

ARBITRATO SOCIETARIO  
TRA CONCORRENZA E ALTERNATIVITA'  
di Maria Gaia Cavallari

SINTESI

Nell'affrontare un percorso complesso e che si caratterizza per un'oggettiva trasversalità dei temi trattati, qual è quello dell'arbitrato societario, è stato necessario dare conto delle ragioni e del metodo dell'indagine, così da rendere chiare e giustificate le scelte compiute e logico l'*iter* seguito nella ricerca. Allo stesso modo, è qui utile dare conto della tesi sostenuta che costituisce, ad un tempo, il filo conduttore e l'obiettivo che si è inteso raggiungere.

Il dato che emerge costantemente attiene alla natura dell'istituto, che soltanto con un'evidente forzatura può essere ricondotto entro i soli confini del diritto commerciale sostanziale o di quelli del diritto processuale. In verità, secondo l'idea che si è via via formata durante la ricerca, l'arbitrato societario rappresenta la chiusura di una sorta di "microsistema", quello delle regole interne alle società, provvedendo alla disciplina del "processo" societario. Non è dunque un caso che, essendo stato abrogato il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 a soli sei anni dall'entrata in vigore, le uniche norme "sopravvissute" al definitivo tramonto del processo societario siano gli articoli 34 e ss. dello stesso d.lgs. n. 5 del 2003, relative all'arbitrato. Esse rappresentano, infatti, la "giustizia interna" alla società.

Vari sono gli elementi che danno valore alla tesi sostenuta. Tra quelli che attengono a profili di disciplina sostanziale assume particolare rilevanza la necessità che la clausola arbitrale sia contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto della società, a dimostrazione che l'arbitrato è assunto come metodo di giustizia *nella* società e *della* società e non come mero strumento di risoluzione delle liti tra soci.

Quelli di natura processuale hanno ancor maggiore evidenza. La disciplina dell'intervento, l'estensione dei poteri cautelari e l'efficacia del lodo nei confronti della

società (che la disciplina dell'arbitrato societario ha introdotto ben prima della riforma dell'arbitrato comune), da un lato, hanno avvicinato l'arbitrato societario al processo; dall'altro, dimostrano di considerare le liti in ambito societario come una vicenda che coinvolge l'intera società e che dev'essere risolta in modo che gli effetti del lodo rappresentino la ricostituzione della fisiologia dei rapporti endosocietari. In tal senso, se la società è e resta un contratto, potrebbe non essere azzardato affermare che la disciplina dell'arbitrato societario lo rappresenta come "contratto istituzionalizzato" o come "istituzione contrattuale".

La dottrina che si è occupata dell'argomento ha trattato pressoché di ogni questione che desse luogo a dubbi interpretativi, dall'oggetto del compromesso alla percorribilità della via dell'arbitrato irrituale; dalla relazione tra l'arbitrato societario e quello riformato di diritto comune. Ciò, spesso dividendosi in merito alla soluzione di detti dubbi. Proprio tenendo conto della completezza del dibattito dottrinale, lo scopo della tesi è stato quello di individuare uno spirito comune a tutte le previsioni, una sorta di "costante" o di "invariante", che possa costituire una chiave interpretativa sufficientemente credibile. Chi scrive l'ha rinvenuto nella citata "giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato societario e nella sua costruzione come meccanismo complesso di giustizia societaria.

Alla luce dell'indirizzo e della scelta compiuti, si è preferita l'unità dell'azione di ricerca alla completezza della trattazione degli argomenti generalmente ricollegabili all'oggetto d'indagine.

Venendo alla struttura del lavoro, la tesi è articolata in quattro capitoli.

Il primo capitolo ha ad oggetto la convenzione arbitrale societaria che, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, può riferirsi unicamente alla clausola compromissoria, tanto da far emergere il problema della ammissibilità del compromesso all'interno di uno statuto societario e la disciplina ad esso applicabile.

L'indagine si è poi rivolta all'efficacia soggettiva della clausola compromissoria societaria e alla sua autonomia dal contratto principale, posto che l'art. 34 si occupa esclusivamente di clausole compromissorie dello statuto o dell'atto costitutivo della società, escludendo, in prima battuta, ogni possibilità che la convenzione arbitrale possa essere inserita in un atto separato.

Un ulteriore aspetto indagato attiene alle modalità di introduzione, modificazione e soppressione della clausola compromissoria per arbitrato societario.

