma non costituiscono altrettante situazioni sostanziali in ordine alle quali il potere assembleare incide³⁸. Conferma di quanto osservato, si trae dall'analisi delle disposizioni che attribuiscono tali prerogative ai soci, alla luce della distinzione, più sopra compiuta, tra norme procedimentali e norme sostanziali; non è dubbia, infatti, l'appartenenza delle disposizioni in parola alla prima categoria e, dunque, a quel plesso di norme, di rilievo organizzativo, che si occupano di definire il procedimento e le modalità di adozione della delibera, individuando la misura della partecipazione del socio al processo formativo dell'attività sociale³⁹. Ma proprio per tale circostanza, le norme in rilievo nulla dicono in ordine al contenuto che può assumere il deliberato, ossia l'effetto in concreto producibile, risultando pertanto del tutto mute in ordine al problema della individuazione delle situazioni soggettive incise dalla delibera. La violazione, nel procedimento di adozione della delibera, delle disposizioni che garantiscono il diritto di voto o di intervento del socio -piuttosto che di altro potere partecipativo del medesimo- si risolve nell'illegittimo condizionamento delle situazioni sostanziali su cui incide il potere⁴⁰;

³⁸ Per questa distinzione, confronta: V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 162 ss., 223 ss.; G. Zanarone, *L'invalidità*, cit., 271; invece, per una ricostruzione unitaria, G. Pellizzi, *Sui poteri indisponibili*, cit., 126 ss.

³⁹ V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 139 ss., specie 141-142.

⁴⁰ Osserva perspicuamente G. Zanarone, *L'invalidità*, cit., 271, che, anche a voler configurare un diritto del socio all'osservanza delle norme che regolano il procedimento di adozione della delibera, "non sarebbe tale diritto, anche

pertanto, nella causa di impugnazione, la violazione procedimentale integra null'altro che un motivo della domanda, ma non già la posizione di interesse tutelata dall'azione, per la cui identificazione occorre, secondo i principi enunciati, far riferimento alle norme che attribuiscono all'assemblea il potere di adottare una delibera avente un determinato contenuto.

Ciò chiarito, occorre compiere un'importante precisazione: quanto si è detto vale solo in relazione all'ipotesi in cui la violazione dedotta dall'impugnante della sua prerogativa partecipativa si attesti incidentalmente all'adozione di una delibera assembleare, e non già quando ad essere impugnata sia una delibera il cui oggetto sia costituito proprio dalla regolamentazione del potere procedimentale. Si pensi, ad esempio, al caso della delibera che stabilisce le modalità di esercizio del diritto di voto; in questa ipotesi, poichè l'effetto della delibera incide direttamente sulla prerogativa del socio, è proprio quest'ultima ad essere oggetto di tutela con l'azione di impugnativa⁴¹.

C) Infine, dovrebbe risultare chiaro, alla luce dei rilievi svolti, che un'autonoma situazione soggettiva del socio non è *sic et simpliciter* ravvisabile in corrispondenza di una norma inderogabile che disciplina l'ordinamento societario⁴²; non si può, infatti, associare a ciascuna norma imperativa un correlativo "diritto" del socio⁴³.

Indubbiamente, la norma inderogabile costituisce un limite al potere assembleare, fissando, di volta in volta, le regole che devono essere osservate per l'adozione di una data delibera e l'area degli effetti da questa validamente producibili; questo, tuttavia, non significa necessariamente che il limite posto dalla norma inderogabile subiettivizzi in capo al socio una corrispondente posizione di interesse protetto. In realtà, come si è rilevato, affinché emerga una situazione soggettiva del socio all'interno dell'ordinamento societario, deve essere riscontrabile un processo di qualificazione normativa di un suo interesse materiale, che conferisca ad esso protezione a fronte dell'esplicarsi del potere assembleare. Ciò, tuttavia, può sicuramente mancare in relazione ad una norma di disciplina del fenomeno assembleare, quantunque sia di carattere inderogabile: l'imperatività della disciplina

qualora fosse eccezionalmente configurabile, a giustificare l'impugnativa del socio"; così, rispetto all'intervento del socio in assemblea -ipotesi in relazione alla quale, peraltro, l'A. ammette la ricorrenza di un vero e proprio diritto soggettivo- in caso di sua violazione "non è sicuramente a tutela di tale diritto che il socio ha il potere di impugnare la delibera adottata in sua forzata assenza, tant'è vero che l'illegittimità di quest'ultima potrà essere invocata a fondamento dell'impugnativa anche da parte di altri soci assenti o dissenzienti, benchè personalmente non impediti di intervenire."

⁴¹ Su questo profilo, vedi, *infra*, par. 6.3 e nota 69.

⁴² In questo senso era prevalentemente orientata la dottrina più risalente, la quale faceva corrispondere alla norma inderogabile un diritto soggettivo del socio (e, perciò, talvolta parlava anche di diritti inderogabili): A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 132 ss., specie 135; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 82-83, secondo cui i soci siano titolari di diritti soggettivi i quali "non sono che il riflesso soggettivo delle norme imperative"; questo modo di procedere ci sembra presupposto anche all'indagine di T. Ascarelli, *Sui poteri della maggioranza*, cit., 99 ss.

⁴³ In questo senso: V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 29 ss.; G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale*, cit., 103-104; G.E. Colombo, *Non transigibilità dell'impugnativa di bilancio?*, in *Società* 1997, 1149 ss., specie 1152.

pone un limite all'operare del principio di maggioranza, ma questo non significa che tale limite sia sempre posto in funzione della protezione di un interesse individuale dei soci, che assurga, di conseguenza, a dignità di situazione soggettiva sostanziale. Invero, a voler scorgere un'autonoma posizione giuridica di vantaggio del socio in corrispondenza di ogni norma inderogabile, si perviene al risultato di una duplicazione, in chiave soggettivistica, del carattere imperativo della norma stessa: il presunto interesse protetto del socio si ridurrebbe, in realtà, in una pretesa all'osservanza della disciplina oggettiva inderogabile da parte dell'assemblea, e, dunque, al rispetto della formalità procedimentale prescritta o alla non realizzazione della regolamentazione vietata. Il che, a ben vedere, si risolve in una superfetazione concettualistica, la quale, se non è dannosa, è però inutile ai fini della identificazione delle situazioni soggettive di cui il socio è titolare all'interno della società⁴⁴.

Riprendendo un esempio da altri formulato, sarebbe come dire che, a fronte della norma che impone agli amministratori di depositare nei quindici giorni anteriori all'assemblea una copia del bilancio nella sede della società (art. 2429, comma 3, c.c.), esiste un diritto soggettivo dei soci a che il bilancio sia depositato nelle modalità indicate⁴⁵. In realtà, se è indubbio che la norma imperativa, in questo, come in molti altri casi, appare ispirata, se non esclusivamente, anche alla tutela di un interesse del socio, è però altrettanto certo che essa non concretizza nella sua sfera una situazione giuridica soggettiva, mancando quel processo di qualificazione di un interesse di natura sostanziale, che si è visto essere presupposto necessario per la venuta ad esistenza di una posizione di interesse protetto del partecipante alla società.

6.

Il percorso sino a questo punto compiuto ci permette di affermare che la delibera assembleare è idonea a produrre effetti giuridici così complessivamente classificabili: a) effetti incidenti nella sfera giuridica dei soci, e, dunque, su situazioni sostanziali ad essi direttamente riferibili aventi contenuto di imputazione (deliberazione come atto di imputazione), cui deve aggiungersi, evidentemente, l'ineludibile effetto secondario di carattere organizzativo, che qualsiasi atto dell'assemblea, in quanto atto dell'organizzazione, determina nella sfera della società, se non altro nella misura del condizionamento determinato dall'effetto (diretto) prodotto nella sfera giuridica dei soci; b) effetti giuridici direttamente incidenti nella sfera della società, a contenuto organizzativo (deliberazione come atto di organizzazione), cui si accompagnano, in via secondaria,

⁴⁴ L'operazione di creare, per ogni norma imperativa, un corrispondente diritto soggettivo dei soci è definita una "superfetazione concettualistica" da G.E. Colombo, *Non transigibilità*, cit., 1152.

⁴⁵ V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, cit., 125.

effetti nei confronti dei soci, ma non rispetto ad autonome posizioni di vantaggio ad essi riferibili, bensì rispetto a meri interessi di fatto, di cui essi, a fronte della delibera a contenuto organizzativo, sono pur sempre titolari in quanto componenti dell'ente collettivo; c) effetti giuridici con valore di imputazione nella sfera di determinati terzi qualificati, incidenti su situazioni giuridiche soggettive nella loro titolarità⁴⁶.

Riportando ora questa categorizzazione al momento del giudizio, si può osservare che, in relazione alle singole ipotesi enucleate, l'azione di impugnativa assembleare, a seconda del contenuto concreto della delibera censurata, è diretta alla tutela ora di una posizione soggettiva nella titolarità dei soci o, eventualmente, di terzi (ipotesi *sub a*) e *sub c*), ora di una situazione a carattere organizzativo riferibile alla sfera della società (ipotesi *sub b*)⁴⁷.

⁴⁶ Al proposito, G. Zanarone, *L'invalidità*, cit., 350 ss.

⁴⁷ Dal punto di vista processuale, la ricostruzione proposta implica che, qualora sia il socio a proporre l'azione di impugnativa, egli agirà in veste di *legittimato ordinario* nell'ipotesi in cui l'impugnazione è proposta avverso una delibera che abbia inciso su una situazione soggettiva di cui si afferma titolare in via esclusiva o, molto più frequentemente, contitolare insieme ad altri componenti della compagine sociale (ipotesi *sub a*); agirà, invece, in qualità di *legittimato straordinario* ove ad essere censurata sia una delibera produttiva di effetti giuridici nella sfera della società o di terzi, di cui egli non è, né si afferma, titolare (ipotesi *sub b*) e *sub c*). Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi, la previsione di una fattispecie di legittimazione straordinaria all'azione del socio trova il suo fondamento nella partecipazione del singolo ad un fenomeno associativo, da cui emerge un interesse dello stesso a contribuire allo svolgimento dell'attività comune, anche attraverso il potere di impugnare l'atto deliberativo che determini quell'attività in violazione delle norme legali e statutarie che ne disciplinano lo svolgimento. Come si è avuto modo di rilevare in precedenza (*supra*, par. 5.1, *sub A*)), è, pertanto, il contratto sociale, istitutivo del vincolo associativo, a costituire la fattispecie legittimante all'azione di impugnativa, il cui autonomo rilievo si coglie, per l'appunto, nelle ipotesi in cui l'azione sia diretta alla caducazione di una delibera produttiva di effetti giuridici, che hanno inciso su situazioni giuridiche non riferibili al socio, ma alla società e a terzi qualificati, che intrattengono un rapporto giuridico con l'ente.

Si deve peraltro segnalare che il problema della posizione giuridica del socio di fronte al potere assembleare è da tempo risalente oggetto di studio da parte della dottrina processualciviltistica, specialmente in ragione della centralità che assume per il tema dei limiti soggettivi del giudicato la norma che estende gli effetti dell'annullamento della deliberazione a tutti i soci, ancorché non divenuti parti del processo (vedi art. 163 cod. comm. 1882; art. 2377, comma 3, c.c., ora, a seguito della riforma del 2003, divenuto settimo comma). Al fine di offrire un razionale inquadramento dogmatico della disposizione, la dottrina ha, infatti, indagato i nessi di diritto sostanziale intercorrenti tra la posizione del socio e la situazione sostanziale oggetto del processo di impugnativa, talvolta affermando, talaltra negando, che la disposizione in parola rappresenti una clausola di estensione *ultra partes* dell'efficacia (diretta o riflessa, a seconda delle ricostruzioni accolte) del giudicato; ad ogni modo, contrariamente all'opinione da noi sostenuta, gli studi compiuti, pur nella eterogeneità delle soluzioni raggiunte, risultano tutti accomunati dal ricostruire in termini unitari la posizione giuridica del socio di fronte alla deliberazione assembleare. G. Chiovenda, di fronte alla norma dell'art. 163 cod. comm., spiegava l'estensione del giudicato *ultra partes* rilevando che "l'identità della qualità tiene qui luogo all'identità di persona" (così, nei *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli 1912, 281, 926 ss., nota 39; questa ricostruzione era stata però giudicata un'ingiustificata deviazione dai principi da E.T., Liebman, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli s.d. (1962), 54 ss., specie 63). Per E. Redenti (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, 65 ss., specie 65, nota 45, 80, nota 62) i soci, di fronte alla delibera assembleare, non sono (con)titolari di una situazione giuridica sostanziale, bensì sono meri interessati di fatto, legittimati straordinari all'azione di impugnativa. Secondo E.T. Liebman (*Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1983 (rist.), 1° ediz. 1935, 74 ss.; Id., *Azioni concorrenti*, cit., 61 ss., specie 62-63; Id., *Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto*, in *Problemi del processo civile*, cit., 64 ss.), invece, la norma che estende gli effetti di annullamento nei confronti dei soci rimasti terzi non dà luogo ad un problema di efficacia soggettiva del giudicato, bensì risponde alla configurazione dei limiti oggettivi del processo in cui sia fatta valere una delle più azioni concorrenti; il problema si presta, pertanto, ad essere risolto utilizzando il concetto di consumazione dell'azione (in caso di sentenza di accoglimento, stante la sopravvenuta mancanza di interesse all'impugnativa degli altri soci), e di sopravvivenza dell'azione (in caso di sentenza di rigetto, dato che, in tal caso, l'interesse all'impugnativa dei soci non intervenuti rimane intatto); sulla scia di Liebman, si è

Alla luce del quadro delineato è possibile procedere all'enucleazione delle fattispecie concrete, mediante un partizione delle deliberazioni assembleari a seconda della natura e della riferibilità soggettiva delle situazioni giuridiche condizionate. Dall'analisi delle norme sostanziali di disciplina del contenuto degli atti assembleari, emerge, sotto il profilo indicato, la possibilità di operare una suddivisione in quattro categorie di classificazione, qualificate, come detto, dalla natura degli effetti prodotti e dal loro termine soggettivo di riferimento; in particolare, è possibile distinguere tra: a) delibere che hanno ad oggetto immediato, diretto ed esclusivo, una posizione giuridica di vantaggio di cui sono titolari i soci nei confronti della società; b) delibere che hanno quale oggetto immediato una situazione giuridica, a contenuto organizzativo, riferibile alla società, ed aventi un'efficacia indiretta, di mero fatto, nei confronti dei soci, riguardo ad interessi di cui essi sono portatori in quanto partecipanti al gruppo organizzato, ma che non costituiscono oggetto di specifica qualificazione da parte della norma attributiva del potere nel caso concreto; c) delibere che hanno ad oggetto situazioni giuridiche a contenuto organizzativo riferibili alla società e che, simultaneamente, incidono anche su situazioni giuridiche soggettive dei soci; d) delibere che determinano effetti di natura organizzativa nella sfera della società e, contemporaneamente, producono effetti diretti, a contenuto di imputazione, nella sfera di determinati soggetti terzi rispetto alla società.

Nei paragrafi che seguono procederemo ad una classificazione, all'interno delle categorie

posto anche E.F. Ricci, *Sugli effetti del rigetto dell'impugnazione di delibera assembleare di s.p.a.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 49 ss., specie 63 ss., pur con l'importante precisazione che oggetto dell'accertamento non è l'"azione" dell'impugnante, bensì il diritto potestativo alla modificazione giuridica di cui è titolare (per una critica a questa impostazione, vedi, di recente, S.A. Villata, *Impugnazione di delibere assembleari*, cit., 384 ss.). Secondo A. Proto Pisani, (*Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, 156 ss., 166 ss., 173 ss.) i soci sono legittimati straordinari a dedurre in giudizio una situazione giuridica di cui non sono titolari, ma di cui è titolare in via esclusiva la società; titolo di tale ipotesi di legittimazione straordinaria è la titolarità in capo ai soci di situazioni giuridicamente dipendenti (derivanti dalla qualità di socio) da quella di cui è titolare la società, oggetto del giudizio di impugnazione (opinione ribadita in *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971, 1216 ss., specie 1245 ss. e in, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al c.p.c* diretto da E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1046 ss., specie 1155 ss.); occorre tuttavia sottolineare che, in un successivo scritto (*Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, 2385, specie 2393-2394), l'A. ha receduto dalla primigenia posizione, rinunciando ad inquadrare la situazione sostanziale dei soci rispetto ad una delibera assembleare nello schema della dipendenza giuridica da una situazione sostanziale realizzatasi in via diretta ed esclusiva nella sfera della società (in questo senso, peraltro, si era già espresso F.P. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981, 156). Per G. Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 191 ss., invece, la posizione dei soci di fronte ad una deliberazione assembleare si presta ad essere descritta in termini di "plurisoggettività ordinaria semplice", cioè quale situazione di collegittimazione ordinaria all'azione, discendente dalla (con)titolarità della situazione giuridica dedotta in giudizio con l'azione di impugnativa; con l'aggettivo "semplice", invece, vuole palesarsi che non si versa in un'ipotesi di litisconsorzio necessario, bensì in un'ipotesi in cui la situazione giuridica unica plurisoggettiva può essere validamente dedotta in giudizio da uno solo dei (con)titolari, in ragione della alterità intercorrente tra situazione soggettiva legittimante e situazione soggettiva sostanziale oggetto del processo; in tempi più recenti, anche S. Menchini (*Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano 1993, 409 ss., 510 ss., 533 ss.; Id., *Il giudicato civile*, cit., 195 ss.) ritiene che oggetto del giudizio di impugnazione sia una situazione giuridica unica plurisoggettiva, identificata nell'unico rapporto giuridico, creato dalla deliberazione, e di cui è richiesta la modificazione da parte dell'impugnante: anche per questo A., quindi, i soci sono contitolari della situazione sostanziale oggetto del giudizio.

delineate, di alcune fattispecie deliberative previste dal legislatore (aventi, dunque, oggetto tipico), che ci appaiono di particolare rilievo⁴⁸; precisiamo che, per il momento, non ci occuperemo della delibera di bilancio, le cui specificità consigliano di riservarvi separata trattazione⁴⁹.

6.1

(A) Delibere aventi ad oggetto immediato, diretto ed esclusivo, una posizione giuridica dei soci.

Quali fattispecie tipiche rientranti all'interno di questa categoria, possono essere individuate:

a) la deliberazione che decide sulla distribuzione degli utili ai soci (art. 2433 c.c., per le s.p.a, art. 2478 *bis* c.c., per le s.r.l.); b) la delibera di esclusione del socio nelle s.r.l., nel caso in cui l'atto costitutivo preveda ipotesi di esclusione per giusta causa del socio (cfr. art. 2473 *bis* c.c.), ed a condizione che tale materia rientri tra quelle riservate alla decisione dei soci *ex* artt. 2479 e 2479 *bis* c.c.; c) la delibera di esclusione del socio nelle cooperative (art. 2533), ove l'atto costitutivo preveda che l'esclusione sia decisa dall'assemblea, anziché dagli amministratori (art. 2533, comma 2, c.c.).

Allorché la deliberazione sia una di quelle elencate -o, comunque, abbia caratteristiche tali da poter essere ricompresa nella categoria delineata⁵⁰- nel processo di impugnazione sarà tutelata una situazione sostanziale nella titolarità dei soci, in quanto, in tali casi, le norme che dettano la disciplina del contenuto del potere assembleare prendono in considerazione espressamente ed esclusivamente una posizione giuridica di vantaggio in ordine ad un bene della vita, che è riferibile in via diretta ai soci⁵¹. Il che non esclude, peraltro, la realizzazione, in via secondaria o riflessa, di

⁴⁸ L'analisi prenderà in considerazione la disciplina codicistica dettata in tema di s.p.a. e di s.r.l.; per quanto riguarda la s.a.p.a., salvo talune precisazioni (ad esempio, in tema di nomina e revoca dei componenti degli organi di amministrazione e controllo), vale quanto avrà modo di osservarsi in relazione alle s.p.a., giusta il disposto dell'art. 2454 c.c., che prevede, con la clausola di compatibilità, l'applicazione all'accomandita delle norme relative alla s.p.a.; non diversamente, in relazione alle cooperative, salvi taluni aspetti che verranno posti in rilievo, devono ritenersi valide le considerazioni svolte in tema di s.p.a. e di s.r.l., posto che l'art. 2519 c.c. dispone l'applicabilità alla cooperativa delle norme dettate per la s.p.a. (art. 2519, comma 1, c.c.) e, nelle cooperative di piccole dimensioni, attribuisce ai soci la facoltà di prevedere che trovi applicazione, in quanto compatibile, la disciplina della s.r.l. (art. 2519, comma 2, c.c.).

⁴⁹ Sul punto, rimandiamo, *infra*, al par. 14.

⁵⁰ Ad esempio, in presenza di una clausola statutaria che rimetta al gradimento dell'assemblea il trasferimento della partecipazione sociale, la delibera che concede o nega il trasferimento delle azioni o della quota è, con ogni probabilità, riconducibile alla tipologia in rilievo (cfr. l'art. 2355 *bis* c.c. per le s.p.a., e l'art. 2469 c.c. per le s.r.l.); sul punto, confronta: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 87 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. Si segnala, infine, che quanto osservato non vale nelle cooperative e nelle s.p.a. in relazione al trasferimento di azioni cui sono connesse prestazioni accessorie, atteso che l'art. 2530 c.c. e l'art. 2345, comma 2, c.c., subordinano il trasferimento della partecipazione all'autorizzazione degli amministratori.

⁵¹ Quanto affermato è di tutta evidenza per la delibera di distribuzione degli utili, ove la sussistenza di una posizione giuridica di vantaggio in capo ai soci, a contenuto patrimoniale, si trae agevolmente tanto dal tipo normativo "società" (cfr. art. 2247 c.c.), nonché dalle norme specifiche, che si occupano di attualizzare nel momento attuativo-esecutivo del contratto di società tale interesse, astrattamente inteso, in una vera e propria situazione soggettiva qualificata di vantaggio (si vedano, molto chiaramente, gli artt. 2350, 2433, 2478 *bis*, comma 3, c.c.). Se poi, tale posizione, rispetto alla delibera che su di essa decide, si configura come un vero e proprio diritto soggettivo, o, molto più probabilmente, di interesse legittimo, in questa sede, come già precedentemente notato, non rileva. Appare comunque certo che, in tal

un effetto di carattere organizzativo, che qualsiasi atto dell'assemblea, in quanto atto dell'organizzazione, ha nella sfera della società, se non altro nella misura del condizionamento determinato dall'effetto (diretto) prodotto nella sfera giuridica dei soci⁵².

6.2

(B) Delibere aventi ad oggetto immediato ed esclusivo una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società.

La seconda categoria è rappresentata dalle delibere che hanno quale oggetto immediato una situazione giuridica, a contenuto organizzativo, riferibile alla società, e che hanno effetto rispetto ai soci limitatamente ad interessi di cui essi sono portatori in quanto membri dell'organizzazione, ma che non costituiscono oggetto di specifica qualificazione da parte della norma attributiva del potere nel caso concreto. Le delibere che rientrano all'interno di questa categoria realizzano, pertanto, un valore tipicamente sociale, di natura organizzativa, che concerne la possibilità giuridica del compimento di ulteriori atti, senza incidere su posizioni differenziate di vantaggio presenti nella sfera giuridica dei soci; ragione per cui, come si è detto, nei confronti dei soci, la delibera adottata assume rilevanza in via meramente indiretta, quale riflesso degli effetti, di natura organizzativa, determinati in via immediata nella sfera della società.

Tanto premesso, è con un buon margine di sicurezza che, tra le deliberazioni a contenuto organizzativo, possono essere annoverate le delibere di modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto; il valore organizzativo di queste delibere emerge chiaramente dalla circostanza che esse pongono una regola del svolgimento dell'organizzazione su cui si innesta, e da cui non potrà prescindere, la successiva attività sociale⁵³. Occorre tuttavia precisare che, per il momento, a noi interessano, tra le delibere di modifica dell'atto costitutivo, soltanto quelle che non incidono su

caso, la delibera assume un valore di imputazione, incidendo su una posizione di interesse protetto del socio, e che, in caso di delibera di distribuzione, tale posizione diviene un vero e proprio diritto soggettivo (sul punto, la dottrina è pacifica ed appare rilevante sottolineare che a questa conclusione perviene anche chi, in linea di principio, esclude che la delibera assembleare possa realizzare valori a carattere individuale: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 102, 118, nota 47). Non dissimile il discorso riguardo all'ipotesi di esclusione del socio nelle s.r.l. e nelle cooperative, ove è parimenti riscontrabile una situazione di interesse qualificata, di natura individuale, direttamente riferibile al socio, e corrispondente ad un bene della vita di natura sostanziale, consistente nel mantenimento della partecipazione sociale, in ordine al quale il potere assembleare può legittimamente esplicarsi in senso pregiudizievole (cfr. gli artt. 2473 *bis* e 2533 c.c., che individuano i presupposti in base ai quali l'assemblea può decidere di escludere il socio).

⁵² Così, ad esempio, la delibera di distribuzione degli utili ha effetti diretti su una posizione individuale dei soci; ma ciò non può far velo sulla circostanza che la stessa, indirettamente, realizza anche un valore organizzativo, sottraendo una parte del patrimonio sociale allo svolgimento dell'attività imprenditoriale (in questo senso: F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 97 ss., 104 ss.; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 983).

⁵³ In questo modo: F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 102-103; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 103 il quale osserva che le deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo sono "tutte indistintamente dotate di valore organizzativo"; ciò, tuttavia, non implica, a nostro avviso, che tale valore debba altresì reputarsi esclusivo, ben potendosi ravvisare a fianco ad esso un valore a carattere tipicamente individuale (sul punto, più ampiamente, nel testo ed il successivo par. 6.3).

situazioni soggettive dei soci previste o garantite dalla legge o dallo statuto; a differenza delle fattispecie deliberative che saranno oggetto di attenzione nel successivo paragrafo, quelle rientranti nella categoria ora in considerazione, infatti, hanno oggetto unitario, a contenuto organizzativo, e non disciplinano in via diretta situazioni soggettive dei soci siano disciplinate dall'atto costitutivo. Esemplificando, rientrano nell'ipotesi considerata, tra le altre, le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale, quelle che trasferiscono la sede sociale, quelle di aumento gratuito del capitale (art. 2447 c.c.), di riduzione del capitale per perdite (artt. 2446 e 2447 c.c.), nonché quelle di riduzione reale del capitale (art. 2445 c.c.)⁵⁴.

Parimenti a contenuto organizzativo sono altre delibere, benchè non concernenti la modificazione dell'atto costitutivo o dello statuto che, in modo analogo, incidono su una regola dell'organizzazione, condizionando il successivo svolgimento dell'attività, senza incidere su posizioni giuridiche a rilievo individuale dei soci; sempre in via esemplificativa, possono ricordarsi: a) la delibera con cui la società, a norma dell'art. 2447 *bis*, comma 1, lett. a), c.c. costituisce uno più patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare⁵⁵; b) la delibera con cui è revocato lo stato di liquidazione ai sensi dell'art. 2487 *ter* c.c., dato che l'interesse del socio alla quota di riparto non riceve una tutela specifica da parte della norma attributiva del potere; il potere, quindi, può determinarsi liberamente, senza dover tenere conto di alcuna posizione di vantaggio del socio relativamente alla liquidazione della quota, che sorge solo a liquidazione compiuta, con la redazione del bilancio finale, a norma degli artt. 2492 e 2493 c.c.; c) le delibere di emissione del prestito obbligazionario a norma degli artt. 2410 e 2420 *bis* c.c., nelle s.p.a., ed a norma dell'art. 2483 c.c. nelle s.r.l.⁵⁶; d) la delibera di scioglimento anticipato della società ai sensi dell'art. 2484, primo comma, n.6, c.c.⁵⁷; e) la deliberazione di approvazione di un regolamento interno che detta una

⁵⁴ Sul rilievo organizzativo delle deliberazioni di modifica del capitale sociale, confronta, per tutti: G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 135 ss., 341 ss.

⁵⁵ Questo, ovviamente, a condizione che lo statuto della società attribuisca la competenza a deliberare la costituzione di un patrimonio destinato all'assemblea della società, in deroga al comma 2 dell'art. 2447 *ter* c.c., che attribuisce tale decisione all'organo amministrativo.

⁵⁶ Occorre tuttavia precisare che l'art. 2410, comma 1, c.c. prevede che “se le legge o lo statuto non dispongono diversamente, l' emissione di obbligazioni è determinata dagli amministratori” e che a norma dell'art. 2420 *ter*, in deroga al precedente art. 2420 *bis* c.c., “lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di emettere (...) obbligazioni convertibili”; in modo analogo, per la s.r.l., l'art. 2483 prevede che l'atto costitutivo, nell'autorizzare l'emissione dei titoli di debito, individui se la relativa decisione spetti ai soci o agli amministratori. Sui profili organizzativi della deliberazione di emissione del prestito obbligazionario, confronta: G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 132 ss., 409 ss.

Si deve peraltro rilevare che l'inquadramento delle decisioni di emissione di obbligazioni tra le delibere a contenuto esclusivamente organizzativo dovrebbe essere revocato in dubbio ove si ritenesse, con autorevole dottrina, che tale deliberazione è fattispecie produttiva di effetti diretti anche nella sfera dei terzi sottoscrittori del prestito obbligazionario (in questo senso, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 102-103, 113-114, nota 139); per chi condivide questa opinione, la delibera *de qua* andrebbe di conseguenza inquadrata tra quelle produttive di effetti a contenuto organizzativo nella sfera della società e di effetti a contenuto di imputazione nella sfera di terzi (v., *infra*, par. 6.4).

⁵⁷ L'inclusione di questa deliberazione tra quelle a contenuto esclusivamente organizzativo non è in contraddizione con

divisione dei poteri tra organismi societari più dettagliata di quella contenuta nello statuto⁵⁸.

Nell'ampia categoria delineata, rientrano anche le delibere che autorizzano gli amministratori al compimento di atti per i quali è richiesto il previo consenso da parte dell'assemblea (cfr. art. 2364, comma 1, n. 5 c.c.): si pensi, ad esempio, nelle s.p.a., all'ipotesi dell'acquisto delle proprie azioni (art. 2357 c.c.), o della società controllante (art. 2359 *bis* c.c.), dell'acquisizione di partecipazioni in altre imprese comportanti la responsabilità illimitata (art. 2361, comma 2, c.c.) e, nelle s.r.l., a quello del compimento di operazioni determinanti una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.)⁵⁹. In modo non differente, a questo gruppo appartengono anche le deliberazioni che autorizzano la proposizione, la rinuncia o la transazione dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori ai sensi dell'art. 2393, commi 1 e 6, c.c., applicabile anche alle azioni promosse nei confronti dei componenti dell'organo di controllo, in virtù del rinvio effettuato a tale norma dall'art. 2407, comma 3, c.c.⁶⁰.

In tutte le ipotesi considerate e in quelle diverse ad esse assimilabili, l'azione di impugnativa concerne la situazione a contenuto organizzativo che la delibera ha prodotto nella sfera giuridica della società.

6.3

(C) Delibere aventi ad oggetto una situazione giuridica a contenuto organizzativo riferibile alla società e simultaneamente incidenti su situazioni giuridiche a carattere individuale nella titolarità dei soci.

l'aver inserito la delibera di esclusione del socio tra quelle che, all'opposto, incidono direttamente su una situazione soggettiva di carattere individuale: in quest'ultimo caso, infatti, l'esercizio del potere deve esplicarsi tenendo in considerazione l'interesse del socio al mantenimento della partecipazione sociale, dato che suo effetto è lo scioglimento del vincolo sociale rispetto ad uno solo degli appartenenti, rimanendo invece saldo nei confronti degli altri (cd. scioglimento totale-relativo); nel caso qui in considerazione, invece, l'effetto è il venir meno del vincolo sociale relativamente a tutti i partecipanti (cd. scioglimento totale-assoluto), e la legge si limita a disciplinare gli effetti di natura organizzativa della delibera di scioglimento, ossia l'apertura della fase di liquidazione della società (v. artt. 2485 e ss. c.c.). La delibera di scioglimento incide, pertanto, soltanto in via indiretta sull'interesse al mantenimento della partecipazione sociale di cui sono portatori i singoli membri dell'organizzazione (in dottrina, nel senso indicato, confronta: V. Buonocore, *op. cit.*, 210; A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 174 ss.; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 1039; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 181 ss.; *contra*: F. Chiomenti, *La revoca*, 97 ss., 110 ss.; in giurisprudenza, Trib. Roma 22 Ottobre 2002, in *Società*, 2003, 857, con nota di Ferrari).

⁵⁸ Al proposito, Corte di App. Bologna 12 Settembre 2002, in *Società* 2003, 990 ss., con nota di Lolli.

⁵⁹ Non diversamente, anche talune ipotesi non tipiche, come, ad esempio, la deliberazione che autorizza gli amministratori a concludere una transazione (al proposito, si veda utilmente Trib. Napoli 11 Gennaio 2002, in *Società*, 2002, 1159, con nota di Fregonara).

⁶⁰ In dottrina, per il valore organizzativo della delibera in ordine all'azione sociale di responsabilità, vedi P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 86-87; per una fattispecie, in giurisprudenza, confronta: Trib. Napoli 13 Aprile 2000, in *Società* 2000, 1114 ss., con nota di Civerra.

L'art. 2393 c.c. è espressamente dichiarato applicabile ai consiglieri di gestione, per le società che adottino il sistema dualistico, dall'art. 2409 *decies*, comma 1, c.c. ed ai componenti del consiglio di amministrazione, nelle società che hanno optato per il sistema monistico, dall'art. 2409 *noviesdecies*, comma 1, c.c.

All'interno di questa categoria rientrano quelle, tra le deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo e dello statuto, che determinano il condizionamento di situazioni giuridiche soggettive nella titolarità dei soci; tali sono le delibere che modificano lo statuto o l'atto costitutivo in parti concernenti posizioni soggettive riferibili ai soci e le delibere che comportano una modifica statutaria incidente su una posizione di interesse protetto del socio, quantunque non disciplinata dall'atto costitutivo o dallo statuto. Invero, le delibere così qualificabili, da un lato, come tutte le decisioni comportanti una modifica dell'atto costitutivo o dello statuto, hanno un valore organizzativo, in quanto pongono una regola dell'ordinamento societario⁶¹; dall'altro lato, però, la modifica determinata incide direttamente anche su interessi dei soci, che risultano qualificati dalla norma attributiva del concreto potere di modificazione all'assemblea⁶².

In via esemplificativa, e senza alcuna pretesa di completezza, si tratta: a) della delibera di aumento di capitale a pagamento (artt. 2438 ss. c.c.) che, oltre al caratterizzante effetto organizzativo, incide sul diritto di opzione dei soci previsto dall'art. 2441 c.c., realizzandolo, limitandolo, od estinguendolo⁶³; b) della delibera che determina o modifica i criteri di liquidazione della quota in caso di recesso, di morte, o di esclusione del socio (art. 2437 *ter*, comma 4, c.c. per la s.p.a., art. 2473, comma 3 e 4, c.c. per la s.r.l., art. 2535 c.c. per le cooperative)⁶⁴; c) della delibera che, nelle s.r.l e nelle cooperative, introduce, modifica, o in qualsiasi modo regola una o più clausole di esclusione dalla società (artt. 2473 *bis* e 2533 c.c.)⁶⁵; d) della delibera che, ai sensi dell'art. 34, comma 6, del d. lgs. 5/2003 introduce o sopprime la clausola compromissoria⁶⁶; e) della delibera che introduce, sopprime, o modifica i casi in cui il socio può esercitare il diritto di recesso (art. 2437 c.c. per le s.p.a., art. 2473 c.c. per le s.r.l., art. 2532, comma 1, c.c. per le cooperative); f)

⁶¹ Secondo P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 103, come segnalato, le deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo sono "tutte indistintamente dotate di valore organizzativo"; ciò, tuttavia, non implica, a nostro avviso, che tale valore debba altresì reputarsi esclusivo, ben potendosi ravvisare a fianco ad esso un valore a carattere tipicamente individuale, come si dice nel testo.

⁶² In ciò risiede la ragione del nostro dissenso con l'opinione ricordata alla nota precedente; in realtà, ove la delibera determini una diversa regolamentazione delle posizioni giuridiche garantite da quella parte dello statuto o dell'atto costitutivo interessato dalla modifiche, ci sembra difficile non riconoscere che la delibera *de qua*, oltre alla produzione del caratteristico effetto organizzativo, assuma un contenuto di imputazione, incidendo su posizioni di carattere individuale di cui i soci sono titolari; in questo senso, peraltro, già G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 85-86.

⁶³ Sugli effetti organizzativi determinati dalla deliberazione di aumento del capitale, vedi, per tutti: G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 137 ss., 344 ss.

⁶⁴ I riferimenti devono intendersi svolti in relazione alle singole fattispecie determinanti la fuoriuscita del socio dalla compagine sociale configurabili in relazione a ciascun tipo sociale; così, ad esempio, il riferimento all'esclusione del socio non è rapportabile alla s.p.a., laddove è prevista unicamente la dichiarazione di decadenza del socio moroso da parte degli amministratori, ai sensi dell'art. 2344 c.c.

Per una fattispecie concreta, in cui si controverteva della legittimità della delibera di modifica statutaria di una s.r.l., che regolava, tra l'altro, i criteri di liquidazione della quota in caso di morte o recesso del socio, vedi: Trib. Lucca, 11 Gennaio 2005, in *Giur. Merito*, 2005, 2662 ss.

⁶⁵ Per una fattispecie concreta, in cui si controverteva della legittimità della delibera di modifica statutaria introduttiva, tra l'altro, di una clausola di esclusione del socio, vedi: Trib. Lucca, 11 Gennaio 2005, cit.

