

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI, GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEGLI AFFARI

XXII CICLO

Coordinatore, Chiarissimo Professore

Gustavo Visentini

**ARBITRATO SOCIETARIO
TRA CONCORRENZA E ALTERNATIVITA'**

TUTOR, CHIARISSIMO PROFESSORE

LUIGI FILIPPO PAOLUCCI

DOTTORANDA,

DOTT. MARIA GAIA CAVALLARI

INDICE

| | |
|----------------|------|
| Premessa | p. 4 |
|----------------|------|

CAPITOLO I

LA CONVENZIONE ARBITRALE NELL'ARBITRATO SOCIETARIO

| | |
|--|-------|
| 1.1. Compromesso e clausola compromissoria nel contratto di società | p. 7 |
| 1.2. Introduzione, soppressione, modificazione della clausola compromissoria ... | p. 14 |
| 1.3. I tipi di società vincolati dall'arbitrato speciale | p. 22 |
| 1.4. L'estensione dell'efficacia soggettiva della clausola compromissoria...e i problemi di costituzionalità | p. 27 |
| 1.5. Le clausole compromissorie e i patti parasociali | p. 36 |
| 1.6. Arbitrato societario irrituale? | p. 39 |

CAPITOLO II

DALL'ARBITRATO COMUNE ALL'ARBITRATO SOCIETARIO:

ESCLUSIVITÀ O CONCORRENZA?

| | |
|---|-------|
| 2.1. La specialità del modello delineato dall'art. 34 del d.lgs. n.5 del 2003. In particolare, la necessaria estraneità del designatore degli arbitri | p. 45 |
| 2.2. Sull'esclusività del nuovo modello: la nullità della clausola compromissoria difforme dall'art. 34 | p. 50 |
| 2.3. La tesi favorevole alla concorrenza dei due modelli | p. 55 |
| 2.4. Il doppio binario: l'orientamento giurisprudenziale affermatosi come prevalente | p. 58 |

CAPITOLO III

OGGETTO DELL'ARBITRATO, DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO

E QUESTIONI COMPROMETTIBILI

| | |
|--|-------|
| 3.1. L'ambito oggettivo di operatività | p. 63 |
| 3.2. La disponibilità del diritto nelle liti tra soci e tra soci e società | p. 68 |
| 3.3. L'impugnazione delle delibere assembleari | p. 77 |
| 3.4. Le liti sul trasferimento delle partecipazioni sociali e sui patti parasociali | p. 87 |
| 3.5. Le liti che coinvolgono gli organi sociali | p. 89 |
| 3.6. Le controversie nelle quali è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero | p. 96 |

CAPITOLO IV

NOMINA, POTERI, DECISIONI DEGLI ARBITRI SOCIETARI

| | |
|---|--------|
| 4.1. La domanda di arbitrato e la costituzione del collegio arbitrale | p. 100 |
| 4.2. Il potere di nomina conferito al "soggetto estraneo alla società": nuovi campi di sviluppo dell'arbitrato amministrato | p. 104 |
| 4.3. L'intervento | p. 113 |
| 4.4. Le questioni incidentali. Il potere cautelare di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari | p. 119 |
| 4.5. Efficacia e impugnazione del lodo | p. 126 |
| Bibliografia di riferimento..... | p. 131 |

PREMESSA.

Nell'affrontare un percorso complesso e che si caratterizza per un'oggettiva trasversalità dei temi trattati, qual è quello dell'arbitrato societario, è necessario dare conto delle ragioni e del metodo dell'indagine, così che appaiano chiare e giustificate le scelte compiute e logico l'*iter* seguito nella ricerca. Allo stesso modo, è utile dare conto fin dal principio 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 di questa tesi è 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. Così, alcuni temi trattati nei lavori monografici dedicati all'arbitrato societario non hanno qui trovato spazio o l'hanno trovato in minima parte, perché non funzionali rispetto all'obiettivo perseguito. Ciò, almeno nelle intenzioni di chi scrive, non ha condotto ad esaltare argomenti e temi a suffragio della tesi sostenuta e a tacere di quelli che ne pongono in luce le criticità.

Certo, vi sono ambiti che non si sono affrontati per limiti soggettivi di chi scrive, più che per ragioni oggettive. Primo tra tutti, quello della compatibilità dell'arbitrato societario con le società a partecipazione pubblica, che, peraltro, presenta non pochi profili di interesse ermeneutica, legati non soltanto alle peculiarità tradizionali circa la disponibilità dell'attività amministrativa affidate alle società pubbliche cosiddette *in house providing*¹, ma anche al più generale tema della compatibilità tra l'interesse di cui è portatore il socio pubblico e gli interessi della società e dei soci privati.

¹ Caia, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989

Le mancanze, tuttavia, non dovrebbero avere inciso negativamente sul percorso logico che si è descritto. Del resto, «la naturalità del diritto non può avere valore assoluto ma sempre e soltanto valore relativo derivante dal modo di essere della società e delle idee madri che essa esprime e che, al tempo stesso, in una relazione biunivoca, la determinano»².

Il lavoro ha avuto la guida autorevole del Prof. Luigi Filippo Paolucci. Ogni mancanza o errore è ovviamente mia sola responsabilità.

² F. Benvenuti, *Ancora sull'eticità del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol.V, Milano, 2006, 4511.

CAPITOLO I

LA CONVENZIONE ARBITRALE NELL'ARBITRATO SOCIETARIO

1.1. *Compromesso e clausola compromissoria nel contratto di società*

Unica fonte della convenzione arbitrale nell'arbitrato societario è, ai sensi del primo comma dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, la clausola compromissoria che presenta caratteristiche che la differenziano nettamente dalla clausola arbitrale di diritto comune.

Innanzitutto i soggetti, ovvero le parti del giudizio arbitrale.

Parti sono i soci – ivi compresi, come sarà trattato nei paragrafi seguenti, i soci subentranti ed i soci aggiunti – e la società. Ancora, parti, ai sensi del quarto comma dell'art. 34, possono essere gli amministratori, liquidatori e sindaci, qualora la clausola compromissoria includa anche tali controversie nel suo ambito di applicazione³.

La riforma ha dunque inciso sulla figura della clausola compromissoria statutaria⁴, confermando, da un lato, la sua natura contrattuale di strumento pattizio di risoluzione alternativo delle controversie, e indebolendone, dall'altro, il carattere di autonomia e indipendenza rispetto al contratto cui accede⁵.

³ Il quarto comma dell'art. 34 prevede che “Gli atti costitutivi possono prevedere che la clausola abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti. In tal caso, essa, a seguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro.”

⁴ Sassani-Tiscini, *Il nuovo processo societario*, in *www.judicium.it*

⁵ Dottrina e giurisprudenza riconoscono alla clausola compromissoria di diritto comune i caratteri di autonomia e indipendenza rispetto al contratto cui accede. Prendendo spunto dalla stessa lettura dell'art. 808 c.p.c. (ai sensi del quale “*La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce*”), la clausola compromissoria non si considera un accessorio del contratto cui si riferisce, ma ad essa va riconosciuta, piuttosto, una propria individualità e autonomia che la preserva dalla nullità o inefficacia, originaria o sopravvenuta, del negozio cui accede. Essa, pertanto, può anche essere oggetto di stipulazione separata e successiva rispetto all'originario contratto. Sul punto, si veda Cass. civ, sez. I, 11 luglio 2003, n. 10910, in *Giust. civ.*, 2006,

L'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, rubricato “*clausola compromissoria statutaria*”, ne circoscrive espressamente l'applicazione agli atti costitutivi delle società, escludendo, in prima battuta, ogni possibilità che la convenzione arbitrale possa essere contenuta in un atto separato⁶.

La dottrina ha pacificamente accettato l'interpretazione restrittiva della norma, negando ogni autonomia della convenzione arbitrale rispetto al contratto principale nonché la possibilità che la stessa possa essere inserita in documenti diversi dal contratto di società⁷.

I, 174, con nota di Della Pietra, *Alcune considerazioni sulle nuove domande nell'arbitrato comune e in quello societario*; Cass. civ., 20 giugno 2000 n. 8376, in *Giust. civ.* 2001. I, 1327; Cass. civ. 26 giugno 1992 n. 8028. cfr. Satta Punzi, *Diritto Processuale civile*, Padova, 2000, 1057.

⁶ Alcune difficoltà interpretative sono state sollevate dalla lettura della legge delega. L'art. 12, terzo comma, della legge n. 366 del 2001 autorizzava infatti il ricorso all'arbitrato anche per le controversie relative ai patti parasociali e a trasferimenti di partecipazioni sociali, mentre l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 nulla dispone al riguardo.

⁷ Il riferimento è ai contratti autonomi e paralleli rispetto al contratto principale, come i patti parasociali o contratti di trasferimento di partecipazioni sociali. Muovendosi dalla formula dell'art. 34, primo comma, ai sensi della quale sono devolvibili ad arbitri soltanto le vertenze “che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”, la dottrina maggioritaria (Gennari, *L'arbitrato societario*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da Galgano, vol. II, Padova, 2009) nega il possibile inserimento di una clausola compromissoria societaria all'interno di un atto diverso dall'atto costitutivo, sebbene l'art. 12, terzo comma della legge delega n. 366 del 2001, nel dettare i confini della norma delegata, faccia riferimento anche alle controversie relative ai patti parasociali e alla cessione di quote, menzionate nel primo comma dello stesso articolo, e nonostante l'art. 1 del decreto legislativo n. 5 del 2003 estenda la disciplina del processo societario alle controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali. Il tema relativo alla possibilità di inserire clausole compromissorie all'interno dei patti parasociali e ai negozi di trasferimento di quote sociali attiene strettamente agli aspetti sostanziali dell'argomento di indagine ed è fortemente correlato alla natura dell'arbitrato societario di cui si discute. Non vi è però dubbio che alcuni dei profili siano fortemente intrecciati al problema del “doppio binario”, dal momento che la previsione di clausole compromissorie in patti parasociali viene usualmente esclusa da coloro che ritengono che l'introduzione dell'arbitrato societario abbia fatto venir meno la possibilità di ricorrere all'arbitrato ordinario nelle controversie aventi ad oggetto i rapporti regolati dagli artt. 34 e ss. del

Perplessità sorgono dalla non corrispondenza fra la rubrica dell'articolo 34 “*oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*” rispetto alla sua parte precettiva, in cui è disposto che la clausola compromissoria deve comparire nell'atto costitutivo.

Vi è dunque da chiarire se la distonia tra rubrica e contenuto precettivo sia soltanto apparente o se sia reale.

Emerge, dunque, nel contesto dell'arbitrato societario, la differenziazione fra atto costitutivo e statuto⁸.