La previsione del sesto comma dell'art. 34, che richiede la maggioranza dei due terzi del capitale sociale per la relativa modifica statutaria, sembrerebbe introdurre l'automatica operatività dell'istituto verso tutti coloro che partecipano o realizzano la vita della società, indipendentemente dall'effettiva esistenza di una volontà compromissoria espressa in tal senso.

Per impedire che potesse essere ritenuto un caso di arbitrato obbligatorio, di giurisdizione privata sottratta alla volontà delle parti, il legislatore ha introdotto un'ulteriore ipotesi di recesso *ex lege* che va ad aggiungersi a quelle elencate dal primo comma dell'art. 2437 c.c., tradizionalmente legate alla modifica di essenziali aspetti strutturali e organizzativi della società. Il diritto di recesso *ex art. 34*, sesto comma, consente al socio assente o dissenziente di sottrarsi al giudizio arbitrale con un sacrificio rilevante ma prospettato, preservandolo dall'imposizione di un regime di tutela giurisdizionale non voluto e dal diritto di scegliere il giudice al quale sottoporre le controversie che lo coinvolgono

Lo studio della clausola compromissoria nell'arbitrato societario ha comportato una necessaria riflessione sull'efficacia soggettiva della relativa convenzione, sia con riguardo alle società che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 34, d.lgs. n. 5 del 2003, sia ai soggetti dalla stessa vincolati.

Sul primo aspetto, oltre a far luce sulle ragioni che hanno condotto il legislatore delegato ad escludere le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio *ex art. 2325 bis* dall'ambito di applicazione dell'arbitrato societario, si è valutata l'ammissibilità della clausola compromissoria *ex art. 34* nelle società di persone e nelle società cooperative, posto che l'art. 12, terzo comma, della l. 366 del 2001 delegava il governo a disciplinare l'arbitrato delle sole società "commerciali".

Nel trattare l'estensione soggettiva della clausola compromissoria, l'attenzione è stata rivolta ai soggetti che non l'hanno esplicitamente accettata al fine di scongiurare il possibile contrasto fra l'art. 34 e il principio costituzionale secondo cui l'arbitrato è legittimo soltanto in quanto frutto di una libera scelta delle parti.

Tema di particolare delicatezza è quello dei soci assenti o dissenzienti in assemblea, di coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia, o che

succedono nella qualità di socio per atto *inter vivos* o *mortis causa*, o che l'acquistano in un momento successivo alla costituzione della società, in virtù di un atto di adesione. L'indagine ha quindi interessato anche la previsione del comma quarto dell'art. 34, che dispone che la clausola compromissoria statutaria possa avere ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, o nei loro confronti, data l'evidente estensione dell'efficacia della convenzione arbitrale verso soggetti non solo estranei al contratto sociale, ma che, indipendentemente dall'accettazione all'incarico ad essi conferito, non hanno espresso il proprio consenso all'atto arbitrale.

L'efficacia *ex lege* della clausola compromissoria in assenza di un consenso manifestamente espresso è senza dubbio una fra le questioni più dibattute nello studio dell'arbitrato societario ed è stata affrontata dando rilievo ai più accreditati commenti dottrinali nonché alle recenti pronunce giurisprudenziali.

Si è poi valutato il possibile inserimento di clausole compromissorie all'interno di contratti autonomi e paralleli rispetto al contratto principale, come i patti parasociali o contratti di trasferimento di partecipazioni sociali, per l'evidente contrasto fra la formula dell'art. 34, primo comma, che circoscrive l'applicazione dell'arbitrato societario agli atti costitutivi delle società, e l'art. 12, primo comma lett. a) della legge delega, il quale, nel dettare i confini della norma delegata, fa riferimento anche alle controversie relative ai patti parasociali e alla cessione di quote.

Il primo capitolo si chiude con un paragrafo dedicato al tema dell'ammissibilità dell'arbitrato irrituale in materia societaria, molto discusso sia in dottrina che in giurisprudenza per i riferimenti "indirettamente" operati dal legislatore delegato agli articoli 35 e 36 d.lgs. n. 5 del 2003 nonché alla luce del nuovo art. 808 *ter* c.p.c., introdotto dall'art. 20 del d.lgs. n. 40 del 2006, che ha segnato la fine dell'arbitrato irrituale quale arbitrato "libero" non regolato dalla legge.