⁶⁶ In giurisprudenza, anche se anteriormente alla novella del 2003, confronta: Corte di App. Bologna 22 Febbraio 1997, in *Società*, 1997, 1156, con nota di Stesuri.

della delibera che introduce o modifica regole statutarie concernenti il trasferimento della partecipazione sociale, in specie clausole di gradimento e di intrasferibilità (art. 2355 *bis*, c.c. per le s.p.a, art. 2469 c.c. per le s.r.l., art. 2530, comma 6, c.c. per le cooperative); g) delle delibere che, nelle s.p.a., modificano il numero di azioni legittimante all'azione di annullamento della delibera assembleare contraria alla legge o allo statuto (art. 2377, comma 3, c.c.)⁶⁷; h) della delibera che, nelle s.p.a, modifica le prestazioni accessorie cui sono obbligati i soci (art. 2345 c.c.), i particolari diritti attribuiti a determinate categorie di azioni (art. 2348 c.c.)⁶⁸ e le regole di riparto degli utili (arg. *ex art.* 2328, comma 2, n. 7, c.c.); nella s.r.l., i particolari diritti di amministrazione e nella distribuzione degli utili eventualmente spettanti ai singoli soci (art. 2468, comma 3 e 4, c.c.); infine, nelle cooperative, le regole di ripartizione degli utili e dei ristorni (artt. 2521, comma 3, n. 8, 2545 *quinquies*, 2545 *sexies* c.c.); i) infine, ed in via generale, della delibera che modifica la disciplina statutaria concernente situazioni soggettive dei soci a contenuto partecipativo, ivi disciplinate⁶⁹.

Non si atteggiavano diversamente, almeno nei limiti delle precisazioni che subito si vanno a svolgere, le deliberazioni che comportano la modificazione dell'organizzazione societaria, cioè le decisioni assembleari che si collocano al termine dell'*iter* procedimentale mediante il quale è attuata la trasformazione, la fusione, o la scissione dell'ente.

Contenuto caratteristico delle deliberazioni in considerazione è la realizzazione di un valore

⁶⁷ E, in modo analogo, la quota di capitale sociale necessaria per l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità (art. 2393 *bis* c.c.) e la denuncia di gravi irregolarità al tribunale (art. 2409 c.c.).

⁶⁸ La delibera dell'assemblea che pregiudica i diritti -a seguito della riforma, a contenuto esclusivamente amministrativo- attribuiti ad una particolare categoria di azioni deve essere approvata anche dall'assemblea speciale della categoria interessata (art. 2376 c.c.).

⁶⁹ L'ultimo esempio fatto è volutamente generale: lo statuto e l'atto costitutivo dettano le norme disciplinanti l'esercizio e l'estensione dei diritti partecipativi (o amministrativi) dei soci, di guisa che una delibera di modificazione di una delle suddette clausole determina, oltre ad evidenti effetti di natura organizzativa, anche l'incisione di situazioni giuridiche direttamente riferibili ai soci. Il dato si trae molto chiaramente dalle norme che dettano il contenuto dell'atto costitutivo e da quelle che disciplinano i presupposti delle modifiche statutarie concernenti i diritti partecipativi dei soci e le conseguenze da ciò derivanti; tra queste ricordiamo: gli artt. 2328, comma 3, e 2437, comma 1, lett. g), c.c., per le s.p.a., e gli artt. 2463, comma 2, n. 7, e 2468 c.c. per le s.r.l. e gli artt. 2526, comma 2 e 2538, comma 2, c.c. per le cooperative. Nel caso di una deliberazione assembleare della tipologia in considerazione, quelli che in precedenza sono stati definiti "poteri giuridici" dei soci, a carattere strumentale all'interno dell'organizzazione, e, in quanto tali, previsti da norme di carattere formale di disciplina del procedimento assembleare, divengono autonome posizioni differenziate di vantaggio a fronte dell'esercizio del potere assembleare che ha ad oggetto la loro regolamentazione: in tali ipotesi, le posizioni di potere non sono previste da una norma di disciplina del procedimento di adozione della deliberazione su un determinato oggetto, bensì sono direttamente oggetto di qualificazione da parte della norma attributiva del potere che su di esse incide. A conferma di quanto osservato, è possibile notare che, nella disciplina positiva, sono rinvenibili una serie di disposizioni specifiche, che, qualificando le posizioni a carattere partecipativo dei soci, allo stesso tempo costituiscono un limite della delibera avente per contenuto la loro regolamentazione; così, ad esempio, quanto all'estensione ed alle modalità di esercizio del diritto di voto in assemblea (artt. 2351 e 2538 c.c.); del diritto di intervento in assemblea (art. 2370 c.c.); del diritto di informazione dei soci (artt. 2422, 2476, comma 2, 2545 *bis* c.c.). Resta comunque fermo che sono prospettabili anche diverse fattispecie, come quella decisa da Trib. Spoleto 6 Marzo 2000, in *Società*, 2000, 853, con nota di Cardarelli, in cui a venire in rilievo erano le clausole statutarie disciplinanti la posizione della società capogruppo nella società soggetta a direzione e coordinamento; nel caso di specie, da parte di un socio-persona fisica era stata impugnata la delibera assembleare di modifica dello statuto nella parte in cui alla società capogruppo veniva riservato il potere di nomina degli amministratori e del direttore generale.

tipicamente organizzativo, consistente nel radicale mutamento del profilo strutturale e funzionale della società, mediante la modificazione dei suoi caratteri identificativi; tuttavia, a questo effetto organizzativo conseguono, necessariamente, effetti in via di riflessione sui diritti patrimoniali e corporativi dei soci. Sulla scorta del criterio in base a cui si è ritenuto di operare una classificazione degli atti assembleari, è necessario, però, compiere un passo ulteriore rispetto a questa osservazione, per poter affermare che le delibere in rilievo hanno non solo i rilevati effetti di natura organizzativa, ma assumono altresì un contenuto di imputazione, incidente su situazioni soggettive dei soci; occorre, in altri termini, andare a verificare se la norma che attribuisce all'assemblea il potere di determinare la modificazione societaria prende direttamente in considerazione anche posizioni di vantaggio dei soci, non essendo sufficiente, allo scopo indicato, la ripercussione, in via indiretta, nella loro sfera giuridica, delle modificazioni organizzative attuate nella sfera dell'ente.

La qualificazione in parola appare riscontrabile in almeno tre ipotesi: a) l'art. 2500 *sexies*, comma 1, c.c., e l'art. 2500 *septies*, comma 3, c.c., dispongono che la deliberazione determinante la trasformazione della società di capitali in società di persone, o in un ente a scopo non lucrativo, deve essere adottata con il consenso dei soci che assumono responsabilità illimitata; queste norme, a nostro avviso, subiettivizzano in capo ai soci della società di capitali un elemento tipologico della relativa fattispecie, vale a dire l'insensibilità dei patrimoni personali alla responsabilità per le obbligazioni sociali; in ragione di ciò, risulta qualificata una vera e propria posizione di vantaggio dei soci, in relazione all'interesse alla responsabilità limitata nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, la quale, conseguentemente, risulta incisa dall'esercizio del potere assembleare che determina la trasformazione della società di capitali in enti, il cui modello associativo comporta la responsabilità personale di (alcuni) appartenenti per le obbligazioni assunte dal soggetto collettivo; b) con riferimento alla fusione, l'art. 2502 c.c. disciplina la relativa decisione (che nelle s.p.a e nelle s.r.l. assume la forma della deliberazione), prevedendo, al secondo comma, che essa possa apportare al progetto di fusione "...di cui all'art. 2501 *ter* solo le modifiche che non incidono sui diritti dei soci...": la norma prende in considerazione, dunque, posizioni giuridiche dei soci previste e regolate dal progetto di fusione -e contemplate, ad avviso di chi scrive, nei nn. 3-5-7 dell'art. 2501 *ter*, comma 1, c.c.- e conferisce ad esse il massimo grado di protezione di fronte al potere assembleare che decide sulla fusione, impedendo che la delibera possa offrirne una regolamentazione diversa da quella dettata dal progetto di fusione⁷⁰; c) in materia di scissione,

⁷⁰ Alla luce del contenuto prescritto per il progetto di fusione dall'art. 2501 *ter* c.c., le posizioni di interesse protetto dei soci a fronte della delibera di fusione sono così individuabili: a) il rapporto di cambio e l'eventuale conguaglio in denaro (n.3) definiscono la misura in cui, sulla base della partecipazione detenuta nella società fusa, al socio spettano quote (ed eventualmente denaro) della società risultante dalla fusione; sotteso alla determinazione del rapporto di cambio vi è, dunque, un interesse del socio a carattere patrimoniale -consistente nella conservazione o nella realizzazione del *valore*

valgono le considerazioni svolte alla lettera precedente relativamente alla deliberazione di fusione, stante il rinvio operato dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c., all'art. 2502 c.c., e dall'art. 2506 *bis*, primo comma, c.c., all' art. 2501 *ter*, comma 1, c.c.

Tirando le fila del ragionamento, può dirsi che nelle fattispecie deliberative riconducibili a questa categoria, l'interprete si trova di fronte ad atti che, immancabilmente, producono un duplice ordine di effetti: a contenuto organizzativo, nella sfera della società, ed a contenuto di imputazione nella sfera dei soci. Si pensi, ad esempio, alle deliberazioni di modifica dell'atto costitutivo che incidono in via diretta su situazioni giuridiche di cui sono titolari i soci per previsione di legge o dello statuto stesso: dal punto di vista del primo dei profili indicati, basti considerare che esse incidono sulle regole fondamentali preposte all'agire sociale⁷¹; dal punto di vista del secondo, si noti che, contestualmente alla modifica organizzativa, esse incidono la sfera soggettiva dei soci, determinando il condizionamento di situazioni sostanziali nella loro titolarità⁷².

6.4

(D) Delibere che determinano effetti di natura organizzativa nella sfera della società ed effetti diretti, a contenuto di imputazione, nella sfera di determinati soggetti terzi rispetto alla società.

In talune ipotesi, il legislatore conferisce all'assemblea il potere di adottare deliberazioni che non esauriscono la propria efficacia all'interno del gruppo organizzato, ma che producono effetti giuridici nella sfera di soggetti terzi rispetto all'ente, per non essere parti del vincolo associativo. E' noto che questa ricostruzione non è incontrastata; parte della dottrina, infatti, esclude che la delibera, in quanto atto collegiale, formato mediante l'operare della regola di maggioranza, possa vincolare soggetti estranei al gruppo organizzato, e ritiene a tal fine necessario un successivo atto di esecuzione da parte degli amministratori, al quale sarebbe autonomamente ed esclusivamente

della propria partecipazione- e, come di recente dimostrato, anche un interesse a contenuto partecipativo, consistente nella conservazione della *misura* della propria partecipazione e, dunque, nell'interesse alla prosecuzione del rapporto sociale, come emerge dall'art. 2501 *ter*, comma 2, c.c., a norma del quale il conguaglio in denaro non può in alcuna caso superare il dieci per cento del valore della partecipazione assegnata al socio nella nuova società (così, I. Pagni, *Tutela*, cit., 152 ss.); b) la definizione della data dalla quale le azioni o le quote assegnate partecipano agli utili (n.5) evidentemente incide sull'interesse del socio a ritrarre un utile dal conferimento effettuato nell'impresa comune; c) infine, la determinazione del trattamento riservato a particolari categorie di soci (n.7) incide, con ogni evidenza, sulle prerogative di cui alcuni soci sono titolari all'interno della società (ad esempio, nella partecipazione agli utili ed alle perdite dei titolari delle azioni di godimento o nel conferimento di particolari diritti amministrativi, ai sensi dell'art. 2351 c.c.).

⁷¹ In modo paradigmatico, la deliberazione di aumento di capitale, che va ad incidere direttamente sul parametro fondamentale in base a cui si sviluppa l'attività sociale.

⁷² Si pensi, sempre facendo l'esempio della deliberazione di aumento di capitale a pagamento, che essa incide sul diritto di opzione del socio previsto dalla legge all'art. 2441 c.c., in modo altrettanto diretto (cioè contestualmente) rispetto alla modificazione organizzativa che apporta.

imputabile la produzione degli effetti giuridici che si realizzano nella sfera del terzo⁷³.

Ci sembra, tuttavia, che questa opinione sconti il vizio, già denunciato, di individuare gli effetti giuridici producibili dall'atto assembleare successivamente all'inquadramento dogmatico della delibera all'interno degli atti giuridici, anziché, come appare più corretto, muovere, innanzitutto, dalla ricognizione dei valori che la legge assegna alla delibera. Ed è per l'appunto operando sul piano del diritto positivo che è possibile individuare, con un buon margine di sicurezza, alcune ipotesi -indubbiamente ad alto tasso di tipicità e tassatività- in cui la delibera è fattispecie produttiva di effetti rispetto a soggetti estranei al gruppo organizzato; vale a dire, ipotesi in cui l'oggetto della delibera, per come è legalmente configurato, è destinato a porre in essere una regolamentazione giuridicamente efficace anche nella sfera di determinati terzi, senza che a tale scopo sia necessaria l'intermediazione di un atto di esecuzione da parte degli amministratori.

Ci riferiamo, in particolare, alle delibere di nomina, revoca e di determinazione del compenso dei componenti degli organi di gestione e controllo: in questi casi, l'atto assembleare determina, allo stesso tempo, effetti di natura organizzativa nella sfera della società, ed effetti a contenuto di imputazione nella sfera giuridica di soggetti terzi rispetto alla compagine sociale⁷⁴. La duplicità di effetti si realizza in modo paritario, coesistendo entrambi all'interno della medesima fattispecie, ma differenziandosi in ordine al contenuto ed al termine soggettivo di riferimento: da un lato, la realizzazione del valore organizzativo, concernente la determinazione dei soggetti preposti alla gestione dell'impresa e di quelli deputati al controllo di tale gestione⁷⁵; dall'altro lato, la realizzazione del valore di imputazione, concernente la costituzione, modificazione, estinzione, o comunque la regolamentazione del rapporto giuridico obbligatorio intercorrente tra le singole persone fisiche (o giuridiche) e la società⁷⁶.

⁷³ In questo modo, in specie: F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 3 ss., 79 ss.

⁷⁴ In questo senso, per l'efficacia della delibera nei confronti del soggetto estraneo al gruppo organizzato: A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 28 ss., specie 29; A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 181 ss., specie 185-186; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 84 ss., specie 86; G. Zanarone, *L'invalidità*, cit., 350 ss.; nella dottrina tedesca, espressamente nel senso che la delibera può assumere efficacia anche esterna, confronta: J. Baltzer, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Colonia-Berlino 1965, 172.

⁷⁵ Per il valore organizzativo della delibera di nomina del componente dell'organo, confronta: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 84 ss.; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., 109 ss.

⁷⁶ Occorre precisare quanto affermato nel testo. Le considerazioni svolte servono ad inquadrare le fattispecie deliberative in parola all'interno di una determinata categoria di classificazione, qualificata dalla natura degli effetti prodotti e dal loro termine soggettivo di riferimento, e non vogliono, in alcun modo, essere esaustive del dato di diritto sostanziale che disciplina i sistemi di *governance* societaria. A questo proposito, occorre notare che, in linea generale, può dirsi che, tanto nelle s.p.a., quanto nelle s.r.l. e nelle cooperative, la competenza della nomina, della revoca e della determinazione del compenso dei componenti degli organi di gestione e controllo spetta alla decisione dei soci (vedi, per le s.p.a., gli artt. 2364, comma 1, nn. 2-3, 2383, 2400 c.c.; per le s.r.l., gli artt. 2479, comma 2, nn. 2-3, 2475, comma 2, 2477 c.c.; per le cooperative, gli artt. 2542 e 2543 c.c.); tuttavia bisogna rilevare che: a) nelle s.r.l. e nelle cooperative è del tutto eventuale la presenza di un organo preposto al controllo della gestione societaria (v. l'art. 2477 c.c., cui rinvia, per le cooperative, l'art. 2543, comma 1, c.c.); b) se la società adotta il sistema di amministrazione dualistico, la nomina, la revoca e la determinazione del compenso dei componenti del consiglio di gestione spetta al

Sulla base della ricostruzione adottata, si può pertanto concludere osservando che, nelle ipotesi in considerazione, l'azione di impugnazione coinvolge situazioni giuridiche a contenuto organizzativo riconducibili alla sfera giuridica della società e situazioni giuridiche aventi contenuto di imputazione riferibili alla sfera soggettiva di terzi, quale ipotesi eccezionale in cui una deliberazione assembleare determina effetti giuridici direttamente nei confronti di soggetti estranei al contratto di società⁷⁷.

7.

L'indagine condotta dimostra la correttezza dell'affermazione secondo cui la delibera assembleare solo talvolta è fattispecie produttiva di effetti a contenuto di imputazione nella sfera dei soci (e, in ipotesi eccezionali, altresì di determinati terzi), mentre, di norma, pone in essere effetti a contenuto organizzativo nella sfera della società⁷⁸. Infatti, se si escludono le delibere -invero di numero esiguo e di minore ricorrenza statistica- che rientrano nella prima categoria delineata (*sub A*), in ogni altra ipotesi l'atto assembleare produce costantemente e tipicamente effetti a contenuto organizzativo, cui, talvolta, possono associarsi anche effetti a contenuto di imputazione (*sub B*, C), D)).

In modo sintetico, può essere tracciato il seguente quadro d'insieme.

(A) Nell'ipotesi in cui, sulla base dei criteri delineati, una deliberazione sia riconducibile alla prima categoria enucleata, essa produce un effetto giuridico unitario, che realizza valori tipicamente individuali, consistenti nella costituzione, modificazione, estinzione, o, comunque, nel condizionamento di situazioni giuridiche di cui sono titolari i soci *uti singuli*; l'illegittimo atto di esercizio del potere si ripercuote, pertanto, necessariamente ed unicamente su tale posizione di vantaggio, ingiustamente pregiudicandola. Da tanto discende, in applicazione della ricostruzione

consiglio di sorveglianza (i cui membri sono nominati dall'assemblea e da questa revocabili), a norma dell'art. 2409 *terdecies*, comma 1, lett. a), c.c. (e si confrontino gli artt. 2364 e 2364 *bis* c.c., che determinano le materie di competenza dell'assemblea a seconda del sistema di amministrazione prescelto); c) se la società adotta, invece, il sistema di controllo monistico, i componenti del comitato per il controllo sulla gestione sono nominati dal consiglio di amministrazione (art. 2409 *octiesdecies*, comma 1, c.c.); d) oltre agli amministratori ed ai sindaci, il discorso può essere esteso anche alla nomina, revoca ed alla determinazione del compenso dei soggetti preposti al controllo contabile (art. 2409 *quater*, commi 1 e 3, c.c.) e dei liquidatori (art. 2487 c.c.); e) per la nomina e la revoca degli amministratori e dei componenti dell'organo di controllo nelle s.p.a., valgono le speciali disposizioni dettate dagli artt. 2455, 2456, 2457, 2458 e 2459 c.c., osservandosi, per il resto, la normativa dettata in materia di s.p.a., giusta il disposto dell'art. 2454 c.c.

⁷⁷ Si rileva che, ove non si ritenesse accettabile l'opinione, cui abbiamo aderito, secondo cui le delibere in oggetto producono direttamente effetti giuridici nella sfera di terzi, e si propendesse per l'opposta tesi, giusta la quale gli effetti nei confronti dei terzi si producono solo per effetto di un successivo atto di esecuzione del deliberato da parte degli amministratori, le delibere in rilievo verrebbero private del valore di imputazione e, pertanto, dovrebbero essere ricondotte alla categoria *sub B*), tra quelle produttive esclusivamente di effetti a contenuto organizzativo nella sfera della società (cfr., *retro*, par. 6.2).

⁷⁸ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 106.

offerta, che l'azione di impugnativa avrà sempre ad oggetto la situazione giuridica soggettiva di cui sono titolari i soci nei confronti della società e ciò, si noti, a prescindere dal vizio di invalidità lamentato e dalla natura delle norme di cui viene dedotta la violazione da parte dell'istante. Corollario di quanto osservato, è l'affermazione secondo cui, in questa ipotesi, ove la domanda sia proposta dal socio, questo si presenta in qualità di *legittimato ordinario* all'azione di impugnativa, facendo valere una situazione giuridica di cui si afferma titolare esclusivo o, eventualmente, contitolare insieme ad altri⁷⁹.

(B) Nel caso in cui la delibera sia riconducibile alla seconda categoria delineata, essa, come si è notato, produce un unico effetto giuridico, a contenuto organizzativo, che si realizza nella sfera giuridica della società. In modo speculare rispetto a quanto si è osservato al punto precedente, al centro dell'azione di impugnativa si pone la situazione giuridica di carattere organizzativo riferibile alla società, qualsiasi sia la violazione di legge o dello statuto dedotta dall'attore. In modo simmetrico, in questa ipotesi, se è il socio ad esercitare l'azione di impugnazione, egli assume la veste di *legittimato straordinario*, agendo per la tutela di una situazione giuridica altrui⁸⁰.

(C) La delibera rientrante nella terza o nella quarta categoria ha, come si è visto, un duplice oggetto, determinando sia la regolamentazione di una situazione a contenuto organizzativo, sia la regolamentazione di una situazione a contenuto di imputazione che, nel primo caso, è nella titolarità dei soci e, nel secondo, nella titolarità di determinati terzi.

In questo caso si pone, dunque, la questione della determinazione di quale delle due situazioni giuridiche incise dalla delibera sia coinvolta nel processo di impugnazione.

Allo scopo, in applicazione del metodo sin qui utilizzato, si potrebbe operare una distinzione sulla base delle norme, disciplinanti il potere assembleare, di cui è dedotta la violazione da parte dell'attore. A tale stregua, dovrebbe dirsi che la causa di impugnazione concerne la situazione soggettiva a contenuto di imputazione nella titolarità, a seconda dei casi, del socio (ipotesi *sub C*) o del terzo (ipotesi *sub D*), quando è fatta valere un'illegittimità attinente alle norme che disciplinano il contenuto che può assumere in concreto l'atto di esercizio del potere incidente su quella situazione; per contro, si dovrebbe ritenere che la causa verte sulla situazione riferibile alla società quante volte le norme violate disciplinano gli effetti a contenuto organizzativo che la deliberazione produce nella sfera dell'ente.

La possibilità di compiere la distinzione prospettata, pur non apparendo un'opzione teoricamente infondata, ad una più attenta considerazione si rivela, però, non convincente.

Innanzitutto, è sufficiente notare che il modello generale prospettato entra in crisi di fronte a

⁷⁹ Sul punto, vedi quanto già in precedenza osservato alla nota 47.

⁸⁰ Sul punto, vedi quanto già in precedenza osservato alla nota 47.

deliberazioni ad oggetto tipico, in relazione alle quali, già a livello di fattispecie legale, non è possibile distinguere tra norme di disciplina degli effetti a contenuto organizzativo e norme di qualificazione di posizioni individuali di vantaggio, in ragione del fatto che le medesime norme disciplinanti l'oggetto e, dunque, il contenuto dell'atto di esercizio del potere, sono poste a disciplina degli effetti tanto dell'una, quanto dell'altra tipologia. Si pensi, ad esempio, alla delibera di revoca del sindaco adottata in assenza di una giusta causa (art. 2400, comma 2, c.c.); in questo caso, non appaiono ragionevolmente isolabili i casi in cui la violazione del requisito prescritto dalla norma citata non determinano, oltre all'illegittimità degli effetti a contenuto organizzativo, anche l'illegittimo sacrificio della posizione di interesse individuale facente capo al soggetto revocato.

Ma non è tutto; in senso contrario all'adozione di tale ricostruzione, milita un'ulteriore considerazione, la quale, peraltro, sembra dotata di portata decisiva.

La possibilità di compiere la distinzione tratteggiata, infatti, si scontra insanabilmente con i caratteri strutturali della delibera, quale unitaria fattispecie produttiva di effetti e, per questa ragione, essa non può trovare utile applicazione neppure per quelle delibere in relazione alle quali, a livello di fattispecie legale, è possibile chiaramente distinguere il nucleo di norme disciplinanti gli effetti a contenuto di imputazione da quello attinente agli effetti a contenuto di imputazione.

Si deve infatti osservare che, data la duplicità di oggetto caratteristica delle delibere in considerazione, l'atto incide sempre, in modo unitario ed inscindibile, su entrambe le situazioni giuridiche nella titolarità della società e dei singoli (siano essi soci o terzi). Se questa osservazione è vera, allora sul piano processuale ne consegue, in modo identico, che, ad essere coinvolte nella causa di impugnativa sono entrambe le situazioni sostanziali incise dalla delibera; invero, la sentenza che accoglie la domanda di nullità o di annullamento, caducando la delibera impugnata, fa venir meno tanto l'effetto a contenuto organizzativo nella sfera della società, quanto quello a contenuto di imputazione nella titolarità dei soci e dei terzi, a prescindere dalla ragione di invalidità dedotta dall'impugnante. All'inscindibilità degli effetti prodotti dalla delibera sul piano sostanziale, corrisponde quindi, sul piano processuale, che la pronuncia che caduca l'atto fa venir meno tutti gli effetti posti in essere dall'atto stesso, e, pertanto, detta una nuova regolamentazione tanto della situazione a contenuto organizzativo, quanto di quella a contenuto di imputazione. Come ognuno vede, questa conclusione non muta al variare del motivo fondante il provvedimento di accoglimento, poiché questo, necessariamente, rimuove tutti gli effetti posti in essere dalla delibera, quantunque in relazione ad uno solo di essi si sia verificata l'illegittimità⁸¹. Pertanto, anche nel caso

⁸¹ Un esempio può chiarire il nostro discorso. Si prenda il caso della delibera di aumento di capitale a pagamento, la quale, come si è visto (*retro*, par. 6.3), da un lato, determina un effetto a contenuto organizzativo e, dall'altro lato, incide anche su una posizione di vantaggio del socio, ossia il diritto di opzione all'acquisto delle azioni di nuova emissione. In

in cui il vizio accertato attenga esclusivamente alla regolamentazione di una sola delle due situazioni sostanziali incise dalla delibera, nondimeno nel processo di impugnativa saranno coinvolte entrambe, quantunque soltanto ad una di esse si riferisca l'illegittimità lamentata⁸².

Da tanto consegue, sul piano processuale, che, allorchè il socio impugni una delibera riconducibile ad una delle due categorie ora in considerazione, egli fa valere, all'interno del medesimo giudizio, una situazione a contenuto organizzativo riferibile alla società, ed una situazione a contenuto di imputazione nella sua titolarità o nella titolarità del terzo.

(D) Infine, occorre brevemente sottolineare che, giusta le osservazioni precedentemente svolte, la soluzione offerta del problema concernente l'individuazione della situazione sostanziale coinvolta nel processo di impugnativa rimane ferma anche nel caso in cui sia fatta valere la violazione di una norma a carattere formale, di disciplina del procedimento di formazione dell'atto assembleare su un determinato oggetto, e non già direttamente la violazione di una norma di carattere sostanziale, disciplinante il contenuto che il potere può assumere in relazione ad un determinato oggetto.

Invero, il rispetto delle norme legali o statutarie che regolano il procedimento assembleare è

questa ipotesi, la distinzione tra vizi concernenti norme disciplinanti il contenuto dell'effetto organizzativo, e vizi riguardanti le norme disciplinanti l'effetto avente valore di imputazione sembrerebbe avere buon gioco, e, dunque, su tale base, si potrebbe procedere altresì ad operare tale differenziazione, a seconda del vizio lamentato, anche nel momento del processo. In effetti, nel caso in considerazione, le norme che qualificano la posizione di vantaggio del socio sono facilmente discernibili da quelle che disciplinano gli effetti di natura organizzativa, di guisa che l'illegittima incisione dell'interesse protetto del socio sussiste solo se ad essere violate sono le norme che questa posizione di interesse qualificano. Invero, è facilmente individuabile nell'art. 2441 c.c. la norma di qualificazione della posizione di interesse del socio a fronte della delibera di aumento del capitale; la regolamentazione del diritto di opzione dettata dalla norma prevede, tra l'altro, che il diritto di opzione può essere limitato con la delibera di aumento di capitale "quando l'interesse della società lo esige"(art. 2441, comma 5, c.c.; sul significato della disposizione, vedi, per tutti: P.G. Jaeger, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 795 ss., specie 806 ss.). Si potrebbe quindi sostenere che è solo se è lamentata la violazione di questa disposizione, che, configurandosi un illegittimo pregiudizio dell'interesse del socio, il diritto di opzione diviene oggetto di tutela mediante l'azione di impugnativa, mentre il contrario dovrebbe ritenersi se la violazione lamentata concerne le sole norme disciplinanti i presupposti, la misura, le modalità di attuazione dell'aumento di capitale (ad esempio, gli artt. 2438, comma 1, e 2439, comma 1, c.c.); in questo secondo caso, infatti, essendo violata la sola norma che disciplina l'effetto organizzativo, e non anche la norma che protegge la posizione di interesse del socio, oggetto di tutela dovrebbe essere solo la situazione organizzativa cui si riferisce la illegittimità dedotta (sul punto, è utile la lettura di Trib. Napoli, 5 Ottobre 1999 (decr.), in *Società*, 2000, 885 ss., con nota di V. Salafia).

Non è chi non veda, tuttavia, che, anche in questo caso, quantunque siano chiaramente individuabili le norme disciplinanti il contenuto del potere sull'una e sull'altra situazione giuridica incisa dalla delibera, nondimeno, con l'azione di impugnativa, a prescindere dal motivo di illegittimità dedotto, sono entrambe le situazioni ad essere dedotte in causa e, in definitiva, ad essere soggetta agli effetti costitutivi della sentenza di accoglimento, la quale, nel rimuovere gli effetti giuridici prodotti dalla delibera, non può che dettare una nuova regolamentazione di entrambe le situazioni giuridiche in ordine alle quali l'atto ha prodotto i propri effetti.

⁸² Ciò non toglie, con ogni evidenza, che la diversità del vizio in concreto accertato e, in specie, la circostanza che esso attenga alla regolamentazione di una sola o di entrambe le situazioni sostanziali coinvolte, pur non rilevando ai fini dell'individuazione delle situazioni coinvolte nella causa di impugnativa, possa assumere rilievo ad altri fini. In particolare, questo apprezzamento può rilevare ed assumere decisiva importanza in ordine all'esatta portata del vincolo conformativo discendente dalla pronuncia di accoglimento sui successivi atti di esercizio del potere incidenti sul medesimo oggetto. Il tema, tuttavia, esula dai limiti della nostra trattazione e non può, di conseguenza, essere approfondito ulteriormente.

funzionale alla corretta formazione del potere su un determinato oggetto; è, in altri termini, condizione per il valido prodursi degli effetti dell'atto sulla situazione sostanziale incisa. Anche i vizi procedurali, dunque, non meno che i vizi sostanziali, determinano l'illegittimità della delibera in ordine alla situazione sostanziale che risulta qualificata dalle norme attributive del potere nel caso concreto. Questa corrispondenza è rispettata, peraltro, anche nel momento della tutela giurisdizionale, posto che entrambe le illegittimità trovano unitaria sanzione nel conferimento ai soggetti legittimati dell'azione di impugnativa a norma degli artt. 2377 e 2379 c.c., dal cui accoglimento deriva, in modo identico nei due casi, la rimozione degli effetti prodotti sulla situazione sostanziale incisa dall'atto invalido, mediante la sua rimozione⁸³.

Detto, quindi, che il rispetto delle norme procedimentali è strumentale alla corretta determinazione del potere in ordine ad un determinato oggetto, e, dunque, alla legittima incisione della sfera giuridica a cui la situazione sostanziale regolata appartiene; rilevato che la violazione delle norme procedimentali legittima all'azione di impugnativa della delibera invalida; ne discende che, mediante l'azione giudiziale con cui siano fatti valere vizi formali dell'atto, è tutelata, in modo identico al caso in cui siano dedotti vizi di merito, la situazione sostanziale incisa dalla delibera impugnata, da individuarsi secondo i criteri in precedenza delineati, i quali, per le ragioni esposte, non subiscono deroga a seconda della tipologia di violazione (di norme sostanziali o meramente procedurali) fatta valere dall'impugnante⁸⁴.

⁸³ Anche in questo caso, occorre precisare che quanto osservato nel testo non esclude che la differente tipologia di vizio rilevi ad altri fini ed, in specie, riguardo alla diversa portata dell'efficacia conformativa del giudicato di annullamento della delibera per vizi sostanziali o procedurali. Tuttavia, come già detto, il tema esula dai limiti della nostra trattazione e non può, di conseguenza, essere approfondito ulteriormente.

⁸⁴ Le norme formali, aventi per lo più carattere inderogabile, governano l'iter di formazione della delibera assembleare prevedendo determinati "doveri procedimentali", che si collocano sia nella fase anteriore allo svolgimento dell'assemblea (si pensi alle norme disciplinanti la convocazione dei soci e le prescrizioni concernenti il contenuto e le modalità delle informazioni che questi devono ricevere anteriormente alla votazione relativa ad una determinata delibera), sia durante la stessa (si pensi alle norme che regolano la gestione del consesso, come l'art. 2371 c.c., e quelle inerenti alla votazione), sia infine, in un momento successivo (il riferimento è, qui, in particolare, alle norme che disciplinano la verbalizzazione della delibera adottata). Come in precedenza chiarito, rientrano parimenti tra le norme procedimentali e, dunque, la loro violazione costituisce un vizio formale, le disposizioni che attribuiscono ai soci specifici poteri in ordine alla partecipazione al processo formativo dell'atto assembleare e, dunque, la possibilità di concorrere, in proporzione alla partecipazione detenuta, alla determinazione del contenuto dell'atto deliberativo (si pensi, in particolare, a poteri di intervento e di voto in assemblea).

Sulla scorta delle osservazioni svolte nel testo, l'azione di impugnativa, con cui è dedotta la violazione procedimentale, tutela, in modo del tutto identico all'ipotesi in cui la delibera sia invalida per vizi di merito, la situazione giuridica sostanziale incisa dalla deliberazione. Più specificamente, sulla scorta della ricostruzione adottata nel testo, si può osservare che: a) nelle deliberazioni rientranti nella categoria *sub A*) (*retro*, par. 6.1), oggetto del giudizio è, per qualsiasi violazione procedurale, la situazione giuridica soggettiva del socio, dato che, essendo unico l'effetto giuridico prodotto dalla delibera (la costituzione, modificazione, estinzione di una situazione sostanziale nella titolarità del socio), qualsiasi violazione formale si ripercuote necessariamente sulla determinazione di quell'unico effetto giuridico che la delibera in questo caso produce; b) in modo corrispondente, in relazione alle deliberazioni riconducibili alla categoria *sub B*) (*retro*, par. 6.2), oggetto del giudizio è, per qualsiasi violazione procedurale, la situazione giuridica riferibile alla società; c) in applicazione di quanto in precedenza osservato nel testo, nelle deliberazioni rientranti nella categoria *sub C*) (*retro*, par. 6.3), la duplicità di effetti che la delibera esplica in ordine a due distinte situazioni giuridiche, imputabili l'una ai soci e l'altra alla società, implica che sono sempre entrambe le situazioni sostanziali incise, ad essere coinvolte

8.

L'indagine svolta ha permesso di individuare le situazioni sostanziali coinvolte nel processo di impugnazione delle delibere assembleari; più precisamente, si è visto che, di norma, queste sono costituite da situazioni giuridiche a contenuto organizzativo, e, solo più raramente, da situazioni aventi contenuto di imputazione. L'analisi, condotta sul piano del diritto positivo, offre, quindi, dimostrazione della correttezza dell'affermazione secondo cui il valore tipico della delibera assembleare, quale figura di produzione dell'azione sociale, è un valore sociale, di natura organizzativa, mentre i momenti in cui si realizzano valori di imputazione nella sfera dei singoli appaiono porsi sostanzialmente ai margini dell'agire collettivo; pertanto, nella ricostruzione del fenomeno deliberativo, come è stato autorevolmente notato, il punto di osservazione deve essere quello del valore organizzativo della delibera assembleare, e non già quello della realizzazione di valori di imputazione⁸⁵.

Ciò significa, anche ai limitati fini del nostro lavoro, che l'indagine diretta a definire i limiti oggettivi alla compromettibilità non può assumere come termine di riferimento quello delle situazioni a contenuto di imputazione realizzate dalla delibera assembleare, ma deve necessariamente confrontarsi con i valori organizzativi che l'atto assembleare tipicamente pone in essere.

Come già avevamo potuto osservare in apertura del presente capitolo, è, del resto, proprio l'insufficiente considerazione delle peculiarità del fenomeno associativo -e, dunque, dei valori a contenuto organizzativo che al suo interno si collocano- la causa della emersione di quegli orientamenti della giurisprudenza teorica e pratica che, nel corso del primo capitolo, abbiamo ritenuto non essere condivisibili. Non è chi non veda, infatti, che i moduli con cui tradizionalmente operano la dottrina e la giurisprudenza, per la valutazione della compromettibilità delle

nell'azione di impugnativa; questo, in modo identico a quanto già osservato riguardo ai vizi sostanziali, anche qualora, a livello di fattispecie legale, sia possibile discernere le norme procedurali funzionali alla formazione del potere in ordine alla situazione sostanziale a contenuto di imputazione, dalle norme procedurali che, invece, presiedono alla determinazione concernente la situazione a rilievo organizzativo (così, ad esempio, sempre facendo riferimento alla delibera di aumento del capitale a pagamento, le cautele procedurali poste dall'art. 2441 c.c. per l'esclusione del diritto di opzione – ad esempio: la relazione degli amministratori di cui al comma sesto, o gli speciali *quorum* deliberativi imposti- appaiono indubbiamente poste a tutela del diritto di opzione del socio; al proposito, molto chiaramente, Trib. Ancona 18 Gennaio 2002, in *Società*, 2002, 465, con nota di Lucarini Ortolani); d) per le delibere rientranti nella categoria *sub D*) (*retro*, par. 6.4), in modo del tutto simile a quanto appena osservato, in corrispondenza della violazione di norme procedurali nell'*iter* formativo della delibera, la causa di impugnativa ha ad oggetto tanto la situazione a contenuto organizzativo, quanto quella a contenuto di imputazione nella titolarità del terzo (si deve peraltro sottolineare che l'impugnazione di deliberazioni di nomina e revoca dei componenti degli organi sociali, per violazione di norme procedurali, è fattispecie assai ricorrente; in giurisprudenza, si vedano: Cass. 15 Marzo 1986, n. 1768, in *Società*, 1986, 850 ss.; Cass. 24 Gennaio 1995, n. 835, in *Mass. Giur. It.* 1995; Cass. 22 Agosto 2001, n. 11186, in *Giur. It.*, 2002, 549 ss.; Cass. 11 Giugno 2003, n. 9364, in *Società*, 2003, 1354 ss., con nota di Fusi; in *Giur. It.*, 2004, 787 ss., con nota di Petrazzini; in *Foro It.*, 2004, I, 176 ss.; Trib. Catania 10 Gennaio 2002, in *Società* 2002, 879 ss., con nota di Fusi, per un'ipotesi in cui la nomina assembleare riguardava la carica di institore).