In ragione della distinta, se pur convergente funzione dei due atti, sarebbe ragionevole pensare che la clausola, volta a contribuire al funzionamento complessivo della compagine sociale, sia formulata nello statuto piuttosto che nell'atto costitutivo. Di conseguenza, ciò che sembra essere stata un'innocua imprecisione del legislatore potrebbe invece comportare inevitabili ricadute nella scelta dell'uno o dell'altro documento a seconda del tipo sociale prescelto⁹.

d.lgs. n. 5 del 2003. In ragione di ciò, alcuni dei profili relativi alla compromettibilità dei patti parasociali potranno essere affrontate soltanto dopo aver analizzato il tema del doppio binario.

⁸ A tale distinzione non va peraltro attribuito un significato particolare. Per quanto riguarda la s.p.a., i contenuti di atto costitutivo e statuto sono indicati nell'art. 2328 c.c. L'atto costitutivo deve contenere tutte le indicazioni di cui all'art. 2328 secondo comma c.c. mentre “lo statuto contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo” (art. 2328, terzo comma, c.c.). Quindi, dal punto di vista del trattamento giuridico, essendo lo statuto equiparato all'atto costitutivo, ne consegue che le clausole compromissorie possono essere contenute indifferentemente in entrambi i documenti. Dal punto di vista formale, poi, la clausola compromissoria riguarda il funzionamento della società e andrebbe inserita nello statuto. Tuttavia anche se fosse contenuta nell'atto costitutivo vero e proprio, ciò non dovrebbe comportare alcuna conseguenza di rilievo. Soluzione analoga si ritiene debba valere per la s.r.l., anche se nella relativa disciplina è previsto solo l'atto costitutivo (art. 2463, secondo comma c.c.).

⁹ Sebbene l'articolo 2328 del codice civile, in tema di società per azioni, parifichi espressamente il valore dei due documenti, il doppio riferimento deve essere inteso nel senso di consentirne la previsione anche quando la disciplina privilegia l'utilizzazione del solo atto costitutivo (come nelle società a responsabilità limitata) o quando non è riscontrabile alcun riferimento allo statuto, come avviene per le società di persone. Sul punto, v. Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*,

Con riferimento alla società per azioni, per la quale il nuovo art. 2328, terzo comma c.c.¹⁰, prevede espressamente la prevalenza delle clausole contenute nello statuto su quelle, eventualmente contrastanti, dell'atto costitutivo, l'incertezza sembra fugata, dal momento che la norma genera un'equivalenza tra i due documenti tale da superare il contrasto tra rubrica e norma¹¹.

Il dato ermeneutico è più delicato, invece, nell'ambito della disciplina della s.r.l., dal momento che l'art. 2463 c.c., non menzionando in alcun modo lo statuto, evidenzia la scelta di concentrare in un unico documento le regole essenziali della società a responsabilità limitata, riversando nell'atto costitutivo anche le norme di funzionamento¹².

L'apparente equivoco generato dal legislatore è stato superato dalla dottrina che, in modo concorde, ritiene che la clausola compromissoria possa indifferentemente essere inserita tanto negli statuti quanto negli atti costitutivi delle società, escludendo ogni ricaduta negativa sul piano pratico¹³. Con il risultato –

in *La Nuova giur. civ. comm.*, Padova, 1, 2004, 114 ss, che evidenzia come l'interpretazione estensiva volta ad inserire clausole compromissorie anche nei patti parasociali sia in contrasto con l'art. 35, comma 1 del decreto, che parla di domanda di arbitrato “*proposta dalla società o in suo confronto*”, disposizione palesemente incoerente con la natura dei patti parasociali, che escludono la presenza della società, in quanto tale, nei patti: Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717.

¹⁰ L'ultimo comma di questo articolo stabilisce che lo statuto, contenente le norme relative al funzionamento della società, anche se forma oggetto di atto separato, costituisce parte integrante dell'atto costitutivo, e, in caso di contrasto fra clausole dell'atto costitutivo e clausole dello statuto, prevalgono le seconde. Questa disposizione genera un'equivalenza fra i due documenti diluendo il contrasto fra rubrica e norme.

¹¹ Circa il contenuto di atto costitutivo e statuto, Stella Richter jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo delle s.p.a.*, in Trattato Colombo-Portale, I, Torino, 2004, 167.

¹² Per questo tipo di società, pertanto, si ritiene che la clausola *ex art. 34* può essere contenuta solo nell'atto costitutivo

¹³ Tutti gli interpreti sono pressoché concordi nel ritenere superato il problema. Tra tutti, Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Vol. 1, Torino, 2007, 210-211; Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccolo) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2004, 444.

estendibile anche alle società di persone – di neutralizzare l’ambiguità dell’art. 34 sul punto e di rendere pressoché irrilevante l’interrogativo circa il documento nel quale inserire la clausola compromissoria¹⁴.

Per quanto riguarda le società in cui è possibile inserire una clausola compromissoria societaria *ex art. 34*, d.lgs. n. 5 del 2003, si anticipa fin d’ora l’espressa esclusione, *ex art. 34*, primo comma, delle società aperte al mercato del capitale di rischio, nonché i forti contrasti in dottrina e giurisprudenza nascenti dalla estendibilità del nuovo regime alle società di persone, e, in particolare, alla società semplice, dal momento che l’art. 12, terzo comma, della legge 3 ottobre 2001 n. 366 ha delegato il Governo a prevedere la possibilità che “*gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c.*”¹⁵.

Non pare esservi dubbio che la specifica disciplina prevista dagli artt. 34, 35, e 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 sia destinata soltanto agli arbitrati nascenti da clausola compromissoria.

Dalla lettura dell’art. 34, infatti, si esclude che forme diverse dalla clausola compromissoria possano essere fonte della speciale compromettibilità delle controversie in materia societaria,¹⁶ anche se non si può trascurare il fatto che l’arbitrato conosce altre forme di convenzioni arbitrali che possono riferirsi comunque al rapporto sociale¹⁷.

¹⁴ E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2003, 415; Carpi, *Profili dell’arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 416; Luiso, *Appunti sull’arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 706; Corsini, *L’arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, in *Società*, 2005, 1292; Sali, *L’arbitrato per le nuove società, Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005, 443.

¹⁵ In proposito, Sassoni-Gucciardi, *Arbitrato societario*, in *Digesto civ., Aggiornamento*, vol. I, Torino, 2007, 119 ss.; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 2207 ss.

¹⁶ E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 524; Carpi, *Profili dell’arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; Corsini, *L’arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1258; Bove, *L’arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 437.

¹⁷ Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, III, 929.

Occorre pertanto chiedersi quale disciplina si applichi ad una controversia inerente al rapporto sociale prevista non da una clausola compromissoria ma da un compromesso¹⁸.

Il nodo da sciogliere sarà valutare se la riforma si estenda a convenzioni arbitrali diverse dalla clausola compromissoria o se, piuttosto, ad esse si applichi la disciplina di diritto comune prevista dagli art. 806 c.p.c.

Il tema verte sul carattere di specialità della nuova disciplina arbitrale societaria rispetto a quella di diritto comune e se tale specialità sia estendibile ad altre fonti come il compromesso o le convenzioni arbitrali inserite nei patti parasociali o nei contratti di cessione di quote.

La portata inderogabile dell'art. 34, la sua natura speciale rispetto al diritto comune dell'arbitrato e le evidenti differenze fra compromesso *ex* art. 807 c.p.c. e clausola compromissoria *ex* art. 808 c.p.c. sembrano escludere l'applicazione della nuova disciplina alla convenzione arbitrale sottoscritta dalle parti alle liti già insorte per l'evidente eccesso di delega¹⁹ che deriverebbe²⁰ da una siffatta estensione.

La disciplina del compromesso in materia societaria, infatti, non sembra essere riconducibile a quella introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2003 e la stessa legge delega n. 366 del 2001 lo nega, dal momento che prende in considerazione "clausole compromissorie inserite negli statuti in deroga ai soli articoli 806 e 808 c.p.c.", omettendo chiaramente qualsiasi riferimento all'art. 807 c.p.c.

Tuttavia, nulla potrà impedire alle parti litiganti di un contratto di società di utilizzare un compromesso anziché una clausola compromissoria *ex* art. 34, e così

¹⁸ L'esclusione dell'applicazione della disciplina *ex* art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003 ai compromessi trova conferma nei lavori preparatori al decreto delegato: in una prima versione dell'art. 34, quinto comma, si escludeva che potessero essere oggetto di compromesso (oltre che di clausola compromissoria) le controversie nelle quali sia obbligatorio l'intervento del pubblico ministero. Nella versione finale del decreto il riferimento al compromesso è omissis, intendendosi solo regolamentati gli arbitrati che scaturiscono da una clausola compromissoria statutaria.

¹⁹ Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it; Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it

²⁰ Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma cit.*

prevedere alcuni elementi propri dell'arbitrato societario. Si pensi, ad esempio, alla nomina integralmente eterodeterminata dell'intero collegio arbitrale o all'intervento, solo volontario, dei terzi²¹.

Si tratterà, però, di una disciplina diversa da quella propria dell'art. 34²², e ad essa non potranno applicarsi alcune formule pensate dal legislatore delegato e riportate negli articoli 34, 35 e 36 d.lgs. n. 5 del 2003, come, ad esempio, il potere cautelare di sospensione delle delibere assembleari²³ o gli effetti del lodo nei confronti della società non parte del procedimento, propri della disciplina societaria.

Un ultimo cenno va fatto al rapporto tra disciplina dell'arbitrato societario e disciplina dell'arbitrato comune dopo l'abrogazione del processo societario²⁴.

Non volendo anticipare le posizioni assunte circa la possibile coesistenza dei due modelli arbitrali per la soluzione delle controversie societarie²⁵, la portata precettiva dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 ha certamente aggiunto all'arbitrato ordinario di cui agli artt. 806-831 c.p.c. una distinta forma di arbitrato societario per le controversie “*che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale*”.

Le norme sull'arbitrato societario *ex art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003*, tuttavia, non rappresentano un *corpus* autosufficiente e integralmente sostitutivo dell'arbitrato comune, ma un insieme di regole che integrano e derogano, su determinati aspetti, il

²¹ Ai sensi del nuovo art. 816 *quinquies* c.p.c. è ammesso l'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo purché con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

²² Gennari, *L'arbitrato societario cit.*

²³ Ai sensi del quarto comma dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003, “*Le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società*” mentre il successivo comma quinto prevede che “*se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera*”.

²⁴ Avvenuto a seguito della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”.

²⁵ E' il tema della convivenza tra clausola compromissoria societaria e clausola compromissoria di diritti comune, non adeguata all'art. 34, avente ad oggetto la soluzione di controversie societarie.

modello delineato dagli artt. 806 e ss. c.p.c.²⁶, prevedendo una serie di rinvii che certamente non mettono in dubbio l'applicabilità generalizzata delle norme codicistiche all'arbitrato societario, ove non derogate.