Il secondo capitolo è dedicato alla validità delle clausole compromissorie di diritto cosiddetto comune, sia preesistenti all'entrata in vigore dell'arbitrato societario, sia introdotte successivamente. Infatti, all'indomani della riforma societaria, si è aperto il dibattito sulla sopravvivenza delle clausole arbitrali non adeguate al modello speciale previsto dall'art. 34 e ss. del d.lgs. n. 5 del 2003 e, in particolare, alla previsione dell'obbligo di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo alla società, previsto a pena di nullità dal secondo comma della stessa norma.

Il primo nodo da sciogliere ha riguardato l'esclusività della nuova disciplina. In altri termini, si è tentato di definire se l'introduzione dell'arbitrato societario abbia o meno escluso che la materia societaria possa essere oggetto di arbitrato tradizionale e se sia possibile affiancare all'interno dello stesso atto costitutivo il modello "speciale", dettato dagli artt. 34 ss., a quello "tradizionale", disciplinato dal codice di procedura civile agli artt. 806 e ss.

Il dibattito attiene alla questione del cosiddetto "doppio binario", ovvero alla discussa validità delle clausole compromissorie preesistenti al 1° gennaio 2004, non conformi alla nuova disciplina e non adeguate entro il 30 settembre 2004 alle disposizioni (inderogabili?) del d.lgs. n.5 del 2003.

L'attenzione è stata poi rivolta all'aspetto patologico: vale a dire al mancato adeguamento degli atti costitutivi e degli statuti rispetto al nuovo regime di arbitrato societario, nell'ipotesi che, a partire dal 1° gennaio 2004, le clausole compromissorie in contrasto con la nuova disciplina siano da considerarsi interamente nulle, ovvero nulle solo nelle parti incompatibili. Si pensi, in particolare, al secondo comma dell'art. 34 che affida, a pena di nullità, la nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo, per il quale è stata ammessa, come soluzione preferibile in caso di violazione, l'adeguamento *ex lege* della convenzione pattizia invalida ai sensi dell'art. 1419 c.c.

La possibile coesistenza dei due regimi e la concorrenza di differenti modelli di arbitrato nello stesso statuto o atto costitutivo, sostenuta da alcuni commentatori e dalla più recente giurisprudenza, è stata confrontata alla luce dell'opposta tesi che assegna all'arbitrato societario un carattere esclusivo e sostitutivo rispetto a quello di diritto comune, e che nega ogni validità ed efficacia alla clausola compromissoria difforme dalla disciplina dettata dagli artt. 34 e ss.

Il terzo capitolo esamina l'efficacia oggettiva della clausola compromissoria ed i conseguenti limiti di operatività della nuova convenzione arbitrale societaria.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato societario è stato individuato attraverso la lettura sistematica degli articoli 34, 35 e 36 che delineano un parametro di arbitrabilità piuttosto ambiguo, che da un lato adotta il criterio della disponibilità dei diritti "relativi al rapporto sociale", dall'altro lo contraddice quando oggetto del giudizio sia la validità di delibere assembleari, svincolate dal metro della disponibilità.

Partendo dal quadro di riferimento, caratterizzato da una giurisprudenza prevalentemente orientata a ritenere disponibili le sole controversie aventi ad oggetto posizioni individuali o interessi personali dei singoli soci, il criterio della disponibilità del diritto al contesto societario ha reso incerta la delimitazione dell'applicazione dell'istituto.

E' stato dapprima seguito il parametro dell'inarbitrabilità della materia in relazione all'inderogabilità delle norme involte nella controversia, sul presupposto che la relativa violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, con la conseguente inaccessibilità al giudizio arbitrale in ragione della presenza di un interesse pubblico assorbente che l'arbitro, inevitabilmente, sarebbe destinato a vulnerare.

La giurisprudenza ha poi fatto ricorso al criterio degli interessi coinvolti, così da ritenere arbitrabili le controversie che incidono sulla posizione individuale e soggettiva del socio, e non arbitrabili quelle che trascendono l'interesse delle parti e riguardano vicende concernenti interessi della società, ovvero la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi.

Ciò che è emerso è che alcune caratteristiche proprie del contesto societario quali la figura "istituzionale" della società distinta da quella dei soci, le ripercussioni delle controversie societarie oltre i confini della compagine sociale (si pensi ai creditori sociali), nonché la plurilateralità del rapporto nelle liti sociali, rendono non semplice l'individuazione delle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili dei soci e di quelle inerenti diritti attinenti alla società come tale.