⁸⁵ In questo modo, vedi, infatti, P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, cit., *passim*; Id., *La conformità*, cit., 104 ss.

controversie, non sono utilmente impiegabili allorchè ci si muova nel contesto del fenomeno assembleare; ne è chiara dimostrazione, ci sembra, la circostanza che, in quest'ambito, per la determinazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità venga fatto ricorso a parametri diversi dalla disponibilità della situazione giuridica controversa.

Per rendersi conto della correttezza di questa affermazione, sono sufficienti brevi considerazioni, le quali pongono in luce l'impossibilità di condurre la valutazione della compromettibilità delle situazioni giuridiche coinvolte nella lite di impugnativa assembleare, mediante l'applicazione dei tradizionali parametri della rinunciabilità ed alienabilità della stessa da parte del soggetto che è titolare del potere dispositivo in ordine ad esse.

Invero, si può anche ammettere che questi parametri, seppur mediante un notevole sforzo di adattamento, possano contribuire a definire la misura della disponibilità delle situazioni soggettive aventi contenuto di imputazione; tuttavia, non appena si passi a considerare le situazioni a contenuto organizzativo, l'applicazione dei parametri della rinunciabilità ed alienabilità incontra difficoltà insuperabili.

La società, che è termine soggettivo di riferimento delle situazioni sostanziali a contenuto organizzativo, non può nè rinunciare ad esse, nè procedere alla loro alienazione; questo, tuttavia, non perchè sussista un vincolo così configurato in capo alla società, ma per il semplice motivo che quelle in considerazione sono situazioni giuridiche cui tali caratteri non possono essere correttamente riferiti, in ragione della loro diversa struttura e natura rispetto alle situazioni aventi contenuto di imputazione. Il punto che deve essere sottolineato con forza è il seguente: i parametri della rinunciabilità ed alienabilità sono elaborati con riferimento al settore delle relazioni intersoggettive di carattere commutativo, laddove le posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti si articolano secondo il binomio diritto/obbligo; è per questa ragione che, nel momento in cui ci si sposta nel contesto associativo, al cui interno le relazioni tra l'ente ed i singoli componenti, e tra i partecipanti stessi, non sono, almeno di norma, riportabili allo schema del rapporto obbligatorio, tali concetti non possono che risultare inutilizzabili.

Come più volte osservato, all'interno del gruppo organizzato assume rilievo preminente la delibera assembleare che, giusta le considerazioni precedentemente svolte, si qualifica come atto di organizzazione, che proporzionalmente concorre alla produzione dell'azione, ponendo le regole di svolgimento dell'attività sociale e determinando gli elementi formali e materiali necessari a tale scopo. A questi effetti giuridici, che, complessivamente, abbiamo qualificato come effetti a contenuto di organizzazione, non può essere riferita una qualificazione in termini di rinunciabilità o di alienabilità: questa può operare solo relativamente a situazioni sostanziali che, configurandosi come posizioni giuridiche individuali di vantaggio, attribuiscono al soggetto un'utilità -secondo il

paradigma del diritto soggettivo- e, in relazione a queste, designa la facoltà, per il soggetto che ne è titolare, di determinare la fuoriuscita dalla propria sfera giuridica della posizione di vantaggio, mediante un atto di rinuncia o di alienazione. Ogni volta, però, che ci si trova di fronte a situazioni giuridiche che, strutturalmente, non sono ricostruibili come posizioni di interesse individuale -ciò che, come detto, avviene in relazione alle situazioni giuridiche qui in considerazione, aventi contenuto organizzativo- viene meno anche la possibilità di operarne una qualificazione in termini di rinunciabilità o di alienabilità.

Dovrebbe, a questo punto, risultare chiaro che le situazioni a contenuto organizzativo non sono nè rinunciabili nè alienabili, non perchè sussista un vincolo così configurato in capo al soggetto cui si riferiscono, bensì perchè esse presentano caratteri strutturali incompatibili con una qualificazione in tal senso.

Occorre, pertanto, denunciare l'impossibilità di valutare la disponibilità delle situazioni sostanziali a contenuto organizzativo dall'angolo di focale della loro rinunciabilità ed alienabilità⁸⁶; il che, in definitiva, comporta la necessità di abbandonare tale paradigma per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle liti di impugnazione delle delibere assembleare -anche con riferimento alle situazioni aventi contenuto di imputazione-, posto che, come si è detto, ogni teoria elaborata con riferimento al fenomeno assembleare deve essere in grado di fornire un modello interpretativo idoneo a dare contezza del valore che di quel fenomeno è tipico e caratteristico, e che si è visto consistere nel rilievo assunto, in tale contesto, di effetti giuridici aventi contenuto di organizzazione.

Si deve, dunque, muovere alla ricerca di un parametro sulla cui base effettuare la valutazione della compromettibilità delle liti di impugnazione delle delibere assembleari, che sia congruente con le specificità che si pongono in questo settore.

Sicuramente idoneo allo scopo, è il concetto di disponibilità delineato nel precedente capitolo, e che si è visto consistere nella nozione di rilevanza dell'autonomia privata in ordine alla produzione di effetti giuridicamente rilevanti in relazione ad una certa situazione sostanziale. L'adozione di questa ricostruzione presenta notevoli vantaggi; in particolare, è possibile osservare che essa consente: a) di espungere, come è corretto, ogni riferimento ai parametri della rinunciabilità ed alienabilità delle situazioni sostanziali coinvolte nel fenomeno assembleare; b) di considerare in modo unitario, ai fini della valutazione di compromettibilità, le differenti tipologie di situazioni giuridiche che, allo stesso tempo, possono essere oggetto del potere assembleare; c) di

⁸⁶ Si dimostra qui, dunque, l'affermazione compiuta nel capitolo II, par. 7, laddove si era osservato che i tradizionali parametri con cui la dottrina è solita valutare la disponibilità e, dunque, la compromettibilità delle controversie, denunciano, nel confronto con il settore delle liti societarie, un notevole profilo di criticità, che si va ad aggiungere agli altri diffusamente posti in rilievo nel corso del capitolo secondo.

introdurre un parametro di compromettibilità di carattere oggettivo, e, dunque, dotato di un alto grado di prevedibilità; d) di ricondurre, come è corretto, la valutazione della arbitrabilità delle liti societarie alla natura disponibile o indisponibile della situazione sostanziale controversa; e) infine, di raggiungere la necessaria armonizzazione tra il settore delle liti societarie e quello delle liti di diritto comune, introducendo un unico parametro di compromettibilità, fondato sulla disponibilità della situazione sostanziale controversa⁸⁷.

E' tuttavia evidente che la validità di questa operazione è strettamente dipendente dalla positiva dimostrazione che il potere assembleare è riconducibile ad un fenomeno di autonomia privata e, correlativamente, la delibera all'ambito dei negozi giuridici. Solo a questa condizione la ricostruzione adottata è applicabile al settore in considerazione; in caso contrario, occorre rinunciare ad essa per tentare di offrire soluzione al problema della compromettibilità in arbitri delle controversie di impugnativa assembleare: non è chi non veda, infatti, che se il fenomeno deliberativo non è riconducibile ad una manifestazione di autonomia privata, viene anche meno la possibilità di applicare il concetto di disponibilità delineato, che consiste nella nozione di rilevanza del potere di autonomia privata quale fonte di regolamentazione di una certa situazione giuridica. Pertanto, occorre ora affrontare il complesso tema del potere assembleare e della natura –se di negozio giuridico, o meno- della delibera che ne costituisce l'atto di esercizio; soltanto all'esito di tale indagine, potremo trarre ogni opportuna conclusione in ordine al problema della compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari.

9.

Già in precedenza avevamo notato come, secondo una ricostruzione generalmente condivisa, la delibera assembleare è espressione di potere: attraverso l'operare del principio di maggioranza, la delibera assembleare incide, infatti, nella sfera giuridica altrui senza necessità del consenso del

⁸⁷ L'adozione di questo concetto di disponibilità consente, quindi, di raggiungere l'importante risultato di adottare un concetto di disponibilità unitario, pur nella consapevolezza della eterogeneità delle situazioni sostanziali di volta in volta coinvolte. Come in precedenza avevamo già notato, infatti, l'insoddisfazione per il concetto tradizionale di disponibilità, specie allorchè esso trova applicazione nel settore delle liti societarie, non può tuttavia condurre ad una obliterazione del dato normativo, che, come a più riprese posto in luce, condiziona pur sempre l'arbitrabilità della lite alla disponibilità della situazione giuridica controversa (cfr. l'art. 34 del d. lgs. 5/2003 e l'art. 806). Ma non solo: occorre altresì notare che, a seguito delle recenti riforme, la legge, con formulazione equivalente, prevede, tanto per l'arbitrato societario (art. 34) quanto per l'arbitrato di diritto comune (art. 806) il medesimo parametro di arbitrabilità: la disponibilità del diritto. Il che implica, ci sembra, che tale nozione debba, nei due ambiti in cui trova applicazione, ricevere una medesima caratterizzazione: esso è un concetto di carattere generale, impiegato dal legislatore al medesimo scopo di definire i limiti oggettivi alla compromettibilità, ciò da cui discende che all'unità lessicale del significante debba corrispondere l'uniformità del significato normativo nei diversi settori dell'ordinamento in cui trova applicazione, compreso, pertanto, l'ambito dei rapporti societari. Emerge, dunque, sotto tale profilo, un ulteriore elemento a favore della tesi prospettata, poiché essa consente di preservare l'unità funzionale e dogmatica del concetto di disponibilità, escludendo che il suo impiego in relazione a situazioni giuridiche aventi differente struttura, possa comportarne una sostanziale alterazione del significato normativo.

soggetto destinatario degli effetti⁸⁸. In ciò consiste, del resto, la portata precettiva dell'art. 2377, comma 1, c.c., che dispone la vincolatività del deliberato anche per coloro che non abbiano prestato voto favorevole all'adozione dell'atto.

La qualificazione in termini di potere della figura di produzione dell'azione in considerazione trova conferma anche a livello di teoria generale.

In un'accezione generalissima, infatti, il potere giuridico definisce la capacità del soggetto di produrre effetti rilevanti sul piano dell'ordinamento giuridico: il potere è attribuito del soggetto privato ed istituisce il collegamento tra il soggetto stesso e l'ordinamento, nel senso del riconoscimento al primo della capacità di operare nella realtà giuridica, mediante determinazioni rilevanti (effetti giuridici)⁸⁹.

Peraltro, questa nozione appare dotata più di una portata descrittiva che realmente definitoria, atteso che essa sembra determinare una certa sovrapposizione del potere giuridico con la il concetto di capacità d'agire, come è fatto palese dalla considerazione del primo come attributo o attitudine generale del soggetto⁹⁰. Non deve sorprendere, dunque, che, in modo maggiormente specifico, parte della dottrina ritenga preferibile riservare la nozione di potere per designare l'area

⁸⁸ In questo senso, confronta gli autori citati, *supra*, alle note 6, 23, 33 cui adde G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1944, 114 ss., specie 119 ss., 121; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova 1989, 265 ss.; S. Menchini, *Il processo litisconsortile*, cit., 409 ss.; I. Pagni, *Le azioni*, cit., 537 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sulla tutela cd. costitutiva, (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 60 ss., specie 67-68 (lo studio può oggi leggersi anche in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, 195 ss.); Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5° ed., Napoli 2006, 169 ss., specie 171, in nota; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano 2003, 395 ss., specie 401-402; S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari*, cit., 48 ss., 299; M. Dell'Utri, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli 2000, 38 ss.

⁸⁹ In questo modo: E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, 75, 81; A. Lener, *Potere*, cit., 612 ss., specie 614; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 39 ss.; G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., 115-116, 117 ss.; Salv. Romano, *Autonomia privata*, Milano 1957, 49 ss.; Santi Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 14 ss.; Id., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 172 ss., specie 178 ss.; A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, 4° ed., Bologna 2005, 145 ss., specie 170 ss.

⁹⁰ Il dato emerge chiaramente dalle trattazioni di F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 31 ss.; A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 176-177 e, soprattutto, Santi Romano, *Poteri, potestà*, cit., 190-191 il quale afferma che “è potere lo svolgimento di una capacità” e, poco oltre, che il potere è “manifestazione della capacità”; in senso contrario, tuttavia, confronta: E. Garbagnati, *La sostituzione*, cit., 82 ss.; A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, VI, Milano 1960, 8 ss., specie 17-18, 43 ss.; A. Lener, *Potere*, cit., 614, per i quali il potere non è una qualità giuridica generale del soggetto (come invece è la capacità di agire), bensì una qualità specifica, che designa la capacità (specifica) del soggetto in ordine alla produzione di un determinato effetto giuridico (e, perciò, si sovrappone al concetto di legittimazione); il che, tuttavia, non impedisce di riconoscere, ogni volta che vi sia coincidenza tra autore dell'atto e titolare dell'interesse su cui l'atto verte, la coincidenza del concetto di capacità con quello di potere, come idoneità del soggetto di porre in essere effetti giuridicamente rilevanti (in questo modo, vedi, in specie: A. di Majo, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974, 52 ss., specie 56; il rilievo, peraltro, è significativamente riconosciuto anche da A. Falzea, *op. cit.*, 45). Osserva che utilizzare il concetto di potere come (nella terminologia dell'autore) *forza attiva* di cui è investito un soggetto di produrre o concorrere a produrre una modificazione giuridica, significa “perdere molto della sua utilità per la sistematica giuridica”, di guisa che è preferibile apportarvi una delimitazione che tenga conto delle sole figure di potere che abilitano un soggetto ad incidere in via unilaterale, in senso sfavorevole, nella sfera giuridica altrui, G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, cit., 118-119).

dell'agire per altri o con effetti per o su altri, e, dunque, per definire una speciale prerogativa del soggetto, che lo abilita a produrre in via unilaterale effetti giuridici rilevanti nella sfera giuridica altrui, in deroga al principio secondo cui è sempre necessario il concorrente esercizio di potere da parte dell'interessato, ogni qualvolta determinati effetti giuridici –specie se a contenuto sfavorevole– debbano realizzarsi anche nella sua sfera giuridica⁹¹.

Anche in questa accezione, che si potrebbe definire tecnica, è comunque indubbio il ricorrere nel fenomeno deliberativo dei caratteri propri del potere; è infatti tipico del fenomeno in considerazione la produzione di effetti giuridici nella sfera dei partecipanti al gruppo organizzato a prescindere dal consenso dell'interessato⁹².

Ai nostri fini non rileva approfondire, sul piano dogmatico, l'esatta qualificazione del potere assembleare: in particolare, se esso rappresenti una prerogativa del soggetto descrivibile in termini di situazione giuridica soggettiva ed, eventualmente, se possa essere inquadrata tra i diritti potestativi o, in termini più latenti, si presti ad essere definito quale situazione potestativa⁹³. Quel che a

⁹¹ In questo modo, vedi, in specie: S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935, 24 ss., 72 ss.; Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto Civile. Saggi*, Milano 1951, 33 ss.; E. Garbagnati, *La sostituzione*, cit. 75 ss., specie 79-80; F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, rist. 9° ed., Napoli 1997, 130-131; A. Lener, *Potere*, cit., 619-620. Il che non significa certo che l'ampia categoria delineata valga anche a designare figure omogenee di potere; al suo interno vi rientrano, infatti, fattispecie che, al di là del carattere estrinseco dell'agire per altri o con effetti su o per altri, presentano tra loro significative differenze di struttura. Si pensi, ad esempio, alle figure tradizionalmente contrassegnate come diritti potestativi, ed alle figure analoghe, ma tuttavia da essi, almeno secondo la dottrina maggioritaria, distinte, dei poteri di comando (si pensi al potere gerarchico del datore di lavoro sul dipendente) e dei poteri privati (o, secondo altra terminologia, delle situazioni potestative) di cui si riscontra l'emersione all'interno delle comunioni di interessi e dei gruppi organizzati, cui si contrappone l'ampio insieme dei poteri di gestione della sfera altrui, nel proprio o altrui interesse, che, a loro volta, si distinguono in diverse figure contrassegnate da differenti modalità di esercizio (si pensi, così, alle potestà, agli uffici di diritto privato, alla rappresentanza legale e volontaria, e, più in generale, alle ipotesi di legittimazione, in via convenzionale o legale, di un soggetto a compiere atti dispositivi di beni altrui, come avviene, ad esempio, nei casi degli artt. 54, 460, comma 2, 1211, 1558, comma 2, 1718, comma 2, 1789, 1977, 2756, comma 3, 2795, 2796, 2797, 2900, c.c.).

⁹² Occorre tuttavia farsi carico, in senso parzialmente contrario, della distinzione compiuta da A. Lener, *Potere*, cit., 625-626. Secondo questa autorevole, ma minoritaria, dottrina, nel fenomeno assembleare si assiste all'emersione di un potere (definito, secondo la sistematica dell'A., specifico, in quanto incidente in via unilaterale nella sfera giuridica altrui: *op. cit.*, 619) solo nei casi in cui la delibera modifica il contratto sociale o incide su posizioni di diritto soggettivo dei soci; per contro, non può parlarsi di un potere della maggioranza incidente nella sfera dei singoli partecipanti, allorché la decisione assunta concerne l'ordinamento e l'attività del gruppo organizzato, atteso che, in questo caso, il potere esercitato è il potere del gruppo di gestire la propria sfera, quali che siano le ripercussioni nella sfera giuridica altrui (dei singoli soci). L'opinione non sembra, però, condivisibile: nelle due diverse ipotesi individuate muta l'oggetto della delibera assembleare e, dunque, ciò su cui la delibera produce effetti giuridicamente rilevanti; ma, in entrambi i casi, è certo che l'effetto prodotto è vincolante anche per il socio che non abbia prestato il proprio consenso all'adozione della delibera, ciò che è sufficiente per ritenere che, in modo identico nelle due ipotesi, ricorre un fenomeno di potere in senso tecnico, che abilita un soggetto a produrre effetti giuridici che il destinatario, vantaggiosi o svantaggiosi che siano, è costretto a subire.

⁹³ Per il corretto inquadramento dogmatico del potere, quale figura di teoria generale, emergente tanto nel settore del diritto pubblico, quanto in quello del diritto privato, occorre fare particolare riferimento alla dottrina amministrativistica; per un quadro d'insieme, si rinvia alle seguenti trattazioni di taglio generale: G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, I, 238 ss., specie 239 ss., 249, 253; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, 3° ed., Milano 1993, 45 ss.; B.G. Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, 2° ed., Milano 2003, 699 ss., specie 737 ss.; Id., *Potere amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano 2006, 4393 ss.; A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 81 ss.; Id., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, cit., 177 ss.; un'efficace sintesi dei diversi

noi interessa, infatti, è verificare se il potere assembleare costituisca un fenomeno di autonomia privata e, di conseguenza, se l'atto di esercizio del potere, la delibera, rientri tra i negozi giuridici.

Contrariamente a quanto, secondo la prospettiva tradizionale, si sarebbe portati a ritenere, il fatto che il fenomeno assembleare sia riconducibile ad una figura di potere non è di per sé decisivo ai fini della soluzione di questo problema.

Invero, adottando gli schemi consolidati, cui la dottrina commercialistica è per lungo tempo rimasta fedele, la risposta dovrebbe essere senz'altro positiva; una volta riconosciuto che l'atto produttivo di effetti è espressione di un potere attribuito al soggetto dall'ordinamento, sarebbe scontato ricondurre il fenomeno nell'ambito dell'autonomia privata: l'attribuzione all'assemblea del potere di produrre, in via unilaterale, effetti giuridici sarebbe emersione dell'avvenuto riconoscimento del potere della società, per mezzo del suo organo, di operare nella realtà giuridica, ponendo in essere manifestazioni di volontà dirette alla realizzazione di effetti che l'ordinamento riconosce e tutela⁹⁴.

Tuttavia, nella dottrina commercialistica più recente, l'inquadramento del fenomeno assembleare quale figura di potere assume un ben più limitato significato, volendosi con ciò semplicemente rappresentare la circostanza per la quale l'atto assembleare è vincolante anche per quei soggetti che ad esso non abbiano acconsentito, senza con ciò voler prendere posizione anche in ordine al problema della tecnica di produzione degli effetti sostanziali. Il riferimento alla nozione di potere assume un significato meramente descrittivo, volto semplicemente ad identificare l'idoneità dell'azione di incidere anche su una sfera giuridica diversa da quella degli agenti: il potere si risolve nell'operare della regola di maggioranza, anziché del principio unanimistico, per la formazione dell'atto produttivo di effetti⁹⁵. In questa prospettiva, la figura del potere non gioca alcun ruolo sul piano della identificazione della tecnica di produzione degli effetti sostanziali e, dunque, sul

orientamenti è compiuta da N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli 2003, 54 ss.; nella dottrina civilistica, per quanto riguarda, in specie, il potere assembleare, confronta: A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., 395 ss.; B. Sassani, *Impugnativa dell'atto*, cit., 8 ss.; M. Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999, 19 ss., specie 22-23; più in generale, per il potere giuridico come autonoma situazione soggettiva, vedi già: E. Garbagnati, *La sostituzione*, cit., 75 ss.

⁹⁴ Può dirsi infatti condivisa la ricostruzione dell'autonomia privata come figura di potere, che l'ordinamento attribuisce al soggetto di operare nella realtà ponendo in essere atti giuridicamente rilevanti (non rilevano, invece, ai nostri fini, le differenti ricostruzioni concernenti il contenuto, i caratteri, ed i modi di operare, alla stregua dell'ordinamento giuridico, di tale potere); in questo modo, per tutti, confronta: Santi Romano, *Autonomia*, cit., 25; G. Guarino, *Potere giuridico*, cit., 239 ss.; A. Lener, *Potere*, cit., 616 ss.; Salv. Romano, *Autonomia privata*, cit., 17 ss., 31 ss., specie 49 ss.; L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano 1959, *passim* (il quale precisa che sono esplicitazione del potere solo i negozi, e non i meri atti: *op. cit.*, 234 ss., specie 241).

⁹⁵ P. Ferro-Luzzi, *I contratti*, 147 ss., nota 7, 160 ss., 170 ss., 182, nota 30, Id., *La conformità*, cit., 136-137, 152 ss., 162 ove una chiara svalutazione del potere quale posizione, situazione soggettiva, attiva del soggetto identificante la possibilità di compiere un atto; già in precedenza, peraltro, in senso contrario alla qualificazione del potere giuridico come situazione giuridica soggettiva, ma nondimeno tenendo ferma la connessione tra tale figura e l'autonomia privata, G. Guarino, *Potere giuridico*, cit., 239 ss.

collegamento tra questi e la fattispecie: gli effetti seguono all'atto assembleare in modo obiettivo, secondo l'attribuzione del valore giuridico che può essere riconosciuto alla sequenza degli atti e dei fatti procedurali in cui la delibera consiste. In questa prospettiva, la delibera non è, dunque, atto di esercizio di un potere preordinato alla produzione di effetti che l'ordinamento riconosce e tutela, ma esprime un valore giuridico che dall'ordinamento è attribuito ad una sequenza di fatti collegati in una sequenza procedimentale. Se così è, in quest'ottica, la figura di produzione degli effetti sostanziali non è da identificarsi nel potere, bensì direttamente nella legge, che ricollega al verificarsi di un insieme di fatti procedurali un valore giuridico; da qui, coerentemente, l'espunzione del fenomeno assembleare dall'ambito dell'autonomia privata e l'inquadramento dello stesso tra i meri fatti giuridici⁹⁶.

I brevi rilievi svolti dimostrano che, ai fini della nostra indagine -concernente il problema della riconducibilità del fenomeno deliberativo nell'ambito dell'autonomia privata- è insufficiente il rilievo per il quale la delibera assembleare rappresenta un fenomeno di potere. Allo stato dell'elaborazione dottrinale, il riferimento al potere può essere compiuto, infatti, al limitato fine di dar contezza dell'operare, nel contesto associativo, del principio di maggioranza, giusta il quale gli effetti giuridici posti in essere dall'atto collegiale vincolano anche coloro che non hanno prestato il loro consenso alla sua adozione; per contro, non può valere a designare la tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui l'agire collettivo è riconducibile.

Non è chi non veda, dunque, che il nostro compito diviene ora quello di verificare se si debba ritenere che gli effetti giuridici seguono dalla delibera in quanto l'ordinamento riconosce e tutela la manifestazione di volontà in essa contenuta, oppure se, all'opposto, non sia preferibile ritenere che gli effetti siano collegati alla delibera direttamente dalla legge, quale sequenza di fatti giuridici collegati all'interno di un procedimento. La soluzione del problema prospettato non può, però, prescindere dall'analisi delle due opposte concezioni richiamate, che costituisce l'ineludibile punto di partenza per formulare un'autonoma ricostruzione della natura della delibera assembleare, se negozio giuridico oppure mero fatto.

10.

Nella dottrina tradizionale è ferma la ricostruzione secondo cui la delibera assembleare possa -ma non necessariamente debba- essere un negozio giuridico: tale è quando contiene una

⁹⁶ Lo nota anche I. Pagni, *Le azioni*, cit., 540-541 nota 60, la quale osserva che “il fatto che parte della dottrina giuscommerciale (...) imposti il problema delle delibere in chiave di procedimento e di analisi del valore in cui la delibera consiste, crea perplessità per una lettura del fenomeno deliberativo nei termini del rapporto tra un potere e suoi effetti, dal momento che nella prospettiva ora menzionata il problema della invalidità non è in via principale quello dei requisiti necessari perchè uno o più atti singolarmente considerati *producano* nell'ordinamento giuridico *gli effetti* cui sono diretti, ma bensì l'altro, di verificare *se alla loro sequenza può riconoscersi il valore* in cui consiste la delibera”.

manifestazione di volontà diretta alla produzione di effetti, che l'ordinamento riconosce e tutela⁹⁷; non costituisce, invece, un negozio, allorchè contenga una dichiarazione di scienza, di desiderio, di rappresentazione⁹⁸.

Secondo questa tradizionale impostazione, le peculiarità della delibera si apprezzano a livello della struttura dell'atto e non già a quello della sua natura giuridica: la delibera, infatti, al pari dell'atto individuale, ove contenga una dichiarazione di volontà, costituisce un negozio giuridico; quel che, in realtà, distingue le due fattispecie è la rispettiva struttura, che, nel primo caso, è collegiale, mentre, nel secondo, è tipicamente individuale. La delibera altro non rappresenta che lo strumento, il mezzo tecnico, attraverso il quale si esprime l'agire collegiale, ed in ciò risiede il tratto distintivo rispetto all'atto individuale. La differente struttura non rileva, però, in ordine alla qualificazione della natura dell'atto; resta infatti fermo che l'atto collegiale si attegga in modo identico all'atto individuale: ove in esso sia contenuta una manifestazione di volontà, esso costituisce un negozio giuridico. La delibera, insomma, non rappresenta un autonomo fatto giuridico che, seguendo la classica tripartizione dei fatti giuridici, si colloca a fianco del fatto in senso stretto, dell'atto e del negozio, ma costituisce soltanto una peculiare configurazione strutturale dell'atto, dipendente dalla pluralità dei soggetti (e dal particolare vincolo intercorrente tra gli stessi) che concorrono alla sua formazione.

Detto che le specificità della delibera assembleare si collocano sul piano della struttura e non già su quello del contenuto dell'atto, ne consegue, in modo coerente, che è proprio su tale piano che ne devono essere collocate le peculiarità; peculiarità che, nelle fattispecie oggetto della nostra attenzione, attengono al momento della formazione della volontà di cui la delibera è espressione. E'

⁹⁷ In questo modo, confronta: T. Ascarelli, *Appunti*, cit., 242 ss., specie 245; Id., *L'art. 163 cod. comm e la pratica statutaria. Vizi del voto; vizi della deliberazione; nullità e annullabilità*, in *Studi in tema di società*, Milano 1952, 85 ss., specie 91-92; P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico e invalidità delle deliberazioni di assemblea*, in *Riv. soc.*, 1957, 450 ss.; A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 50 ss.; A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 9 ss., specie 33-34; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 69 ss., specie 71; F. Messineo, *Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti*, in *Nuovi studi di diritto delle società*, Milano 1966, 213 ss., specie 220-221; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 9-10, 79 ss., specie 87, nota 22, 96-97; I. Pagni, *Le azioni*, cit., 515 ss., specie 521 ss. In modo analogo, nella dottrina tedesca, confronta: J. Baltzer, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel*, cit., 176-177; C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 940-941; W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1346 ss., specie 1349; nella più recente giurisprudenza teorica e pratica, peraltro, pur restando ferma la qualifica della delibera come negozio giuridico, questa, nondimeno, è definita come negozio di "tipologia singolare", al fine di segnare il tratto caratteristico differenziale rispetto al contratto (in questo modo, confronta: F.J. Semler, *sub § 39*, cit., 514; Volhard, *sub § 133*, cit., 532-533; U. Hüffer, *Aktiengesetz*, cit., 7249).

⁹⁸ Nel caso in cui la delibera contenga una dichiarazione di desiderio o di rappresentazione siamo, però, al di fuori del campo di interesse, atteso che le delibere in parola, non essendo produttive di effetti giuridici, si collocano nell'area dell'irrelevante giuridico, e, per tale ragione, deve essere altresì esclusa la loro impugnabilità (in questo modo: P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico*, cit., 451; W. Zöllner, *sub § 133*, cit. 1348-1349). Non è così, invece, allorchè si tratti di una dichiarazione di scienza, cui la legge ricollegli determinati effetti; poichè, però, la più rilevante (per non dire, secondo la dottrina prevalente, altresì l'unica) fattispecie di delibera riconducibile a questa ipotesi è, secondo la ricostruzione tradizionale, la delibera di approvazione del bilancio, ogni riflessione al riguardo può essere rinviata al momento in cui, come preannunciato, ci soffermeremo specificamente su di essa (*infra*, par. 14).

rilievo comune, infatti, quello secondo cui, mentre nell'atto individuale non emerge, quale elemento giuridicamente rilevante, il processo formativo della volontà negoziale, che rimane interno al soggetto agente, nell'atto collegiale questo assume giuridico rilievo⁹⁹. La manifestazione di volontà contenuta nell'atto collegiale si forma, infatti, mediante un procedimento governato da regole obiettive -che si dipana nelle fasi della convocazione, della discussione, della votazione, e della verbalizzazione-, mentre nell'atto individuale la manifestazione di volontà è espressione di uno stato psichico normalmente irrilevante per l'ordinamento, salva l'eccezionale incidenza di fattori perturbativi dello stesso, quali la violenza, l'errore o il dolo. E', dunque, la rilevanza, nel primo caso, e, nel secondo, la irrilevanza, del procedimento di formazione della volontà che l'atto contiene, a differenziare l'atto collegiale dall'atto individuale. Il che, come ognuno vede, attiene al profilo strutturale dell'atto, senza poter rilevare sul piano del valore realizzato e, dunque, su quello degli effetti che la dichiarazione collegiale produce: la delibera, al pari dell'atto individuale, è manifestazione di volontà diretta alla costituzione, modificazione, estinzione di rapporti giuridici, cui l'ordinamento conferisce giuridico rilievo.

Il discorso sin qui intrapreso pone in evidenza il tratto qualificante delle tesi negoziali, che, allo stesso tempo, costituisce anche il dato di maggior significato per la nostra indagine: l'esplicita qualificazione della delibera come negozio giuridico, e, di conseguenza, la riconduzione del potere assembleare all'interno dei fenomeni di autonomia privata.

Questa ricostruzione presenta, tuttavia, alcuni profili problematici, che impediscono di prestarvi adesione. In sede critica occorre, peraltro, tenere conto delle due differenti formulazioni che la tesi negoziale riceve; pur restando ferma la qualificazione della delibera come negozio giuridico, ne sono stati infatti offerti due differenti inquadramenti dogmatici, che ora occorre separatamente considerare.

10.1.

Secondo una prima prospettiva, che si potrebbe definire come “unitaria” o “organica”, l'atto collegiale è costituito da una dichiarazione di volontà unitaria, astratta da quella dei singoli partecipanti, e direttamente imputabile all'organo, ossia all'assemblea¹⁰⁰.

⁹⁹ In questo modo, con particolare chiarezza, confronta: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 10 ss., 36-37; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit. 79.

¹⁰⁰ T. Ascarelli, *Appunti*, cit., 242 ss.; Id., *L'art. 163 cod. comm.*, cit., 91-92; A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 33 ss., specie 47 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 79 ss.; F. Messineo, *Su taluni aspetti*, cit., 220-221; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 79 ss.; nella dottrina tedesca questa ricostruzione è tradizionale ed è tutt'oggi prevalente: C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 940; W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1346 ss., per il quale “la delibera è una manifestazione di volontà dell'organo assembleare, che si forma per mezzo della votazione” (*op. cit.*, 1346) e ancora “la delibera è il mezzo tecnico giuridico con il quale un organo costituito da una pluralità di persone costituisce la volontà dell'ente” (*op. cit.*, 1348); Kubis, *sub § 118*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, IV, Monaco 2004, 7; meno chiara è la

Alla stregua di questa ricostruzione, che ha le sue radici nella teoria organica della persona giuridica, l'effetto realizzato dalla delibera è imputabile alla manifestazione di volontà dell'assemblea, e non già alle singole dichiarazioni di voto: queste, invero, non sono dirette alla realizzazione dell'effetto finale, ma solo alla formazione della volontà dell'organo e, dunque, al perfezionamento del procedimento¹⁰¹. La simmetria con l'atto individuale è piena: la delibera è la forma di espressione della volontà dell'assemblea, non diversamente da come l'atto individuale è estrinsecazione della volontà del singolo; la dichiarazione di volontà è, quindi, unitaria in entrambi i casi, posto che, come nell'uno proviene dall'individuo, così nell'altro è imputabile all'organo. Unica differenza tra le due ipotesi è il meccanismo che precede la dichiarazione di volontà e che presiede alla sua formazione: nell'un caso, assume giuridico rilievo il procedimento di formazione della volontà assembleare, mentre, nell'altro, la formazione della volontà dell'individuo è irrilevante, perchè consiste in uno stato psichico che rimane interno al soggetto.

Il punto di dissenso decisivo con questa ricostruzione concerne la configurazione di una volontà unitaria dell'organo, astratta dalle singole volontà individuali.

In primo luogo, è rilievo comune che, così operando, si conferisce un attributo proprio dell'individuo ad un'entità -l'assemblea e, conseguentemente, in virtù del rapporto organico, alla società- cui esso non sembra correttamente riferibile: la volontà, in quanto stato psichico, è riferibile soltanto all'individuo¹⁰².

In secondo luogo, e soprattutto, si introduce, senza ricomporlo, uno iato tra le dichiarazioni di volontà dei singoli -dirette esclusivamente alla conclusione del procedimento- e la dichiarazione di volontà dell'organo, diretta, invece, alla produzione dell'effetto finale. Non è chiaro, in questa ricostruzione, come si conciliano le dichiarazioni individuali di voto con l'unitaria dichiarazione di volontà che emerge dalla delibera, alla luce del diverso contenuto delle stesse: le prime sono dirette alla conclusione del procedimento e, di conseguenza, non hanno alcun rilievo in ordine alla

posizione di U. Hüffer, *Aktiengesetz*, cit., il quale, se da una parte afferma che la delibera è costitutiva e dichiarativa del volere della società o dell'organo (*op. cit.*, 724), per mezzo della votazione su una determinata proposta (*op. cit.*, 606), dall'altra parte, in modo contraddittorio, afferma che la delibera è un negozio plurilaterale e ricollega la produzione dell'effetto direttamente al volere dei singoli soci (*op. cit.*, 606, 724), il che sembra avvicinare sensibilmente la posizione dell'autore a quella dei sostenitori della tesi antiunitaria (per la quale il successivo paragrafo 10.2).

¹⁰¹ Nel senso che il voto è dichiarazione negoziale di volontà diretta alla conclusione del procedimento e, dunque, alla formazione della (distinta e separata) volontà dell'organo: A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 47-48; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 84-85; nella dottrina tedesca, per la qualifica del voto come dichiarazione di volontà negoziale, confronta: W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1349; F.J. Semler, *sub § 39*, cit., 519; Volhard, *sub § 133*, cit., 537. In senso parzialmente diverso, pur restando fermo che il voto è diretto alla conclusione del procedimento, ritiene che esso costituisca una dichiarazione di volontà non negoziale, in quanto l'effetto voluto consegue solo alla delibera, G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 88 ss., specie 93.

¹⁰² P. Trimarchi, *Invalidità delle deliberazioni di società per azioni*, Milano 1958, 19; F. Galgano, *Repliehe in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 205 ss.; specie 219, 227, 247-248; Id., *La società per azioni*, 2° ed., Padova 1988, 232-233; analogo rilievo è compiuto, nella dottrina tedesca, da J. Baltzer, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel*, cit., 173.

produzione dell'effetto finale; la seconda, invece, ha per contenuto la produzione dell'effetto finale. In questo modo, rimane però insoluto il problema della formazione della volontà dell'organo: posto, infatti, che le singole dichiarazioni di voto sono dirette esclusivamente al perfezionamento del procedimento, la circostanza che il voto sia favorevole o contrario all'adozione della delibera è, in ordine alla produzione dell'effetto finale, del tutto irrilevante; ma se così è, allora non si capisce come i singoli voti possano valere a formare la volontà dell'organo, da cui la produzione dell'effetto finale dipende.