Non si tratta, dunque, di sostituzione, ma di integrazione e sovrapposizione fra le due discipline.

Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 54 l. 69 del 2009²⁷, il ricorso alle norme del codice di rito non potrà più essere diretto, stante l'avvenuta abrogazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 5 del 2003 che prevedeva: "per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili".

Rimane però necessario trovare il modo di ovviare alla abrogazione (certamente non voluta e forse non compresa) della norma contenente il rinvio, dal momento che, come si è detto, la disciplina dell'arbitrato societario non è di per se esaustiva ed autosufficiente. A tal fine e a fronte di possibili lacune nella disciplina dell'arbitrato societario²⁸, il ricorso alle regole del codice di rito, la sua futura regolazione dovrà necessariamente passare per la strada dell'interpretazione estensiva o dell'applicazione analogica.

1.2 Introduzione, soppressione, modificazione della clausola compromissoria

La disciplina del processo societario ha previsto, all'ultimo comma dell'art. 34, che le modifiche dell'atto costitutivo volte all'introduzione o alla soppressione di una clausola compromissoria debbano essere approvate con una maggioranza che

²⁶ La diretta applicazione del codice di procedura civile era prevista dall'art. 1, quarto comma, d.lgs. n. 5 del 2003, ai sensi del quale "per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili". La previsione normativa è stata abrogata a seguito dell'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009 n. 69 recante "disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

²⁷ e della conseguente abrogazione degli artt. da 1 a 33, 41, primo comma e 42 del d.lgs. n. 5 del 2003.

²⁸ V., ad esempio, art. 809 c.p.c. nella parte relativa al numero dispari degli arbitri e agli articoli 811-813 c.p.c. sui poteri di sostituzione degli arbitri.

rappresenti almeno i due terzi del capitale sociale, fatta salva la possibilità per i soci assenti o dissenzienti di esercitare il diritto di recesso nel termine di novanta giorni²⁹.

Dalla lettura della norma emergono alcuni spunti di particolare interesse sui quali soffermarsi.

La prima considerazione è che il nuovo arbitrato societario riguarda sia le società di persone, sia le società di capitali³⁰, con la conseguenza che la nuova disciplina sulle maggioranze necessarie per l'introduzione o la soppressione della clausola compromissoria societaria finisce per giocare, nelle due categorie, un ruolo assolutamente innovativo rispetto alle disposizioni codicistiche³¹.

²⁹ Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II, 56.

³⁰ Il tema dell'estensione dell'arbitrato societario alle società di persone che svolgono attività commerciale è stato affrontato nel precedente paragrafo. Sul punto, Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 865, nota di Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*. Più controversa è l'estensibilità del nuovo regime alle società semplici che, non potendo svolgere attività commerciale, sono escluse dall'ambito di applicazione della legge delega n. 366 del 2001 la quale, all'art. 12, terzo comma, prevede "la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli artt. 806 e 808 c.p.c."

³¹ Per quanto riguarda i *quorum* deliberativi previsti per la modifica dell'atto costitutivo di una s.p.a., ai sensi dell'art. 2368, secondo comma, c.c. "L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata." Ai sensi dell'art. 2369, terzo comma, "In seconda convocazione l'assemblea ordinaria delibera sugli oggetti che avrebbero dovuto essere trattati nella prima, qualunque sia la parte di capitale rappresentata, e l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea". Come osserva Gennari, *L'arbitrato societario*, cit, 106 ss, "le maggioranze legali per le modifiche dell'atto costitutivo delle società di capitali vanno da un minimo di due terzi (di un terzo) del capitale sociale, come previsto dall'art. 2369 c.c per l'assemblea straordinaria delle società per azioni in seconda convocazione, ad un massimo di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale, a norma dell'art. 2479 bis, nelle assemblee di società a responsabilità limitata, con l'effetto che l'approvazione da parte dei due terzi, richiesta dall'art. 34, costituisce un innalzamento considerevole, a chiara tutela della minoranza delle società di capitali."

Nelle società di capitali la previsione della maggioranza qualificata per l'introduzione o la soppressione della clausola compromissoria sembra elevare i *quorum* per le modifiche statutarie a una soglia più alta di quella prescritta dagli artt. 2368, secondo comma, 2369, terzo comma, c.c., e 2479 *bis*, terzo comma.

In particolare, con riferimento alle società a responsabilità limitata, salvo diversa disposizione dei patti sociali, l'assemblea, sulla base del combinato disposto degli artt. 2479 *bis*, terzo comma, e art. 2479, secondo comma, n. 4 c.c.³², delibera con il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno la metà del capitale sociale, salvo che lo statuto non richieda una maggioranza più elevata. Pertanto, nelle società di capitali, alla luce delle disposizioni introdotte dalla norma, potrebbe essere ipotizzabile una apposita previsione pattizia in base alla quale i soci determinano il necessario *quorum* deliberativo per le modifiche attinenti all'atto costitutivo che riguardano la clausola compromissoria; *quorum* che, nelle società a responsabilità limitata, potrebbe essere determinato da un minimo di almeno due terzi ad un massimo dell'unanimità dei consensi³³.

Nelle società di persone, invece, l'art. 34, sesto comma, sembra legittimare la clausola compromissoria a maggioranza contro la regola fissata dall'art. 2252 c.c.³⁴, delineandosi pertanto come deroga al principio generale dell'unanimità dei consensi.

³² Come noto, l'art. 2479, secondo comma, n. 4 c.c. riserva alla competenza dei soci della s.r.l. le modificazioni dell'atto costitutivo. L'ultimo comma della stessa norma stabilisce che salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, le decisioni dei soci sono prese con il voto favorevole di una maggioranza che rappresenti almeno la metà del capitale sociale. Il successivo art. 2479 *bis*, terzo comma, c.c., stabilisce che "Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) e 5) del secondo comma dell'articolo 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale".

³³ Al riguardo, v. Nicolini, *S.r.l. e deroga al principio maggioritario*, nota a Trib. Bologna, 28 novembre 1995, in *Notariato*, 1996, 359, a cui si rinvia per i richiami di dottrina e di giurisprudenza.

³⁴ Sul tema dell'introduzione o soppressione di clausole compromissorie societarie nelle società di persone v. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrare nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc.*

In difetto di ragioni plausibili, sembra evidente che nel comporre il sesto comma dell'art. 34 il legislatore delegato abbia pensato in prima battuta alle società di capitali³⁵, anche in considerazione del riferimento del quorum al capitale sociale..

La norma, tuttavia, sembra perfettamente adattarsi alle società di persone il cui statuto escluda l'unanimità e autorizzi le modifiche con maggioranze pari ai due terzi dei soci³⁶. Qualora lo statuto non preveda tale diminuzione, la dottrina è concorde nel ritenere che i due terzi del capitale sociale costituiscano la soglia minima dei consensi necessari per introdurre o sopprimere le clausole compromissorie nelle società³⁷, rimettendo all'autonomia statutaria l'opzione di deroga "in aumento".

A ciò si aggiunga che, dopo la riforma del diritto societario, la previsione dell'art. 2252 c.c. deve essere letta nel senso che anche la legge può prevedere quorum diversi dall'unanimità dei consensi. Si pensi, ad esempio, all'art. 2500 *ter* c.c. relativo

civ., 2003, 929, la quale intravede "maggiori difficoltà con riguardo alle società di persone, perché la modifica dello statuto richiede, salvo patto contrario, l'unanimità ed occorre perciò chiedersi se la norma, che si applica a tutte le società commerciali, sia in tal senso derogatoria: sembrerebbe di sì, in mancanza di un'espressa distinzione".

³⁵ La disposizione deve essere estesa anche alle società cooperative. Come osservato da Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, vol. I, Torino, 2007, nelle società cooperative il calcolo delle maggioranze, ai sensi del quinto comma dell'art. 2538 c.c., è basato sul numero dei soci in luogo del valore della quota o della quantità di azioni possedute. Sebbene la lettura dell'art. 34, sesto comma, si riferisca al capitale sociale, tuttavia l'autore sostiene che un ruolo decisivo sia giocato dall'art. 41, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003 che "nel neutralizzare le più elevate maggioranze per il periodo transitorio, richiama testualmente anche l'art. 223 duodecies, dedicato all'adeguamento di atti costitutivi e statuti nelle società cooperative, Trascorso quel periodo, deve allora ritenersi che anche per questo tipo di società l'art. 34, sesto comma, abbia acquistato definitiva operatività, occorrendo per l'introduzione o la soppressione di clausole compromissorie i due terzi del capitale sociale. Per questa via la disposizione si traduce in una deroga legislativa al principio del voto capitarario, che si aggiunge a quelle che la stessa legge prevede possano introdursi con l'atto costitutivo".

³⁶ Il principio dell'unanimità dei consensi per le modifiche dell'atto costitutivo delle società di persone è infatti derogabile, ai sensi dell'art. 2252 c.c.

³⁷ Fra tutti, Gennari, *L'arbitrato societario*, *op. cit.*

alla trasformazione di una società di persone in società di capitali, dove si prevede che la decisione possa essere assunta con il voto favorevole della maggioranza dei soci, secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili³⁸.

Ulteriore considerazione riguarda invece i profili di illegittimità costituzionale dell'arbitrato societario per la possibile violazione degli artt. 24, 25, 101 e 111 della Costituzione³⁹, che impediscono, come è noto, forme obbligatorie di giustizia alternativa⁴⁰.

Prendendo le mosse dal principio secondo cui l'arbitrato sarebbe costituzionale soltanto in quanto frutto di una libera scelta delle parti⁴¹, la censura attiene al profilo della prospettata imposizione dell'arbitrato alla minoranza, vale a dire ai soci dissenzienti alla introduzione dell'arbitrato societario in statuto (o assenti in occasione dell'approvazione della relativa delibera).

L'art. 34, sesto comma, parrebbe consentire alla maggioranza una precostituzione della clausola compromissoria, precludendo ai soci che non hanno accettato tale clausola l'esercizio del diritto all'azione e al giudice naturale.

³⁸ Soldati, *Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio*, nota a Trib. Verona, 12 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2007, 633; Gennari, *L'arbitrato societario*, *op. cit.*

³⁹ Il divieto di arbitrati obbligatori è tradizionalmente ricavato dalla lettura sistematica degli articoli costituzionali 24, primo comma, che riconosce a tutti il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti o interessi legittimi, 25 che stabilisce che: “nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge”, 101, secondo comma, secondo il quale “I giudici sono soggetti soltanto alla legge” e 111, che prevede che “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Sia qui sufficiente il richiamo alla più recente giurisprudenza costituzionale (da ultima, Corte cost., 8 giugno 2005 n. 221).