L'impugnazione delle delibere assembleari rappresenta senza dubbio l'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato societario più diffuso. Sul punto, è stato rilevato che il tradizionale parametro volto a distinguere l'arbitrabilità delle delibere impugnate si riferisce al relativo vizio lamentato, così da ritenere disponibili le controversie implicanti l'annullabilità delle deliberazioni, e indisponibili - quindi non arbitrabili - le delibere nulle, in quanto soggette ad azione imprescrittibile e rilevabili anche d'ufficio dal giudice. Con la riforma sostanziale del diritto societario, tuttavia, le nuove disposizioni previste dagli articoli 2379 e ss c.c. hanno rivoluzionato la normativa della nullità delle deliberazioni assembleari, privilegiandone la stabilità e prevedendone la sanabilità, così delineando, ad avviso di chi scrive, un sistema speciale della disciplina

commerciale rispetto a quella generale del contratto, con prevalenza della tutela obbligatoria rispetto a quella reale.

Ad oggi, dunque, non vi è più un'inderogabilità normativa assoluta delle deliberazioni nulle, garantita a prescindere dall'iniziativa delle parti, ma è riconosciuta, piuttosto, l'arbitrabilità di pressoché tutte le delibere assembleari, siano esse annullabili o nulle, ad eccezione di quelle che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili. Solo queste ultime, pertanto, sembrerebbero rimanere le uniche affette da un'insanabile e imprescrittibile nullità.

Si è anche discusso dell'arbitrabilità delle liti nascenti dai negozi relativi a partecipazioni sociali nonché delle controversie relative ai patti parasociali. Infatti, sebbene l'art. 12, comma 1, della legge n. 366 del 2001 ricomprenda nell'ambito di applicazione del rito societario anche le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali, il successivo terzo comma, nel prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie per arbitrato societario, ammette la possibilità di limitarne l'ambito oggettivo di applicazione soltanto "ad alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1". Le perplessità sull'estensione dell'efficacia della clausola compromissoria a tali controversie aumentano con riferimento alla delega per l'attuazione dell'arbitrato societario, limitata ai diritti relativi al "rapporto sociale", come peraltro afferma lo stesso art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 al primo comma.

Nell'indagare l'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato societario, è stata rivolta attenzione alla disposizione contenuta nel quarto comma dell'art. 34 sulle controversie che coinvolgono gli organi sociali. E' interessante rilevare che, nel disciplinare le liti promosse da o contro amministratori liquidatori e sindaci, il legislatore delegato ha ommesso il riferimento alla necessaria disponibilità del diritto oggetto della controversia, non intervenendo sui limiti oggettivi di compromettibilità tra detti soggetti e la società e limitandosi a definire i limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria statutaria, estendendola agli organi sociali all'atto dell'accettazione dell'incarico pur in assenza di un esplicito consenso.

Un ultimo paragrafo è dedicato alla disposizione del quinto comma dell'art. 34 che pone, come ulteriore limite oggettivo all'arbitrabilità della controversia, la presenza

del Pubblico Ministero, indipendentemente dalla disponibilità o meno del diritto oggetto della lite.

L'ultimo capitolo della tesi è stato dedicato agli aspetti procedurali dell'arbitrato societario e alla sua "disciplina inderogabile", come prevede la rubrica dell'art. 35 d. lgs. n. 5 del 2003.

Argomento di particolare rilevanza è la formazione del collegio arbitrale e il meccanismo di nomina degli arbitri necessariamente "eterodiretto", che conferisce la nomina dell'arbitro o dell'intero collegio arbitrale ad un soggetto estraneo alla società. Prima della riforma del diritto societario, infatti, il problema è emerso con particolare riferimento alle clausole compromissorie statutarie che attribuivano la competenza a risolvere le controversie societarie ad organi della società quali amministratori, liquidatori, sindaci, probiviri, i quali, per giurisprudenza prevalente, venivano dichiarate nulle sul presupposto difetto dei requisiti di imparzialità e indipendenza rispetto all'organizzazione societaria.

Considerando la rilevanza dell'incarico e la voluta equidistanza dell'arbitro rispetto a chi lo nomina, la disposizione, per come è formulata, ha indotto a interrogarsi sugli effettivi destinatari dell'incarico di scelta.