Il punto che, in definitiva, nella ricostruzione criticata rimane non adeguatamente dimostrato è il collegamento tra la manifestazione di volontà e la produzione dell'effetto finale. Per un verso, infatti, le osservazioni svolte dimostrano l'impossibilità di configurare una manifestazione di volontà imputabile direttamente all'organo, che possa dirsi autonoma e distinta, dal punto di vista della struttura e del contenuto, dalle singole dichiarazioni di voto, le quali, in realtà, costituiscono le uniche manifestazioni di volontà effettivamente riscontrabili nel fenomeno; per un altro, secondo la tesi criticata, queste ultime sono dirette esclusivamente alla conclusione del procedimento, di guisa che ad esse non può in alcun modo essere ricollegata la produzione dell'effetto finale. In questo modo, si nega la sussistenza di un nesso tra voto ed effetto, senza, però, che la prospettata frattura tra volontà ed effetto risulti per altra via ricomposta.

10.2.

La seconda formulazione della tesi negoziale risolve questo problema, mediante l'instaurazione di una relazione diretta tra il voto e l'effetto finale, che consente di ristabilire un chiaro collegamento tra gli effetti della delibera e la manifestazione di volontà negoziale.

L'atto collegiale, alla stregua di questa ricostruzione, si configura non quale unitaria dichiarazione di volontà (imputabile ad un'entità diversa dai singoli partecipanti), bensì quale fascio di dichiarazioni (individuali) di volontà dirette alla produzione di un medesimo effetto. Rifiutata la teoria organica della persona giuridica ed assunto come postulato che la volontà non può che essere attribuito dell'individuo, la delibera viene scomposta in una pluralità di dichiarazioni individuali che si dirigono, in modo parallelo, alla produzione di un medesimo effetto; la delibera cessa di essere essa stessa una dichiarazione di volontà unitaria, e diviene una fattispecie complessa, formata da più dichiarazioni di volontà individuali, a cui deve essere direttamente imputata la modificazione giuridica prodotta dalla deliberazione¹⁰³. In questo modo, la fattispecie-deliberazione è frazionata

¹⁰³ A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 17 ss.; P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico*, cit., 450 ss.; Id., *Invalidità delle deliberazioni*, cit., 19; F. Galgano, *Repliche*, cit., 218-219, 247-248; Id., *La società per azioni*, cit., 231 ss.; in questo senso, nella dottrina tedesca, confronta: Volhard, *sub § 133*, cit., 532-533.

“in una somma di dichiarazioni individuali; in una pluralità di negozi unilaterali, l'efficacia dei quali è subordinata alla condizione che il contenuto di ciascuno di essi corrisponda al contenuto di tanti altri negozi unilaterali quanti ne occorrono per formare la maggioranza”¹⁰⁴.

Viene così meno ogni distinzione qualitativa tra la dichiarazione di voto e la delibera: la prima esprime la volontà che un dato effetto sia o meno realizzato; la seconda altro non è che la somma delle dichiarazioni di voto costituenti la maggioranza cui è condizionata la produzione dell'effetto avuto di mira dai soci con la dichiarazione di voto.

Come ognuno vede, questa ricostruzione ricompone il nesso tra volontà ed effetto, così superando il fattore di criticità della teoria unitaria; ciò avviene, tuttavia, a prezzo della perdita di ogni autonomia strutturale della delibera rispetto agli atti convenzionali: quella, al pari di questi, consiste, infatti, in una pluralità di dichiarazioni individuali connesse e coordinate secondo il loro contenuto¹⁰⁵.

La prospettata svalutazione delle peculiarità del fenomeno deliberativo rispetto all'agire individuale non appare, però, accettabile; per rendersene conto, è sufficiente rilevare come la tesi in esame non riesca a costituire un modello teorico in grado di spiegare adeguatamente il fenomeno deliberativo in ogni sua possibile forma di estrinsecazione. Invero, ritenere che la delibera, al pari degli atti convenzionali, altro non rappresenti che una pluralità di dichiarazioni individuali di volontà, significa obliterare il rilievo che assume, nella genesi dell'atto assembleare, a differenza di quanto avviene negli atti individuali, l'insieme di regole oggettive che si occupano di disciplinare la formazione dell'atto; in una parola, il rilievo del procedimento¹⁰⁶.

La portata strutturale e specificante del procedimento nella qualificazione della delibera non appare però revocabile in dubbio¹⁰⁷.

Si pensi, ad esempio, al problema dei vizi del voto.

Nella prospettiva della tesi criticata, questi dovrebbero essere di per sé rilevanti: poichè la produzione dell'effetto è imputabile direttamente alla manifestazione di volontà del socio, eventuali vizi attinenti alla sua formazione dovrebbero ripercuotersi in via immediata sulla validità della delibera e, dunque, sulla legittimità dell'effetto realizzato, o, comunque, dovrebbe ammettersi l'impugnazione diretta del voto, quale dichiarazione di volontà cui sono direttamente ricollegati effetti giuridici, a prescindere da una contestuale impugnazione della delibera¹⁰⁸. Tuttavia, così non

¹⁰⁴ F. Galgano, *Repliche*, cit., 219.

¹⁰⁵ In questo modo, infatti, espressamente F. Galgano, *Repliche*, cit., 219.

¹⁰⁶ Oppure, utilizzando la (non casualmente) diversa terminologia di F. Galgano, *Repliche*, cit., *passim*, il rilievo del metodo collegiale, che, infatti, nella prospettiva dell'autore è “piuttosto che elemento di struttura di determinati atti in quanto deliberazioni, elemento d'organizzazione di determinati gruppi in quanto persone giuridiche” (*op. cit.*, 227).

¹⁰⁷ In questo modo, P. Ferro Luzzi, *La conformità*, 18-19.

¹⁰⁸ Analoga osservazione è compiuta anche da L. Farenga, *I patti parasociali*, cit., 327-328; tra i sostenitori della tesi

è: la disciplina positiva dell'invalidità delle delibere assembleari chiaramente assume come termine di riferimento il vizio inficiante il procedimento, di guisa che il vizio attinente al singolo voto, in tanto può valere a far venir meno l'effetto prodotto, in quanto si sia tradotto in un vizio del procedimento, ciò da cui discende che la singola dichiarazione di voto non è autonomamente impugnabile, e che i vizi della stessa possono essere fatti valere mediante l'impugnazione della delibera, nei limiti in cui gli stessi ne abbiano determinata la illegittimità¹⁰⁹.

Si pensi, ancora, al problema delle dichiarazioni di voto negative e, conseguentemente, al problema della decisione di rigetto della proposta.

Riguardo al primo aspetto, poiché, secondo la tesi criticata, la produzione dell'effetto dipende dalle dichiarazioni di voto, è agevole dedurre che, su questo piano, assumono giuridico rilievo le sole dichiarazioni favorevoli alla produzione dell'effetto, e non anche i voti contrari all'attuazione della modificazione giuridica prospettata nella proposta di delibera. Ne discende una differente natura della dichiarazione di voto, a seconda che questa sia favorevole o contraria all'adozione della delibera: in modo analogo a quanto avviene nel settore degli atti convenzionali -al quale la tesi criticata, come detto, espressamente riconduce il fenomeno deliberativo- la qualifica di negozio giuridico può spettare alla sola dichiarazione di voto favorevole, in quanto diretta alla produzione di una modificazione giuridica; per contro, la qualifica negoziale non può sicuramente essere riconosciuta alla dichiarazione di voto negativa, in quanto dichiarazione (*rectius*, mero

criticata, ammette la possibilità dell'impugnazione diretta della dichiarazione di voto, a prescindere dalla impugnazione della delibera, proprio negando la validità della tesi della formazione di una volontà unitaria dell'organo, autonoma e distinta dalle volontà individuali, ed affermando, al contrario, nella prospettiva antiunitaria, che l'effetto realizzato è ricollegato direttamente alle singole dichiarazioni di voto, A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 122 ss., 129 ss.

¹⁰⁹ Sotto un primo profilo, di carattere sistematico, la circostanza che la delibera si formi all'esito di un procedimento regolato da norme obiettive (siano esse di fonte legale o convenzionale), che disciplinano i singoli atti o fatti di cui si compone, dà ragione del fatto che il vizio di un singolo elemento del procedimento può inficiarne il risultato finale (la delibera) soltanto se il vizio sia considerato tale dalla norma che regola quell'atto o fatto quale elemento della sequenza procedimentale; in altri termini, si ha un vizio rilevante sul piano del procedimento nella misura in cui l'elemento che si assume viziato sia difforme dalla norma che regola il procedimento, mentre non rileva, o, quantomeno, non rileva direttamente, il vizio che è tale nella prospettiva di una diversa norma, che non regola l'atto quale elemento del procedimento, ma ad altri fini (e, dunque, nel nostro caso, quale dichiarazione di volontà autonomamente produttiva di effetti). Queste considerazioni si compendiano nella formula normativa dell'art. 2377, commi 1 e 2, c.c.: per un verso, la delibera è vincolante quando è "presa in conformità delle norme legali e statutarie"; per un altro, la delibera è illegittima allorché sia stata adottata in violazione di tali norme. Sotto un secondo profilo, è il diritto positivo a confermare la correttezza di queste considerazioni, laddove all'art. 2373 c.c. e, oggi, anche all'art. 2377 c.c., codifica la cd. "prova di resistenza"; ed invero, è agevole osservare, con specifico riferimento a quest'ultima disposizione, che l'art. 2377, comma 5, n. 2, c.c., prevede che la delibera non possa essere annullata per invalidità del singolo voto, salvo che il voto invalido sia stato determinante per il raggiungimento della maggioranza richiesta: come si vede, in tanto l'invalidità del singolo voto rileva, in quanto essa si sia tradotta in un vizio del procedimento. Per analoghi rilievi, confronta: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 54-55; C. Angelici, *Società per azioni*, 987-988, il quale pone in evidenza "la necessità sotto molteplici profili di distinguere tra i problemi che attengono a tale procedimento nella sua unità e gli altri riguardanti i singoli atti e fatti con cui concretamente si svolge (...) Si tratta di una prospettiva la quale si manifesta soprattutto, come è logico, nell'ipotesi di anomalie: la necessità cioè di distinguere tra l'eventualità che esse incidano sui singoli fatti di cui si compone la serie procedimentale, ovviamente con particolare riferimento al voto, oppure assumano un rilievo tale da pregiudicare anche il valore dell'intero procedimento." (*op. cit.*, 987).

comportamento) contraria alla produzione dell'effetto¹¹⁰. Ma non solo al voto negativo non spetta la qualificazione di negozio giuridico; questo, molto più radicalmente, nella prospettiva della tesi criticata, che riconduce il fenomeno deliberativo ai consueti schemi dell'atto convenzionale, è, al pari di ogni comportamento umano contrario alla manifestazione di volontà negoziale, del tutto irrilevante sul piano dell'ordinamento, proprio perchè è diretto ad ostacolare la produzione di effetti giuridici.

Questa prospettiva non può però essere condivisa; è indubbio, infatti, che la dichiarazione contraria alla produzione dell'effetto assume, nel contesto associativo, giuridico rilievo, a differenza di quanto avviene, invece, nel settore degli atti convenzionali, così segnando una netta differenza tra i due ambiti, che deve trovare adeguata spiegazione nell'inquadramento dogmatico del fenomeno deliberativo. Per rendersi conto di ciò, è sufficiente passare a considerare il secondo aspetto posto in rilievo, concernente il tema della decisione negativa o, meglio, della decisione a contenuto negativo: la decisione, cioè, reiettiva della proposta di delibera formulata positivamente o di accoglimento di quella formulata negativamente¹¹¹. La tesi criticata non riesce ad offrire un'adeguata collocazione sistematica di questa evenienza, in ragione della insufficiente considerazione dell'elemento procedimentale a favore dell'applicazione degli schemi propri dell'elaborazione dell'atto negoziale individuale, che, come si è visto, conduce all'espunzione dalla fattispecie deliberativa delle dichiarazioni di voto negative¹¹². Invero, istituito un nesso diretto tra la manifestazione di volontà individuale contenuta nella dichiarazione di voto e la produzione dell'effetto giuridico, ogni volta che, secondo l'operare del principio di maggioranza, non si produca alcun effetto giuridico, diviene non solo impossibile configurare la decisione a contenuto negativo come delibera in senso proprio, ma dovrebbe anche, in modo coerente, essere escluso ogni giuridico rilievo della decisione formatasi: posto che, nella prospettiva in esame, le dichiarazioni di voto negative sono improduttive di effetti giuridici, in modo corrispondente anche la decisione a contenuto negativo, costituendo una serie dichiarativa diretta a non produrre alcun tipo di effetto, dovrebbe rappresentare un accadimento irrilevante per l'ordinamento giuridico, in modo del tutto analogo a quanto è dato

¹¹⁰ Per questa critica: M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea della società per azioni*, Milano 2002, 66-67.

¹¹¹ Per proposta si intende la proposizione che costituisce l'oggetto della votazione; per delibera a contenuto negativo si intende la delibera che non produce alcun mutamento giuridico, il che, come segnalato nel testo, avviene sicuramente in corrispondenza del rigetto della proposta formulata in termini positivi (diretta cioè a produrre un qualche mutamento giuridico), così come nel caso dell'accoglimento della proposta formulata in termini negativi (che quel mutamento non è diretta a produrre). Più dubbia, invece, è la qualificazione della decisione di rigetto della proposta formulata negativamente; in questo caso, infatti, si pone il problema della configurabilità di una delibera a contenuto positivo. Su questi concetti, ed anche per ulteriori approfondimenti, si rinvia, per tutti, a M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 20 ss., 93 ss.

¹¹² Correlativamente a quanto precisato alla nota precedente, per dichiarazione di voto negativa deve intendersi tanto il voto contrario alla proposta formulata positivamente, quanto il voto favorevole alla proposta formulata negativamente.

constatare nel caso di mancato perfezionamento dell'accordo negoziale¹¹³. Questo, in particolare, se si considera che il rigetto della proposta formulata in termini positivi realizza una delibera a contenuto negativo, tanto nel caso in cui in senso contrario all'adozione della delibera si sia avuta la convergenza della maggioranza dei voti negativi, quanto, in modo assolutamente identico, nel caso in cui il rigetto si formi per il mancato raggiungimento della quantità di voti favorevoli necessari per l'adozione della delibera con quel contenuto, senza che, in questo caso, consti la formazione di una maggioranza di voti contrari¹¹⁴.

Questa conclusione è però inaccettabile; alla luce dei risultati cui è pervenuta la migliore dottrina commercialistica è un dato ormai acquisito che, differentemente da quanto avviene nel settore degli atti convenzionali, la decisione negativa non solo è un fatto giuridicamente rilevante, ma, ancor di più, costituisce una delibera in senso tecnico, al pari della decisione a contenuto positivo¹¹⁵.

Dal punto di vista strutturale è possibile osservare, infatti, che la decisione negativa, non diversamente da quella positiva, si forma all'esito del procedimento preordinato alla formazione della delibera; mutuando la terminologia di un'autorevole dottrina, può dirsi, quindi, che "l'elemento materiale" del fenomeno si perfeziona in modo identico nei due casi, e, dunque, una deliberazione

¹¹³ Sul punto, M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 23 ss., 68 ss., specie 69-70, il quale osserva che l'adozione della concezione negoziale dovrebbe coerentemente portare a questo risultato, con ciò rilevando la contraddittorietà in cui incorrono i sostenitori di tale concezione ogni volta che: attribuiscono alla decisione di rigetto carattere ugualmente negoziale (orientamento diffuso nella dottrina tedesca, alla quale, tuttavia, deve essere riconosciuto il merito, a differenza di quanto avvenuto presso di noi, di aver sempre tenuto in considerazione, a fianco della fattispecie dell'accoglimento, i problemi posti dal rigetto del proposta; nel senso criticato, confronta: C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 941; W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1347 ss., specie 1349; F.J. Semler, *sub § 39*, cit., 514-515; Volhard, *sub § 133*, cit., 534, il quale, peraltro, attribuisce carattere negoziale soltanto alla delibera negativa in cui risulti la maggioranza dei voti contrari alla sua adozione); o affermano che il rigetto costituisce una deliberazione in senso tecnico, quantunque di natura non negoziale, ma nondimeno dotata di giuridico rilievo (G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 69; Volhard, *sub § 133*, cit., 534, per il quale la delibera a contenuto negativo, che risulta dal mancato raggiungimento dei voti favorevoli necessari per l'adozione della proposta è tale solo in senso formale, e non anche materiale, non contenendo alcuna dichiarazione di volontà); o, infine, attribuiscono valore al rigetto non più sul piano dell'atto, ma su quello del fatto, conferendo giuridico rilievo alla consumazione della proposta, ma tuttavia ritengono applicabile alla fattispecie la disciplina della deliberazione, specie in punto di impugnativa (in questo modo, nella dottrina tedesca, vedi, in specie: G. Maier-Reimer, *Negative "Beschlüsse" von Gesellschafterversammlungen*, in *Festschrift für W. Oppenhof zum 80. Geburtstag*, Monaco 1985, 193 ss., specie 197-198);

¹¹⁴ In questo modo, per tutti, confronta: W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1347.

¹¹⁵ In questo modo vedi, infatti, la recente indagine di M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 64 ss., 77 ss.; già in precedenza, in modo analogo, vedi: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 53 ss.; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 987; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 69, 74-75, 340-341 (il quale, peraltro, come già segnalato, ritiene che tale delibera, contenendo una dichiarazione di volontà negativa, non abbia, a differenza delle delibere positive, natura negoziale); un cenno al problema della delibera negativa era compiuto già da A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 52, nota 1.

Nella dottrina tedesca è pacifico il rilievo della delibera negativa; in questo senso, confronta: W. Zöllner, *sub § 133*, cit. 1347-1348; F.J. Semler, *sub § 39*, cit., 514-515, 575-576; U. Hüffer, *Aktiengesetz*, cit., 724-725; Volhard, *sub § 133*, cit., 534 (il quale, come segnalato, distingue tra delibera formale e delibera materiale, quest'ultima ricorrente solo quando si formi una maggioranza, idonea a formare una dichiarazione di volontà, a contenuto positivo o negativo); G. Maier-Reimer, *Negative "Beschlüsse"*, cit., 199, il quale osserva incisivamente che "die Abstimmung mit negativen Ergebnis kein Nullum ist."

sussiste anche in caso di decisione negativa. Qui risiede, come ognuno vede, una prima differenza rispetto al mancato perfezionamento dell'accordo negoziale, in cui il dissenso impedisce la formazione stessa dell'elemento materiale, cioè dell'atto¹¹⁶.

Prendendo ora in considerazione il punto di vista del valore, è innegabile che tra la decisione a contenuto negativo e quella a contenuto positivo corra una netta differenza, non producendosi, nel primo caso, l'effetto giuridico prospettato nella proposta di delibera. Ciò non toglie, però, che la delibera negativa produca anch'essa costantemente un effetto, rilevante per l'ordinamento, e, dunque, propriamente giuridico, di carattere organizzativo; effetto che consiste nella consumazione della proposta sottoposta all'esame assembleare, da cui consegue la conservazione dello stato giuridico, su cui la decisione di accoglimento avrebbe inciso in senso modificativo¹¹⁷. Si riscontra, così, come tra decisione a contenuto positivo e decisione a contenuto negativo corra una differenza quanto al contenuto del valore realizzato, ma resta tuttavia fermo che, in modo identico nei due casi, si produce un effetto giuridico all'interno dell'ordinamento sociale: nell'un caso, avente carattere di imputazione o di organizzazione, a seconda dell'oggetto della delibera; nell'altro caso, di carattere costantemente organizzativo, determinante la conservazione della situazione giuridica su cui la delibera a contenuto positivo avrebbe inciso.

La rilevanza di questo effetto si coglie con la massima evidenza sul piano della disciplina della impugnazione della delibera negativa¹¹⁸. La miglior dimostrazione del valore che l'atto assume nell'ordinamento sociale è data, infatti, dalla sicura sussistenza di un interesse per i soci di minoranza di ottenerne la rimozione. Si pensi, tra i molti esempi che si potrebbero addurre, al caso di una delibera negativa assunta con il voto determinante di un socio in conflitto di interessi *ex art. 2373*, comma 1, c.c.; non sembra seriamente contestabile la necessità di riconoscere la legittimazione all'impugnativa del socio di minoranza che abbia votato favorevolmente, il cui interesse consiste, se non altro, nel fine di vedere convocata, a seguito dell'annullamento, una nuova assemblea da parte degli amministratori (*ex art. 2377*, comma 7, c.c.), che deliberi nuovamente su quel determinato oggetto¹¹⁹. Il che dimostra come l'azione di impugnazione tenda a rimuovere

¹¹⁶ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 53-54.

¹¹⁷ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 54, nota 139; M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 77 ss.; G. Maier-Reimer, *Negative "Beschlüsse"*, cit., 199. Tale effetto, peraltro, è propriamente giuridico: come osserva W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1348, l'organo amministrativo, infatti, è ad esso vincolato.

¹¹⁸ Ed infatti in dottrina si è notato come il problema più rilevante che la delibera negativa solleva è quello della disciplina dell'impugnazione (sul punto vedi il recente studio di M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 31, 103 ss. e, già in precedenza, G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 75, 340; per la dottrina tedesca, in questo senso, si rimanda alla dottrina citata alle note 113- 115, nei luoghi *ivi* indicati).

¹¹⁹ Per questo esempio: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 54, nota 138, il quale rileva come il socio o i soci legittimati all'impugnativa potrebbero anche non essere legittimati ad ottenere una nuova convocazione dell'assemblea *ex art. 2367*, comma 1 e 3, c.c.; un ulteriore profilo di rilevanza, posto in luce da M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 79, consiste nella inammissibilità di una seconda convocazione, allorchando l'assemblea abbia respinto la proposta in prima

esattamente quel valore organizzativo, a contenuto conservativo della realtà giuridica, che abbiamo riconosciuto essere effetto tipico e costante della delibera a contenuto negativo.

Le osservazioni svolte dimostrano, in modo ci sembra inconfutabile, che la delibera a contenuto negativo, pur non ponendo in essere effetti innovativi della realtà sostanziale, nondimeno assume giuridico rilievo; rilievo che, invece, la tesi criticata -ma analoga obiezione in realtà, può essere mossa anche alla teoria unitaria¹²⁰- muovendo da schemi propri dell'agire convenzionale, non riesce a spiegare, in assenza della formazione di una volontà negoziale diretta alla produzione di un effetto giuridico comportante la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico.

Anche sotto quest'ultimo profilo emerge, pertanto, la non accoglibilità delle teorie negoziali classiche dell'atto deliberativo.

11.

L'insoddisfazione per le ricostruzioni classiche della delibera assembleare ha portato, a partire dagli anni '70, la dottrina commercialistica a ripensare su basi nuove il fenomeno deliberativo. La revisione critica compiuta ha condotto all'abbandono degli schemi propri dell'esperienza negoziale, per conferire piena autonomia all'agire collettivo rispetto all'agire individuale.

L'originalità e l'autonomia del fenomeno vengono individuate nell'elemento procedimentale, il quale non è più visto come strumento tecnico di formazione della volontà collettiva, ma è rivalutato come dato specificante della fattispecie, in antitesi agli schemi tradizionalmente impiegati nell'elaborazione privatistica¹²¹. La ricostruzione della delibera assembleare come manifestazione di volontà -non importa se unitaria o plurale- formata per l'operare della regola procedimentale, caratterizzante le tesi negoziali, è abbandonata del tutto, ed il fenomeno è collocato al di fuori della teoria del negozio; la delibera cessa di essere un fenomeno dichiarativo, per divenire l'espressione di un risultato attribuito ad una sequenza di fatti procedimentali, a cui è attribuito valore giuridico, da parte dell'ordinamento, ad una stregua

convocazione.

¹²⁰ La tesi unitaria, infatti, se, a differenza della tesi antiunitaria, riesce a collocare in modo sistematicamente coerente il voto negativo, al pari di questa non riesce a dare spiegazione della decisione a contenuto negativo. Invero, quanto al primo aspetto, posto che il voto è per lo più configurato come dichiarazione di volontà diretta alla conclusione del procedimento, è evidente come anche il voto negativo si presti ad essere designato in questi termini, producendo anch'esso, non diversamente dal voto positivo, l'avanzamento del procedimento verso la sua conclusione. Quanto al secondo aspetto, invece, è evidente che, una volta qualificata la delibera come dichiarazione di volontà diretta alla innovazione della realtà giuridica, è di difficile, se non impossibile, inquadramento, all'interno dei consueti schemi dell'atto negoziale, la delibera che assume un contenuto negativo, cioè che non produce la costituzione, modificazione, estinzione di un rapporto giuridico. Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, alla tesi unitaria possono essere indirizzate le medesime critiche svolte in relazione alla tesi antiunitaria (sul punto, in modo conforme, confronta: M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 64 ss.).

¹²¹ L. Farenga, *I patti parasociali*, cit., 101 ss., 328 ss.; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 986 ss.;

strettamente oggettiva, escluso ogni rilievo ad elementi volontaristici. La delibera non è più un atto di esercizio del potere, riconosciuto al soggetto, di produrre effetti giuridici, ma è un mero fatto, alla cui verifica la legge ricollega la produzione di effetti.

In questa prospettiva, ai singoli voti -che pure, secondo alcuni dei sostenitori di questa tesi, rappresentano dichiarazioni di volontà (non negoziale)- non è conferito alcun rilievo in ordine alla produzione dell'effetto finale, che è attribuito direttamente al procedimento. I voti, infatti, sono diretti, secondo un'intuizione già sviluppata dalle teorie negoziali unitarie, semplicemente alla formazione della sequenza procedimentale, assumendo, pertanto, un valore meramente strumentale al suo perfezionamento, escluso ogni rilievo in ordine alla produzione dell'effetto che attraverso la deliberazione si tende a realizzare¹²².

L'elemento qualificante dell'atto deliberativo, che, allo stesso tempo, ne fonda l'autonomia rispetto alle altre fattispecie giuridicamente rilevanti, è, quindi, il procedimento.

Sul punto, occorre soffermarsi ulteriormente.

Come si è visto, anche le teorie negoziali classiche e, segnatamente, le tesi che si sono definite “unitarie” o “organiche” conferiscono decisivo rilievo al procedimento; ciò, tuttavia, avviene in una linea di sostanziale continuità con la teoria dell'atto individuale, costituendo il procedimento lo strumento tecnico attraverso il quale le volontà individuali si combinano per formare l'unitaria dichiarazione di volontà dell'organo. La tesi ora in considerazione, invece, spinge la propria riflessione più oltre, sino a sovvertire la tradizionale impostazione dell'atto deliberativo come manifestazione di volontà: attraverso la valorizzazione dell'elemento procedimentale quale momento centrale dell'agire collettivo, è negato il rilievo, tradizionalmente riconosciuto, dell'elemento volontaristico all'interno della fattispecie deliberativa. La delibera non contiene più una manifestazione di volontà, ma “rappresenta il valore attribuibile al procedimento che si svolge coerentemente con le regole organizzative della società”¹²³.

In sintesi, la delibera è la fattispecie che sorge dall'obiettivo legame instaurato tra una serie di atti e fatti dalle regole procedimentali; la delibera, come fatto giuridico, non ha a proprio nucleo una dichiarazione di volontà, ma un procedimento cui la legge attribuisce un valore giuridico; gli effetti giuridici realizzati non conseguono ad una manifestazione di volontà, che l'ordinamento

¹²² L. Farenga, *I patti parasociali*, 329-330; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 56 ss., ove la qualificazione del voto come dichiarazione di volontà non negoziale, posto che il valore ad esso attribuito è totalmente ed esclusivamente determinato dalla norma, e consiste nella conclusione del procedimento. Una volta chiarito che non si tratterà mai di una volontà del valore finale che con la delibera si tende a realizzare, è peraltro evidente come si apra anche la possibilità di riconoscere al voto la rilevanza giuridica di fatto in senso stretto, che si inserisce all'interno della sequenza procedimentale, quale elemento necessario al suo perfezionamento (in questo senso, infatti, seppur dubitativamente, già P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 56, e, in seguito, più nettamente, C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 988).

¹²³ C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 987.

riconosce e tutela, ma sono attribuiti direttamente dalla legge alla sequenza procedimentale.

Questa tesi, che a ragione si definisce “procedimentale”, emancipando il fenomeno deliberativo dai tradizionali schemi impiegati nel settore dei rapporti interprivati, e, in specie, dalla teorica del negozio, offre un efficace modello interpretativo dell'atto assembleare. Basti pensare, tra gli altri, al problema della decisione negativa, che, nella prospettiva accolta, si riesce agevolmente ad inquadrare tra le delibere: la decisione negativa, non diversamente da quella positiva, consiste nel risultato di un procedimento perfezionato, divergendo da questa solo per quanto concerne il diverso valore attribuito alla sequenza procedimentale¹²⁴.

Ciò chiarito, non si può, tuttavia, non rilevare l'insoddisfazione per la spiegazione offerta delle modalità di produzione dell'effetto finale da parte della delibera¹²⁵.

Ritenere, infatti, che quest'ultimo sia ricollegato obiettivamente dalla legge alla serie di fatti costituenti il procedimento, colloca il fenomeno deliberativo nell'area dei meri fatti giuridici, svalutando in modo eccessivo, ci sembra, quel profilo di predeterminazione dell'effetto finale che ad esso, invece, deve essere senz'altro riconosciuto. La tesi procedimentale finisce sostanzialmente per poggiare su una finzione, non diversamente dalle teorie negoziali unitarie: come queste ultime astraggono, in un modo che si è detto inaccettabile, dalle volontà individuali una distinta volontà unitaria dell'organo, così, nella prospettiva della tesi procedimentale, si postula la realizzazione di effetti giuridici a seguito di una fattispecie involontaria¹²⁶. Se si ricostruisce il fenomeno deliberativo esclusivamente sulla base di un elemento fattuale, rappresentato dal perfezionamento del procedimento, si svaluta la complessità della fattispecie, al cui interno, invece, deve trovare adeguata collocazione il momento di indirizzamento dell'attività alla produzione di un determinato effetto giuridico. Il che, peraltro, alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, non può certo comportare una nuova valorizzazione di un elemento volontaristico: i rilievi critici formulati avverso la tesi negoziale, in entrambe le sue formulazioni, impediscono, infatti, di ritenere che l'effetto giuridico posto in essere della delibera possa essere ricollegato ad una o più manifestazioni di volontà dirette alla sua produzione¹²⁷.

Ciò chiarito, è possibile passare a sviluppare un'autonoma ricostruzione della delibera assembleare.

¹²⁴ P. Ferro Luzzi, *La conformità*, cit., 53; M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 71 ss.

¹²⁵ In questo modo anche M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 73 ss.

¹²⁶ Per questa osservazione, M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 76.

¹²⁷ In senso opposto, invece, sulla base di analoga critica, M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 76 ss., sostiene la necessità di valorizzare il ruolo delle manifestazioni di volontà dei soci in ordine alla produzione dell'effetto finale.

12.

Ci sembra rilievo assolutamente corretto quello secondo cui, nel fenomeno deliberativo, il valore giuridico è attribuito dall'ordinamento non alle singole dichiarazioni di voto, bensì alla deliberazione formata all'esito del procedimento¹²⁸. Se, infatti, può convenirsi sull'idea che il voto sia esercizio di un potere del singolo partecipante, e financo sull'affermazione che l'esercizio di questo potere formi una dichiarazione di volontà, la quale contiene un apprezzamento in ordine alla realizzazione o meno di un effetto conforme al contenuto della proposta di delibera, questo non dimostra affatto che l'effetto posto in essere dall'atto deliberativo debba o possa essere ricondotto alla volontà dei soci¹²⁹. In realtà, affinché la realizzazione di un determinato valore giuridico possa essere direttamente ricollegato alle dichiarazioni individuali, non è sufficiente il rilievo -che qui non si contesta- secondo cui i soci, nel momento in cui esprimono il voto, compiono altresì un apprezzamento in ordine alla produzione dell'effetto cui tende la delibera adottanda; occorre, infatti, dimostrare ulteriormente che la dichiarazione di volontà individuale sia la fattispecie alla cui realizzazione l'ordinamento riconosce rilievo ai fini dell'attribuzione del valore giuridico¹³⁰. Ma ciò è proprio quanto, alla luce delle osservazioni precedentemente svolte, non sembra possibile

¹²⁸ Come si è notato, sul punto concordano le classiche tesi negoziali unitarie e le più recenti tesi procedimentali.

¹²⁹ In questo senso, invece, in tempi recenti, prestando adesione, limitatamente al profilo in rilievo, alla tradizionale tesi negoziale antiunitaria, ricollega la produzione dell'effetto finale alle dichiarazioni di voto favorevoli, M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 77 ss., specie 80-81.

¹³⁰ In questo modo: G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 88 ss., specie 89-90, 93; L. Farenga, *I patti parasociali*, cit., 329; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 988, il quale autorevolmente osserva che “il problema in effetti non è se il voto può “in quanto tale” considerarsi una manifestazione dell’intento negoziale del socio, ma se con questo significato rileva “ai fini” del procedimento, se cioè come tale influisce sulla realizzazione del valore (organizzativo) suo proprio.” Non sembra perciò condivisibile la recente tesi, già ricordata, di M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 77 ss., specie 78-79, che ricollega alla volontà dei soci espressa nel voto l'effetto organizzativo che la delibera produce costantemente -sia essa di accoglimento o di rigetto della proposta-, ed identificato nell'effetto di consumazione della proposta. In realtà, se è corretto ritenere che tale effetto si ricollega alla conclusione dell'*iter* assembleare, non è condivisibile assumere che esso sia ricollegato alla volontà dei soggetti agenti come volontà “dirette alla consumazione della proposta, o, per meglio dire, alla realizzazione dell'atto come momento di concretizzazione dell'attività del gruppo, come momento di operatività di questo” (*op. cit.*, 79) o, ancora, come “volontà che sia sancita entro il gruppo, o meglio, entro l'organizzazione, una decisione su un determinato argomento” (*op. cit.*, 79-80). In realtà, si deve ritenere che le dichiarazioni di volontà dei soci -ossia, i singoli voti- sono cause efficienti della conclusione del procedimento, rientrano, cioè, tra i fatti (in senso ampio) procedimentali, la cui realizzazione è necessaria per la conclusione della sequenza, ma la realizzazione dell'effetto dipende, per l'appunto, dal perfezionamento del procedimento, complessivamente considerato nelle diverse fasi in cui si sviluppa, tra le quali, dunque, anche, ma non solo, quella della votazione. Da ciò discende la non correttezza della tesi criticata, laddove ricostruisce il voto come volontà dell'effetto di consumazione della proposta e, dunque, di manifestazione di volontà negoziale diretta alla produzione dell'effetto organizzativo, posto che questo è imputato obiettivamente dalla legge al perfezionarsi del procedimento e non già alla manifestazione di volontà dei soci. Ci sembra, pertanto, ancora valido l'insegnamento secondo cui il voto è dichiarazione di volontà diretta alla formazione ed alla conclusione del procedimento, di carattere non negoziale, atteso che il valore ad esso assegnato è totalmente ed esclusivamente determinato dalla norma e consiste, per l'appunto, in un valore tipicamente organizzativo, che si inserisce quale elemento necessario per la conclusione dell'*iter* procedimentale; la dichiarazione di voto, pertanto, attesa l'irrelevanza della volontà diretta alla produzione dell'effetto, che è obiettivamente imputato dalla norma al voto, si inquadra tra gli atti giuridici in senso stretto (in modo analogo, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 57 ss., specie 58-59; per una diversa ricostruzione del voto come mero fatto, come segnalato, C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 988; questa opinione, tuttavia, ci sembra obliterare il necessario rilievo di un comportamento umano, consapevole e volontario, -la dichiarazione di voto, appunto- per l'integrazione della fattispecie, che impedisce di qualificare l'accadimento tra i meri fatti giuridici).

sostenere, ponendosi, tra il voto e la realizzazione dell'effetto giuridico, un elemento intermedio -la delibera, appunto- al quale, in ragione della complessità e del rilievo del procedimento di formazione, deve esclusivamente riportarsi la produzione dell'effetto: come è stato efficacemente osservato, la deliberazione ha a suo nucleo “una procedimento che (...) spezza il nesso diretto volontà e dichiarazione (voti) dei partecipanti-effetto, valore finale della deliberazione”¹³¹. Pertanto, il voto assume rilievo esclusivamente sul piano del procedimento, quale elemento della sequenza di atti e fatti di cui questo si compone, e non anche su quello della realizzazione dell'effetto finale, che è attribuito direttamente ed esclusivamente alla delibera, quale atto conclusivo del procedimento stesso¹³².

In questi termini, si può anche condividere l'insegnamento della teoria negoziale unitaria - fatto proprio, del resto, anche da alcuni sostenitori della tesi procedimentale¹³³- del voto come dichiarazione di volontà, purchè sia chiaro che tale manifestazione di volontà non è diretta alla realizzazione dell'effetto finale, bensì, più limitatamente, alla formazione del procedimento; dichiarazione di volontà, dunque, ma non diretta alla realizzazione di un effetto giuridico: atto giuridico in senso stretto, quindi, e non negozio¹³⁴.

Con ciò, come si crede di aver chiarito, non si vuole certo preterire il rilievo -in verità dal sapore empirico- che, nel momento della dichiarazione di voto, il socio “voglia” la produzione di un effetto anziché di un altro; si vuole solo sottolineare che tale stato psichico deve essere collocato più correttamente nel campo dell'irrilevante giuridico, atteso che ad esso non è ricollegata, dall'ordinamento, alcuna efficacia giuridica.

Dovrebbe, a questo punto, risultare chiaro che non vi è nesso diretto tra dichiarazione di

¹³¹ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 62.