⁴⁰ Il dubbio che il legislatore della riforma abbia introdotto un arbitrato obbligatorio è esaminato (e respinto) da Aa. Vv., *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 109 ss. mentre si deve a Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim., dir. proc. civ.*, 2004, 516 ss. e Id., *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1529, la più severa critica all'art. 34, sesto comma, sotto il profilo della violazione degli artt. 24 e 25 Cost.

⁴¹ Più volte affermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, Fra tutte, v. C. Cost. 24 luglio 1998 n. 325, in *Giur. Cost.*, 1998, 2363, e C. Cost. 27 dicembre 1991 n. 488, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 772.

La dottrina che ha sollevato tale censura⁴² concentra l'attenzione sul rapporto fra principio maggioritario e clausola arbitrale, ritenendo che il legislatore abbia ommesso di considerare che quest'ultima, pur se inserita in atto costitutivo o in statuto, non perde la propria natura di negozio giuridico autonomo, rimanendo pertanto soggetta al principio consensualistico e, di conseguenza, alla regola dell'unanimità.

La dottrina maggioritaria, invece, vede nella facoltà concessa al socio dissenziente o assente di recedere entro 90 giorni dall'approvazione della delibera di introduzione della clausola compromissoria dalla società il correttivo fondamentale volto salvaguardare il divieto dell'arbitrato obbligatorio⁴³.

L'art. 34, sesto comma, introduce, infatti, un'ulteriore ipotesi di recesso *ex lege* che va ad aggiungersi a quelle previste dal primo comma dell'art. 2437 c.c., tradizionalmente legate alla modifica di essenziali aspetti strutturali e organizzativi della società.

In questo modo il legislatore sembrerebbe aver introdotto un rimedio alla temuta obbligatorietà di giurisdizioni private, proteggendo il socio dall'imposizione di un regime di tutela giurisdizionale non voluto e preservando il suo diritto di scegliere il giudice al quale sottoporre le controversie che lo coinvolgono⁴⁴.

Le prospettate ragioni di illegittimità non possono essere tacciate di formalismo, dal momento che, al fine dell'esclusione dell'obbligatorietà, non può considerarsi solo se esiste un modo per sottrarsi alla clausola compromissoria, ma anche quanto "pesante" sia la via per sottrarvisi. E non vi è dubbio che il recesso dalla società sia un rimedio oneroso.

⁴² Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, cit., 497.

⁴³ Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 34*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2008, 21; Weigmann, Rossomando, in Aa.Vv., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, Roma, 2003, Gennari, *L'arbitrato societario cit*, 101.

⁴⁴ In questo senso si è espresso il Tribunale di Milano, nella sentenza del 18 luglio 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 171, con nota di Cerrato, *Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed estraneità del designatore*, ivi, 174-175.

Tuttavia, chi scrive ritiene che la soluzione più convincente sia quella di concludere che il diritto di recesso consenta al socio di sottrarsi dal giudizio arbitrale con un sacrificio rilevante ma prospettato⁴⁵.

Conseguentemente, l'arbitrato in oggetto non può essere classificato alla stregua di un arbitrato obbligatorio⁴⁶ e può ben dirsi compatibile con le previsioni costituzionali.

Discorso analogo deve essere fatto nel caso di soppressione della clausola compromissoria. Il legislatore delegato ha infatti equiparato, in relazione al quorum richiesto, sia l'ipotesi di introduzione che l'ipotesi di soppressione della clausola compromissoria, prevedendo, anche in questo caso, il diritto di recesso per il socio assente o dissenziente.

Nel caso di soppressione della clausola arbitrale societaria, l'effetto che si produce non è quello di sottrarre le controversie alla giurisdizione statale ma piuttosto

⁴⁵ Sul punto, si riporta un'interessante pronuncia (Tribunale di Nocera Inferiore, 7 novembre 2006, in *Sentenze di merito, Iuris data on line*, Milano, 2007) avente ad oggetto la legittimità del diritto di recesso dei soci dissenzienti alla delibera di approvazione della clausola compromissoria. I giudici, ritenendo pregiudiziale l'esame della propria competenza, hanno ritenuto valida ed efficace la delibera di approvazione della clausola compromissoria e la sua conseguente vincolatività nei confronti di tutti i soci.

⁴⁶ E' d'accordo Soldati, *Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio*, nota a Trib. Verona, 12 aprile 2005, in *Giur. comm.*, 2007, 633 ss., che ritiene che l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 si ponga in sintonia con la volontà del legislatore delegante di ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del recesso. Si pensi, ad esempio, alla facoltà del socio di recedere dalla società in caso di proroga del termine di durata della stessa. L'art. 3, secondo comma, lett.f), l. 3 ottobre 2011 n. 366, in GU 8 ottobre 2001, n. 234, recante "Delega al Governo per la riforma del diritto societario" con riferimento alla società a responsabilità limitata prevede che "la riforma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi – tra cui – ampliare l'autonomia statutaria con riferimento alla disciplina del contenuto e del trasferimento della partecipazione sociale, nonché del recesso, salvaguardando in ogni caso il principio di tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali"; con riferimento alle società per azioni, l'art. 4, nono comma, lett d), stabilisce che la norma sia diretta a "rivedere la disciplina del recesso, prevedendo che lo statuto possa introdurre ulteriori fattispecie di recesso a tutela del socio dissenziente".

di ripristinarla. La rilevanza della scelta è di bilanciare l'assetto della compagine sociale e di tutelare la volontà della minoranza anche qualora si abbandoni il giudizio privato per restaurare la cognizione del giudice naturale⁴⁷.

L'art. 34, sesto comma, tuttavia, non chiarisce se il meccanismo maggioritario di introduzione e soppressione della clausola compromissoria e la conseguente facoltà di recesso per il socio assente o dissenziente siano estensibili anche all'ipotesi di mera modifica della clausola arbitrale societaria⁴⁸. Si pensi, ad esempio, all'aggiunta di nuove controversie arbitrabili o alla variazione del numero o delle modalità di nomina degli arbitri, o, ancora, del terzo cui ne è demandata la designazione⁴⁹.

Occorre pertanto chiedersi se la semplice modifica di una clausola compromissoria già esistente in statuto necessiti del *quorum* previsto dall'art. 34 sesto comma e se il socio assente o dissenziente possa recedere dalla società.

Anche se la lettura della norma potrebbe condurre ad una soluzione negativa (stante anche l'esigenza di controllare le occasioni di recesso dei soci dalla società a garanzia dell'integrità del capitale sociale⁵⁰), tuttavia, la soluzione più convincente è quella volta all'interpretazione estensiva della volontà del legislatore⁵¹.

⁴⁷ Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Liber amicorum* Gian Franco Campobasso, Vol. I, Torino, 2007, 207.

⁴⁸ La giurisprudenza chiamata a pronunciarsi su questo tema ha ritenuto valido il diritto di recesso comunicato dal socio per modifica assembleare della clausola compromissoria statutaria. Sul punto v. Trib. Verona, 12 aprile 2005, in *Giur. comm.* 2007, II, 633, con nota di Soldati, *Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio*, ivi, 637.

⁴⁹ Il secondo comma dell'art. 34 stabilisce che "La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Il tema della designazione degli arbitri societari costituisce la grande novità dell'art. 34 e sarà trattato nel quarto capitolo.

⁵⁰ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 100 ss., rileva che nonostante le ipotesi di recesso siano indubbiamente aumentate con la riforma Vietti rispetto al passato, tuttavia l'immutato ruolo del capitale sociale come garanzia della capacità patrimoniale della società, ed i rischi connessi ad un non controllato proliferare della categoria, consigliano di mantenere una certa attenzione a non esagerare nella sua estensione.

Prendendo le mosse dall'equiparazione fra i meccanismi di introduzione e soppressione della clausola compromissoria prevista dall'art. 34 sesto comma, si ricava che lo scopo del legislatore, più che tutelare la minoranza dissenziente dall'imposizione di una rinuncia alla giurisdizione statale⁵², è quello di bilanciare gli interessi della minoranza su un aspetto particolarmente rilevante e vincolante della vita societaria⁵³ qual è la regolamentazione del regime di risoluzione delle controversie societarie.

La conclusione più convincente, pertanto, è quella che estende la disposizione del sesto comma dell'art. 34 a ogni intervento che possa incidere sull'efficacia e funzionalità della clausola compromissoria, e pertanto, anche alle modifiche sulla clausola compromissoria già presente in statuto, con il conseguente ampliamento delle ipotesi di diritto di recesso *ex lege*⁵⁴ da esercitarsi entro i successivi novanta giorni.

1.3 I tipi di società vincolati dall'arbitrato speciale

Quanto alle società nelle quali la clausola compromissoria statutaria può trovare applicazione, occorre ricordare come nella legge delega il riferimento fosse

V. anche Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, a cura di Campobasso, vol. II, Torino, 2006, 494.

⁵¹ Dalla Pietra, *La clausola compromissoria cit.*; Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003.

⁵² Poiché in questo caso sarebbe stato sufficiente applicare la scelta del *quorum* e della facoltà di recesso alla sola introduzione della clausola compromissoria.

⁵³ Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in *Società*, 4, 2004, 495 ss.

⁵⁴E' stato anche rilevata l'evidente difficoltà di "calibrare le singole modifiche della clausola compromissoria al fine di individuare, quali fra esse, non innovando sostanzialmente il regime previdente e comunque non sminuendo la tutela dei litiganti, possono sottrarsi all'applicazione dell'art. 34, sesto comma" (Della Pietra, *La clausola compromissoria cit.*, 209 ss).

esplicitamente circoscritto alle sole società commerciali⁵⁵, con conseguente esclusione della società semplice, per definizione caratterizzata da un oggetto necessariamente non commerciale, e delle società cooperative, che svolgono attività mutualistica⁵⁶.

E' stata proprio la possibile esclusione delle società cooperative dall'art. 34 a destare maggiore preoccupazione, dal momento che per questo tipo di società il ricorso allo strumento arbitrale per la risoluzione dei conflitti era diffuso e conosciuto sotto la forma della devoluzione ai probiviri delle controversie tra soci e società⁵⁷.

Tuttavia, il legislatore delegato non ha seguito questa indicazione, e l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 parla, indistintamente, di società, facendo rientrare così, nell'ambito di applicazione della norma, tutte le tipologie societarie⁵⁸.

Parte della dottrina⁵⁹ e della giurisprudenza⁶⁰ ha pertanto ritenuto lecita l'introduzione della clausola compromissoria anche nei contratti di società semplici e di società cooperative.

⁵⁵ L'art. 12 della l. 366 del 2001, infatti, autorizzava il governo a disciplinare l'arbitrato delle società "commerciali", quindi sia società di capitali che società di persone, escludendo, in buona sostanza la società semplice e le società cooperative.