Sul punto, si è reso opportuno appurare quanto la previsione del secondo comma dell'art. 34 d. lgs. n. 5 del 2003 abbia inciso sulla diffusione dell'arbitrato amministrato in materia societaria, posto che la norma, pur richiedendo l'estraneità del terzo incaricato di nominare l'organo arbitrale, omette di esplicitare la necessaria indipendenza ed imparzialità dell'arbitro nella controversia, dovendosi dedurre che il rinvio all'amministrazione del procedimento da parte della camera arbitrale – fra i cui compiti istituzionali rientra certamente la garanzia dell'indipendenza dell'organo arbitrale – potrebbe colmare questa lacuna.

È naturalmente seguita l'analisi delle successive disposizioni procedurali contenute nell'art. 35 del decreto delegato che, con la rubrica "*Disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*", detta disposizioni assai importanti non solo dal punto di vista pratico, ma anche per la collocazione sistematica dell'arbitrato societario rispetto all'arbitrato comune. Si pensi, ad esempio, alle disposizioni riferite alla domanda di arbitrato, o al suo deposito, che, prevedendo una forma di pubblicità dell'atto arbitrale, sembra far venir meno una delle caratteristiche dell'arbitrato, ovvero la riservatezza.

Particolare attenzione è stata dedicata all'intervento nel procedimento arbitrale, ammesso sia in forma volontaria, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., che in forma coatta, ai sensi degli art. 106 e 107 c.p.c. L'istituto è stato da chi scrive ritenuto centrale al fine di dimostrare la tesi generale della "processualizzazione" dell'arbitrato e della configurazione di quest'ultimo come elemento di chiusura del "sistema" endosocietario.

E' stata poi evidenziata la grande portata innovativa del terzo comma dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 che, escludendo per l'arbitrato la clausola compromissoria statutaria l'applicazione dell'art. 819 c.p.c., permette agli arbitri societari di conoscere, senza autorità di giudicato, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se relative a materie che non possono essere oggetto di convenzione arbitrale, rendendo più celere il procedimento ed evitando di sospenderlo in attesa della decisione del giudice ordinario.

Egual centralità ha assunto l'analisi della disciplina della tutela cautelare, regolata anch'essa dal quinto comma dell'art. 35. La disposizione deve essere letta congiuntamente all'art. 818 c.p.c. che, nonostante la riforma attuata dal d.lgs. n. 40 del 2006, continua ad escludere che gli arbitri possano concedere sequestri né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.

Anche l'analisi del lodo e della sua efficacia è stata funzionale alla dimostrazione della tesi generale. In questo caso, la frequente plurisoggettività delle controversie e la potenziale estensione del *decisum* nei confronti di interessi estranei alle parti hanno imposto, per ragioni sostanziali di giustizia, tutele che non sono (*rectius*, non erano prima della riforma) a pieno garantite dal modello arbitrale comune. Ancora una volta, l'attenzione per la dimensione plurisoggettiva del conflitto rinvia, a parere di chi ha scritto, all'idea dell'arbitrato societario come sistema autosufficiente di giustizia endosocietaria.

Trattando gli aspetti procedurali dell'arbitrato societario, è stato altresì rilevato che con la riforma del codice di procedura civile di cui al d.lgs. n. 40 del 2006 si è attenuata la distanza tra la disciplina speciale *ex* art. 34 e quella di diritto comune, sebbene all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 la prima fosse ritenuta fortemente innovativa e derogatoria rispetto alle disposizioni del codice di rito. Ci si riferisce, in particolare, all'intervento, oggi ammesso a norma dell'art. 816 *quinquies* anche nell'arbitrato comune, e al potere riconosciuto agli arbitri societari di risolvere

senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, posto che il nuovo art. 819, nel testo introdotto dall'art. 22 d.lgs. n. 40 del 2006, ammette in via generale la conoscibilità da parte degli arbitri di materie non compromettibili allorché costituiscano pregiudiziali di merito da non decidersi *ex lege* con autorità di giudicato.

In conclusione, chi scrive ritiene che l'arbitrato societario ha anticipato la riforma introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006 per l'arbitrato comune.

Tale circostanza rappresenta, al contempo, il successo e il limite dell'istituto. Il successo è "di aver colto nel segno" ciò che serviva per rendere l'arbitrato competitivo rispetto al giudice "togato"; il limite è il rischio che l'arbitrato societario perda i caratteri di disciplina speciale per essere assorbito dall'arbitrato *ex art.* 806 ss. c.p.c.