¹³² In questo modo, come si è visto, le tesi negoziali unitarie (cfr. *supra*, par. 10.1) e le tesi procedimentali (cfr. *supra*, par. 10.2). La conclusione raggiunta è conforme con la nozione di procedimento elaborata sul piano della teoria generale; il procedimento, infatti, secondo un'autorevole e condivisa ricostruzione, è una serie di atti connessi, preordinato alla produzione di un determinato effetto giuridico, il quale non discende dal complesso degli atti che compongono il procedimento, ma dipende esclusivamente dall'atto finale, che conclude il procedimento (in questo modo, vedi: E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano 1986, 819 ss., specie 824-825; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma 1991, 3).

¹³³ Per riferimenti, *supra*, nota 122.

¹³⁴ La qualificazione del voto come atto giuridico in senso stretto non pregiudica la soluzione del problema relativo alla applicabilità della disciplina dei vizi della volontà alla dichiarazione di voto, che, in via indiretta, interessa anche la ricostruzione della invalidità della delibera; come è noto, infatti, secondo la dottrina privatistica, la disciplina dei vizi della volontà può trovare applicazione anche in relazione a dichiarazioni configuranti atti giuridici in senso stretto (in questo modo, per tutti: L. Bigliuzzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U.Natoli, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino 2000, 450 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 12° ed., Napoli 2006, 87-88). Sembra comunque corretto il rilievo di chi non nega che, in astratto, in relazione ai singoli voti, in quanto dichiarazioni di volontà, possa porsi la tematica dei vizi della volontà, ma tuttavia esclude, al lato pratico (eccezione fatta per il caso della violenza), che possa porsi un vizio della volontà del voto, perché le norme disciplinanti il procedimento assembleare privano di rilievo l'eventuale errato convincimento dei soci (in questo modo: L. Farenga, *I patti parasociali*, cit., 330 ss.; in senso parzialmente diverso, C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 988, ritiene che i vizi del voto, nel loro significato di anomalie intervenute nel processo formativo della volontà individuale del voto, possano assumere rilievo solo qualora sia possibile ricondurli ad una violazione delle regole procedimentali).

voto ed effetto finale: la prima è causalmente orientata al perfezionamento del procedimento¹³⁵; il secondo è ricollegato, invece, alla delibera, che si forma con la conclusione dell'*iter* procedimentale¹³⁶.

Ciò posto, occorre ora passare a verificare se il fenomeno assembleare possa essere riportato nell'ambito dell'autonomia privata; o, il che è lo stesso, verificare se la delibera assembleare abbia natura di negozio giuridico.

Malgrado questa tradizionale qualificazione sia stata contrastata dalle teorie procedimentali, sembra che il tradizionale inquadramento della delibera tra i negozi giuridici debba essere mantenuto fermo, seppur sulla base di un'impostazione in larga parte divergente rispetto a quella delle tesi negoziali classiche, in precedenza analizzate. Per un verso, infatti, non appare condivisibile la teoria procedimentale, che, ricostruendo la delibera quale serie di fatti legati da un vincolo procedimentale, cui è obiettivamente ricollegato dalla norma un valore giuridico, colloca il fenomeno deliberativo sul piano del fatto¹³⁷. Per un altro verso, neppure le tesi negoziali classiche meritano accoglimento; le considerazioni precedentemente svolte impediscono, infatti, di aderire tanto alla ricostruzione unitaria, per la quale la delibera contiene una manifestazione di volontà unitaria dell'organo, di cui il procedimento rappresenta la forma di emersione, a livello giuridico, dell'*iter* di formazione, quanto alla ricostruzione antiunitaria, secondo cui, invece, l'effetto si ricollega direttamente alle singole dichiarazioni di voto¹³⁸.

Delle ragioni in virtù delle quali le tesi negoziali classiche sono inaccettabili, si è già detto in precedenza; a quella sede, pertanto, si rinvia¹³⁹.

Ora, invece, occorre approfondire maggiormente le ragioni per le quali non appaiono condivisibili le conclusioni che la ricostruzione procedimentale della fattispecie deliberativa trae sul piano della tecnica di produzione dell'effetto.

La proposizione oggetto della nostra critica è quella secondo cui la delibera assembleare, non essendo una dichiarazione di volontà, neppure costituisce un negozio giuridico; ci sembra, infatti, che, dalla corretta osservazione secondo cui la delibera non ha, né potrebbe avere, a suo

¹³⁵ Si capisce, dunque, che, valendo la dichiarazione di voto quale volontà diretta alla conclusione del procedimento, non rileva a questo fine la circostanza che il voto sia favorevole o contrario all'adozione della delibera, giacché il valore attribuito al voto non muta, essendo sempre quello indicato. In questo ordine di idee, peraltro, si capisce come, a fianco della dichiarazione di voto, possa essere collocato, su un piano sistematicamente omogeneo, anche l'astensione, quale atto giuridico in senso stretto, in quanto comportamento umano rilevante per l'ordinamento, che ad esso ricollega un effetto giuridico: nel nostro caso, un effetto organizzativo rilevante per il perfezionamento del procedimento.

¹³⁶ Ed in questo senso si osserva, infatti, che al voto è, come si è detto, riconosciuto un valore giuridico, valore, però, di carattere organizzativo, meramente strumentale al perfezionarsi del procedimento, da cui dipende la produzione dell'effetto finale: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 56.

¹³⁷ *Supra*, par. 11

¹³⁸ Al riguardo, si rimanda, rispettivamente, ai parr. 10.1 e 10.2.

¹³⁹ *Supra*, parr. 10.1 e 10.2

nucleo una dichiarazione di volontà come la si riscontra negli atti individuali (sia essa unitaria o plurale), non discenda necessariamente la collocazione del fenomeno deliberativo al di fuori dell'area dell'autonomia privata. A questa conclusione, la tesi procedimentale perviene sulla base dell'assunto che, nella delibera assembleare, il valore giuridico è attribuito dall'ordinamento ad una serie di atti e fatti collegati secondo norme legali e statutarie, che complessivamente costituiscono il procedimento; è, dunque, il procedimento l'accadimento preso in considerazione dalla norma per l'attribuzione di un valore giuridico.

Attraverso l'approfondimento di una distinzione che, seppur non sempre adeguatamente sviluppata, è insita nella tesi criticata, si perviene a risultati opposti a quelli enunciati. E' infatti opportuno distinguere la tipologia degli effetti posti in essere dalla delibera, dalla questione concernente la tecnica di produzione degli effetti medesimi, ed ulteriormente differenziare quest'ultimo problema dall'analisi strutturale della fattispecie produttiva di effetti.

Con specifico riguardo al primo profilo, si può constatare come, nella tesi in oggetto, si compia una sovrapposizione tra concetti che dovrebbero rimanere distinti. Invero, muovendo dall'osservazione della tipologia di effetti prodotti, la dottrina in esame, dimostrato il valore tipicamente organizzativo assunto dalla delibera assembleare, sembra dedurre da tale qualificazione -che la precedente fase dell'indagine ha provato essere assolutamente corretta¹⁴⁰- l'impossibilità di ricondurre la delibera assembleare al fenomeno negoziale, rilevando la differente natura degli effetti che il negozio, quale atto tipicamente individuale, normalmente pone in essere¹⁴¹.

In senso contrario a questa impostazione si può osservare quanto segue.

In primo luogo, dovrebbe risultare chiaro che il venire in considerazione, nel contesto societario, di effetti a contenuto organizzativo, a differenza del settore dei rapporti interprivati, ove gli effetti assumono un contenuto di imputazione di situazioni giuridiche soggettive nella sfera dei

¹⁴⁰ Si veda, infatti, l'ampia ricognizione dei valori realizzati dall'atto assembleare compiuta, *supra*, ai par. 6.1-6.4.

¹⁴¹ L'assunto per il quale alla peculiarità di struttura corrispondono peculiarità di valore emerge dalle impostazioni di C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 986-987 e P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 70, 71, 75 ss., 105-106, 119. In particolare, per quest'ultimo Autore, quando la delibera realizza gli effetti che ne sono tipici, ossia valori a contenuto organizzativo, essa è fattispecie costitutiva dell'effetto, e ne deve essere negata la natura negoziale, in ragione del diverso contenuto e struttura degli effetti prodotti, rispetto a quelli ordinariamente posti in essere mediante negozio (in questo modo, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 105-106, 118 ss., specie 119); per contro, secondo l'A., ogni volta che, all'interno del fenomeno associativo, si assiste alla produzione di valori a contenuto di imputazione, si deve negare l'idoneità della delibera alla loro realizzazione, di guisa che questa, da fattispecie degrada a mera decisione, che viene seguita da un atto dell'organo di amministrazione cui deve essere riportata la produzione dell'effetto, costituendo tale atto, pertanto, la fattispecie costitutiva dell'effetto (*op. cit.*, 106 ss.). In realtà, la ricognizione compiuta dei valori realizzati dalla delibera assembleare dimostra come, seppur soltanto in ipotesi marginali -le quali, tuttavia, sono sufficienti per infirmare la validità della ricostruzione criticata- la delibera realizza direttamente effetti a contenuto di imputazione (vedi, *supra*, par. 6.1), senza necessità di un successivo atto di esecuzione: è, in una parola, fattispecie costitutiva degli stessi (il che, del resto, lo stesso Ferro-Luzzi è costretto ad ammettere, così introducendo un grave fattore di contraddizione nella sua ricostruzione, in relazione alla delibera di distribuzione del dividendo, la quale -dice l'A.- è fattispecie costitutiva dell'effetto, a contenuto tipicamente individuale, posto in essere: *op. cit.*, 103, 118, nota 147).

singoli, dipende dalla presenza, nel primo caso, di un contratto associativo che pone un'organizzazione finalizzata allo svolgimento di un'attività, all'interno della quale deve essere collocata la delibera, quale figura di produzione dell'azione. La diversa tipologia degli effetti realizzati deve essere messa in relazione con la specificità segnalata -l'operare dell'atto all'interno di un gruppo organizzato, dell'organizzazione-, senza che nulla possa dedursi in ordine alla tecnica di produzione degli stessi; in specie, senza potersi assumere che, alla differente tipologia di effetti tipicamente posti in essere nei due ambiti, debba necessariamente corrispondere una differente modalità di produzione. A conferma della correttezza di questo rilievo, giova richiamare l'attenzione sulla circostanza, già segnalata, che, seppur solo in casi che si sono detti marginali, nondimeno la delibera produce effetti a contenuto di imputazione nella sfera dei soci e, in modo ancor più significativo, anche direttamente nella sfera di determinati terzi; in tutti questi casi, la società ricopre una posizione di reale autonomia nei confronti di altri soggetti, con i quali si instaura una relazione, descrivibile in termini di rapporto obbligatorio, che trova il proprio fatto costitutivo nella delibera: ci troviamo, pertanto, in una situazione del tutto analoga a quella che ricorre, in modo normale, nella generalità dei rapporti interprivati, che si sviluppano mediante la formazione di atti negoziali tipicamente individuali.

In secondo luogo, da un punto di vista più generale, è possibile osservare che un medesimo effetto può sorgere in dipendenza di diversi fatti giuridici, senza per questo mutare la propria fisionomia; così, ad esempio, i diritti di proprietà o di credito hanno fatto costitutivo ora in un negozio, ora in un atto in senso stretto, ora in un mero fatto, senza che, alla diversa fattispecie costitutiva, corrisponda una diversa struttura o un differente contenuto dell'effetto creato. Da ciò discende, per quanto a noi interessa, un'ulteriore conferma della correttezza dell'affermazione secondo cui il valore (tipo di effetto) che la deliberazione produce è del tutto muto sul piano della risoluzione del problema concernente l'individuazione della tecnica utilizzata per la sua produzione.

Veniamo ora al secondo profilo posto in evidenza.

Quantunque, almeno in linea di principio, la dottrina in esame mantenga distinti i due aspetti, sembra nondimeno che si determini una certa sovrapposizione tra il piano dell'indagine relativa alla struttura della fattispecie produttiva di effetti -la delibera- e quello concernente l'individuazione della tecnica di produzione degli effetti sostanziali a cui il fenomeno deliberativo è riconducibile¹⁴².

¹⁴² In linea di principio, infatti, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 75-76 afferma che la delibera, in sé, è del tutto muta sul piano del valore, di guisa che “non si deve porre la domanda sia negozio giuridico, di che tipo o atto diverso; occorre invece (...) analizzare quale tipo di valore la norma attribuisca alla deliberazione”; sennonché, come già rilevato, compiuta la ricognizione dei valori realizzati, ed osservata la differente natura dei medesimi rispetto a quelli posti in essere mediante negozio (*op. cit.*, 82 ss., 104 ss.), l'A. ne deduce l'impossibilità di ricondurre il fenomeno

Le ragioni della sovrapposizione denunciata sono da individuare, con ogni probabilità, in una certa promiscuità terminologica, indotta dalla rinuncia, che pure si è detto essere corretta, ad ogni riferimento all'elemento della volontà per spiegare il fenomeno in considerazione¹⁴³.

Dimostrato che l'effetto giuridico non è ricollegato ad una manifestazione di volontà, sia essa imputabile ai singoli soci o unitariamente all'organo; dedotto che la fattispecie produttiva di effetti giuridici non è una dichiarazione di volontà; la tesi procedimentale conclude nel senso che, agli effetti dell'attribuzione del valore giuridico, oggetto di valutazione da parte della norma è il perfezionarsi del procedimento, di guisa che la delibera assembleare “rappresenta il valore attribuibile al procedimento che si svolge coerentemente con le regole organizzative della società”¹⁴⁴.

Come ognuno vede, questa premessa nulla dice in ordine alla tecnica di produzione degli effetti sostanziali, e, dunque, in ordine alla questione concernente le modalità attraverso le quali il valore giuridico, ossia l'effetto, è ricollegato dall'ordinamento alla fattispecie produttiva di effetti. Come pure è stato osservato, la delibera giace sullo stesso piano della dichiarazione e, dunque, su quello dell'elemento materiale del fenomeno giuridico, identificando la struttura, la configurazione, dell'entità di produzione dell'effetto -ossia, la fattispecie-, ma nulla dice relativamente alle modalità con cui a tale fattispecie gli effetti sono ricollegati dall'ordinamento¹⁴⁵. Senonchè, la teoria in esame sembra far discendere da tale inquadramento conseguenze anche in ordine al secondo

deliberativo all'interno dei negozi giuridici (*op. cit.*, 104 ss., 118 ss.), ciò da cui discende, nell'impostazione dell'A., che la fattispecie deliberativa è riconducibile ad una tecnica di produzione degli effetti giuridici diversa da quella del negozio (*op. cit.*, 119 ss.).

¹⁴³ E' significativo notare, infatti, che la tesi criticata parla di attribuzione da parte dell'ordinamento di un *valore* tanto per identificare la delibera, quale valore attribuito al procedimento, quanto per individuare l'effetto posto in essere e, dunque, il valore attribuito alla delibera medesima. L'ambivalenza del termine *valore*, o, comunque, il suo impiego per definire due differenti aspetti del fenomeno ci sembra evidente nel seguente passo di C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 987, il quale, nel formulare “due proposizioni di ordine generale” osserva, da un lato, che “il discorso sulla deliberazione assembleare non verte in realtà sull'individuazione di un fatto, bensì di un “valore”, quel “valore organizzativo” cioè che le regole societarie consentono di riconoscere ad una serie di fatti avvenuti in coerenza con essi” (ove è chiaro, anche dal prosieguo dell'indagine, che per *valore* si intende l'effetto prodotto dalla delibera); e, dall'altro lato, che “questi fatti, assumendo appunto un valore unitario in virtù di queste regole, si compongono mediante esse in un “procedimento”. La prospettiva è in definitiva quella per cui la deliberazione assembleare rappresenta il valore attribuibile al procedimento che si svolge coerentemente con le regole organizzative della società” (ove, ancor più chiaramente, emerge che per *valore* si intende il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, all'accadimento “procedimento” della dignità di fattispecie produttiva di effetti giuridici”). Nel medesimo senso, seppur in modo più sfumato, la stessa ambivalenza è riscontrabile nell'indagine di P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., il quale, da un lato, afferma che nella deliberazione ciò cui la legge attribuisce valore è il procedimento (*op. cit.*, 65), ove, ci sembra, si voglia con ciò designare, ancora una volta, l'attribuzione da parte dell'ordinamento al procedimento della dignità di fattispecie produttiva di effetti (il che è confermato da quanto l'autore aveva osservato precedentemente, pur non discorrendo di *valore*, rilevando che è la serie di fatti procedimentali ciò che la norma assume ad oggetto di valutazione allo scopo di attribuire un determinato valore giuridico: *op. cit.*, 50, 52); mentre, dall'altro lato, egli designa con il termine di “valore” l'effetto giuridico che dalla legge è ricollegato alla delibera, intesa quale fattispecie produttiva di effetti (così, *op. cit.*, 50, 52, e 82 ss.).

¹⁴⁴ C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 987; in modo analogo, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 65.

¹⁴⁵ Per la qualificazione della delibera come elemento materiale del fenomeno, P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 70-71.

problema: negato il ruolo della volontà privata nel procedimento formativo della fattispecie deliberativa, se ne deduce, quasi in un rapporto di necessaria implicazione logica, che l'effetto giuridico è imputato obiettivamente al realizzarsi della sequenza di fatti secondo le norme di disciplina del procedimento, con conseguente espunzione del fenomeno dall'area dell'autonomia privata.

Questa conclusione appare, però, non condivisibile: i due profili, infatti, devono essere mantenuti distinti.

Come si è detto, non sembra possibile revocare in dubbio che la deliberazione, quale fattispecie produttiva di effetti, non ha a suo nucleo una dichiarazione di volontà e, conseguentemente, che l'effetto non si ricollega ad una manifestazione di volontà. Da questo inquadramento non è però lecito trarre la conclusione che, allora, l'effetto giuridico è imputato obiettivamente alla fattispecie, secondo il significato che la legge attribuisce alla sequenza procedimentale, in questo modo determinando la collocazione del fenomeno tra i meri fatti e, dunque, al di fuori dell'ambito dell'autonomia privata. Se è vero che il perfezionarsi del procedimento è l'accadimento cui l'ordinamento riconosce il rilievo di fattispecie produttiva di effetti, e che, giusta le osservazioni precedentemente svolte, si deve conseguentemente escludere che l'effetto sia ricollegato ad una manifestazione di volontà, non è però possibile negare il rilievo che assume, nella sua produzione, la predeterminazione del soggetto agente, ossia della società, che, attraverso l'organo, ha posto in essere la fattispecie¹⁴⁶.

Ciò che è oggetto di imputazione da parte della norma, ai fini della produzione dell'effetto, è la sequenza dei fatti procedimentali; in questo senso, è possibile affermare che al procedimento è attribuito rilievo di fattispecie produttiva di effetti giuridici. Ma questa osservazione, a ben vedere, si colloca su un piano sistematico omogeneo rispetto all'altra, secondo cui la dichiarazione negoziale altro non è che una manifestazione di volontà cui l'ordinamento riconosce rilievo ai fini della produzione di effetti giuridici. Deliberazione e dichiarazione giacciono sullo stesso piano e si atteggiavano in modo identico: in entrambi i casi, ad un accadimento è conferito dall'ordinamento valore di fattispecie produttiva di effetti giuridici; la differenza risiede in ciò, che, nell'un caso, l'accadimento, il fatto storico, l'elemento materiale, è prodotto da una sequenza di fatti procedimentali; nell'altro caso, il fatto generatore della fattispecie è la volontà del soggetto agente.

Ci sembra che in questa osservazione risieda la corretta chiave di lettura del fenomeno. Si tratta, in buona sostanza, di riconoscere che, per verificare se la tecnica di produzione degli effetti sostanziali è riconducibile al paradigma dell'autonomia privata o meno, non occorre constatare,

¹⁴⁶ A questo proposito, si ricorderà che i singoli voti, come dichiarazioni di volontà, assumono un valore meramente strumentale al perfezionarsi del procedimento, a cui soltanto si ricollega la produzione dell'effetto.

contrariamente a quanto comunemente si insegna, che gli effetti siano o meno ricollegati ad una manifestazione di volontà (che allora si dice negoziale). Il punto decisivo, in realtà, è un altro, e consiste nel verificare se gli effetti giuridici, che l'ordinamento ricollega ad una fattispecie, sono a questa ricollegati, in quanto il soggetto, che ha formato la fattispecie, l'ha posta in essere preordinatamente alla produzione di quel determinato effetto; oppure, detto in altri termini, se l'ordinamento riconosce la produzione di effetti giuridici all'integrazione di una fattispecie in cui vi è predeterminazione, da parte del soggetto agente, degli effetti da porre in essere; in definitiva, se una determinata fattispecie è considerata fonte di produzione di effetti giuridici, in quanto gli effetti posti in essere sono gli effetti avuti di mira dal soggetto agente¹⁴⁷.

Occorre, in altri termini, ulteriormente superare il cd. “dogma della volontà” nella ricostruzione dell'autonomia negoziale: non solo nel senso di riconoscere che l'effetto non è direttamente prodotto dalla volontà, ma anche nella direzione di prendere atto che, nel fenomeno negoziale, la volontà rappresenta nulla più che lo strumento di produzione dell'elemento materiale - la dichiarazione- cui l'ordinamento riconosce rilievo. In quest'ottica, la volontà umana e la sua manifestazione altro non sono che la fonte di produzione della dichiarazione che si definisce negoziale, ma non attengono all'essenza stessa del fenomeno di autonomia privata; ciò da cui deriva che ben può ammettersi la configurazione di un negozio giuridico e, dunque, di un atto di autonomia privata, anche laddove una dichiarazione di volontà in senso tecnico manchi. Ciò che appare realmente essenziale ai fini della configurazione di un negozio giuridico, infatti, è la circostanza per cui l'effetto, che si produce alla stregua dell'ordinamento giuridico, è esattamente l'effetto avuto di mira dal soggetto cui è imputabile la fattispecie. In questa prospettiva, il ruolo della volontà degrada da fattore eziologico dell'effetto, a fonte generatrice della fattispecie cui l'effetto è ricollegato dalla norma. Ben si intende, dunque, che, sul piano della tecnica di produzione dell'effetto, poco cambia se, al posto della manifestazione di volontà, il fatto generatore della fattispecie sia identificato in un diverso elemento, come, segnatamente, il procedimento, che forma la deliberazione. La questione centrale, infatti, come si era segnalato, è verificare se alla fattispecie prodotta dal procedimento l'ordinamento ricollegi, al pari della fattispecie posta in essere mediante

¹⁴⁷ Uno spunto in questo senso si trova in F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 97, il quale osserva che “essenziale al concetto di autonomia è che il verificarsi o meno dell'effetto sia determinato dall'autore dell'atto a cui l'effetto consegue; e nel caso della delibera, la produzione o meno degli effetti dipende sempre dall'organo di cui la delibera è espressione, ancorché i destinatari e la natura degli effetti stessi siano determinati dal contratto”; in tempi più recenti, P. Reviglionio, *La “sostituzione” delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano 1995, 128, osserva che anche la delibera assembleare è espressione di autonomia privata, in modo identico al negozio individuale, in quanto sia l'atto collegiale che l'atto individuale sono caratterizzati dalla “comune circostanza, ritenuta essenziale al concetto di autonomia, per cui la realizzazione o meno dell'effetto giuridico viene stabilito e determinato dall'autore dell'atto a cui l'effetto consegue: sotto questo profilo l'atto collegiale non si distingue da quello negoziale, perchè, così come in relazione al primo la produzione degli effetti dipende dalla/e parti del negozio, così nel secondo la realizzazione della situazione effettuale dipende dall'organo che adotta l'atto deliberativo.”

la manifestazione di volontà, effetti giuridici in quanto alla loro produzione la fattispecie era diretta; il che, prendendo come punto di osservazione il soggetto, significa verificare se a questi sia attribuito, da parte dell'ordinamento, il potere di porre in essere effetti che l'ordinamento riconosce e tutela, senza che rilevi la modalità con cui tale potere si esplica; senza, cioè, che possa rilevare la circostanza che l'atto di esercizio del potere consti di una manifestazione di volontà o di un diverso elemento.

A questo proposito, è agevole rispondere positivamente riguardo al settore dei negozi individuali, che hanno a loro nucleo una manifestazione di volontà; qui, il soggetto agente pone in essere una dichiarazione perchè “vuole” che si producano, alla stregua dell'ordinamento giuridico, determinati effetti.

Ma ad identica conclusione si deve pervenire anche relativamente al fenomeno deliberativo.

Contrariamente a quanto ritengono i sostenitori della tesi procedimentale, non è il procedimento in sé, quale sequenza meramente fattuale, a rilevare come elemento cui è attribuito il valore giuridico. In realtà, deve più propriamente dirsi che il perfezionamento del procedimento è, nel contesto associativo, il presupposto cui la legge condiziona la produzione di effetti giuridici; ma gli effetti che vengono posti in essere sono gli effetti contenuti nella proposta di delibera assembleare, che hanno costituito l'oggetto della votazione ed in ordine ai quali il procedimento si è svolto. Il che, ci sembra, più che legittimare la proposizione, formulata dai sostenitori della tesi procedimentale, per la quale il valore giuridico è ricollegato dalla norma al procedimento, consente di affermare, piuttosto, che gli effetti sono ricollegati alla proposta di delibera assembleare in relazione alla quale la serie procedimentale si è perfezionata. La conclusione del procedimento e, in ultima analisi, l'operare del principio di maggioranza, costituisce la condizione per l'attribuzione del valore giuridico alla proposta, cioè il presupposto alla cui integrazione segue la produzione degli effetti giuridici conformi al contenuto della medesima. Il che, visto ancora una volta *ex latere subiecti*, significa riconoscere che al soggetto è attribuito il potere di produrre effetti giuridici; potere il cui atto di esercizio non consiste in una dichiarazione contenente una manifestazione di volontà, bensì in una delibera che ha a suo nucleo la sequenza di atti e fatti che, complessivamente, costituiscono il procedimento.

La teoria criticata, ricollegando al procedimento l'attribuzione del valore giuridico, non valorizza adeguatamente l'elemento della proposta, ossia la circostanza per la quale l'*iter* di formazione della delibera è avviato proprio al fine di vedere posti in essere quegli effetti che ne rappresentano il contenuto¹⁴⁸. Sostenere che l'oggetto valutato dalla norma ai fini dell'attribuzione

¹⁴⁸ Per una decisiva valorizzazione dell'elemento della proposta sul piano del procedimento assembleare e, soprattutto,

del valore giuridico è la sequenza di fatti procedimentali, significa obliterare un dato che ci sembra, invero, indiscutibile: gli effetti giuridici realizzati dalla delibera sono esattamente gli effetti avuti di mira dagli organi sociali allorchè è stato posto in essere il procedimento deliberativo; oppure, detto in altri termini, sono gli effetti in vista della cui produzione al soggetto è stato attribuito dalla legge un corrispondente potere. Così, appare una finzione ritenere che l'effetto “distribuzione dell'utile” consegua obiettivamente al procedimento, quando, da un lato, è un dato di evidenza sensibile che tale effetto è proprio quello alla cui produzione era preordinata la proposta di delibera assembleare sottoposta all'approvazione dei soci, e, dall'altro lato, che nella legge si rinviene l'attribuzione all'assemblea del potere di realizzarlo.

Le osservazioni svolte dimostrano, ci sembra, la sostanziale correttezza dell'affermazione, più sopra compiuta, secondo cui il valore giuridico è attribuito alla proposta in ordine alla quale il procedimento si è sviluppato, e non già direttamente a quest'ultimo. Ciò da cui discende che la produzione dell'effetto giuridico, nella delibera assembleare, deve essere ricondotto alla predeterminazione del soggetto agente (la società) e, pertanto, che il fenomeno deliberativo deve essere inquadrato nell'ambito dell'autonomia privata. Ed invero: osservato che volontà e procedimento giacciono sullo stesso piano, poiché si configurano entrambi come meccanismi di produzione dell'azione, ponendo in essere fattispecie produttive di effetti rilevanti per l'ordinamento; rilevato che questi effetti, in modo identico nei due casi, sono gli effetti alla cui produzione era preordinata l'azione del soggetto agente, ne discende che, in entrambe le ipotesi, l'atto cui sono ricollegati gli effetti ha natura di negozio giuridico, senza che, in senso contrario, possa rilevare la circostanza che l'atto, nell'un caso, abbia a suo nucleo una manifestazione di volontà e, nell'altro, una sequenza di fatti procedimentali. Come si è notato, la differente struttura dell'atto non infirma l'unitarietà del fenomeno: in entrambi i casi, si producono effetti in conformità del precetto posto in essere dal soggetto agente, e non rileva, pertanto, che, in un caso, il precetto sia costituito da una dichiarazione di volontà e, nell'altro caso, da una delibera, che recepisce, per effetto del perfezionamento del procedimento e dell'operare della regola di maggioranza, il contenuto della proposta sottoposta all'assemblea¹⁴⁹.

Si può pertanto concludere nel senso che il potere assembleare costituisce, secondo quanto si ebbe occasione di precisare, una figura di potere in senso tecnico, che rientra nel più ampio potere di autonomia privata ed i cui atti di esercizio sono veri e propri negozi giuridici, in quanto diretti

sul piano della produzione dell'effetto che alla delibera si ricollega, confronta: W. Zöllner, *sub § 133*, cit. 1354: “la delibera non è una dichiarazione che la maggioranza assembleare esprime in una data forma, ma l'adozione della delibera si compie attraverso una presa di posizione, in senso affermativo o negativo, dei votanti sulla proposta di delibera assembleare sottoposta a votazione. Da ciò si evince chiaramente il rilevante significato che spetta alla proposta di delibera nel procedimento di adozione della delibera e nel quadro del suo risultato, ossia la delibera.”

¹⁴⁹ In questo modo, confronta: W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1354.

alla produzione di effetti che l'ordinamento riconosce e tutela¹⁵⁰; tali atti, peraltro, si caratterizzano per la struttura collegiale, ciò in cui consiste la specificità della delibera rispetto agli atti negoziali individuali.

13.

L'inquadramento operato dalla delibera assembleare quale atto avente natura di negozio giuridico non significa obliterare le differenze che separano l'atto collegiale dagli atti individuali; differenze che si appuntano, in particolare, sul piano della tipologia e, dunque, del contenuto, degli effetti posti in essere. L'indagine intrapresa ha infatti posto in luce che la delibera normalmente assume un valore di organizzazione e solo talvolta di imputazione. Ciò significa che solo in ipotesi sostanzialmente marginali, l'atto assembleare produce effetti aventi contenuto omologo a quello tipico dei negozi individuali, determinando la costituzione, modificazione, estinzione, di situazioni giuridiche a carattere individuale -ossia, di diritto ed obbligo- nella sfera dei singoli; mentre, in modo ordinario, pone in essere effetti a contenuto organizzativo, che realizzano valori di natura sociale: in altri termini, che non determinano la distribuzione di situazioni giuridiche a rilievo individuale, bensì che concernono la possibilità giuridica di ulteriori atti, e, dunque, che si sostanziano nella posizione di regole e nell'asseveramento di utilità materiali e personali per il successivo svolgimento dell'attività dell'organizzazione.

Dobbiamo ora chiederci se la descritta specificità, che la delibera assembleare assume sul piano del valore rispetto all'atto individuale, possa influenzare la risoluzione del problema che ci occupa e, dunque, l'individuazione della tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui il

¹⁵⁰ Si precisa che la circostanza per la quale, nel settore in considerazione, l'atto di esercizio del potere produce effetti giuridici in via unilaterale nella sfera giuridica altrui non impedisce in alcun modo la sua riconduzione all'autonomia privata; al proposito, infatti, è sufficiente rilevare che al concetto di autonomia privata è essenziale che l'effetto posto in essere sia l'effetto avuto di mira dal soggetto agente (in questo modo, con specifico riferimento al potere assembleare: F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 10, nota 9, 97); il che è confermato dalla circostanza che la dottrina non ha mai dubitato della natura negoziale degli atti di esercizio dei diritti potestativi (sul punto, per tutti, confronta: L. Bigliuzzi Geri-U. Breccia-F.D. Busnelli-U. Natoli, *Diritto civile*, I, vol. II, *Fatti e atti giuridici*, cit., 531-532; A. Lener, *Potere*, cit., 624 ss.; Salv. Romano, *Autonomia*, cit., 58; A. di Majo, *Legittimazione*, cit., 62; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 44 ss.; B. Carpino, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, 61 ss., 153 ss.; C. Barnini, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1982, 549 ss.; M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile*, cit., 282 ss.) e, più in generale, dell'appartenenza all'autonomia privata anche di quelle fattispecie in cui l'atto vincolante è posto in essere da un soggetto senza la collaborazione di colui nella cui sfera incide l'effetto giuridico realizzato (così, E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 1994, rist. corretta 2° ed. 1950, 258 ss.; Santi Romano, *Poteri. Potestà*, cit., 179; F. Carresi, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, 1, Milano 1987, 108 ss.; Salv. Romano, *Autonomia privata*, cit., 58; E. Del Prato, *I regolamenti privati*, cit., 6 ss., 392 ss., il quale, tuttavia, all'interno dei fenomeni di autonomia distingue il fenomeno negoziale, di cui è elemento strutturale specificante la circostanza per cui l'effetto giuridico creato dal precetto di autonomia sia vincolante per il soggetto soltanto in presenza del suo assenso, dai fenomeni autoritativi privati -come il potere assembleare- in cui tale consenso manca; il che, tuttavia, non impedisce all'A. di riconoscere che l'area dei vincoli autoritativi, e quella dei vincoli negoziali, sono accomunati, in quanto entrambi fenomeni di autonomia, dalla volontarietà dell'effetto realizzato: *op. cit.*, 396-397).

fenomeno deliberativo è riconducibile; più in particolare, occorre verificare se la normale realizzazione di effetti a contenuto organizzativo impedisca di ravvisare nella delibera un negozio giuridico. Come si ricorderà, la questione era già stata affrontata in precedenza; tuttavia, poiché la differente tipologia di effetti posti in essere dall'atto collegiale ne segna il fondamentale punto di distacco dall'atto individuale, appare opportuno dedicare ad essa un ulteriore approfondimento.

A suo tempo, avevamo chiarito che il tema della tipologia degli effetti prodotti dalla fattispecie non rileva per il diverso tema concernente l'individuazione della tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui il fenomeno deliberativo è riconducibile. Come si disse, il particolare contenuto degli effetti è da porsi in relazione con il contesto associativo, e, dunque, con la peculiare struttura dei rapporti giuridici che si collocano all'interno del gruppo organizzato, ed in ordine ai quali la delibera opera; non rileva, invece, per il diverso tema concernente la collocazione dell'atto che pone in essere detti effetti nella sistematica dei fatti giuridici, secondo la classica tripartizione in negozi, atti e fatti in senso stretto.

A questo proposito, giova ora richiamare l'attenzione sul fatto che le teorie negoziali classiche non hanno mai dubitato che gli effetti prodotti dalla delibera potessero qualificarsi come propriamente negoziali, pur riconoscendo che essi, sul piano del valore, si qualificano in modo peculiare rispetto a quelli tipicamente posti in essere da atti individuali¹⁵¹. Le tesi tradizionali riconoscono alla delibera, quale atto operante all'interno di un gruppo organizzato, la normale attitudine a porre in essere effetti, di cui è chiaramente rilevato il carattere differenziale rispetto agli effetti incidenti su posizioni giuridiche individuali, e che, per tale ragione, vengono qualificati, a seconda delle diverse formulazioni, come effetti interni, o di natura corporativa, o, ancora, secondo la terminologia da noi utilizzata, a rilievo organizzativo. Le tesi negoziali, insomma, non hanno mai revocato in dubbio la negozialità dell'effetto, pur avendo piena consapevolezza delle specificità di contenuto che lo connota; questo, infatti, è correttamente posto in relazione con la circostanza che la delibera incide su relazioni giuridiche che nascono e si sviluppano all'interno di un gruppo organizzato e, dunque, assumono un valore che è ad esse congruente¹⁵².

¹⁵¹ Come si è notato, è, infatti, solo con l'emersione delle teoriche procedimentali che si determina la sovrapposizione, che si è detta inaccettabile, tra natura dell'effetto prodotto e tecnica di produzione dell'effetto cui si assume essere riconducibile la delibera.

¹⁵² In modo esplicito, nel senso che costituisce un negozio giuridico anche la delibera che esaurisce i propri effetti all'interno del gruppo organizzato, poiché anche i rapporti interni sono rapporti giuridici che possono essere costituiti, modificati o estinti, confronta: A. Donati, *L'invalidità*, cit., 24, nota 1, 25 ss., 53, nota 2; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 69-70; F. Chiomenti, *La revoca*, cit., 3 ss., nota 5, 79 ss., specie 89; in questo senso, seppur in assenza di un'espressa presa di posizione, anche A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 173 ss. Analoga posizione è assunta anche dalla dottrina tedesca, per la quale confronta: C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 940-941; W. Zöllner, *sub § 133*, cit., 1349 (secondo cui la delibera è un negozio giuridico diretto alla produzione di un effetto giuridico, ossia "alla produzione di un'efficacia giuridica quantomeno intrasociale"); U. Hüffer, *Aktiengesetz*, cit., 724 (per il quale non rileva, ai fini della qualificazione della delibera come negozio giuridico, che essa assuma un'efficacia giuridica interna).

Da un punto di vista più generale, del resto, si può rilevare che la dottrina civilistica più sensibile ha da tempo posto in luce come, anche nel settore dei rapporti interprivati, non sempre il negozio giuridico assume il caratteristico valore di innovare la realtà giuridica mediante la costituzione, modificazione, estinzione di situazioni giuridiche soggettive¹⁵³. Sotto un primo profilo, infatti, si osserva che, talvolta, gli effetti vincolanti posti in essere dall'atto convenzionale presentano un contenuto che, analogamente al valore sociale tipicamente realizzato dalla delibera assembleare, può essere definito regolamentare o organizzativo. Si pensi, ad esempio, al contratto normativo, alla pattuizione di forma convenzionale del contratto e, ancora, al negozio di procura; atti, questi, di cui non appare seriamente dubitabile la natura negoziale, quantunque gli effetti realizzati non determinino la creazione o l'estinzione di una situazione giuridica soggettiva, bensì costituiscano semplicemente la possibilità del compimento di una successiva attività giuridica, ciò in cui, come si è detto, consiste il concetto di organizzazione¹⁵⁴. Sotto un secondo profilo, si è notato, del resto, che vi sono casi in cui l'effetto prodotto dalla pattuizione negoziale, in modo del tutto analogo al valore che correttamente deve essere assegnato alla delibera a contenuto negativo, assume portata meramente conservativa della realtà giuridica che ne è oggetto¹⁵⁵; è, questo, il caso, ad esempio, della rinuncia del chiamato all'eredità, del legatario, o del rifiuto del promissario ex art.