⁵⁶ Sebbene, come rileva Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *La nuova giur. civ. comm.*, Padova, 1, 2004, 114 ss, "la nuova disciplina societaria, con l'introduzione del concetto di mutualità prevalente data dal nuovo art. 2512 cod. civ., e con l'applicazione alle cooperative delle disposizioni delle società per azioni, in quanto compatibili, sembra preludere a nuovi fronti di "commercialità" delle stesse".

⁵⁷ Paolucci, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Società*, 1993, 1040; Id., *Validità delle clausole compromissorie degli statuti di cooperative*, in *Società*, 2001, 839; Id., *La compromettibilità delle controversie in materia di cooperative e di consorzi*, in *Società*, 2000, 1427.

⁵⁸ Ne deriva che, almeno fino a quando non verrà dichiarata l'incostituzionalità della norma, la disciplina dell'arbitrato societario si applica a tutte le società di persone, comprese le società di fatto. Sul punto, v. Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 116, con nota di Nela.

⁵⁹ Cabras, *I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario*, in *www.dircomm.it*; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285 ss; Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *www.judicium.it*.

⁶⁰ Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. comm.* 2008, 4, 865, con nota di Cerrato.

Ciò, almeno fino a quando non intervenga una sanzione per l'incostituzionalità della norma delegata per contrasto con la disposizione delegante.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene corretto far prevalere il contenuto della delega, con il permanere del limite di applicazione della nuova disciplina alle sole società commerciali⁶¹. Anche alcune pronunce giurisprudenziali sembrano orientate per la soluzione più restrittiva⁶².

Vero è che, comunque sia, i due tipi di società non commerciali non sarebbero espulsi dalle soluzioni arbitrali delle controversie. Infatti, chi conclude per la sussistenza del “doppio binario” dell'arbitrato societario e dell'arbitrato comune, anche se ritenesse le società non commerciali escluse dall'applicabilità del nuovo arbitrato societario, dovrebbe concludere per l'applicabilità dell'arbitrato comune. Negando, al contrario, il doppio binario e contestualmente escludendo le società non commerciali dall'applicazione dell'arbitrato societario, si deve peraltro ritenere naturalmente legittimo il ricorso in esse all'arbitrato di diritto comune.

Al fine di trovare una convincente soluzione, ci pare tuttavia necessario valutare l'effettivo pericolo che può derivare dall'applicazione della clausola compromissoria societaria in statuti di società di persone, qualora non si provveda alla necessaria iscrizione degli stessi nel registro delle imprese.

Infatti, “in ossequio al principio di specialità fra disciplina arbitrale societaria e disciplina comune”⁶³, la forma scritta è richiesta, ai sensi dell'art. 808 c.p.c. anche per

⁶¹ Nela, *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 958; ID, *Cenni sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. it.*, 2005, 117. L'autore ha infatti osservato che “*il tessuto generale della nuova normativa in materia di arbitrato endosocietario pare più coerente con la disciplina delle società commerciali e non adattarsi a quello delle società semplici (basta il riferimento al capitale sociale, contenuto nel sesto comma dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003)*”.

⁶² Trib. Roma, 27 giugno 2007, in *Società*, 2008, 762, con nota di Picaroni.

⁶³ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 70.

la clausola compromissoria societaria, quale requisito imprescindibile per la sua piena efficacia⁶⁴.

A ciò si aggiunga che la novella presuppone che la società sia iscritta nel registro delle imprese, ancorché in una sezione speciale, ai fini del deposito della domanda arbitrale, *ex art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003, comma 1, rubricato “Disciplina inderogabile dell’arbitrato societario”*.

La soluzione più convincente sembra quella volta ad escludere dall’ambito di applicazione dell’arbitrato societario tanto le società di persone irregolari quanto le società di fatto⁶⁵.

Per quanto riguarda la possibile esclusione delle società cooperative, invece, l’interpretazione restrittiva di cui si è detto finirebbe per far prevalere il dato formale su quello sostanziale, essendo quest’ultimo rappresentato dalla continuità con

⁶⁴ Ai sensi dell’art. 808 c.p.c. “*La clausola compromissoria deve risultare da atto scritto avente la forma richiesta per il compromesso dall’art. 807* “. L’art. 807 c.p.c. richiede per il compromesso la forma per iscritto e la determinazione dell’oggetto della controversia, a pena di nullità.

⁶⁵ Così anche Nela, *Cenni sull’ambito di applicazione del nuovo arbitrato endosocietario*, in *Giur. it.*, 2005, 117; Cerrato, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*, in *Giur. comm.*, 2006, III, 497. In senso contrario, Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur.comm.* 2006, 3, 497, con nota di Cerrato. La tesi volta a ricondurre anche le società di fatto nell’ambito di applicazione dell’art. 34 e ss d.lgs. n. 5 del 2003 si fonda sull’art. 1 comma 1, lett. a d.lgs. n. 5 del 2003 che estende l’applicazione della relativa disciplina a tutte le controversie relative a “rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto”. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, questa norma, peraltro abrogata a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 69 del 2009, il riferimento alle società di fatto è applicabile al solo rito societario dinanzi ai giudici statali ma non ha efficacia nell’ambito dell’arbitrato societario, che, per espressa previsione normativa, presuppone un “atto costitutivo”, della cui necessaria forma scritta non si può dubitare.

Più complesso è stabilire se l’arbitrato societario si applichi alle società irregolari. Se è vero, infatti, che in tali società esiste un atto costitutivo nel quale può essere inserita una clausola compromissoria, tuttavia l’art. 35, comma 1, decreto legislativo n. 5 del 2003 prevede che “la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto è depositata presso il registro delle imprese ed è accessibile ai soci”, quale adempimento inderogabile ai fini dell’attivazione del giudizio arbitrale.

l'esperienza precedente che, come si è ricordato, ha sempre conosciuto meccanismi arbitrali di soluzione delle controversie⁶⁶.

In altri termini, se si dovesse ritenere non applicabile l'art. 34 alle società cooperative, si dovrebbe giungere alla paradossale conclusione che una riforma evidentemente orientata per il *favor* nei confronti dell'arbitrato⁶⁷ ha invece prodotto, con riferimento alle cooperative, un effetto fortemente limitativo⁶⁸.

Sempre con riferimento alle società escluse dall'applicazione dell'arbitrato societario, per espressa previsione normativa (art. 34, comma 1), la novella opera un'ulteriore distinzione nell'ambito della società per azioni, precludendo l'applicazione dell'istituto alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Le ragioni dell'esclusione sono concordemente ricollegate alla particolare

⁶⁶ Paolucci, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Società*, 1993, 1040; Id., *Validità delle clausole compromissorie degli statuti di cooperative*, in *Società*, 2001, 839; Id., *La compromettibilità delle controversie in materia di cooperative e di consorzi*, in *Società*, 2000, 1427.

⁶⁷ Non va dimenticato, infatti, il riferimento all'art. 1, primo comma, lett. a, d.lgs. n. 5 del 2003, alle controversie relative alle “azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali...delle società cooperative” quali controversie rientranti tra quelle cui si applicano le disposizioni dell'intero decreto.

⁶⁸ Come ricordato da Zucconi Galli Fonseca, in *Arbitrato societario – commento al d.lgs. 17 gennaio 2003*, n.5, a cura di Carpi, 2004, Bologna, 43, “l'arbitrato nelle cooperative ha subito una serie di modificazioni dovute al ruolo bifacciale del socio prestatore di lavoro”. L'A. ricorda il sistema del doppio binario previsto dall'art. 5 legge 3 aprile 2001, n. 142, secondo il quale si applicava l'arbitrato di diritto comune quando la lite aveva ad oggetto il rapporto associativo, mentre ove fosse in questione il rapporto di lavoro con la cooperativa, si doveva fare ricorso all'arbitrato degli art. 416 *ter* e *quater* c.p.c. Con la legge di riforma del mercato del lavoro n. 30 del 14 febbraio 2003, l'art. 5 comma 2 è stato ulteriormente modificato, eliminando ogni riferimento all'arbitrato e devolvendo le controversie concernenti “la prestazione mutualistica” alla competenza del tribunale ordinario. Secondo l'A. “anche il d.lgs. n. 6 del 2003, nel riformare le società cooperative, si colloca nella medesima tendenza di attenuazione dei due ruoli del socio lavoratore. Si sarebbe tentati di concludere, pertanto, per una totale attrazione delle controversie fra socio e cooperativa nell'alveo dell'arbitrato societario da clausola compromissoria statutaria: e ciò a prescindere dal fatto che queste abbiano ad oggetto il rapporto di lavoro”.

fisionomia di questo tipo di società, in cui i soci assumono la veste anonima e fungibile di investitori, estranei alla organizzazione della società e al funzionamento della stessa⁶⁹. A ciò si aggiunga anche l'oggettiva difficoltà di individuare le società aperte al mercato del capitale di rischio *ex art. 2326 bis*, dal momento che "la variabilità dei parametri numerici ed il continuo emendamento delle condizioni strutturali e patrimoniali delle società per azioni rendono tale categoria aperta"⁷⁰.

Il problema emerso in dottrina in relazione all'esclusione delle società aperte dall'ambito di applicazione dell'art. 34 si riferisce alla sorte della una clausola compromissoria *ex art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003* di una società chiusa che, successivamente, acquisti i requisiti della società aperta. La dottrina maggioritaria ha superato *l'empasse* riconoscendo la nullità sopravvenuta della clausola compromissoria per violazione di norma imperativa, come è certamente quella contenuta nel primo comma dell'art. 34.

1.4. L'estensione dell'efficacia soggettiva della clausola compromissoria ... e i problemi di costituzionalità

I limiti soggettivi della clausola compromissoria societaria, e il correlato tema della legittimazione a compromettere⁷¹, rappresentano uno dei profili di maggiore novità introdotti dagli articoli 34 e ss. del d.lgs. n. 5 del 2003.

La necessità del consenso delle parti e la pacifica esclusione di arbitrati c.d. obbligatori rappresentano i criteri volti a riconoscere la legittimità costituzionale di ogni convenzione arbitrale⁷².

⁶⁹ Fra tutti, Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale*, in *www.judicium.it*.

⁷⁰ Gennari, *L'arbitrato societario*, cit., 85.

⁷¹ Zucconi Galli Fonseca, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1158 ss.

⁷² Nessuna legge ordinaria può comprimere, in assenza di specifica volontà contraria esplicitamente manifestata, il diritto di accedere alla tutela giudiziaria ordinaria. L'art. 24 della Costituzione, infatti, garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, mentre il successivo art. 25 assegna tale tutela al giudice naturale precostituito per legge, cioè ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario indicati nell'art. 102 Cost.

Alla luce di queste premesse, è stato posto in evidenza, da una parte della dottrina⁷³, il possibile contrasto dell'art. 34 con le norme costituzionali che riconoscono il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale e il divieto di un arbitrato c.d. obbligatorio.

Le disposizioni che hanno sollevato tali dubbi sono, in particolare, il terzo comma dell'art. 34 (che prevede che: *“La clausola è vincolante per la società e per tutti i soci, inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia?”*) e il quarto comma dell'art. 34 (che prevede che: *“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?”*).

Se è vero che il legislatore delegato, con tali previsioni, sembra aver esteso l'efficacia della clausola compromissoria oltre il limite dell'autonomia e del correlato principio consensuale, tuttavia, come autorevole e attenta dottrina ha evidenziato⁷⁴, la legittimità della norma deve essere valutata secondo i parametri della *Kompetenz-Kompetenz*. Secondo tale principio, all'arbitro come al giudice è affidato il compito di verificare se, nella specie, si siano realizzati i presupposti per la sussistenza del vincolo arbitrale: o l'accettazione del patto compromissorio o l'assunzione dello *status* di socio⁷⁵.

La norma non sembra sollevare particolari difficoltà nei confronti dei soci fondatori o degli amministratori nominati nell'atto costitutivo, certamente vincolati dalla clausola per aver partecipato alla volontà negoziale.

Per coloro che non vi hanno aderito, in quanto assenti o perché contrari all'introduzione della clausola, il sesto comma dell'art. 34, nel prevedere il diritto di recesso a cui il socio può ricorrere nei successivi novanta giorni, pur introducendo un'ipotesi di consenso implicito, mette comunque al riparo tali soggetti dalla temuta

⁷³ Noviello, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005, 50 ss; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 479.

⁷⁴ Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 3, 929.

⁷⁵ Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411.

obbligatorietà di giurisdizioni private, tutelando il loro diritto di scelta del giudice al quale sottoporre le controversie che lo coinvolgono⁷⁶.

Tuttavia, la norma afferma che l'efficacia della clausola arbitrale societaria si estende non soltanto ai soci assenti o dissenzienti che, tuttavia, hanno deciso di restare in società⁷⁷, ma anche a quelli subentrati successivamente e anche in assenza di una accettazione espressa della convenzione arbitrale.⁷⁸ I soggetti a cui fa riferimento il terzo comma dell'articolo 34 sono, pertanto, i nuovi soci che aderiscono al contratto di società in via autonoma⁷⁹ e coloro che assumono tale *status* in via derivativa, per effetto dell'acquisto delle quote per atto *inter vivos* o *mortis causa*.

E' proprio con riferimento a queste ipotesi che si è acceso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, poiché il nuovo socio o l'erede che entra nella compagine sociale, non avendo partecipato alla stipulazione dell'atto costitutivo e non operando nei suoi confronti la salvaguardia del recesso *ex art. 34* sesto comma, si troverebbe di fronte ad una deroga alla giurisdizione ordinaria da lui non specificamente approvata.

La dottrina maggioritaria riconosce la salvaguardia del principio consensualistico e la conseguente estensione del vincolo compromissorio nell'accettazione dei contenuti dello statuto⁸⁰. Occorre chiedersi se sia sufficiente la

⁷⁶ Ruffini, *Il novo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 497; Noviello, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, *op. cit.*, 68

⁷⁷ Ai sensi del sesto comma dell'art. 34, il socio assente o dissenziente alla delibera di introduzione (o soppressione) della clausola compromissoria societaria può, entro i novanta giorni successivi dalla relativa adozione, esercitare il diritto di recesso e uscire dalla società.

⁷⁸ Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, *cit.*

⁷⁹ Cass. 18 febbraio 1985, 1367, in *Dir. fall.*, II, 344, con dichiarazione espressa di aver visto e di voler osservare le norme statutarie. In argomento, Carleo, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, 106 ss.

⁸⁰ Zucconi Galli Fonseca, *sub art. 34* d.lgs. n. 5 del 2003, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004.

dichiarazione, da parte del nuovo socio, di conoscere ed accettare lo statuto⁸¹ o se la clausola compromissoria necessiti, anche nel contratto di società, dell'accettazione per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c.

In verità, la *ratio* dell'art. 1341 c.c. è la presenza nella stipulazione del contratto di un contraente debole, da tutelare rispetto al contraente forte che lo predispone⁸²; circostanza, questa, che non sembra potersi riscontrare in un contratto di società dove la “comunanza d'interessi rivolti al perseguimento di finalità comuni” rende inutile questa forma di tutela e garantisce una posizione di perfetta parità fra i soci suggellata anche dal principio della democraticità nella formazione delle volontà assembleare.

Nelle società di persone, l'accettazione della clausola da parte del nuovo socio si ricava, implicitamente, dalla modifica del contratto sociale⁸³ che segue al suo ingresso. A tale modifica partecipano, infatti, le parti originarie ed il nuovo socio che concorrono così ad esprimere la volontà compromissoria attraverso l'inclusione o la conferma della convenzione arbitrale statutaria⁸⁴.

⁸¹ Si riporta un'interessante pronuncia della Suprema Corte in cui si afferma che, in caso di cessione del contratto, la clausola compromissoria inserita nel contratto originario è valida solo se è oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione (Cass., Sez. un. 3 giugno 1985, n. 3285, Società Zimmer Usa Europa c. Ditta Cremascoli, in *Dir. mar.*, 1986, p. 497, la quale afferma che: “In caso di cessione di contratto la clausola compromissoria contenuta nel contratto originario deve, per essere efficace nei confronti del cessionario, essere oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione”).

⁸² Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *www.judicium.it*

⁸³ Nelle società di persone, ai sensi dell'art. 2252 c.c., è necessario il consenso di tutti i soci per le modificazioni del contratto sociale.

⁸⁴ La Corte di Cassazione, nella sentenza 18 febbraio 1985, n. 1367, *Giust. civ. Mass.* 1985, II, ha affermato “Con riguardo alla clausola compromissoria (nella specie: per arbitrato irrituale) contenuta nello statuto di una società di persone, ed al fine della sua operatività nei confronti di chi assuma successivamente la qualità di socio, il requisito della forma scritta resta soddisfatto dalla sottoscrizione, da parte di detto nuovo socio, di un atto con il quale esso affermi di aver preso visione e di accettare il suddetto statuto (nella specie: con dichiarazione apposta sul verbale della deliberazione assembleare di ammissione), tenuto conto della inapplicabilità dell'art. 1341, c.c., sull'esigenza di una specifica approvazione per iscritto della clausola medesima, non vertendosi in ipotesi di condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, né di contratti conclusi

Nelle società di capitali, in cui l'ingresso di nuovi soci avviene con la sottoscrizione delle quote sociali, l'opponibilità della clausola compromissoria è connessa alla accettazione delle disposizioni statutarie, che il nuovo socio, entrando in società, implicitamente accoglie⁸⁵.

Per quanto riguarda, invece, la successione di terzi nel contratto di società a seguito del trasferimento della quota sociale per atto tra vivi, l'automatica estensione dell'efficacia della clausola compromissoria al nuovo socio si scontra con i canoni di autonomia e indipendenza della clausola compromissoria rispetto al contratto principale⁸⁶.

Parte della dottrina⁸⁷ afferma che tale clausola non costituirebbe un patto accessorio al contratto principale al quale accede, rimanendone, invece, totalmente

mediante moduli o formulari". Al riguardo v. De Nova, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 1998, I, 82. Si veda anche la *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale delle obbligazioni*, n. 167 nei lavori preparatori del codice civile

⁸⁵ Sul punto, v. Zucconi Galli Fonseca, sub. Art. 34, commento al d.lgs. 17 gennaio n. 5 del 2003, Bologna, 2004, 23, che nei riguardi del nuovo socio "ove questi menzioni espressamente lo statuto, accettandone il contenuto, la relativo va estesa alla scelta compromissoria: per contro, ove ciò non sia, la soluzione favorevole al vincolo compromissorio desta maggiori perplessità, ma a suo tempo milita la peculiarità dell'entrata nel gruppo, che implica l'assoggettamento alle sue leggi, tutte o nessuna". Sul punto v. anche Cass. 18 febbraio 1985, n. 1367, cit.

⁸⁶ Per alcuni precedenti, cfr. Cass. 20 giugno 2000 n. 8376, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1347, 2001, I, 1327 secondo la quale "La clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserita, ma ha propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, per cui ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale"; v. anche Cass., 26 giugno 1992, n. 8028, *Giust. civ. Mass.*, 1992, VI. Per la giurisprudenza arbitrale: Arb. Roma 16 marzo 2001, in *Arch. giur. Oo. Pp.*, 2002, 1; Arb. Roma 3 marzo 1999, ivi, 2001, 27; Coll. arb. 21 aprile 1986, ivi, 1987, 149. In dottrina, tra gli altri, Marini, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993, 409; Moretti., *L'autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale*, in *Contratti*, 1997, 530; Vigoriti, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale*, nota a Cass. 17 giugno 1993 n. 6757, in *Riv. arb.*, 1995, 62.

⁸⁷ Auletta, Califano, Capponi, Della Pietra, Rascio, Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde,

svincolata⁸⁸. L'interpretazione sembra confermata dalla previsione del nuovo art. 808, terzo comma, c.p.c., in base al quale la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce.

A ciò si aggiunga che nella disciplina relativa alla cessione dei contratti⁸⁹ e alla cessione dei crediti⁹⁰, la giurisprudenza non ha fornito un orientamento fluido, negando e ammettendo alternativamente il subentro automatico del cessionario nell'accordo compromissorio⁹¹.

⁸⁸ Per gli stessi motivi, infatti, alla clausola compromissoria non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale.

⁸⁹ V. Trib. Genova, 25 gennaio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, 6, 559, che ha stabilito che “In caso di cessione del contratto, la clausola compromissoria non si trasmette al cessionario se non con il consenso espresso di tutti e tre i soggetti coinvolti, poiché il negozio compromissorio è dotato di una propria autonomia rispetto al rapporto sostanziale. In mancanza di un accordo specifico né il cessionario né il ceduto possono invocare la suddetta clausola. Quando invece il contraente ceduto rimane estraneo al trasferimento della posizione contrattuale, come nel caso di cessione ex lege del contratto di locazione, questi può opporre la clausola compromissoria, analogamente a quanto accade per il debitore ceduto in tema di cessione del credito”.

⁹⁰ In tema di clausola arbitrale e cessione del credito, Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2003, n. 13893, in *Giust. civ.* 2004, I, 2299, con nota di Grasso, *La clausola compromissoria in caso di cessione del credito*, ivi, 2302. In questa sentenza, la Corte di Cassazione, aderendo all'orientamento giurisprudenziale più recente ritiene che per effetto della cessione del credito il cessionario non possa automaticamente subentrare, oltre che nella situazione soggettiva, anche nella clausola compromissoria contemplata nel contratto dal quale trae origine il suo credito. V. anche Cass., sez. un., 17 dicembre 1998 n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, 2979. Discorso diverso va fatto nei confronti del debitore ceduto. Quest'ultimo può avvalersi della clausola compromissoria perché, viceversa, si vedrebbe privato del diritto, a suo tempo scelto, di far risolvere ad arbitri le controversie relative al credito, in forza di un accordo (appunto la cessione del credito) intervenuto tra soggetti estranei (cedente e cessionario) a quell'accordo compromissorio.