¹⁵³ Per la correlazione tra efficacia costitutiva (al cui interno sono raccolte le figure della costituzione, modificazione, estinzione) ed efficacia innovativa del fenomeno giuridico, vedi, per tutti: A. Falzea, *Efficacia giuridica, Enc. Dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss., specie 490, ove anche la considerazione che non è corretto assumere che l'efficacia costitutiva sia il denominatore comune ed universale di ogni effetto giuridico, di guisa che non vi è effetto giuridico laddove l'effetto realizzato non abbia efficacia costitutiva e, dunque, innovativa: “questa concezione -osserva Falzea- (è) angusta e incapace di cogliere tutti i tipi di efficacia che l'esperienza giuridica mostra allo studioso”; in modo analogo, in precedenza, già Santi Romano, *Autonomia*, cit., 27.

¹⁵⁴ Invero, parte della dottrina ha valorizzato il disposto dell'art. 1321 c.c., che, accanto all'effetto costitutivo o estintivo del rapporto, esplicitamente contempla un effetto regolamentare, ciò in cui è stata ravvisata l'idoneità del potere di autonomia privata, di cui è tipica espressione il contratto, ad estrinsecarsi nel senso di incidere su una determinata relazione giuridica senza necessariamente determinare un effetto costitutivo o estintivo delle posizioni giuridiche delle parti, ma, più limitatamente, nel senso di regolare -ben si intende, in modo giuridicamente rilevante e, dunque, vincolante- lo svolgimento di un rapporto; in questo modo, vedi: E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1932, I, 260 ss., specie 281-282 (ovviamente con riferimento all'equivalente dizione del c.c. 1865, che, all'art. 1098, definiva il contratto come l'accordo volto a “costituire, regolare o sciogliere un vincolo giuridico”); in tempi più recenti, per la valorizzazione dell'effetto regolamentare come effetto giuridico non innovativo, come già segnalato, G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano 1999, 140 ss.; Id., *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, I, Torino 2005, 69 ss., specie 83-84, nota 26; per considerazioni assai vicine a quelle da noi svolte, proprio con riferimento al settore dei poteri autoritativi, cogliendone le peculiarità in punto di effetti, non sempre definibili come innovativi della realtà sostanziale, secondo la classica triade costituzione-modificazione-estinzione, confronta: E. Del Prato, *I regolamenti privati*, cit., 398-399. Infine, per la natura negoziale dei contratti normativi, confronta: L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 3° ed., Napoli s.d., 280-281; già in precedenza, peraltro, un cenno in Santi Romano, *Autonomia*, cit., 27.

¹⁵⁵ Per la rilevanza giuridica dell'effetto che, in contrapposizione all'effetto costitutivo, si designa come conservativo, vedi, per tutti, A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 494; a conferma di tale rilievo, è possibile notare come nel diritto amministrativo sia un dato acquisito il rilievo propriamente giuridico del provvedimento negativo, come atto diretto alla conservazione della realtà giuridica; per tutti, confronta: B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, 2° ed., Milano 2003, 797 ss., specie 849-850.

1333 c.c., e del debitore nella rimessione del debito¹⁵⁶.

I rilievi svolti permettono di affermare che la produzione, da parte della delibera assembleare, di effetti a contenuto organizzativo non impedisce di riconoscere alla delibera natura di negozio giuridico; pertanto, deve essere mantenuto fermo, giusta le considerazioni precedentemente svolte, che il potere assembleare si inquadra all'interno del fenomeno dell'autonomia negoziale.

Prima di trarre le logiche conseguenze che da tale impostazione discendono sul piano della definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, dobbiamo, come già preannunciato, affrontare il tema della deliberazione di approvazione del bilancio.

14.

La delibera di approvazione del bilancio deve essere oggetto di separata considerazione, in ragione delle peculiarità che essa presenta -almeno secondo una tradizionale impostazione- rispetto alla generalità delle delibere; più in particolare, ai nostri fini occorre verificare se anche in relazione ad essa possa trovare applicazione l'impostazione adottata, la quale, come si è visto, riconosce alla delibera assembleare la natura di negozio giuridico.

Come si ricorderà, secondo le tesi negoziali classiche, la delibera costituisce un negozio giuridico tutte le volte in cui contenga una manifestazione di volontà diretta alla produzione di effetti giuridici; ove, invece, il contenuto della delibera sia diversamente qualificabile, ad essa non può essere riconosciuta natura negoziale. Orbene, a quest'ultimo riguardo, se si escludono le delibere aventi un contenuto non idoneo ad esprimere un effetto giuridico e, dunque, come tali, da qualificarsi come del tutto irrilevanti sul piano dell'ordinamento (l'esempio classico è la delibera di plauso agli amministratori), rimane, come unica ipotesi di delibera non avente natura di negozio, ma nondimeno produttiva di effetti giuridici, la delibera contenente una dichiarazione di scienza (o, secondo diversa terminologia, di giudizio o verità). Orbene, ciò che ai nostri fini rileva, è notare come la parte maggioritaria della dottrina negozialista, dopo aver condotto un esame sostanzialmente casistico delle delibere ad oggetto tipico, giunga alla conclusione che l'unica fattispecie di delibera a contenuto non negoziale, siccome contenente una dichiarazione di scienza,

¹⁵⁶ In questo modo vedi, in specie, Lener, *Potere*, cit., 614-616, il quale osserva che il soggetto può operare nella realtà giuridica, cioè agire conseguendo un risultato utile “che può consistere tanto nella modificazione di questa realtà, quanto nella sua conservazione-attuazione” e, poco oltre, che “il potere di autonomia privata non è diverso se si esplica, come è più frequente, nella modificazione di situazioni giuridiche del soggetto, o se invece il suo esercizio è inteso propriamente ad escludere o a paralizzare il verificarsi di certe modificazioni nella sua sfera.”

è rappresentata, per l'appunto, dalla deliberazione di approvazione del bilancio¹⁵⁷.

Occorre tuttavia avvertire che non tutti i sostenitori della tesi negoziale opinano in questo senso; alcuni, infatti, in senso contrario, affermano la natura negoziale anche della delibera di approvazione di bilancio¹⁵⁸.

Il punto di contrasto tra gli opposti orientamenti, dalla cui risoluzione discende la qualificazione in termini di negoziabilità o meno della delibera di bilancio, concerne il carattere dispositivo della stessa: se, infatti, ad essa deve essere riconosciuta efficacia dispositiva, ne consegue l'attributo della negoziabilità¹⁵⁹; ove, invece, si ritenga che la delibera in considerazione, a differenza della generalità degli altri casi, non sia dotata di tale efficacia, ma assuma, all'opposto, un contenuto meramente dichiarativo, tale qualificazione deve essere ad essa negata¹⁶⁰. In buona sostanza, il campo è diviso tra quanti sostengono che con la delibera di approvazione del bilancio si determini l'incisione della sfera patrimoniale dei soci e della società, e, dunque, un effetto dispositivo, e quanti, invece, negano tale effetto, assumendo che, con l'approvazione del bilancio, si abbia, più limitatamente, una presa d'atto della situazione patrimoniale e finanziaria della società, e, dunque, una dichiarazione di scienza (o, secondo diverse e meno ricorrenti formulazioni, di verità o giudizio) in ordine al modo d'essere di una situazione di fatto.

Dall'esame delle due diverse concezioni, è agevole rendersi conto del fatto che esse, pur giungendo ad opposte conclusioni, muovono da un punto di partenza condiviso: l'essere la natura e l'efficacia della delibera di approvazione del bilancio direttamente dipendente dalla qualificazione del bilancio stesso; in altri termini, la delibera di approvazione ha natura di negozio o di atto in

¹⁵⁷ Lo nota M. Cian, *La deliberazione negativa*, cit., 53-54, nota 33; in questo senso, espressamente, vedi, infatti, A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 28. A prescindere da tale notazione, ritengono che la delibera di approvazione del bilancio non abbia natura negoziale, ma contenga una dichiarazione di scienza: G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 71-72; E. Simonetto, *I bilanci*, Padova 1967, 350; B. Libonati, *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, I, Torino 1980, 804 ss., specie 807 ss.; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VII, 1, Torino 1994, 23 ss., specie 423 ss.; M. Ferrata – A. Pinamonti, *La delibera di bilancio*, I, Milano 2001, 720 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

¹⁵⁸ T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 333; A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 29, nota 2; P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico*, cit., 452; G. Rossi, *Utile di bilancio, riserve, dividendo*, Milano 1957, 111 ss.

¹⁵⁹ In questo senso, infatti, P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico*, cit., 452, il quale, pur rilevando che può porsi qualche dubbio in ordine alla natura di negozio giuridico dell'approvazione del bilancio, nondimeno ne afferma la natura negoziale, rilevando che “essa ha un effetto costitutivo, almeno nei confronti dei soci” (in modo, analogo, assumendo che la delibera di bilancio abbia efficacia costitutiva del diritto dei soci al dividendo, A. Donati, *L'invalidità della deliberazione*, cit., 29, nota 2). Più complessa la posizione di T. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, cit., 333 per il quale l'approvazione del bilancio “costituisce da parte dell'assemblea non solamente un atto di accertamento, ma anche un atto dispositivo. Costituisce un atto di accertamento nei riguardi della constatazione delle singole attività e passività del patrimonio sociale, e costituisce un atto dispositivo nei riguardi della distribuzione degli utili” (per una critica alla ricostruzione di Ascarelli, specialmente per la non configurabilità nella delibera di approvazione del bilancio di un negozio di accertamento, vedi, tra gli altri, A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 29 ss., specie 30; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 425); a favore della efficacia dispositiva della delibera di bilancio, è anche G. Rossi, *Utile di bilancio*, cit., 111 ss.

¹⁶⁰ Si rinvia agli autori citati, *supra*, alla nota 157.

senso stretto, a seconda che venga riconosciuta al documento contabile efficacia dispositiva o, all'opposto, meramente dichiarativa della situazione patrimoniale e finanziaria della società¹⁶¹.

Muovendosi all'interno di questa prospettiva, si potrebbe pervenire agevolmente alla conclusione della natura non negoziale della delibera che approva il bilancio; la moderna dottrina commercialistica ha infatti ormai dimostrato che al bilancio, in ragione della sua natura di documento rappresentativo della situazione patrimoniale e finanziaria della società, è estraneo ogni profilo dispositivo¹⁶².

Questa conclusione sarebbe, tuttavia, troppo affrettata.

Come è stato notato, appare scarsamente condivisibile il presupposto da cui la dottrina tradizionale muove, secondo cui la natura della delibera di bilancio deve essere desunta dalla qualificazione operata della funzione e degli effetti del documento contabile¹⁶³. Riteniamo, invece, che la natura della delibera di approvazione possa e debba essere ricostruita in modo autonomo rispetto al tema degli effetti del bilancio; il che consente, da un lato, di riconoscere, come appare corretto, al bilancio la qualità di documento rappresentativo, recante una dichiarazione di scienza, e, dall'altro lato, di procedere alla qualificazione della natura della delibera di approvazione senza che il risultato preliminare raggiunto ne condizioni l'esito.

Occorre compiere le necessarie precisazioni.

La ricostruzione tradizionale, sulla base della menzionata equiparazione, dal punto di vista della natura e degli effetti, tra bilancio e delibera di approvazione, una volta escluso che il bilancio costituisca una dichiarazione di volontà -in quanto non pone in essere alcun effetto dispositivo, volto a costituire, modificare, estinguere un rapporto giuridico-, e dopo aver conseguentemente riconosciuto che esso contiene una dichiarazione di scienza, rappresentativa dello stato patrimoniale della società, ne deduce che la delibera di approvazione consiste in un riconoscimento delle

¹⁶¹ Per questo rilievo: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 91-92. La coincidenza di natura e funzione tra bilancio e delibera di approvazione emerge molto chiaramente dalle indagini di: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, 28 ss.; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 71-72; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 424, il quale assume che la delibera di bilancio, in modo identico al progetto di bilancio redatto dagli amministratori, ha a suo nucleo una dichiarazione avente "per oggetto la *constatazione* che, dati certi piani aziendali (...), i valori correttamente attribuibili ai singoli componenti patrimoniali sono quelli risultanti dal documento."

¹⁶² In ragione della funzione rappresentativa esplicita dal bilancio, si assume che esso costituisca una dichiarazione di scienza, dotata di una mera efficacia dichiarativa; che il bilancio non abbia efficacia dispositiva è un dato ormai acquisito dopo che, da un lato, è stato chiaramente operata la distinzione tra la delibera di approvazione del bilancio e la delibera di distribuzione degli utili (A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 31; G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 71-72; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 94-95, nota 76; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 424); e, dall'altro lato, è stato posto in luce che il profilo discrezionale della valutazione, in cui il bilancio consta, è da ricondurre non già ad un profilo dispositivo, bensì ad un profilo di discrezionalità tecnica, necessariamente insito in una rappresentazione non già di un fatto, staticamente ed oggettivamente esistente, bensì in una rappresentazione necessariamente valutativa di una situazione patrimoniale della società (in questo modo, confronta: A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 30; E. Simonetto, *I bilanci*, cit., 349; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 96; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 425).

¹⁶³ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 91 ss., specie 94, 98.

risultanze contabili del bilancio. Per questa ragione, si ritiene che l'approvazione del bilancio non contenga una dichiarazione di volontà, bensì una dichiarazione riproduttiva degli elementi contabili contenuti nel bilancio, ciò che implica di operarne l'inquadramento nella categoria delle dichiarazioni non negoziali di scienza, o, secondo altra formulazione, di giudizio o di verità¹⁶⁴.

La conclusione circa la natura di atto giuridico in senso stretto della delibera di approvazione del bilancio poggia sull'assunto che essa, a differenza della generalità delle altre delibere, non pone in essere gli effetti tipici del negozio, che consistono nella costituzione, modificazione, estinzione di rapporti giuridici. E' dall'analisi dei valori realizzati che viene ricavata la natura della delibera: se essa non incide su situazioni giuridiche soggettive –se essa, cioè, non realizza un valore tipicamente negoziale-, ma assume un'efficacia meramente dichiarativa, allora essa non contiene una manifestazione di volontà diretta alla realizzazione di effetti innovativi nella realtà sostanziale, ciò da cui discende che ad essa non può essere riconosciuta la natura di negozio giuridico¹⁶⁵.

In questa prospettiva, il bilancio e, dunque, secondo l'impostazione adottata, anche la delibera che lo approva, esauriscono il proprio rilievo nella funzione informativa che essi, in quanto dichiarazioni rappresentative, esplicano a favore dei soci e dei terzi in merito alla situazione patrimoniale e finanziaria della società che riproducono.

Questa ricostruzione non sembra però condivisibile.

Invero, se appare corretto ricostruire il bilancio come documento rappresentativo di una situazione fattuale e giuridica e, conseguentemente, ricondurlo tra le dichiarazioni non negoziali di scienza o di verità, non è però corretto ritenere che analoga natura debba essere riconosciuta alla delibera che lo approva, assumendo che la stessa esaurisca il proprio valore nella riproduzione degli elementi contabili di cui il bilancio stesso si compone. In questo modo, infatti, è del tutto obliterato il valore, tipicamente organizzativo, che assume la delibera di approvazione del bilancio.

Su quest'ultimo profilo si deve ora soffermare la nostra attenzione.

Che la delibera di approvazione non possa esplicare una mera funzione informativa relativamente alle risultanze contabili, emerge, intanto, dalla stessa circostanza che la legge preveda

¹⁶⁴ In questo modo, espressamente: G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 71-72; E. Simonetto, *I bilanci*, cit., 350; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 423 ss.; in senso parzialmente diverso, pur riconoscendo al bilancio natura di dichiarazione di scienza, assume che la delibera di approvazione esprima il gradimento dei soci sulla gestione seguita dagli amministratori, B. Libonati, *Bilancio delle società*, cit., 807, 810.

¹⁶⁵ Per questo modo di procedere vedi, in particolare, G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni*, cit., 71-72 e A. Candian, *Nullità e annullabilità*, cit., 28 ss., specie 31 ss., il quale, per negare che il bilancio –e, dunque, nell'impostazione adottata, anche della delibera che lo approva- costituisca un negozio giuridico, procede alla dimostrazione che esso non assume efficacia dispositiva, rilevando che ad esso non consegue né un effetto di disposizione riguardo agli utili, né un effetto di liberazione da responsabilità degli amministratori, né effetti dispositivi in caso di consapevole approvazione di un bilancio falso, né, infine, effetti dispositivi ricollegabili ad autonome dichiarazioni negoziali in esso contenute.

un atto assembleare di approvazione del documento contabile¹⁶⁶. Invero, se la delibera esaurisse il proprio rilievo nella funzione informativa, dovremmo ammettere di trovarci di fronte ad una duplicazione degli strumenti preordinati all'assolvimento di una medesima funzione; non è chi non veda, infatti, che, una volta riconosciuto alla delibera un contenuto meramente riproduttivo delle risultanze del documento contabile, la funzione informativa si presta ad essere esplicita ed esaurita direttamente da quest'ultimo, senza che, a tal fine, sia necessaria l'approvazione assembleare o, quantomeno, senza che la funzione perseguita rimanga inattuata in mancanza della delibera. Prova ne è, ci sembra, che, ove lo scopo perseguito dalla legge sia, per l'appunto, uno scopo meramente informativo circa la situazione patrimoniale e finanziaria della società, questo venga perseguito mediante la sola previsione della redazione di un documento contabile che non necessita della delibera di approvazione. Così è, infatti, nel caso del bilancio consolidato di gruppo, il quale, assolvendo una mera funzione informativa relativamente alla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del gruppo, non necessita, a differenza del bilancio di esercizio, di approvazione da parte dell'assemblea (cfr. artt. 25-43, d.lgs. 9 Aprile 1991, n. 127)¹⁶⁷.

Ma non solo; ulteriori elementi a favore della posizione qui sostenuta possono essere tratti dalla considerazione del mezzo di tutela, a carattere tipicamente costitutivo, apprestato dal legislatore avverso la delibera di bilancio.

Invero, se la delibera di approvazione assumesse realmente un valore meramente riproduttivo delle risultanze del bilancio, e, dunque, un'efficacia meramente dichiarativa, non vi sarebbe alcuna necessità di riconoscere avverso di essa l'azione di impugnazione, la quale, invece, non solo è stata sempre pacificamente ammessa, ma è stata oggetto di speciale considerazione da parte del riformatore, che ha dettato il nuovo art. 2434 *bis* c.c.. La previsione di un'azione a carattere costitutivo, la quale incide, caducandola, sulla delibera di approvazione e che, di per sé non ha ad oggetto, o, almeno, non direttamente, il documento contabile, già a livello intuitivo dovrebbe suggerire che alla delibera si ricollegano effetti giuridici in via autonoma, a fronte dei

¹⁶⁶ Osserva C. Angelici, *Società per azioni*, cit. 1011, che l'opinione secondo cui il bilancio esplica una funzione meramente informativa, "non è in grado di rendere compiutamente ragione della necessità dell'intervento assembleare" e, poco oltre, che se la funzione informativa del bilancio è ricollegata con il significato del bilancio quale "rendiconto" degli amministratori, rimane "oscuro il ruolo della deliberazione assembleare di approvazione."

¹⁶⁷ Sul punto, nel senso indicato, confronta: G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 6° ed. a cura di M. Campobasso, Torino 2006, 484 ss.; G.E. Colombo, *Bilancio. II*), *diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, V, Roma 1988, 14, il quale rileva che il bilancio consolidato è imposto a fini informativi ed "è invece del tutto privo di funzioni "organizzative": esso non serve a determinare l'utile distribuibile, né ad imporre l'accantonamento di riserve, o interventi sul capitale, né a commisurare diritti di partecipazione di terzi all'utile.". Ancor più chiaramente, la correlazione tra la mancanza dell'approvazione assembleare e l'assenza di valori organizzativi realizzati dal bilancio, è posta in luce da B. Libonati, *Bilancio delle società*, cit., 834 il quale osserva che "sembra doveroso concludere che il bilancio consolidato resti una vicenda da cui l'assemblea è esclusa. (...) Sta di fatto comunque che la logica del sistema induce a considerare il bilancio di gruppo come qualcosa di sostanzialmente diverso dal bilancio di esercizio della singola società, perchè è privo di valore organizzativo nell'ambito del gruppo, ed è diretto soltanto a fornire informazioni."

quali si pone, in caso di illegittimità, l'esigenza della loro rimozione. Il che ci sembra dimostrato dal dibattito, aperto nella dottrina commercialistica, in merito allo strumento di controllo della veridicità del bilancio e, correlativamente, dello strumento di reazione avverso un bilancio falso¹⁶⁸.

Come è noto, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti risolvono il problema configurando il bilancio quale oggetto della delibera di approvazione; in questo modo, la falsità o, più in generale, i vizi del documento contabile costituiscono, allo stesso tempo, illiceità dell'oggetto della delibera che lo approva, con conseguente esperibilità dell'azione di nullità della delibera *ex art. 2379 c.c.*¹⁶⁹.

E' altrettanto noto, però, come, nella dottrina commercialistica, sia stata avanzata anche una diversa soluzione, la quale ha significativamente negato che l'impugnazione della delibera possa costituire efficace strumento di reazione avverso la falsità del bilancio: invero, in questo caso, l'attore non mira a far dichiarare non prodotti gli effetti della delibera (che, peraltro, nell'impostazione tradizionale, la delibera, per sua natura, non produce), quanto, piuttosto, all'approvazione di un nuovo bilancio, emendato delle falsità, di guisa che lo strumento di tutela *naturaliter* applicabile nella specie dovrebbe essere, più che l'azione di nullità avverso la delibera di approvazione del bilancio, piuttosto un'azione di accertamento che, in via diretta, abbia ad oggetto il bilancio, al fine di vedere dichiarate le difformità del documento contabile rispetto ai criteri legali di compilazione¹⁷⁰.

Noi non vogliamo, evidentemente, prendere posizione sul complesso tema, il quale, peraltro, alla luce del nuovo art. 2434 *bis* c.c. e delle modifiche apportate all'art. 157, comma 1, del d.lgs. 24 Febbraio 1998, n. 58, sembra oggi trovare una soluzione univoca, nel senso di dover ritenere che la mancata conformità del bilancio ai criteri di redazione trova sanzione e, dunque, debba essere fatta valere, mediante l'impugnazione della delibera di approvazione¹⁷¹.

¹⁶⁸ Per una sintesi del dibattito, si rinvia a G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 440 ss.

¹⁶⁹ In questo modo, per tutti, confronta: G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 429 ss., 445 ss.; il principio è pacifico in giurisprudenza (per un'applicazione recente, confronta: Cass., 20 Luglio 2007, n. 16159; Cass., 2 Maggio 2007, n. 10139).

¹⁷⁰ B. Libonati, *Bilancio delle società*, cit., 829 ss.; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 99-100, nota 96; Id., *Vizi del bilancio e vizi della delibera di approvazione*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, 809 ss., specie 817 ss.; nega che il bilancio possa costituire l'oggetto della deliberazione assembleare di approvazione, e, di conseguenza, che il mancato rispetto delle regole di redazione del bilancio possa dar luogo a nullità della delibera stessa, a norma dell'art. 2379, anche C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 1012.

¹⁷¹ Rileva che, a seguito della riforma del 2003, l'opinione, secondo cui avverso il bilancio redatto *contra legem* sia esperibile un'azione di accertamento, deve essere abbandonata a favore della tesi secondo cui il rimedio è apprestato dall'azione di impugnazione della delibera di approvazione, anche G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 476, nota 66. In questo senso, gioca, infatti, a nostro avviso, un ruolo decisivo il nuovo comma 3 dell'art. 2434 *bis*, ai sensi del quale il bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità della delibera di approvazione del bilancio "tiene conto delle ragioni di questa", sistematicamente interpretato alla luce dell'art. 157, comma 1, del d.lgs. 58/1998, come modificato dal d.lgs. 6/2003, a norma del quale, in materia di società quotate, la delibera di approvazione del bilancio può essere impugnata "per mancata conformità del bilancio alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione"; sulla nuova disciplina della azione di impugnazione del bilancio, vedi, per tutti: A. Genovese, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale,

Ai nostri fini, infatti, non rileva tanto individuare lo strumento di tutela esperibile avverso i vizi contenutistici del bilancio, quanto, piuttosto, porre in luce che questa tematica ha per presupposto la alterità funzionale e strutturale tra il bilancio e la delibera di approvazione, che la tesi criticata, invece, nega. Anche se si ammette, infatti, come oggi appare corretto, che i vizi afferenti al bilancio devono (e non possono che) essere fatti valere mediante l'impugnazione della delibera che lo approva, ciò non può far velo sulla circostanza che, in mancanza di una previsione legale in tal senso, nei loro confronti la forma di tutela naturalmente esperibile sarebbe di mero accertamento: i vizi del bilancio, infatti, sono vizi propri di una dichiarazione rappresentativa di una determinata situazione fattuale e giuridica, in ordine ai quali la tutela è apprestata da un'azione che tenda all'accertamento della difformità della realtà rappresentata rispetto alla realtà esistente. Ciò è confermato, ancora una volta, dal riferimento alla disciplina dettata per il bilancio consolidato: in questo caso, in cui, come si è detto, la delibera di approvazione manca, la tutela avverso una rappresentazione infedele della situazione contabile nel documento è costituita da un'azione di accertamento avente ad oggetto la conformità del bilancio consolidato alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione, come è espressamente previsto, in materia di società quotate, dall'art. 157, comma 1, ult. periodo, del d.lgs. n. 58/1998¹⁷². Se si concorda con quanto si è fin qui detto, allora occorre riconoscere che, quando ci si trova di fronte alla previsione di una forma di tutela demolitoria, che si esplica nel senso della rimozione dell'atto nei cui confronti è diretta -come avviene indubbiamente nell'azione di impugnativa della delibera di approvazione-, siamo in presenza di una fattispecie che non esaurisce il proprio rilievo nella rappresentazione di una determinata situazione di fatto o di diritto -in relazione alla quale, come detto, la tutela concessa avrebbe contenuto di mero accertamento-, bensì che produce effetti giuridici modificativi della realtà sostanziale, alla cui rimozione è diretto l'esperimento dell'azione costitutiva.

Quanto osservato dimostra che la delibera di approvazione del bilancio non si limita alla riproduzione degli elementi contabili risultanti dal bilancio, ma produce effetti giuridici che incidono sulla realtà sostanziale, in relazione ai quali è predisposta una forma di tutela a carattere reale, avente contenuto demolitorio, che, in caso di illegittimità, consente di ottenerne la

Torino 2006, 2, 219 ss., specie 222 ss., e 244 (per i rapporti tra l'art. 2434 *bis* e l'art. 157 d.lgs. 58/1998); G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino 2006, 293 ss., specie 303 ss.

¹⁷² Prevede infatti l'art. 157, comma 1, ult. periodo, del d. lgs. 58/1998 che "Tanti soci che rappresentano la medesima quota di capitale della società con azioni quotate possono richiedere al tribunale di accertare la conformità del bilancio consolidato alle norme che ne disciplinano i criteri di redazione". Per un'applicazione giurisprudenziale di tale principio, con riferimento al bilancio redatto dal commissario straordinario, anch'esso non bisognoso della delibera di approvazione, confronta: Cass., 29 Aprile 2004, n. 8204 (che, in motivazione, per suffragare l'ammissibilità dell'azione di accertamento -nella specie, di nullità- interposta avverso il bilancio del commissario, richiama proprio la disciplina dettata dal legislatore per il bilancio consolidato dei gruppi).

rimozione¹⁷³.

I risultati cui è pervenuta recente dottrina commercialistica confortano la conclusione raggiunta e contribuiscono ad offrirne ulteriore precisazione e conferma.

E' ormai superata, infatti, la più risalente concezione del bilancio come mero strumento informativo, a favore di una ricostruzione che valorizza gli effetti organizzativi che si ricollegano alla sua approvazione¹⁷⁴; come è stato notato “la sola approvazione del bilancio modifica efficacemente l'organizzazione societaria, nel senso di aprire la strada a una valida ed efficace azione sociale, ad opera dei diversi organi nelle rispettive sfere di competenza”¹⁷⁵. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di distribuzione degli utili, che è condizionata alla circostanza che essi risultino da un bilancio in ordine al quale si è avuta l'approvazione assembleare (art. 2433 c.c.) ed all'obbligo di riduzione del capitale, che scatta in corrispondenza di perdite maggiori di un terzo del capitale, che risultino accertate dalla delibera di approvazione del bilancio (art. 2446, comma 2, c.c.)¹⁷⁶.

Si deve pertanto riconoscere che la delibera di approvazione del bilancio assume, secondo la terminologia adottata, un valore tipicamente sociale, di natura organizzativa: essa pone, infatti, una fondamentale regola dell'organizzazione societaria, su cui si innesta lo svolgimento dell'attività successiva, la quale è direttamente condizionata, nei suoi contenuti e nelle sue concrete possibilità di esercizio, dalle risultanze del bilancio in ordine al quale è intervenuta l'approvazione.

Prima di procedere oltre, occorre sgombrare il campo da una possibile obiezione.

Dobbiamo, infatti, prendere in considerazione la ricostruzione formulata da una dottrina autorevole, secondo cui, in senso contrario a quanto da noi sostenuto, la delibera di approvazione,

¹⁷³ Seppur ad altri fini, e sotto altro aspetto, la stretta correlazione tra la disciplina dell'azione di impugnazione della delibera di bilancio e gli effetti organizzativi da questa realizzati, è sottolineata anche da A. Genovese, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 224 ss., 230 ss.

¹⁷⁴ In questo senso, per il valore organizzativo (o, altrimenti detto, operativo) del bilancio, e non meramente informativo, confronta: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 93-94, 98-99; C. Angelici, *Società per azioni*, cit., 1011 ss.; B. Libonati, *Bilancio delle società*, cit., 807 ss., 829 ss.; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 434; G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., (Milano 1998), 113-114, 302 ss.; Id., *Gli effetti dell'invalidità*, cit., (Torino 2006), 304 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 447; A. Genovese, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, cit., 224 ss., 230 ss.; M. Santaroni, *Bilancio*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, II, Torino 1987, 209 ss., specie 212. Conforme sul punto la dottrina tedesca, nella quale ricorre l'affermazione secondo cui la delibera di bilancio produce effetti giuridici nella sfera della società (in questo modo, per tutti, confronta: C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 940).

¹⁷⁵ G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità*, cit., (Milano 1998), 113-114, e vedi anche 302 ss.

¹⁷⁶ Le fattispecie prospettate sono meramente esemplificative; per una più completa esposizione degli effetti organizzativi del bilancio approvato, vedi G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 434-435, il quale offre il seguente quadro di insieme: “determinazione degli utili d'esercizio, della quota di essi da destinare a riserva legale e ad eventuali riserve statutarie, della misura massima di utile distribuibile; determinazione del capitale “esistente” ai fini dell'emettibilità di obbligazioni; determinazione del limite di somma impiegabile per l'acquisto di azioni proprie o di azioni della società controllante; misurazione del compenso quotativo eventualmente spettante ad amministratori, dipendenti partecipanti agli utili, finanziatori partecipanti; misurazione della quota spettante al socio recedente; eventuale obbligo di riduzione del capitale per perdite nelle ipotesi degli artt. 2446, comma 2 e 2447 c.c. (e scioglimento della società se, nell'ipotesi dell'art. 2447, non si provveda alla riduzione reintegra del capitale o alla trasformazione).”

quantunque atto formativo del bilancio, non ne costituisce, tuttavia, l'atto finale, che riassume ed esprime direttamente i valori che il procedimento tendeva ad attuare, ma ne rappresenta un mero "requisito, esterno e distaccato, di perfezione"¹⁷⁷; con la conseguenza che "alla fine e come risultato del procedimento non abbiamo un "atto", la deliberazione, cui vadano riportati i cd. "effetti del bilancio (...); al termine abbiamo un "bilancio", la dichiarazione rappresentativa (...), che esplica il suo particolarissimo valore, se approvato"¹⁷⁸.

Come ognuno vede, se questa ricostruzione fosse corretta, ne discenderebbe che l'effetto organizzativo non dovrebbe essere riportato alla delibera, quanto all'esistenza del fatto, per come esso risulta dal bilancio regolarmente approvato¹⁷⁹.

Non sembra, tuttavia, che la tesi in parola riesca effettivamente a dimostrare che la produzione dell'effetto è ricollegata direttamente al bilancio, anziché alla delibera di approvazione; come è stato osservato, la diversa formulazione impiegata non basta "per negare che gli effetti, che la legge ricollega al bilancio, si producono solo ed in quanto il bilancio sia approvato dall'assemblea"¹⁸⁰.

Il tentativo di svalutazione del ruolo dell'approvazione a mera condizione di rilevanza del fatto rappresentato nel bilancio non sembra riuscito, una volta riconosciuto -come questa dottrina del resto non nega¹⁸¹- che le conseguenze organizzative non sono semplicemente ricollegate dalla legge al fatto rappresentato al bilancio, bensì sono a tali fatti ricollegati in quanto essi risultino dal bilancio regolarmente approvato¹⁸². Se poniamo questo dato in relazione con l'altro -anch'esso non contestato dalla moderna dottrina¹⁸³- per il quale la sequenza di diversi atti che intervengono nella formazione della fattispecie "bilancio approvato" costituiscono un procedimento in senso tecnico, è possibile ottenere la soluzione del problema che ci occupa. Come è noto, infatti, secondo un'autorevole e condivisa ricostruzione, peraltro già ricordata, il procedimento è una serie di atti connessi, preordinato alla produzione di un determinato effetto giuridico, il quale non discende dal complesso degli atti che compongono il procedimento, ma dipende esclusivamente dall'atto finale,

¹⁷⁷ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 92, nota 64.

¹⁷⁸ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 98, nota 94.

¹⁷⁹ In questo modo, infatti, P. Ferro-Luzzi, *Vizi del bilancio*, cit., 817-818; Id., *La conformità*, cit., 97-98, nota 94.

¹⁸⁰ G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 434, nota 178.

¹⁸¹ P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 94.

¹⁸² Ad esempio: l'esistenza di utili ha valore organizzativo, in ordine alla possibilità di adottare la delibera di distribuzione, in quanto essi risultino da un bilancio regolarmente approvato (art. 2433, comma 2, c.c.); in modo analogo, la misura del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili rilevante per la emissione del prestito obbligazionario deve risultare dall'ultimo bilancio approvato (art. 2412, comma 1, c.c.).

¹⁸³ Per ogni opportuno riferimento, anche alle più risalenti tesi che qualificavano la fattispecie di bilancio quale atto complesso, e per le ragioni della non accoglibilità di questa ricostruzione, confronta: G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 426 ss.

che conclude il procedimento¹⁸⁴. Pertanto, una volta riconosciuto che, anche nel caso ora in considerazione, non diversamente da quanto comunemente è dato riscontrare nell'osservazione del fenomeno deliberativo, la fattispecie produttiva di effetti ha a suo nucleo una struttura procedimentale, di cui la delibera è l'atto conclusivo, è conclusione necessaria imputare esclusivamente alla delibera la produzione dell'effetto.

In definitiva, alla luce delle osservazioni svolte, è possibile affermare che l'effetto organizzativo si produce al termine di una sequenza procedimentale, preordinata alla produzione della fattispecie "bilancio approvato", di cui il documento contabile predisposto dagli amministratori è elemento intermedio, e di cui è atto conclusivo la delibera assembleare di approvazione; ciò da cui discende che l'effetto organizzativo, quale effetto finale realizzato dalla sequenza, deve essere ricollegato all'atto conclusivo della stessa, costituito, per l'appunto, dalla delibera di approvazione; per contro, si deve escludere l'imputazione dell'effetto organizzativo direttamente al bilancio, ossia direttamente ai fatti rappresentati nel documento¹⁸⁵.

14.1

Una volta dimostrato che la produzione dell'effetto giuridico a contenuto organizzativo, che discende dal bilancio approvato, deve essere correttamente ricollegato al solo atto conclusivo del procedimento, ossia esclusivamente alla deliberazione assembleare di approvazione, è possibile passare ad affrontare la questione veramente centrale ai fini del nostro tema: l'individuazione della tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui la fattispecie è riconducibile, e, dunque, il problema della natura giuridica della delibera di bilancio.

Si pone, essenzialmente, un'alternativa tra due opposte ricostruzioni: l'una, secondo cui la delibera di bilancio ha per contenuto la rappresentazione della situazione contabile della società, implica il riconoscimento che gli effetti a contenuto organizzativo sono ad essa obiettivamente ricollegati dalla legge; l'altra, per la quale gli effetti organizzativi realizzati costituiscono l'oggetto della delibera, postula che il procedimento assembleare di approvazione del bilancio è diretto alla loro produzione, mentre la legge si limita ad operarne il riconoscimento.

Ci sembra che la soluzione da accogliere sia quest'ultima e, dunque, che vada respinta la tesi secondo cui la delibera di approvazione del bilancio ha contenuto di dichiarazione di scienza (o di giudizio) e debba essere affermata l'opposta concezione per la quale essa ha natura di negozio giuridico, secondo la ricostruzione generale delineata nei paragrafi precedenti.

¹⁸⁴ E. Fazzalari, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, cit., 824-825; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, cit., 3.