⁹¹ In senso favorevole alla cessione automatica della clausola compromissoria: Cass. 16 febbraio 1993 n. 1930 (ma solo quando il compromesso «abbia una funzione complementare o integrativa dello scopo del negozio ceduto, come nel caso di contratto preliminare»), in *Giust. civ.*, 1994, I, 2333, con nota di Buccini; Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1979, II, 50; Cass. 21 giugno 1996 n. 5761, in *Riv. arbitrato*, 1996, 699, con nota di Criscuolo; Cass. 14 febbraio 1979 n. 965, in *Giust. civ.*

Al di là di questi “paralleli”, chi scrive ritiene che l’estensione dell’efficacia soggettiva della clausola compromissoria operi non in relazione al contratto principale che la contiene ma per effetto dell’ingresso del nuovo socio nel rapporto giuridico sostanziale⁹² e nelle situazioni giuridiche soggettive che compongono lo *status* di socio⁹³.

Non si può infatti negare che la fattispecie di trasferimento di quote sociali comporti il subentro del socio nei rapporti sociali derivanti dalla comunanza di scopo, proprio degli organismi collettivi⁹⁴.

Mass., 1979, II, secondo la quale “La clausola compromissoria, pur essendo di rigida applicazione, si estende anche a chi subentra nella stipulazione giuridica di uno dei compromittenti per effetto della cessione del contratto, in conseguenza del trasferimento, dal cedente al concessionario, dei diritti e degli obblighi nel loro complesso unitario.” Ritiene invece che la clausola debba essere oggetto di specifico richiamo nella scrittura di cessione: App. Salerno 31 dicembre 1990, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1992, 115; Cass. 3 giugno 1985 n. 3285, in *Dir. maritt.*, 1986, 407; in dottrina: Carnelutti, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 327 ss; Zaccheo, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 423 ss. Una posizione intermedia è stata data da Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28497, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, 12, che ritiene che “La cessione del contratto, per la sua autonomia, non comporta automaticamente la successione nella clausola compromissoria in esso inserita, ma nemmeno esclude in via di principio tale successione, la quale può seguire o ad una manifestazione esplicita delle parti in tal senso, ovvero ad un nesso funzionale tra la clausola stessa ed il rapporto ceduto tale che gli stessi simul stabunt vel simul cadent, ossia tale che debba dedursi che il voluto contrattuale si realizza se la successione riguarda anche la opzione per una forma di soluzione della possibile controversia diversa da quella offerta dalla giurisdizione dello Stato”.

⁹²Questa è la soluzione data da Zucconi Galli Fonseca, *sub. Art. 34, Commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 cit.*

⁹³Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 78 ss, che considera che lo strumento arbitrale di risoluzione dei conflitti si trasferisca automaticamente parimenti a ciò che accade con l’azione, in caso di trasferimento del diritto.

⁹⁴Gennari, *L’arbitrato societario cit.* In giurisprudenza: Cass. civ. 21 giugno 1996, n. 5761, in *Riv. arb.*, 1996, 699, la quale, in caso di successione a titolo particolare nel rapporto giuridico sostanziale, ritiene che si realizzi altresì il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria.

Soluzione analoga va data con riferimento all'estensione dell'efficacia soggettiva della clausola compromissoria a seguito di successione nel contratto di società *mortis causa*.

Anche in questa ipotesi, occorre distinguere tra società di persone e società di capitali.

Nelle seconde, la morte del dante causa comporta per l'erede il subentro automatico nella qualità di socio. E' dunque pacificamente riconosciuta l'estensione automatica della clausola compromissoria⁹⁵.

Secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza, nelle società di persone la morte del socio non determina, invece, in capo all'erede l'acquisto automatico per successione della qualità di socio⁹⁶, ma si limita a determinare la trasformazione *ope legis* della quota nel corrispondente importo pecuniario, di cui diviene creditore l'erede e debitrice la società⁹⁷.

Ai sensi dell'art. 2284 c.c, infatti, la morte del socio può dar luogo a tre eventi: la liquidazione della quota in capo all'erede; lo scioglimento della società, deliberato dai soci residui; il subentro dell'erede nella posizione di socio, a patto che vi sia il consenso tanto dei soci residui quanto dell'erede⁹⁸.

Ai fini della sorte della clausola compromissoria inserita nello statuto della società, quindi, non paiono giustificati i dubbi che talvolta in dottrina sono stati

⁹⁵Cass. civ., 22 giugno 1982, n. 3784, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce "Successione ereditaria" n. 25; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.

⁹⁶Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., p. 947, la quale rileva che "la nuova norma non risolve il problema della non coincidenza fra successione e assunzione dello *status* di socio, quando cioè l'avente causa o l'erede non subentri nella qualità di socio attribuita *intuitu personae*."

⁹⁷ Cass. civ., sez. II, 11 maggio 2009, n. 10802, in *Guida al diritto*, 2009, 26, 58.

⁹⁸Trib. Bologna, 8 agosto 1994, in *Società*, 1994, 1401, secondo il quale "Nelle società di persone, in caso di morte di uno dei soci, la decisione di continuare la società con gli eredi è frutto di un accordo, posto che l'erede del socio defunto acquista a sua volta la qualità di socio non *iure successionis* ma per atto *inter vivos*".

avanzati⁹⁹. Infatti, nel primo e nel secondo caso la clausola non può opporsi ad un terzo estraneo alla società, essendo l'erede liquidato ovvero l'erede, in caso di scioglimento della società, non soggetto alle regole dello statuto di una società in cui mai è entrato.

Nel terzo caso, invece, il consenso manifestato dall'erede alla proposta di subentro formulata dai soci residui non può che considerarsi prestato anche con riferimento alle condizioni del contratto sociale, inclusa la clausola compromissoria.

In tal senso, la protezione che il codice attribuisce all'erede con la necessaria sua accettazione ai fini del subentro in società pare soddisfatta con la presunzione che l'erede consenziente abbia preso visione ed accettato le regole che disciplinano la vita in società¹⁰⁰.

Gli stessi problemi di estensione degli effetti della clausola compromissoria statutaria e di illegittimità costituzionale per introduzione di un arbitrato non sorretto da idonea volontà compromissoria si pongono con riferimento al quarto comma dell'art. 34, che prevede che la convenzione arbitrale abbia ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti¹⁰¹.

Prima della novella, si riteneva che la clausola compromissoria statutaria non potesse vincolare gli organi sociali che non rivestissero anche lo *status* di socio, e che non l'avessero espressamente accettata¹⁰².

La disciplina dell'arbitrato societario, all'art. 34, stabilisce che l'accettazione da parte degli organi sociali dell'incarico importa accettazione della clausola

⁹⁹Carleo, in *Profili sistematici dell'arbitrato*, a cura di G. Alpa, II, Torino, 1999, 716; Secchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 340; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 192.

¹⁰⁰Zucconi Galli Fonseca, *sub. Art. 34, commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n 5*, Bologna, 2004, 22 ss.

¹⁰¹Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 713; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 483; Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 497.

¹⁰²Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 145 ss.

compromissoria qualora lo statuto o l'atto costitutivo preveda la risoluzione extragiudiziale delle controversie che li coinvolgono.

Con tale previsione il legislatore delegato ha sostituito l'accettazione espressa dello strumento arbitrale con un'accettazione implicita e connessa all'accettazione dell'incarico. Come autorevole dottrina ha affermato, "la norma va estesa anche ai nuovi organi societari, introdotti con la novellazione sostanziale, cioè il consiglio di gestione e il consiglio di sorveglianza"¹⁰³.

1.5. *Le clausole compromissorie e i patti parasociali*

Si è già detto che l'art. 34, primo comma, prevede espressamente la collocazione della clausola arbitrale societaria negli atti costitutivi delle società.

Si è anche detto che, sebbene non vi sia corrispondenza fra la rubrica dell'articolo 34 ("oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie") rispetto alla sua parte precettiva (in cui è disposto che la clausola compromissoria deve comparire nell'atto costitutivo), la dottrina, in modo concorde, ritiene che la clausola compromissoria possa indifferentemente essere inserita tanto negli statuti quanto negli atti costitutivi delle società.

Tuttavia, un'ulteriore considerazione nasce dall'attitudine frequente che i soci hanno a regolare i loro rapporti in accordi separati dal contratto sociale, che spesso prevedono arbitrati per la soluzione delle questioni attinenti la loro interpretazione o la loro esecuzione¹⁰⁴.

¹⁰³ Zucconi Galli Fonseca, *Sub. art. 34, commento al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, la quale considera che "l'innovazione va interpretata restrittivamente, a causa della deroga – sia pure attenuata – al principio di relatività", ritenendo che non si possa ricomprendere nella dizione organi sociali anche la società di revisione o il revisore contabile. In senso contrario, Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note ad una prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, 17, che ricomprende nell'ambito di applicazione dell'art. 34, quarto comma, anche il revisore di s.r.l. ex art. 2477 c.c.

¹⁰⁴ Come noto, la natura giuridica dei patti parasociali è quella di contratti plurilaterali con comunione di scopo ad efficacia obbligatoria. Lo scopo comune è quello della "stabilizzazione dell'assetto proprietario" di una società o del suo controllo. La riforma del diritto societario introduce per la prima volta nel codice civile la disciplina dei patti parasociali, dando così piena attuazione all'art. 4, comma

Si tratta, con tutta evidenza, di accordi che hanno effetti anche rilevanti sulla vita delle società e sulle relazioni intersocietarie.

Sebbene gli articoli 12 della legge delega n. 366 del 2001¹⁰⁵ e 1, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 5 del 2003 includessero i patti parasociali¹⁰⁶ nel novero di controversie

7, lett. c) della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, dove si invita il governo a “prevedere una disciplina dei patti parasociali, concernenti le società per azioni o le società che le controllano, che ne limiti a cinque anni la durata temporale massima e, per le società di cui al comma 2, lettera a), ne assicuri il necessario grado di trasparenza attraverso forme adeguate di pubblicità”. La legge delega n. 366 del 2001 detta, pertanto, due principi fondamentali nella disciplina dei patti parasociali concernenti le società per azioni: quello della durata e, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, quello della pubblicità. Come puntualizza la relazione: “sono stati considerati non rilevanti tutti quegli accordi tra i soci che non incidono sulla vita della società e non possono quindi influire sull’affidamento e sui diritti degli altri soci o dei terzi”. La nuova norma non prende in considerazione qualsiasi tipologia di patto sociale, ma limita la sua attenzione a determinate fattispecie, le più importanti e le più ricorrenti, e precisamente quelli che hanno il fine di stabilizzare gli assetti proprietari e il governo della società. Tre sono le tipologie di patti parasociali presi in considerazione: a) quelli che hanno per oggetto l’esercizio del diritto di voto nelle s.p.a. e nelle società che esercitano attività di direzione e coordinamento; b) quelli che pongono limiti al trasferimento delle azioni delle stesse società o delle loro controllanti, ovvero c) quelli che hanno per oggetto o per effetto l’esercizio anche congiunto di un’influenza dominante su tali società. Tutti i patti che hanno le finalità sopra previste o che riguardano tali oggetti rientrano nella disciplina dettata dall’art. 2341 *bis* c.c.