¹⁸⁵ In questo senso, per tutti: G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 426 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

Da un punto di vista generale, infatti, si è visto come debba operarsi una netta scissione tra bilancio e delibera di approvazione, nel senso che la natura e la funzione di questa non dipende dalla natura e funzione di quello, di guisa che, pur riconosciuta al bilancio la natura di dichiarazione di scienza, avente ad oggetto la situazione contabile della società, da ciò non discende necessariamente il riconoscimento di identica natura alla delibera che lo approva. Da un punto di vista più specifico, d'altronde, si anche è notato come a questa si ricollegli la produzione di effetti giuridici a contenuto organizzativo, ciò che consente di escludere che essa esaurisca il proprio rilievo nell'esplicazione di una funzione informativa.

Se tutto questo è vero, allora ne discende che, per continuare a sostenere che la delibera contenga una mera dichiarazione di scienza, di riconoscimento delle risultanze contabili del bilancio, occorre altresì assumere che ad essa gli effetti organizzativi posti in essere siano collegati in modo obiettivo dalla legge. In questo senso, infatti, autorevole dottrina, muovendo dalla premessa che la deliberazione di approvazione del bilancio abbia “per oggetto la *constatazione* che (...) i valori correttamente attribuibili ai singoli componenti patrimoniali sono quelli risultanti dal documento”¹⁸⁶, ne deduce che essa non è idonea a realizzare effetti negoziali, e che gli effetti posti in essere siano alla fattispecie collegati dalla legge, potendosi pertanto definire come effetti “legali”¹⁸⁷.

Non ci sembra, tuttavia, che l'opinione, pur autorevolmente sostenuta, sia condivisibile.

Invero, in questa ricostruzione, la qualifica della delibera di approvazione come dichiarazione di scienza è svolta al fine di negare la validità delle tesi, già ricordate, che alla delibera di bilancio assegnano efficacia dispositiva in ordine alla distribuzione degli utili o natura di negozio di accertamento¹⁸⁸; questo, tuttavia, senza offrire in positivo la dimostrazione che la delibera, in modo identico al bilancio, è una dichiarazione avente per oggetto la constatazione che i valori attribuibili agli elementi patrimoniali sono quelli risultanti dal documento. A noi sembra, invece, che, una volta riconosciuta la natura di dichiarazione di scienza del bilancio, e rilevata la possibilità di ricostruire in modo autonomo la natura e la funzione della delibera di approvazione, la soluzione da dare a quest'ultimo problema rimanga del tutto impregiudicata; essa, infatti, dipende esclusivamente dalla tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui si ritiene di ricondurre la sequenza deliberazione di approvazione-effetti organizzativi.

Come già si è detto, per l'inquadramento della delibera all'interno della categoria dei negozi

¹⁸⁶ G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 424.

¹⁸⁷ Osserva infatti G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 434: “Non costituendo dichiarazione di volontà, la delibera di approvazione del bilancio non è idonea a produrre effetti *negoziali*; ciò non significa tuttavia che essa non produca effetti *legali*. In altre parole, la deliberazione assembleare, completando il procedimento, produce la fattispecie “bilancio sociale” con gli effetti che ad essa la legge collega.”

¹⁸⁸ G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 423 ss., specie 424-425.

o, all'opposto, all'interno di quella degli atti in senso stretto, è dirimente constatare che gli effetti da essa prodotti siano o meno gli effetti avuti di mira dal soggetto agente¹⁸⁹; il che val quanto dire che il punto decisivo risiede nel verificare se gli effetti organizzativi realizzati dalla delibera di bilancio siano ad essa obiettivamente imputati oppure se non debba piuttosto riconoscersi che essi siano gli effetti alla cui produzione si è determinato il soggetto, al quale è attribuito il potere di produrli.

L'osservazione della procedura di approvazione del bilancio sembra dimostrare la correttezza di questa seconda opzione.

Chi ritiene che la delibera di approvazione del bilancio contenga una mera dichiarazione di scienza, avente ad oggetto le risultanze contabili espresse nel bilancio, sembra operare una finzione per molti versi analoga a quella già denunciata in sede di critica alle tesi procedimentali; finzione che consiste nel ricollegare la produzione di effetti giuridici alla realizzazione di una fattispecie che si assume essere posta in essere ad un fine diverso -la constatazione della conformità dei valori contabili espressi nel bilancio alla reale consistenza degli elementi patrimoniale e finanziari- rispetto alla realizzazione del valore giuridico che ad essa effettivamente consegue.

Invero, l'opinione criticata sarebbe condivisibile, se si potesse sostenere che, con la sottoposizione all'assemblea del documento contabile, i soci sono chiamati ad esprimere il proprio voto soltanto in ordine alla corrispondenza, o meno, dei valori contabili espressi nel bilancio, alla effettiva consistenza degli elementi patrimoniali della società.

In realtà, appare dubbio che la delibera di approvazione del bilancio si esaurisca in una mera attività di controllo della *legittimità* e *regolarità* della rilevazione degli elementi patrimoniali compiuta nel bilancio¹⁹⁰. Invero, la circostanza, pacificamente ammessa, che l'assemblea ben può rifiutare l'approvazione di un bilancio formalmente e contenutisticamente perfetto, così come il fatto che, almeno secondo parte maggioritaria della dottrina, il consesso può apportarvi le modificazioni ritenute opportune, induce a riconoscere all'approvazione del bilancio una ben più penetrante valenza¹⁹¹; più precisamente, che la delibera rappresenti un atto di controllo sul *merito* della gestione compiuta e di indirizzo del successivo svolgimento dell'attività sociale, che, giusta l'effetto organizzativo che ad essa consegue, è influenzata in modo determinante dalla delibera di

¹⁸⁹ In questo modo, vedi, *supra*, parr. 12 e 13, ove anche il rilievo secondo cui la circostanza per la quale la delibera non abbia a suo nucleo una dichiarazione di volontà non è di per sé decisiva per escluderne la natura di negozio giuridico così come, ad analogo fine, nessun rilievo ha la notazione della particolare natura degli effetti realizzati, rispetto a quelli ordinariamente prodotti dal negozio individuale.

¹⁹⁰ Per questi rilievi: P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 98, nota 92; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 421 ss.

¹⁹¹ Che l'assemblea possa rifiutare l'approvazione di un bilancio conforme alle regole legali di redazione è, come detto, opinione condivisa; maggiormente discussa ma per lo più risolta in senso affermativo, è la questione se l'assemblea possa modificare il progetto di bilancio sottoposto alla sua approvazione (in questo senso: E. Simonetto, *I bilanci*, cit., 353; P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 98, testo e note; G.E. Colombo, *Bilancio d'esercizio*, cit., 421 ss.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, cit., 474 ed *ivi* nota 62, cui si rinvia anche per i riferimenti di dottrina di segno contrario).

approvazione. La possibilità per l'assemblea di non approvare il bilancio, ed, eventualmente, di procedere anche alla sua modificazione, dimostra, ci sembra, che, con la sottoposizione del bilancio all'assemblea, non è in gioco la mera valutazione di conformità del bilancio ai criteri redazionali, ma, in modo assai più significativo, l'indirizzo dell'attività sociale, che, come segnalato, si innesta e non può prescindere dalla regola fondamentale di organizzazione che la delibera di bilancio pone in essere¹⁹². Del resto, come si era notato, è proprio il valore che si ricollega al bilancio approvato, sul piano della modificazione dell'organizzazione societaria e del successivo svolgimento dell'attività sociale, a far emergere la alterità tra bilancio e delibera di approvazione: l'uno, documento rappresentativo della situazione di patrimoniale; l'altra, atto produttivo di un valore organizzativo conforme alla risultanze del documento contabile. Non può, dunque, non destare insoddisfazione una tesi che, come quella criticata, dall'oggetto della delibera di bilancio espunge proprio il suo valore proprio e caratteristico, ossia la regolamentazione della situazione a carattere organizzativo. Sembra preferibile sostenere, quindi, che, ad essere oggetto della votazione, molto più che la conformità dei risultati contabili alla effettiva situazione patrimoniale ed economica della società, è la produzione o meno di quel determinato valore organizzativo che si può realizzare in conformità delle risultanze del documento contabile sottoposto ad approvazione; in altri termini, secondo la terminologia già utilizzata, gli effetti organizzativi sono l'oggetto della proposta di delibera assembleare concernente l'approvazione del bilancio. In questo modo, si riconosce che il valore organizzativo, che si produce in seguito all'adozione della delibera, rappresenta, in senso tecnico, l'oggetto, il contenuto dell'atto che lo realizza, ciò che consente di affermare che l'effetto giuridico posto in essere è l'effetto alla cui produzione era preordinato il procedimento assembleare che si è concluso con l'adozione della delibera di approvazione del bilancio.

Le osservazioni compiute consentono di dare soluzione al problema prospettato.

Dimostrato che la delibera di bilancio pone in essere rilevanti effetti giuridici a contenuto organizzativo; osservato che il valore organizzativo costituisce il contenuto della delibera, e, dunque, l'oggetto della regolamentazione posta in essere; si deve negare che gli effetti realizzati siano imputati obiettivamente alla fattispecie dalla legge e riconoscere che il valore organizzativo si produce in quanto la fattispecie medesima è stata posta in essere al fine della sua realizzazione. In questo modo, è dimostrato che l'effetto organizzativo deve essere ricondotto alla predeterminazione, in ordine alla sua produzione, del soggetto che pone in essere la fattispecie da cui esso si origina, il quale è titolare di un corrispondente potere; ciò che consente di riconoscere la natura di negozio giuridico anche alla delibera di approvazione del bilancio e, conseguentemente, di

¹⁹² P. Ferro-Luzzi, *La conformità*, cit., 98.

operarne la riconduzione nell'ambito dei fenomeni di autonomia privata¹⁹³.

15.

All'esito del lungo discorso svolto, è possibile passare a definire i limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari; per maggior chiarezza sembra peraltro opportuno compiere una breve sintesi del percorso compiuto e dei risultati raggiunti nel corso dell'indagine.

Muovendo dalla considerazione che il concetto di disponibilità del diritto deve essere collocato all'interno del più ampio tema del potere di autonomia privata, abbiamo constatato che, nel nostro sistema, tale concetto si presta a definire, in modo assai ampio, l'area degli effetti che il soggetto, nell'esercizio del suo potere di autonomia privata, può produrre sul piano dell'ordinamento giuridico. Questa constatazione, insieme con la rilevata mancanza di indici normativi atti a definire il concetto, ha consentito di porre la premessa secondo cui la nozione di indisponibilità non è unitaria, ma varia a seconda della funzione che, di volta in volta, è chiamata ad assolvere e della struttura dell'istituto in relazione al quale opera.

Sulla base di questa impostazione, la soluzione del problema dei limiti oggettivi alla compromettibilità è risultato essere strettamente dipendente dalla natura dell'arbitrato rituale; si è visto, infatti, che, solo se nel fenomeno arbitrale è riscontrabile un atto di autonomia privata diretto alla regolamentazione della situazione giuridica controversa, può dirsi corretta l'utilizzazione del concetto di indisponibilità quale limite, variamente configurabile, all'autonomia negoziale.

L'analisi compiuta ha peraltro dimostrato che in nessun momento della vicenda arbitrale vi è esercizio del potere dispositivo relativamente alla situazione sostanziale che ne è oggetto; né il lodo, né, ancor prima, la convenzione arbitrale producono, infatti, effetti costitutivi sul rapporto giuridico compromesso. Non il lodo, che non è un negozio giuridico, bensì un atto di accertamento, avente efficacia dichiarativa; non la convenzione arbitrale, che, seppur negozio, incide soltanto indirettamente sul rapporto giuridico compromesso, risolvendo i propri effetti nella sottrazione della controversia insorta alla giurisdizione statale e nella attribuzione della *potestas iudicandi* su di essa agli arbitri. In questo modo, è stato possibile escludere che, ai fini della determinazione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, occorra identificare, sul piano del diritto sostanziale, gli effetti giuridici che, per il caso del divieto della loro produzione in via di autonomia privata, determinano la qualifica di indisponibilità del rapporto giuridico.

Sulla base della ricostruzione adottata, il concetto di indisponibilità rilevante per la

¹⁹³ In modo conforme, nella dottrina tedesca: C.H. Barz, *sub § 119*, cit., 940.

definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità è stato modellato sugli effetti che la convenzione arbitrale realizza, atteso che è questo l'unico momento in cui, nel fenomeno arbitrale, si assiste all'esercizio del potere di autonomia privata. Dimostrato che con il patto compromissorio non si attua la costituzione, modificazione, estinzione, né, più in generale, la regolamentazione della situazione giuridica che ne è oggetto; rilevato che la convenzione arbitrale incide sul diritto solo in via indiretta, dato che essa si limita ad attribuire agli arbitri il potere di regolamentare in modo giuridicamente vincolante una determinata relazione giuridica; abbiamo dedotto che, ai fini della compromettibilità in arbitri, devono ritenersi disponibili le situazioni giuridiche in ordine alle quali è rilevante il potere di autonomia privata quale fonte della loro regolamentazione: nella misura in cui le parti possono autonomamente dettare l'assetto dei propri interessi relativamente a un bene della vita, esse possono allo stesso tempo decidere che siano terzi, in loro vece, a dettare la regola del rapporto giuridico. In modo speculare, al concetto di indisponibilità devono essere ascritte soltanto quelle situazioni sostanziali in ordine alle quali risulta precluso, o comunque irrilevante, il potere di autonomia privata quale fonte della loro regolamentazione.

Dopo aver individuato il concetto di disponibilità funzionale alla corretta definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità, è stato possibile affrontare direttamente il più specifico tema della compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari.

Base di partenza per la risoluzione del problema è stata l'analisi critica svolta nel corso del primo capitolo. In quella sede, abbiamo dimostrato la non accettabilità delle ricostruzioni compiute dalla giurisprudenza teorica e pratica; queste, invero, obliterano il parametro fissato dalla legge per l'arbitrabilità delle controversie, consistente nella natura disponibile o indisponibile delle situazioni sostanziali (art. 806 c.p.c. e art. 34, d.lgs. 5/2003), facendo dipendere, in modo non condivisibile, la compromettibilità della lite dalla valutazione di parametri diversi (e non rilevanti) rispetto alla natura della situazione giuridica controversa. In particolare, abbiamo dimostrato l'inconferenza, ai fini della valutazione della natura disponibile o indisponibile del diritto, delle modalità con cui è avvenuta la lesione del diritto, della sanabilità dell'atto che su di esso ha inciso, della figura di invalidità fatta valere dall'attore, della tipologia delle norme di cui si assume avvenuta la violazione, della natura individuale o extraindividuale dell'interesse coinvolto nella lite, nonché, ed infine, del potere dell'assemblea di sostituire la delibera invalida.

Si è posta, così, la necessità di riportare la valutazione della compromettibilità della controversia alla natura -disponibile o indisponibile- delle situazioni giuridiche in essa coinvolte. Tale operazione si è rivelata, però, tutt'altro che agevole, atteso che la situazione giuridica su cui incide la delibera assembleare, nella normalità dei casi, non è costituita da una posizione di diritto soggettivo. Avvalendosi dei risultati cui è pervenuta la più moderna dottrina commercialistica,

l'analisi condotta ha dimostrato, infatti, che la delibera assembleare solo talvolta, in ipotesi che si sono dette marginali, produce effetti omologhi a quelli prodotti dagli atti individuali, corrispondenti alla imputazione di situazioni giuridiche in capo alle parti; mentre, nella normalità dei casi, pone in essere valori tipicamente sociali, realizzando effetti a rilievo organizzativo, consistenti nella posizione di regole per lo svolgimento successivo di un'attività.

Le evidenziate peculiarità di struttura e natura delle situazioni giuridiche che si collocano all'interno del gruppo organizzato hanno dimostrato l'impossibilità di avvalersi degli schemi tradizionali per la definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle liti di impugnazione delle delibere assembleari. Infatti, i parametri della rinunciabilità ed alienabilità del diritto, in cui, secondo una classica ricostruzione, si sostanzia il contenuto del concetto di disponibilità, non possono operare riguardo a situazioni giuridiche -complessivamente designate come organizzative- che hanno diverso contenuto e struttura rispetto al diritto soggettivo, figura in relazione alla quale si è tradizionalmente sviluppata, in modo pressoché esclusivo, la riflessione della dottrina impegnata a ricostruire la nozione di disponibilità. Si è visto, infatti, come le situazioni giuridiche a carattere organizzativo non siano né rinunciabili né alienabili da parte della società, non perché sussista un vincolo così configurato in capo ad essa, bensì perché tali parametri sono stati elaborati con riferimento a posizioni giuridiche aventi differente natura e struttura: solo in relazione a posizioni giuridiche individuali attributive al soggetto di un'utilità, si può porre il problema della sussistenza, in capo a colui che ne è titolare, della facoltà di determinarne la fuoriuscita dalla propria sfera giuridica; per contro, tale valutazione non può essere correttamente essere svolta riguardo a situazioni giuridiche che non hanno a proprio nucleo una posizione di interesse individuale suscettibile di dismissione.

In questo modo, è risultata ulteriormente confermata la non accoglibilità della nozione di disponibilità tradizionale: non solo tale nozione non supera i rilievi critici cui è stata sottoposta nel corso del secondo capitolo, ma essa, alla luce dell'analisi condotta nel terzo capitolo, non è neppure suscettibile di applicazione nel settore dei rapporti societari. Al contrario, abbiamo constatato che è sicuramente suscettibile di applicazione anche in questo settore il concetto di disponibilità da noi delineato, che si compendia nella nozione di rilevanza del potere di autonomia privata in ordine alla produzione di effetti giuridicamente rilevanti riguardo ad una certa situazione sostanziale: alla stregua di questo concetto, all'interno del fenomeno associativo è disponibile ogni situazione giuridica su cui incide il potere assembleare, producendo effetti giuridicamente rilevanti.

Tuttavia, l'applicazione del concetto di disponibilità delineato alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari non è risultato essere un passaggio automatico o scontato. Abbiamo infatti posto in rilievo che, affinché questa operazione possa dirsi ammissibile, occorre

dimostrare che il potere assembleare sia espressione del potere di autonomia privata e che la delibera, la quale ne rappresenta l'atto di esercizio, sia qualificabile come negozio giuridico; invero, non è chi non veda che se il fenomeno deliberativo non è riconducibile ad una manifestazione di autonomia privata, con ciò viene anche meno la possibilità di applicare il concetto di disponibilità adottato, che consiste nella nozione di rilevanza del potere di autonomia privata quale fonte di regolamentazione di una certa situazione giuridica.

Per questa ragione, nella seconda parte del presente capitolo, è stato necessario dedicare ampia trattazione al tema del potere assembleare e della natura della delibera; esigenza acuita, d'altra parte, dall'emersione, nella più recente dottrina commercialistica, di teorie (cd. procedimentali), che, sovvertendo l'orientamento tradizionale in materia, spostano il fenomeno deliberativo al di fuori dell'area dell'autonomia privata, collocandolo sul piano del fatto. L'ampia indagine compiuta ha peraltro permesso di offrire soluzione positiva al problema; se, infatti, da un lato, sono risultate essere non condivisibili le tradizionali dottrine negozialiste, dall'altro lato abbiamo però dimostrato come neppure le più moderne teorie procedimentali appaiono meritevoli di accoglimento. Invero, se è corretto negare il ruolo della volontà privata nella produzione dell'effetto che la fattispecie deliberativa realizza, non è però condivisibile dedurre da ciò, in un rapporto di necessaria implicazione logica, che questo effetto è imputato obiettivamente al realizzarsi della sequenza di fatti secondo le norme di disciplina del procedimento, con conseguente espunzione del fenomeno dall'area dell'autonomia privata.

In realtà, come si crede di aver dimostrato, essenziale al concetto di autonomia privata (e, di conseguenza, a quello di negozio) non è tanto che l'effetto consegua ad una manifestazione di volontà, quanto che una determinata fattispecie –la quale può indifferentemente avere a suo nucleo una dichiarazione di volontà, quanto un diverso elemento, e, segnatamente, in relazione alla delibera, la serie di atti e fatti componenti la sequenza procedimentale- sia considerata fonte di produzione di effetti giuridici, in quanto gli effetti posti in essere sono gli effetti avuti di mira dal soggetto agente. Questa osservazione, insieme con l'altra, secondo cui nel fenomeno deliberativo il valore giuridico –ossia l'effetto- non è obiettivamente ricollegato dalla legge alla sequenza degli atti e fatti procedimentali, quanto, piuttosto, alla proposta di delibera assembleare, in relazione alla quale il procedimento si è svolto, permette di riconoscere nel potere assembleare una figura di autonomia privata e natura di negozio giuridico agli atti che ne costituiscono esercizio. Nel contesto associativo, il perfezionamento del procedimento è il presupposto cui la legge condiziona la produzione di effetti giuridici; ma gli effetti che vengono posti in essere sono gli effetti contenuti nella proposta di delibera assembleare, che hanno costituito l'oggetto della votazione ed in ordine ai quali il procedimento si è svolto: gli effetti giuridici realizzati dalla delibera sono esattamente gli

effetti avuti di mira dagli organi sociali allorchè è stato dato avvio al procedimento deliberativo; oppure, detto in altri termini, sono gli effetti in vista della cui produzione al soggetto è stato attribuito dalla legge un corrispondente potere, il che è sufficiente per sostenere che il fenomeno deliberativo deve essere inquadrato nell'ambito dell'autonomia privata, e l'atto che ne costituisce l'esercizio –la delibera- all'interno della categoria dei negozi giuridici.

Dimostrato che la differente struttura della delibera rispetto all'atto individuale non impedisce di riconoscere ad essa la natura di negozio giuridico, abbiamo poi precisato che, in senso contrario a tale qualificazione, non possono giocare alcun ruolo neppure le peculiarità che l'atto collegiale presenta, rispetto al negozio individuale, a livello degli effetti prodotti; da un lato, infatti, la natura organizzativa, anziché di imputazione, del valore normalmente realizzato dalla delibera, nulla dice in ordine alla tecnica di produzione degli effetti sostanziali cui è riconducibile la fattispecie che l'ha generato; dall'altro lato, non sempre il negozio individuale assume il caratteristico valore di innovare la realtà giuridica mediante la costituzione, modificazione, estinzione di situazioni giuridiche soggettive: talvolta, viene semplicemente posta la possibilità del compimento di una successiva attività giuridica, così realizzando un valore propriamente organizzativo; in altri casi ancora, l'effetto prodotto dalla pattuizione negoziale, in modo del tutto analogo al valore che correttamente deve essere assegnato alla delibera a contenuto negativo, assume portata meramente conservativa della realtà giuridica che ne è oggetto.

Questi rilievi hanno permesso di concludere nel senso che il potere assembleare costituisce, secondo quanto abbiamo precisato, una figura di potere in senso tecnico, che rientra nel più ampio potere di autonomia privata ed i cui atti di esercizio sono veri e propri negozi giuridici, in quanto diretti alla produzione di effetti che l'ordinamento riconosce e tutela.

Peraltro, si è reso necessario un approfondimento di indagine relativamente alla delibera di approvazione del bilancio; le peculiarità, che, almeno stando all'impostazione tradizionale, essa presenta, hanno infatti consigliato di riservarvi specifica trattazione, al fine di verificare se, anche in tale ambito, possa trovare applicazione la ricostruzione adottata. L'analisi compiuta ha dato esito positivo; in questo senso hanno avuto un rilievo decisivo, da un lato, il riconoscimento che la delibera di bilancio non esplica una funzione meramente informativa e ricognitiva, ma assume un ben preciso valore all'interno della società, ad essa ricollegandosi la produzione di rilevanti effetti a contenuto organizzativo; dall'altro lato, l'avvenuta dimostrazione che questi effetti non sono obiettivamente ricollegati dalla legge alla delibera di approvazione, ma ne costituiscono propriamente il contenuto, l'oggetto della regolamentazione posta in essere. In questo modo, dimostrato che il valore organizzativo realizzato deve essere ricondotto alla predeterminazione, in ordine alla sua produzione, del soggetto che pone in essere la fattispecie a cui esso consegue, è

risultato agevole, sulla base della ricostruzione adottata, riconoscere che la delibera di approvazione del bilancio, al pari delle altre deliberazioni produttive di effetti giuridicamente rilevanti, ha natura di negozio giuridico e, conseguentemente, è stato possibile operarne la riconduzione nell'ambito dei fenomeni di autonomia privata.

All'esito del lungo percorso compiuto, dimostrato che il potere assembleare è una figura di autonomia privata e che la delibera ha natura di negozio giuridico, è possibile applicare alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari il concetto di disponibilità delineato nel capitolo secondo.

Attraverso l'applicazione di questo concetto al fenomeno deliberativo è possibile delineare in termini chiari e netti l'area delle controversie di impugnativa assembleare compromettibili. Posto che si deve ritenere disponibile la situazione sostanziale in ordine alla quale assume rilievo, quale fonte della sua regolamentazione, il potere di autonomia privata, devono ritenersi arbitrabili tutte le controversie relative a situazioni sostanziali in ordine alle quali all'assemblea è attribuito il potere di produrre effetti giuridicamente rilevanti. In sintesi, è arbitrabile tutto ciò che è possibile oggetto del potere assembleare; o, in termini diversi, è compromettibile ciò che è socialmente decidibile.

Ben si evince, dunque, che, in concreto, non è dato individuare controversie di impugnazione di delibere assembleari non deferibili al giudizio di arbitri¹⁹⁴: ogni volta, infatti, che è interposta impugnazione, questa mira alla rimozione degli effetti prodotti dalla delibera censurata in ordine ad una certa situazione sostanziale, il che è sufficiente per riconoscere la ricorrenza, nel caso concreto, del potere dell'assemblea di assumere determinazioni giuridicamente rilevanti relativamente ad una certa situazione sostanziale, ciò da cui discende, secondo i principi esposti, che essa ha natura disponibile e, dunque, può essere oggetto di arbitrato.

Il problema che, in realtà, si pone nel settore delle liti societarie, in generale, e, nelle liti di impugnazione delle delibere assembleari, in particolare, è il rispetto delle norme imperative¹⁹⁵. Ma ciò non può far dubitare della compromettibilità delle controversie *de quibus*. Le norme imperative, infatti, come si è dimostrato, costituiscono un limite alla regolamentazione della situazione sostanziale disciplinata, indipendentemente dalla circostanza che questa sia dettata in via di autonomia privata direttamente dalle parti o, in via eteronoma, dall'arbitro e dal giudice, ciò da cui

¹⁹⁴ A questa conclusione, seppur sulla base di una impostazione diversa da quella qui adottata, perviene oggi anche G.F. Ricci, *Dalla "transigibilità" alla "disponibilità" del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, 265 ss., specie 272, il quale, dalla circostanza che oggi il legislatore, sia per l'arbitrato di diritto comune, all'art. 806, sia per l'arbitrato societario, all'art. 34 del d.lgs. 5/2003, collega l'arbitrabilità delle liti "non più alla transigibilità della controversia ma alla semplice disponibilità del diritto" deduce che "è (...) giocoforza ritenere che le impugnative delle delibere assembleari siano oggi tutte quante arbitrabili, senza più alcun limite."

¹⁹⁵ Lo rileva anche F.P. Luiso, *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di F.P. Luiso, Torino 2006, 563-564, 592 ss.

discende che la norma inderogabile non può costituire una condizione impeditiva della pronuncia arbitrale, ma solo un requisito della sua validità¹⁹⁶. Essenziale, pertanto, è solo che la norma imperativa sia rispettata dagli arbitri, non meno che dalle parti o dal giudice; e ciò, infatti, è quanto ha tenuto in speciale considerazione il legislatore, allorchè, dettando la disciplina dell'arbitrato societario, ha prescritto che le controversie di impugnazione delle delibere assembleari siano decise secondo diritto, con lodo sempre impugnabile per violazione di legge sostanziale (art. 36, comma 1)¹⁹⁷.

16.

Come avevamo preannunciato, i risultati raggiunti verranno ora posti a confronto con l'elaborazione compiuta in Germania. Un primo dato da rilevare è che, in modo del tutto simile a quanto è dato riscontrare nell'esperienza giuridica italiana, anche nell'ordinamento tedesco il problema della compromettibilità in arbitri delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari è stato per lungo tempo assai controverso¹⁹⁸. Sino all'intervento di recenti modifiche normative e di importanti arresti giurisprudenziali (agevolati, per la verità, da un'approfondita riflessione dottrinale), l'opinione prevalente nella giurisprudenza teorica e pratica negava, infatti, tale possibilità; ed è assai significativo notare come la soluzione negativa al quesito, in modo del tutto simile a quanto abbiamo avuto occasione di osservare in relazione agli orientamenti presenti nel nostro ordinamento, era data sulla base di elementi di cui la dottrina più moderna non aveva mancato di denunciare l'inconferenza nella definizione dei limiti oggettivi alla compromettibilità; così, in specie, la previsione di un criterio di competenza esclusiva per la determinazione del giudice competente a decidere sull'impugnazione, a norma del § 246, comma 3, della *Aktiengesetz*, l'efficacia costitutiva della sentenza che accoglie la domanda, o l'estensione degli effetti della sentenza resa sull'impugnazione a tutti i soci (§ 248, comma 1, *AktG*)¹⁹⁹.

Come la dottrina più sensibile non aveva tardato a sottolineare, la soluzione della questione

¹⁹⁶ Capitolo II, par. 17.

¹⁹⁷ Come si è già avuto occasione di notare, a seguito della riforma del diritto arbitrale, si deve intendere che il rinvio effettuato dall'art. 36, comma 1, all'art. 829, comma 2, sia compiuto all'art. 829, comma 3, che prevede il motivo di impugnazione del lodo per violazione delle norme di diritto sostanziale prima disciplinato all'art. 829, comma 2.

¹⁹⁸ Per riferimenti: W. Timm, *Vergleichs- und Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage im Kapitalgesellschaftrecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, 445 ss.; K. Schmidt, *Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen -Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1988, 523 ss.; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip*, Baden Baden 2002, 139 ss.

¹⁹⁹ In questo modo, vedi, in specie: R. Bork, *Der Begriff der objectiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO)*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 100 (1987), 249 ss., 259-260, 269; W. Timm, *Vergleichs- und Schiedsfähigkeit*, cit., 446-447; K. Schmidt, *Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen*, cit., 526-527; Id., *Neues Schiedsverfahrensrecht und Gesellschaftsrechtspraxis*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1998, 265 ss., specie 269-270, 285-286; K.H. Schwab-G.Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7° ed., Monaco 2005, 31.

dei limiti oggettivi alla compromettibilità dipendeva, in realtà, esclusivamente dalla possibilità di concludere una transazione sull'oggetto della controversia, giusta il disposto del § 1025 *ZPO* previgente²⁰⁰. Impostato il problema nei suoi corretti termini, la risposta non poteva che essere positiva: per alcuni, infatti, era a tal fine sufficiente rilevare come l'impugnante ben potesse transigere la controversia con la società²⁰¹; per altri, sul presupposto che fosse altresì necessario che la transazione consentisse di raggiungere il medesimo effetto garantito dalla pronuncia giurisdizionale (la caducazione della delibera), era sufficiente fare leva sul potere della società di rimuovere la delibera impugnata per offrire ugualmente risposta positiva²⁰².

Oggi, peraltro, nell'ordinamento tedesco il problema dei limiti oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari può dirsi definitivamente superato, per effetto del combinarsi di una significativa evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, con penetranti modifiche del quadro normativo di riferimento. Dapprima, il *Bundesgerichtshof*, con la già ricordata sentenza del 29 Marzo 1996, recependo l'orientamento della dottrina prevalente, nel decidere della arbitrabilità dell'azione di impugnazione di una delibera di una *GmbH*, ha espressamente affermato il carattere disponibile di tale tipologia di controversie, sulla base del presupposto che l'oggettiva arbitrabilità manca, soltanto quando lo Stato sottrae al potere dispositivo dei privati un bene giuridico degno di particolare tutela, riservando a sé un monopolio di giurisdizione, tale per cui solo il giudice statale è abilitato a produrre lo stato giuridico perseguito²⁰³; il che, secondo il *BGH*, non si verifica in relazione alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari: l'attribuzione alla collettività dei soci della facoltà di rimozione della delibera invalida attesta che non è istituito un monopolio dello Stato nella produzione dell'effetto di annullamento cui l'impugnante aspira²⁰⁴. In seguito, come già segnalato, la

²⁰⁰ In questo modo, confronta: W. Lüke-H. Blenske, *Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstritigkeiten - Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1998, 253 ss., specie 261-262; per ulteriori riferimenti, si rinvia, *supra*, al capitolo II, par. 21.

²⁰¹ W. Lüke-H. Blenske, *Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstritigkeiten*, cit., 262.

²⁰² K. Schmidt, *Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen*, cit., 526-527; Id., *Schiedsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse?*, in *Die Aktien Gesellschaft*, 1995, 551 ss., specie 552; M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten*, Francoforte 2001, 72 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti; per la medesima argomentazione, pur giungendo ad opposto risultato (sulla base del rilievo che la rimozione da parte dell'assemblea della delibera invalida, a differenza dell'annullamento giudiziale, non opera mai retroattivamente), R. Bork, *Der Begriff der objectiven Schiedsfähigkeit*, cit., 269-270; in modo non dissimile, anche K.H. Schwab, *Wandlungen der Schiedsfähigkeit*, in *Festschrift für Wolfram Henckel*, Berlino-New York 1995, 803 ss., specie 815.

²⁰³ Vedila in *Juristen Zeitung*, 1996, 1017 ss., con commento di P. Schlosser; come a suo tempo segnalato, la sentenza è fondamentale in generale per il tema dei limiti oggettivi alla compromettibilità, svolgendo argomentazioni non limitate al settore delle domande di impugnazione delle delibere assembleari (per questa ragione, infatti, se ne è dato conto già *retro*, al capitolo II, par. 21).

²⁰⁴ L'argomentazione riportata è svolta in motivazione, *sub* II.4). Poco sopra, al medesimo punto, peraltro, il *BGH* aveva osservato che alcun ostacolo può essere rappresentato dalla circostanza che il lodo (o la transazione) possano violare norme di natura inderogabile; queste, invero, sono regole di validità del lodo, sottoposte al regime delle impugnazioni, e

riforma del diritto arbitrale del 22 Dicembre 1997 ha fatto venir meno il requisito della disponibilità del diritto quale condizione di arbitrabilità delle controversie a contenuto patrimoniale (cfr. § 1030 ZPO), di guisa che, oggi, sotto il profilo oggettivo, deve senz'altro essere affermata la arbitrabilità delle controversie *de quibus*²⁰⁵.

Nella dottrina e nella giurisprudenza formatesi successivamente alla sentenza del *BGH* ed alla introduzione del nuovo § 1030 ZPO, il problema della compromettibilità delle liti di impugnativa assembleare non è rappresentato più dalla oggettiva arbitrabilità delle medesime (*objektive Schiedsfähigkeit*), ossia dalla disponibilità del diritto che ne è oggetto, bensì dalla loro arbitrabilità in senso ampio (*Schiedsfähigkeit im weiteren Sinne*)²⁰⁶. Nel concetto di *arbitrabilità in senso ampio* rientrano tutti quei fattori, diversi dalla natura del diritto controverso, che, nondimeno, condizionano la possibilità di decisione in via privata della controversia. Tra questi, la giurisprudenza teorica e pratica rileva come possano costituire impedimento alla arbitrabilità delle liti di impugnativa assembleare i seguenti fattori: a) l'estensione dell'efficacia della sentenza che accoglie l'azione di impugnativa anche nei confronti dei soci e dei componenti degli organi di amministrazione e controllo che non siano stati parte del processo (a norma del § 248, comma 1, *AktG*)²⁰⁷, essendo dubbio che tale estensione *ultra partes* degli effetti diretti del giudicato possa essere riconosciuta anche al lodo arbitrale²⁰⁸; b) la vincolatività della convenzione arbitrale per le sole parti che l'abbiano stipulata²⁰⁹; c) l'imposizione della necessaria trattazione e decisione unitaria delle più azioni di impugnativa separatamente proposte (§ 246, comma 3, *AktG*)²¹⁰, la quale

non già condizioni di ammissibilità del giudizio privato.

²⁰⁵ In questo modo, molto chiaramente, K. Schmidt, *Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht*, in *Betriebs Berater*, 2001, 1857 ss., specie 1858, ove anche l'affermazione che “poiché il concetto di “*Anspruch*” è qui (nel § 1030 ZPO, *nda*) da intendere nel significato processuale del § 253 ZPO, ogni azione di condanna, di accertamento, o costitutiva di diritto societario è oggettivamente arbitrabile”; nello stesso senso, M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 215 ss., 219-220, 227-228 (ove anche l'osservazione, con specifico riferimento alle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, che anche in tal caso l'*Anspruch* inerisce comunque, seppur solo indirettamente, ad un rapporto giuridico patrimoniale).

²⁰⁶ R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1996, 374 ss., specie 378 ss.; M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 75 ss., 228 ss.; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 139 ss.; K.H. Schwab-G.Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 31; J. Münch, § 1030, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di G. Lücke e P. Wax, III, 2° ed., Monaco 2001, 1044 ss., specie 1055.

²⁰⁷ Il § 248, rubricato *Urteilswirkung*, prevede, al primo comma, che “*Soweit der Beschluss durch rechtskräftiges Urteil für nichtig erklärt ist, wirkt das Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn sie nicht Partei sind.*”

²⁰⁸ In questo modo, confronta: M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 85 ss.; R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit*, cit., 379-380; di notevole rilievo è notare che l'impossibilità di riconoscere al lodo di accoglimento l'estensione degli effetti del giudicato *ultra partes* è stato considerato dal *BGH*, nella pronuncia del 29 Marzo 1996, l'elemento decisivo per negare la deferibilità in arbitri delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari (in motivazione, *sub* II.6.a)).

²⁰⁹ In questo senso, confronta: M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 92 ss.; R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit*, cit., 379-380.

²¹⁰ Il § 246, rubricato *Anfechtungsklage*, prevede, infatti, al terzo comma, che “*Die mündliche Verhandlung findet nicht vor Ablauf der Monatsfrist des Absatzes 1 statt. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und*

impedisce che, nello stesso momento, siano instaurati più processi -in specie, di fronte al giudice dello Stato e di fronte agli arbitri- aventi ad oggetto domande di impugnativa avverso la medesima delibera²¹¹; d) le difficoltà che, nelle liti in considerazione, si presentano nella costituzione di un organo arbitrale terzo, imparziale ed equidistante rispetto a tutte le parti in lite, in ragione della normale presenza in causa di più di due parti²¹².

La riflessione svolta dalla dottrina tedesca sul concetto di arbitrabilità in senso ampio appare degna della massima attenzione. Se è vero, infatti, che l'indagine sin qui condotta della compromettibilità in arbitri in generale e, in specie, delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, si è concentrata soprattutto sulla definizione del concetto di disponibilità del diritto, atteso che, nella nostra esperienza giuridica, è su tale problema che si concentrano i più grandi dubbi e incertezze, è però altrettanto vero che i fattori posti in rilievo dalla dottrina tedesca, pur non incidendo sulla natura del diritto –come fatto palese dalla distinzione operata tra *objektive Schiedsfähigkeit* e *Schiedsfähigkeit im weiteren Sinne*- possono nondimeno costituire ostacoli alla definizione in via privata delle controversie in considerazione; il che appare una ragione sufficiente per soffermarsi, seppur brevemente, sulla questione.

Che gli elementi rientranti nel concetto di arbitrabilità in senso ampio, pur –lo si ripete- non incidendo sulla natura del diritto, possano nondimeno impedire la decisione in arbitri delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari non appare dubbio; che, d'altro canto, tali elementi possano impedire la decisione in via arbitrale delle controversie *de quibus* anche nel nostro ordinamento appare altrettanto certo, atteso che il rispetto delle esigenze poste in rilievo è imposto vuoi da norme di diritto positivo (in specie, l'estensione della decisione di accoglimento a tutti i soci, a norma dell'art. 2377, comma 7, c.c. e la necessaria trattazione unitaria delle più azioni di impugnativa separatamente proposte, ai sensi dell'art. 2378, comma 5, c.c.), vuoi dal rispetto di principi di ordine più generale (in specie, l'efficacia soggettiva del vincolo compromissorio limitata alle parti stipulanti, e la necessaria terzietà ed imparzialità dell'arbitro rispetto a tutte le parti in lite).

Ciò posto, occorre però subito notare che i problemi segnalati, a differenza di quanto avviene in Germania, nel nostro ordinamento trovano soluzione, di guisa che, anche sotto il profilo ora in considerazione, viene meno ogni dubbio concernente la possibilità di decisione in via privata delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari.

Invero, il modello arbitrale disciplinato dal d.lgs. 5/2003 si fonda su una clausola

Entscheidung zu verbinden.”

²¹¹ In questo modo: M.A. Papmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 94 ss.; R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit*, cit., 379-380.

²¹² In questo senso: M.A. Papmehl, *Die Schiedsfähigkeit*, cit., 96 ss.; R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit*, cit., 379-380, 382 ss.; W. Lüke-H. Blenske, *Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten*, cit., 267 ss., 278 ss.; C. Berger, *GmbH-rechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten vor Schiedsgerichten*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, 295 ss., specie 304 ss.

compromissoria inserita nello statuto della società (art. 34, comma 1), che deve, a pena di nullità, conferire il potere di nomina degli arbitri ad un terzo estraneo alla società (art. 34, comma 2); attraverso queste due previsioni, ciascuno dei problemi segnalati riceve coerente soluzione.

Da un primo punto di vista, è possibile osservare che la clausola compromissoria, essendo inserita nello statuto, vincola tutti i soci, ciò che è sufficiente per affermare con ragionevole sicurezza che: a) il lodo di accoglimento della domanda ha effetto, al pari della sentenza, anche nei confronti dei soci che non abbiano partecipato al processo: questi, pur essendo rimasti terzi rispetto al giudizio, nondimeno sono soggetti all'efficacia della clausola arbitrale, ciò che è sufficiente per fondare la loro soggezione agli effetti del lodo²¹³; b) tutti i soci, anche quelli entrati a far parte della società successivamente all'introduzione della convenzione arbitrale, sono vincolati al patto compromissorio, con la conseguenza che, per tutte le domande di impugnazione, è derogata la giurisdizione statale a favore della giustizia privata; c) è escluso che, nello stesso momento, pendano di fronte agli arbitri e di fronte al giudice dello Stato domande di impugnazione avverso la medesima delibera²¹⁴; d'altro canto, l'applicazione in via analogica nel processo privato della norma, che prevede che la trattazione della causa di impugnazione abbia inizio trascorso il termine decadenziale fissato per l'esercizio dell'azione di annullamento, dovrebbe consentire che, sin dall'inizio, le più domande di impugnativa siano cumulate all'interno del medesimo processo (art. 2378, comma 5, c.c.); ove, invece, si verta in ipotesi di nullità della delibera, o, comunque, si ritenga non applicabile la disposizione richiamata all'interno del processo privato, i più processi arbitrali, instaurati sulla base di più domande separatamente proposte, potranno sicuramente essere riuniti, con le medesime modalità e in presenza delle stesse condizioni in presenza delle quali può essere ordinata la riunione dei processi statali; d) la vincolatività della clausola compromissoria per tutti i soci rende possibile l'intervento volontario, o la chiamata in causa ad istanza di parte o per ordine dell'arbitro, del socio rimasto estraneo nel processo pendente; è questo, invero, il presupposto sulla cui base l'art. 35, comma 2, prevede l'applicabilità degli artt. 105, 106 e 107 nel procedimento arbitrale²¹⁵; e) da ultimo, la realizzazione del processo cumulato è favorita dall'art.

²¹³ In questo senso, infatti, la dottrina tedesca, nella quale è prospettato, come mezzo tecnico idoneo a consentire l'estensione del giudicato *ultra partes*, l'inserimento della convenzione arbitrale nello statuto della società (in questo modo, confronta, per tutti: C. Berger, *GmbH-rechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten*, cit., 300-301); per l'ordinamento italiano, in questo senso, confronta: G. Ruffini, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova 1997, 665 ss., specie 685. La vincolatività della clausola arbitrale anche per colui cui si estende l'efficacia *ultra partes* del giudicato arbitrale ci sembra valga, dunque, a superare l'opinione restrittiva espressa da C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, 5° ed., Padova 2006, 185.

²¹⁴ Ciò è quanto deve ritenersi in via di principio, essendo validamente opponibile al socio che proponga l'azione di fronte al giudice statale l'eccezione di compromesso; non si può tuttavia escludere che la società, convenuta in quel giudizio, ometta di sollevare tempestivamente l'eccezione, con l'effetto di radicare la controversia di fronte al giudice dello Stato.

²¹⁵ Ciò trova conferma, del resto, nei nuovi artt. 816 *quater* e 816 *quinquies* c.p.c., introdotti dal d.lgs. 40/2006, di

35, comma 1, che prevede il deposito nel registro delle imprese della domanda di arbitrato, ciò che rende conoscibile ai soci non impugnanti l'avvenuta proposizione dell'azione.

Da un secondo punto di vista, il necessario deferimento della nomina degli arbitri ad un terzo estraneo (art. 34, comma 2) consente di risolvere il problema della terzietà ed imparzialità dell'arbitro rispetto a tutte le parti in lite, nelle ipotesi di realizzazione della pluralità di parti nel processo arbitrale, in via iniziale o successiva, per effetto di intervento o di riunione²¹⁶. La sottrazione a tutte le parti del potere di nomina degli arbitri permette, infatti, di realizzare il paritario concorso delle parti alla formazione dell'organo arbitrale -nel senso, appunto, che ciascuna di esse è priva del potere di nomina-, e, dunque, di avere un arbitro terzo ed imparziale nei confronti di tutte le parti²¹⁷; questo, tanto nel caso in cui la pluralità di parti sia iniziale, poiché sono tutte, in modo identico, prive del potere di nomina, quanto nel caso in cui la pluralità di parti si realizzi in via successiva, per effetto di intervento, atteso che la mancanza del potere di nomina delle parti originarie consente, da un lato, di ritenere che all'interveniente non deve essere concesso il potere di nomina dell'arbitro, e, dall'altro lato, che l'organo arbitrale costituito è terzo nei confronti di colui che interviene, non meno di quanto lo sia rispetto alle parti originarie, posto che costui si trova, rispetto ad esse, su un piano di piena parità, essendo tutte prive, in modo identico, del potere di nomina. Infine, si sottolinea che il deferimento ad un terzo del potere di nomina consente di risolvere anche un ulteriore problema tecnico, che si presenta in ipotesi di riunione dei processi di impugnativa separatamente instaurati; in questo caso, infatti, si pone il problema di quale sia l'organo arbitrale competente a decidere la causa. A questo proposito, appare sufficiente notare che il meccanismo di nomina deferito ad un terzo consente di risolvere agevolmente questo problema, solo che il terzo incaricato della nomina abbia l'accortezza di designare i medesimi soggetti per la decisione delle più domande di impugnazione separatamente proposte avverso la medesima delibera²¹⁸.

All'esito dei rilievi svolti, è possibile affermare che: a) la ricostruzione proposta dei limiti

disciplina della pluralità di parti, in via originaria o successiva, nel procedimento arbitrale, da cui emerge con nettezza la necessità, per la sua realizzazione, della ricorrenza del presupposto indicato: la vincolatività del patto arbitrale impedisce, in caso di intervento volontario, a chi è già parte della lite di opporsi all'ingresso di nuovi soggetti (cfr. art. 816 *quinquies*, comma 1) e, nel caso di intervento coattivo, ai soggetti chiamati di opporre la non vincolatività nei propri confronti della convenzione arbitrale (cfr. art. 816 *quater*).

²¹⁶ Su questi problemi, per tutti, confronta: F.P. Luiso, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 2001, 605 ss.; L. Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova 1999, 163 ss., specie 196, 218 ss.; G. Ruffini, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, cit., 686 ss. Oggi, le problematiche che l'arbitrato multiparte presenta nella costituzione di un organo arbitrale terzo ed imparziale sono espressamente prese in considerazione anche dalla disciplina codicistica dell'arbitrato, e, in particolare, dal nuovo art. 816 *quater*.

²¹⁷ Che, in ipotesi di arbitrato multiparte, la sottrazione a tutte le parti del potere di nomina degli arbitri e il suo deferimento ad un terzo assicurino il paritario concorso di tutte le parti (originarie e intervenute) alla costituzione del giudice arbitrale e, di conseguenza, permettano di conseguire l'imprevedibile imparzialità ed equidistanza del giudicante da tutte le parti in lite, è oggi confermato dal nuovo art. 816 *quater*.

²¹⁸ In questo modo, anche R. Bork, *Zur Schiedsfähigkeit*, cit., 383.

oggettivi alla compromettibilità delle controversie di impugnazione delle delibere assembleari, secondo la quale le liti in considerazione hanno sempre ad oggetto situazioni giuridiche disponibili, trova conferma dal confronto con l'esperienza maturata nell'ordinamento giuridico tedesco, ove ne è ammessa con sicurezza l'arbitrabilità (in senso oggettivo); peraltro, si è visto come a tale conclusione la giurisprudenza pratica e teorica, riconoscendo la natura disponibile di tali controversie, era già pervenuta prima della riforma del 1997, che, come si è detto, ha fatto venir meno il requisito della disponibilità della pretesa quale condizione di arbitrabilità delle controversie concernenti rapporti patrimoniali (cfr. § 1030 ZPO); b) le controversie *de quibus*, quantunque siano relative a diritti disponibili, presentano, tuttavia, peculiarità che ne possono impedire la decidibilità in arbitri (arbitrabilità in senso ampio); in specie, la necessità che la pronuncia di accoglimento della domanda faccia stato nei confronti anche dei soci che non abbiano partecipato al giudizio; la necessaria trattazione e decisione unitaria delle domande di impugnazione proposte avverso la medesima delibera; la necessità che l'organo arbitrale sia terzo, imparziale ed equidistante rispetto a tutte le parti in lite, anche quando il giudizio si presenti soggettivamente cumulato; c) la disciplina dell'arbitrato societario introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 5/2003 permette, peraltro, di dare coerente soluzione a ciascuno di tali problemi: essa disegna un modello arbitrale che, da un lato, si fonda su una clausola compromissoria contenuta nello statuto della società, che, in quanto tale, vincola tutti i soci, e, da un altro lato, prevede il deferimento, a pena di nullità della clausola, della nomina degli arbitri ad un terzo estraneo alla società, il che consente la formazione di un organo arbitrale terzo ed imparziale rispetto a tutte le parti in lite, anche in caso di realizzazione di un processo soggettivamente cumulato.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Diritto delle società di capitali - manuale breve*, Milano 2003, 114 ss.;
- D. Amadei, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 855 ss.;
- A. Amorth, *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Scritti giuridici*, IV, Milano 1999, 2158 ss.;
- V. Andrioli, *L'ultimo comma dell'art. 829 cod. proc. civ. e una lacuna che non c'è*, in *Foro It.*, 1943, I, 602 ss.;
- Id., *Arbitrato e ordine pubblico economico*, in *Dir. Fall.*, 1947, II, 37 ss.;
- Id., *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli 1964;
- C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. Dir.*, XLII, Milano 1990, 977 ss.;
- M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004;
- G. Arieta-F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova 2004;
- T. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. Proc. Civ.*, 1929, I, 308 ss.;
- Id., *Appunti di diritto commerciale*, 2° ed., Roma 1933;
- Id., *L'art. 163 cod. comm. e la pratica statutaria. Vizi del voto; vizi della deliberazione; nullità e annullabilità*, in *Studi in tema di società*, Milano 1952, 85 ss.;
- Id., *Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti*, in *Studi in tema di società*, Milano 1952, 99 ss.;
- A. Attardi, *Diritto processuale civile, I, Parte generale*, 2° ed., Padova 1997;
- F. Auletta, *L'arbitro: giudice a quo rispetto alla Corte costituzionale?*, in *Riv. arb.*, 2000, 815 ss.;
- Id.- (B. Capponi-F.P. Luiso), *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C.cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 59 ss.;
- Id., *Commento agli artt. 34, 35, 36, 37*, in *La Riforma delle società, Il Processo*, a cura di B. Sassani, Torino 2003, 327 ss.;
- Id., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 Gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, *Riv. Arb.*, 2004, 361 ss.;
- J. Baltzer, *Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht*, Colonia-Berlino 1965;
- C. Barnini, *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1982, 549 ss.

- C.H. Barz, *sub § 119*, in *Grosskommentar Aktiengesetz*, I, 2, 3° ed., Berlino 1973;
- C. Berger, *GmbH-rechtliche Beschlussmängelstreitigkeiten vor Schiedsgerichten*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 2000, 295 ss.;
- A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I) La nozione di compromettibilità*, Torino 1999;
- Id., *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. II) Le materie non compromettibili*, Torino 1999;
- Id., *Arbitrato, arbitrati e autonomia contrattuale*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, II, Torino 2005, 711 ss.;
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 1994, rist. corretta della 2° ed. 1950;
- P. Biavati, *Il nuovo art. 808-ter c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 1159 ss.;
- L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967;
- L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, I, 1. *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Torino 2000;
- L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino 2000;
- L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto Civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, Torino 2001;
- H. Blenske-(W. Lüke), *Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten -Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1998, 253 ss.;
- S. Boccagna, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005;
- Id., *Art. 829 c.p.c.*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1413 ss.;
- R. Bork, *Der Begriff der objectiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO)*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 100 (1987), 249 ss.;
- Id., *Zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1996, 374 ss.;
- M. Bove, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. Proc.*, 1999, 688 ss.;
- Id., *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 477 ss.;
- Id., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 2, 57 ss.;

Id., *Art. 808 ter*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1182 ss.;

L. Bozzi, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova 2000;

A. Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, 657 ss.;

Id., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in *judicium.it*;

M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova 1986;

V. Buonocore, *Le situazioni soggettive dell'azionista*, Napoli 1960;

G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano 1989;

Id., *Materie compromettibili in arbitrato con la Pubblica Amministrazione*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, *Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999, 9 ss.;

G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società*, 6° ed. a cura di M. Campobasso, Torino 2006;

G. Canale, *Antitrust e arbitrato*, *Riv. dir. Proc.*, 2006, 1207 ss.;

A. Candian, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano 1942;

B. Capponi- (F. Auletta-F.P. Luiso), *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C.cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 59 ss.;

Id., *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in *Giur. It.*, 2006, 1785 ss.;

Id., *Arbitrato e giurisdizione*, in *Il giusto processo civile*, 2007, 1, 43 ss.;

F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, I, 3° ed., Milano 2004;

L. Cariota-Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936;

Id., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, 3° ed., Napoli s.d.;

F. Cernelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova 1933 (rist.), 130 ss.;

Id., *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, II, Padova 1932;

Id., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936;

Id., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1940, I, 3 ss.;

Id., *Arbitrato improprio*, in *Riv. dir. Proc.*, 1962, 197 ss.;

F. Carpi-E. Zucconi Galli Fonseca, *Del compromesso*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001;

- Id.-E.Zucconi Galli Fonseca, *Forma del compromesso*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001;
- Id., *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. Arb.*, 2003, 411 ss.;
- Id.-M. Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento 2004*, Padova 2004, 246;
- B. Carpino, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977;
- F. Carresi, *La transazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Fil. Vassalli, IX, 3, 2° ed., Torino 1956;
- Id., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXI, 1, Milano 1987, 108 ss.;
- S. Cassese, *I beni pubblici*, Milano 1969;
- C. Cecchella, *Arbitrato*, Torino 2005;
- M. Centonze, *La delibera nulla: nuove tendenze interpretative e profili di disciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino 2006, 309 ss.
- S. Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2004, 123 ss.;
- F. Chiomenti, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano 1969;
- Id., *L'annullamento delle proprie deliberazioni invalide da parte degli enti collettivi nel pensiero della Cassazione*, in *Riv. dir. Comm.*, 1988, II, 419 ss.;
- G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli 1912;
- Id., *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, 85 ss. (e in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano 1993, 459 ss.);
- G. Ciampoli, *Considerazioni in tema di limiti alla revoca delle deliberazioni assembleari*, in *Giur. Comm.*, 2004, II, 559 ss.;
- M. Cian, *La deliberazione negativa dell'assemblea della società per azioni*, Milano 2002;
- G.E. Colombo, *Bilancio. II), diritto commerciale*, in *Enc. Giur.*, V, Roma 1988;
- Id., *Bilancio d'esercizio e consolidato*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, VII, 1, Torino 1994, 23 ss.;
- Id., *Non transigibilità dell'impugnativa di bilancio?*, in *Società*, 1997, 1149 ss.;
- M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro It.*, 1995, V, 105 ss.;

C. Consolo, *Sul "campo" dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2003, 241 ss.;

Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, 5° ed., Padova 2006;

N. Corbo-(L.V. Moscarini), *Transazione, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma 1994;

F. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2003, 1285 ss.;

F. Criscuolo, *La nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, I, Milano 1993, 359 ss.;

Id., *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in *Riv. Arb.*, 2002, 45 ss.

L. Dambrosio, *Il negozio di accertamento*, Milano 1996;

F. Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999;

Id., *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *judicium.it*;

A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, IV, 2° ed., Milano 1982;

G. De Ferra, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, *Riv. Arb.*, 1995, 187 ss.;

B. Delfino-(P. De Lise), *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Arch. Giur. delle OO.PP.*, 2000, 2035 ss.;

P. De Lise-B. Delfino, *Arbitrato e Pubblica Amministrazione*, in *Arch. Giur. delle OO.PP.*, 2000, 2035 ss.;

G. Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*, da P. Abbadessa e G.B. Portale, 1, Torino 2006, 205 ss.;

M. Dell'Utri, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli 2000;

E. Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano 1988;

Id., *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano 1992, 813 ss.;

F. De Santis-(G. Arieta), *Diritto processuale societario*, Padova 2004;

A. Di Majo, *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano 1974, 52 ss.;

Id., *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano 2003;

S. Di Martino, *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una p.a.*, in *Riv. Trim. App.*, 2001, 99 ss.;

V. Domenichelli, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 227 ss.;

A. Donati, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano 1937;

- P. D'Onofrio, *Transazione*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma 1959;
- M. Esposito, *Si aprono le <<porte del cielo>>: dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3757 ss.;
- G. Fabbrini, *L'accertamento privato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1960, 631 ss.;
- Id., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano 1964;
- A. Falzea, *Accertamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.;
- Id., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1960, 8 ss.;
- Id., *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss.;
- L. Farenga, *I contratti parasociali*, Milano 1987;
- Id., *La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza*, in *Riv. dir. Comm.*, 1988, I, 179 ss.;
- E. Fazzalari, *I processi arbitrari nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. Proc.*, 1968, 459 ss.;
- Id., *Una buona "novella"*, in *Riv. dir. Proc.*, 1984, 6 ss.;
- Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano 1986, 819 ss.;
- Id., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 389 ss.;
- Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma 1991;
- Id., *L'arbitrato*, Torino 1997;
- Id., *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. Arb.*, 2002, 443 ss.;
- M. Ferrata – A. Pinamonti, *La delibera di bilancio*, I, Milano 2001;
- C. Ferri, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, Supplemento al n. 1/2005, 51 ss.;
- G. Ferri, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, X, 3, fondato da Fil. Vassalli, 3° ed., Torino 1987;
- G.B. Ferri, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in G.B. Ferri – C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 74 ss.;
- L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano 1959;
- P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano 1971;
- Id., *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all'atto costitutivo*, Milano 1993

(rist. ed. provv. 1976);

Id., *Vizi del bilancio e vizi della delibera di approvazione*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, 809 ss.;

F. Festi, *La clausola compromissoria*, Milano 2001;

Id., *La clausola compromissoria*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di F.P. Luiso e E. Gabrielli, II, Torino 2005, 847 ss.;

M. Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999;

Id., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002;

Id., *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, I, Torino 2005, 1 ss.;

M. Franzoni, *La transazione*, Padova 2001;

C. Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano 1993 (rist. ed. Firenze 1948);

F. Galgano, *Repliche in tema di società personali, principio di maggioranza e collegialità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 205 ss.;

Id., *La società per azioni*, 2° ed., Padova 1988;

E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, Milano 1942;

V. Gasparini Casari, *Arbitrato e controversie amministrative*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, II, Torino 1999, 1023 ss.;

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 12° ed., Napoli 2006;

A. Genovese, *Le fattispecie tipiche di invalidità*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino 2006, 219 ss.;

M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, 3° ed., Milano 1993, 45 ss.;

M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Milano 1939;

Id., *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. Diritto*, I, Milano 1958, 227 ss.;

G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano 1999;

Id., *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, I, Torino 2005, 146 ss.;

F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243 ss.;

G. Greco, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999,

157 ss.;

G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, I, 238 ss.;

U. Hüffer, *Aktiengesetz*, 7° ed., Monaco 2006;

P.G. Jaeger, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 795 ss.;

U. Kornmeier, *Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichbefugnis*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 94 (1981), 27 ss.;

Kubis, *sub § 118*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, IV, Monaco 2004;

M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip*, Baden Baden 2002;

A. Lener, *Potere, b) diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss.;

R. Lener, *Commento all'art. 2377*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli 2004, 545 ss.;

Id., *Commento all'art. 2379*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, I, Napoli 2004, 565 ss.;

B. Libonati, *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, I, Torino 1980, 804 ss.;

E.T. Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. Proc. Civ.*, 1932, I, 260 ss.;

Id., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1983, rist. ediz. 1935;

Id., *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Napoli s.d. (1962), 54 ss.

Id., *Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto*, in *Problemi del processo civile*, Napoli s.d. (1962), 64 ss.

F.P. Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981;

Id., *Diritto Processuale Civile, I, Principi Generali*, 3° ed., Milano 2000;

Id., *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 3° ed., Milano 2000;

Id., *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, in *Riv. arb.*, 2001, 605 ss.;

Id.-F. Auletta-B. Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C.cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 59 ss.;

Id., *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 705 ss.;

Id., *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in *Il nuovo processo societario*, cura di F.P. Luiso, Torino 2006, 555 ss.;

Id., *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, 4° ed., Milano 2007;

- Id., *Diritto processuale civile. IV. I processi speciali*, 4° ed., Milano 2007;
- W. Lüke-H. Blenske, *Die Schiedsfähigkeit von Bechlussmängelstritigkeiten -Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsgestaltung*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1998, 253 ss.;
- G. Maier-Reimer, *Negative "Beschlüsse" von Gesellschafterversammlungen*, in *Festschrift für W. Oppenhof zum 80. Geburtstag*, Monaco 1985, 193 ss.;
- G. Marasà, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Trattato delle S.P.A.*, III, 1, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993;
- M. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002;
- E. Marinucci, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 1177 ss.
- B.G. Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, 2° ed., Milano 2003, 699 ss.;
- Id., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, I, 2° ed., Milano 2003, 797 ss.;
- Id., *Potere amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano 2006, 4393 ss.;
- F. Mazzarella, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova 1968;
- S. Menchini, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, I, Milano 1993;
- Id., *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito della omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, 773 ss.;
- Id., *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica del codice di procedura civile* diretta da A. Proto Pisani, 2° ed., Torino 2002;
- Id., *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*, in *Riv. arb.*, 2002, 289 ss.;
- Id., *Le impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. Arb.*, 2005, 843 ss.;
- Id., *Art. 819*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1328 ss.;
- Id. – A. Motto, *Art. 819 bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1335 ss.;
- L. Mengoni – F. Realmonte, *Atto di disposizione*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 189 ss.;
- G. Meo, *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, Milano 1998;

- Id., *Gli effetti dell'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, II, Torino 2006, 293 ss.;
- F. Messineo, *La distinzione fra capacità di agire, capacità di disporre e potere di disporre in una sua applicazione*, in *Temi*, 1949, 607 ss.;
- Id., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9° ed., Milano 1957;
- F. Messineo, *Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti*, in *Nuovi studi di diritto delle società*, Milano 1966, 213 ss.;
- G. Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *judicium.it*;
- G.A. Micheli, *Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, in *Studi in onore di A. Segni*, III, Milano 1967, 351 ss.;
- G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1944, 114 ss.;
- G. Mirabelli, *La capacità a compromettere in arbitri*, in *Riv. arb.*, 1994, 215 ss.;
- L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto civile italiano*, fondato da F. Vassalli, XIV, 4°, Torino 1984;
- Id., *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 1984, 214 ss.;
- Id., *Sugli effetti del lodo arbitrale e sulle funzioni della sua "omologazione"*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1994, 821 ss.;
- Id., *Magistrature –ordinarie e speciali- e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. Proc.*, 1996, 645 ss.;
- Id., *"Privato" e "pubblico" nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1998, 7 ss.;
- Id., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensioni di processi*, *Riv. dir. Proc.*, 2000, 1 ss.;
- L. Morellini, *Le parti e l'oggetto dell'arbitrato societario: spunti di riflessione*, in *Società*, 2005, 79 ss.;
- L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, 4° ed., Milano 1923;
- L.V. Moscarini-N. Corbo, *Transazione*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma 1994;
- A. Motto, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Arb.*, 2006, 563 ss.;
- Id. – (S. Menchini), *Art. 819 bis*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2007, 1335 ss.;
- J. Münch, § 1029, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di G. Lüke e P. Wax, III, 2° ed., Monaco 2001, 1014 ss.;
- Id., § 1030, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, a cura di G. Lüke e P. Wax, III, 2°

ed., Monaco 2001, 1044 ss.;

R. Muroni, *La successione nella res litigiosa nell'arbitrato rituale interno e con profili di internazionalità: analisi retrospettiva dell'ultimo comma del nuovo art. 816-quinquies c.p.c.*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 903 ss. ;

G. Muscolo, *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (prima parte): cause ed effetti dell'invalidità dell'atto*, in *Società*, 2003, 534 ss.;

Ead., *Il nuovo regime dei vizi delle deliberazioni assembleari nelle s.p.a. (seconda parte): l'impugnazione*, in *Società*, 2003, 673 ss.;

Ead., *L'impugnazione delle deliberazioni assembleari di operazioni sul capitale, emissione di obbligazioni e approvazione del bilancio*, in *Società*, 2003, 931 ss.;

R. Nazzini, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*, in *Riv. arb.*, 2001, 229 ss.;

P.L. Nela, *Commento agli artt. 34, 35, 36, Il nuovo processo societario*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna 2004, 925 ss.;

Id., *art. 806*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da S. Chiarloni, II, Bologna 2007;

F. Negro, *Degli effetti sostanziali dell'indisponibilità processuale, I, l'indisponibilità giuridica*, Padova 1950;

Id., *Indisponibilità giuridica*, in *Nov. Dig. It.*, VIII, Torino 1957, 605 ss.;

R. Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, Messina 1932, 375 ss.;

E. Odorisio, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 253 ss.;

A. Palazzo, *Transazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, XIX, Torino 1999, 386 ss.;

A.M. Palmieri, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano 2000;

I. Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998;

Ead., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano 2004;

N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli 2003;

M.A. Pappmehl, *Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten*, Francoforte 2001;

G. Pellizzi, *Sui poteri indisponibili della maggioranza assembleare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967, 113 ss.;

G. Piazza, *L'impugnativa delle delibere assembleari: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. Giur.*,

2003, 965 ss.;

E. Picaroni, *L'arbitrato nella riforma delle società*, in *Società*, 2005, 495 ss.;

A. Pinamonti-(M. Ferrata), *La delibera di bilancio*, I, Milano 2001;

A. Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965;

Id., *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1971, 1216 ss.;

Id., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1046 ss.;

Id., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, 2385 ss.;

Id., *Appunti sulla tutela cd. costitutiva, (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 60 ss.;

Id., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003;

Id., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5° ed., Napoli 2006;

S. Pugliatti, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali dell'Università di Messina*, Messina 1927, 165 ss.;

Id., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano 1935;

Id., *Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da M. d'Amelio ed E. Finzi, Libro delle Obbligazioni, Vol. 2°, parte II, Firenze 1949;

Id., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Diritto Civile. Saggi*, Milano 1951, 33 ss.;

F. Pugliese, *Potere del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo*, Milano 1999, 65 ss., specie 73 ss.;

Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *I Contratti*, 1993, 647 ss.;

C. Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. Proc.*, 1983, 78 ss.;

Id., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 10 ss.;

Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, Padova 2000;

Id., *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 235 ss.;

Id., *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 749 ss.;

Id., *"Efficacia di sentenza" del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 819 ss.;

- Id., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 2007, 395 ss.;
- F. Realmonte-(L. Mengoni), *Atto di disposizione*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 189 ss.;
- E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911;
- Id., *Compromesso (Diritto processuale civile)*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1957, 787 ss.;
- P. Reviglione, *La "sostituzione" delle deliberazioni invalide dell'assemblea di società per azioni*, Milano 1995;
- E.F. Ricci, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la Legge 9 Febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. Proc.*, 1983, 635 ss.;
- Id., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. Proc.*, 1989, 655 ss.;
- Id., *Sugli effetti del rigetto dell'impugnazione di delibera assembleare di s.p.a.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 49 ss.;
- Id., *La "funzione giudicante" degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrèt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.;
- Id., *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. Proc.*, 2002, 1239 ss.;
- Id., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 517 ss.;
- Id., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. Proc.*, 2003, 557 ss.;
- G.F. Ricci, *Dalla "transigibilità" alla "disponibilità" del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, 265 ss.;
- Id., *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, 759 ss.;
- A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano 1958;
- Id., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, 4° ed., Bologna 2005, 145 ss.;
- Salv. Romano, *Autonomia privata*, Milano 1957;
- Santi Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 14 ss.;
- Id., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 172 ss.;
- G. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee di società*, Milano 1951;
- A. Romano Tassone, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, 249 ss.;

- V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano 2001;
- R. Rordorf, *Impugnazione dei deliberati assembleari e consiliari*, in *Società*, 1992, 1201 ss.;
- S. Rosin, *L'arbitrato nel diritto societario*, in *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino 2005, 515 ss.;
- G. Rossi, *Utile di bilancio, riserve, dividendo*, Milano 1957;
- L. Rovelli, *L'arbitrato delle società*, in *L'arbitrato, profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, II, Torino 1999, 920 ss.;
- G. Ruffini, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova 1997, 665 ss.;
- Id., *“Efficacia di sentenza” del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, in *Riv. arb.*, 2000, 465 ss.;
- Id., *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 133 ss.;
- Id., *Sulla distinzione tra arbitrato “rituale” ed “irrituale”*, in *Riv. arb.*, 2002, 750 ss.;
- Id., *Arbitri, diritto e costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 643 ss.;
- Id., *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*, *Riv. arb.*, 2003, 533 ss.;
- Id., *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1524 ss.;
- Id., *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 495 ss.;
- Id., *Patto compromissorio*, in *Riv. Arb.*, 2005, 711 ss.;
- E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 573 ss.;
- R. Sacco, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 1993;
- V. Salafia., *L'assemblea della S.P.A. secondo la recente riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1056 ss.;
- Id., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari nella riforma societaria*, in *Società*, 2003, 1177 ss.;
- R. Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. It.*, 2005, 442 ss.;
- L. Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova 1999;
- F. Santagada, *Arbitrato e conciliazione*, in *Il nuovo processo societario*, Supplemento al fasc. 25/2005 di *Diritto e Giustizia*, 149 ss.;

- M. Santaroni, *Bilancio*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, II, Torino 1987, 209 ss.;
- F. Santoro-Passarelli, *La transazione*, Milano 1986, rist. 2° ed. 1976;
- Id., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1997, rist. 9° ed.;
- S. Sanzo, *Commento all'art. 2377*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna 2004, 607 ss.;
- Id., *Commento agli artt. 2379 e 2379*, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna 2004, 649 ss.;
- B. Sassani, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, *Riv. Dir. Proc.*, 1977, II, 531 ss.;
- Id., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova 1989;
- Id., *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 199 ss.;
- Id., *L'arbitrato a modalità irrituale*, *Riv. Arb.*, 2007, 25 ss.;
- S. Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931;
- Id., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano 1966 (rist. ed. 1959);
- Id., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971;
- F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione di V. Scialoja, VII, Torino 1896;
- A. Scala, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino 2001;
- Id., *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino 2006, 255 ss.;
- K. Schmidt, *Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen -Eine Skizze mit Ausblicken auf das Recht der AG und der Personengesellschaften*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1988, 523 ss.;
- Id., *Schiedsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse?*, in *Die Aktien Gesellschaft*, 1995, 551 ss.;
- Id., *Neues Schiedsverfahrensrecht und Gesellschaftsrechtspraxis*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1998, 265 ss.;
- Id., *Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht*, in *Betriebs Berater*, 2001, 1857 ss.;
- K.H. Schwab, *Wandlungen der Schiedsfähigkeit*, in *Festschrift für Wolfram Henckel*, Berlino-New York 1995, 803 ss.;
- Id.-G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7° ed., Monaco 2005;

- F.J. Semler, *sub § 39*, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, IV, 2° ed., Monaco 1999;
- E. Simonetto, *I bilanci*, Padova 1967;
- N. Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano 2005;
- D. Spagnuolo, *Commento all'art. 2377*, in *La riforma delle società, Commentario al d. lgs. 6/2003*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 343 ss.;
- A. Spena, *Commento all'art. 2379*, in *La riforma delle società, Commentario al d. lgs. 6/2003*, I, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino 2003, 369 ss.;
- A. Stagno d'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di s.p.a. La nuova disciplina, Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, II, Torino 2006, 167 ss.;
- G. Stolfi, *La transazione*;
- Id., *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, 132 ss.;
- M. Taruffo-(F. Carpi), *Commentario breve al codice di procedura civile. Appendice di aggiornamento 2004*, Padova 2004, 246;
- G. Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. Proc.*, 1987, 14 ss.;
- Id., *Conflitti tra lodi arbitrari e tra lodi e sentenze*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1994, 631 ss.;
- R. Teti, *L'arbitrato nelle società*, in *Riv. Arb.*, 1993, 297 ss.;
- A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Aalen 1964, rist. ed. Weimar 1878;
- W. Timm, *Vergleichs- und Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage im Kapitalgesellschaftrecht*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, 445 ss.;
- P. Trimarchi, *Invalidità del negozio giuridico e invalidità delle deliberazioni di assemblea*, in *Riv. soc.*, 1957, 450 ss.;
- Id., *Invalidità delle deliberazioni di società per azioni*, Milano 1958;
- R. Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883 ss.;
- E. Valsecchi, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, XXXVII, 2, 1° ed., Milano 1954, 2° ed., Milano 1986;
- G. Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 215 ss.;
- Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2001, 407 ss.;
- Id., *Profili del processo civile. I. Parte generale*, 6° ed., Napoli 2002;

Id., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di G. Verde, 3° ed., Torino 2005, 71 ss.;

Id., *Arbitrato irrituale*, in *Riv. Arb.*, 2005, 667 ss.;

Id., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2007, 1 ss.;

Id., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 371 ss.;

S.A. Villata, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano 2006;

C. Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1962, 1485 ss.

Id., *Sospensione del procedimento arbitrale per pregiudizialità penale*, in *Arb. App.*, 1969, 143 ss.;

Volhard, *sub § 133*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, IV, Monaco 2004;

G. Wagner, *Prozessverträge*, Tubinga 1998;

G. Walter-(K.H. Schwab), *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7° ed., Monaco 2005;

G. Zanarone, *Norme imperative e invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 455 ss.;

Id., *L'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle S.P.A.*, III, 2, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino 1993;

A. Zito, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la l. n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2001, 343 ss.;

W. Zöllner, *sub § 133*, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, I, Colonia-Berlino-Bonn-Monaco 1985;

A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 1173 ss.;

E. Zucconi Galli Fonseca-(F. Carpi), *Del compromesso*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001;

Ead.-(F. Carpi), *Forma del compromesso*, in *Arbitrato*, a cura di F. Carpi, Bologna 2001;

Ead., *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 929 ss.;

Ead., *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 453 ss.;

Ead., *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 935 ss.

Ead., *Art. 806*, in *Riforma del diritto arbitrale*, Commentario a cura di S. Menchini, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1150 ss.;