¹⁰⁵ Ai sensi dell’art. 12, legge n. 366 del 2001: “Il Governo è inoltre delegato ad emanare norme che, senza modifiche della competenza per territorio e per materia, siano dirette ad assicurare una più rapida ed efficace definizione di procedimenti nelle seguenti materie: a) diritto societario, comprese le controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ai patti parasociali”.

¹⁰⁶ Ai sensi dell’art. 1 d.lgs. n. 5 del 2003 (abrogato dall’articolo 54, comma 5, della legge 18 giugno 2009, n. 69): “Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile, relative a: a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l’accertamento, la costituzione, la modificazione o l’estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l’incarico e nei confronti dei terzi danneggiati; b)

soggette al c.d. rito societario, l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 ha ristretto il campo di applicazione dell'arbitrato societario, optando per l'indicazione dei soli statuti commerciali come unica sede della clausola compromissoria e devolvendo agli arbitri le vertenze aventi ad oggetto "diritti disponibili relativi al rapporto sociale".

La scelta del legislatore di escludere la clausola per arbitrato societario in siffatte pattuizioni parasociali¹⁰⁷ si fonda su diverse ragioni.

La prima è sicuramente dovuta alla differenza formale e sostanziale fra i due documenti.

Per quanto concerne la forma, l'art. 2328, secondo comma, c.c. prevede che l'atto costitutivo sia redatto per atto pubblico, requisito non richiesto per i patti parasociali, che – anzi – possono essere stipulati in qualunque forma.

Vi è poi una differenza di efficacia soggettiva: l'atto costitutivo riguarda tutti i soci, mentre i patti parasociali possono riguardare soltanto alcuni di essi.

Da un punto di vista sostanziale, inoltre, l'atto costitutivo è l'atto con cui la società viene fondata; nel caso del patto parasociale, invece, non è vi è la costituzione di alcuna società, la quale preesiste al patto¹⁰⁸.

A ciò si aggiunga che, nonostante il legislatore della riforma abbia disciplinato i patti parasociali con l'inserimento degli articoli 2341 *bis* e 2341 *ter* c.c., tale previsione non ha in alcun modo mutato la natura di convenzione tra i soci, che rimane

trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti; c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall'articolo 2341 bis del codice civile, e accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341-bis, ultimo comma, del codice civile. I patti parasociali sono elencati in una lettera diversa dallo stesso articolo 1, per sottolineare che essi esulano dalla nozione di rapporto societario in senso stretto.

¹⁰⁷ L'orientamento predominante in dottrina (Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285) tende ad escludere l'estensione dell'efficacia della clausola compromissoria statutaria e della disciplina speciale che la regola alle controversie derivanti da tali tipologie di atti.

¹⁰⁸ Trib. Pescara, 19 ottobre 2009, in *www.diritto.net*, con nota di Sangiovanni.

autonoma e indipendente rispetto al contratto sociale¹⁰⁹ e estranea ai rapporti da esso derivanti.

Chi scrive ritiene che la ragione dell'esclusione dei patti parasociali dall'ambito di applicazione dell'art. 34 debba essere rinvenuta nella particolare natura dell'arbitrato societario, il quale, pur nascendo dal contratto di società, e regolando i rapporti tra parti di un contratto, si manifesta come arbitrato delle vicende societarie in senso stretto.

Un arbitrato "speciale e specialistico", destinato ad occuparsi delle vicende che riguardano la società nel suo complesso, anche se relative a rapporti tra soci non possono estendersi ad accordi tra soci che, ancorché fortemente incidenti sulla vita della società, tuttavia non hanno ad oggetto il contratto e le regole comuni di relazione bensì uno scambio di beni o di comportamenti tra pochi di essi.

E' altrettanto ragionevole ritenere che l'esclusione dell'arbitrato societario come strumento di definizione dei rapporti nascenti dai patti parasociali non possa tradursi in un secco e generale divieto di regolare i rapporti nascenti con l'atto negoziale attraverso un foro alternativo a quello giurisdizionale.

In buona sostanza, se è vero che l'arbitrato societario non può avere ad oggetto patti parasociali, è pur vero che patti parasociali possono essere conosciuti attraverso l'arbitrato ordinario di diritto comune¹¹⁰.

1.6. Arbitrato societario irrituale?

L'ammissibilità dell'arbitrato irrituale in materia societaria, parallelo o conforme al modello previsto dall'art. 34, ha fatto discutere molto sia in dottrina che

¹⁰⁹ Cass. 18 luglio 2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, 2754, con nota di Cottino, *Patti parasociali: la Cassazione puntualizza*; Trib. Pescara, 19 ottobre 2009, in *www.diritto.net*.

¹¹⁰ V. Trib. Pescara, 19 ottobre 2009, in *www.diritto.net*, con nota di Sangiovanni, cit.. Il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'idoneità di una clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale a rendere applicabile la disciplina sull'arbitrato societario, ha denegato la propria competenza stabilendo che le controversie in materia di patti parasociali non sono assoggettate alla disciplina dell'arbitrato societario, ma a quella dell'arbitrato di diritto comune.

in giurisprudenza¹¹¹, soprattutto alla luce del nuovo art. 808 *ter* c.p.c., introdotto dall'art. 20 del d.lgs. n. 40 del 2006¹¹², che segna la fine dell'arbitrato irrituale quale arbitrato "libero" non regolato dalla legge¹¹³.

Prima di allora, l'unica e "timida" codificazione dell'arbitrato irrituale è stata introdotta proprio dall'art. 35 del d.lgs. n. 5 del 2003 laddove al quinto comma

¹¹¹Esclude l'ammissibilità di un arbitrato societario c.d. irrituale Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario: prime riflessioni*, in *Riv. arb.*, 2004. Ammettono l'arbitrato irrituale societario Sassani – Gucciardi, *Commento sub art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003*, in Comoglio, Vaccarella, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006, 3014 ss; Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 513 ss. In giurisprudenza v. Trib. Biella, 28 febbraio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1, 101, che ritiene che "la nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli art. 34, 35, 36 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali."; App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 3, 335, con nota di Cerrato, che esclude che la nuova disciplina dell'arbitrato societario si applichi agli arbitrati irrituali. Cfr. invece Trib. Bari, 24 gennaio 2005, in *Sentenze di merito, Iuris data online*, Milano, 2007, che stabilisce che "La disposizione di cui all'art. 34, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, sancisce, "a pena di nullità", che la clausola compromissoria deve conferire in ogni caso il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, sia da riferire anche alla clausola compromissoria per arbitrato irrituale, con la conseguenza che la clausola compromissoria, non adeguata alla disciplina imperativa sopravvenuta, deve ritenersi comunque nulla."

¹¹²Tra le innovazioni della riforma dell'arbitrato di diritto comune, introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, quella di maggiore importanza è la connotazione esclusivamente sostanziale dell'arbitrato irrituale, inserita nell'art. 808 *ter*. Pur chiarendo che l'arbitrato irrituale ha natura contrattuale (alla stregua di un contratto a formazione progressiva), la norma prevede alcune disposizioni che si caratterizzano per una connotazione più propriamente processuale dell'arbitrato irrituale. Si pensi, ad esempio, al secondo comma dell'art. 808 *ter*, che prevede, tra i motivi di impugnazione, il mancato rispetto del principio del contraddittorio. Se si ritiene che l'arbitrato irrituale non concreti un procedimento nel senso processuale del termine, ma, stante la natura sostanziale, si debba configurare, per quanto riguarda forma e contenuto, quale contratto atipico ad eventuale formazione progressiva, pare evidente che il richiamo al contraddittorio costituisca una deviazione dalla natura contrattuale dell'arbitrato irrituale.

¹¹³Prima di allora, la disciplina dell'arbitrato irrituale era data solo dagli articoli 412 *ter* e 412 *quater* limitatamente all'arbitrato del lavoro.

stabilisce che il ricorso alla tutela cautelare non è precluso dalla devoluzione della controversia in arbitrato, neppure se questo è di natura non rituale¹¹⁴.

L'ammissibilità, in ambito societario, di un arbitrato irrituale di "diritto comune" alternativo all'arbitrato regolato dagli artt. 34 ss. d.lgs. n. 5 del 2003 è strettamente connessa all'ammissibilità del c.d. doppio binario; ovvero alla controversa convivenza fra clausola compromissoria di diritto comune e clausola compromissoria *ex art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003*, allorché la definizione della lite societaria sia rimessa ad arbitri rituali¹¹⁵.

¹¹⁴ Solo successivamente, con l'introduzione dell'art. 819 c.p.c. rinnovato dall'art. 22 del d.lgs. n. 40 del 2006, il ricorso alla tutela cautelare anche per gli arbitrati irrituali è stata sancita in termini generali attraverso la modifica dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80. In tema, per il passato, Chiarloni, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?* in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 558; Saletti, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 720.

¹¹⁵ In dottrina: Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili per arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123, ss; Auletta, *sub art. 34*, in AAVV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassoni, Torino, 2003, 328, ss; Nela, *sub art. 34*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 932 ss; Verde, *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 111; Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1174. In giurisprudenza: Trib. Udine, 4 novembre 2004, in *Società*, 2005, 777 ss, con nota di Soldati, secondo il quale "non è comprensibile perché una sopravvenuta previsione di nullità dovrebbe travolgere gli accordi negoziali già perfezionatisi e che hanno validamente prodotto i loro effetti obbligatori". *Contra*, Gennari, *L'arbitrato societario*, cit., Luiso, *sub art. 34*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura dello stesso autore, Torino, 2006, 558; Carpi, *Profili di arbitrato in materia di società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 29; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nella società dopo la riforma*, *ibidem*, 968; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1286; In giurisprudenza: Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 116 ss, con nota di Nela; Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Dir. e prat. Soc.*, 2005, 73 ss, con nota di Soldati; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Corr. Giur.*, 2005, 1131 ss., con nota di Sangiovanni; Trib. Bari, 24 gennaio 2005, *Giurisprudenzabarese.it*, 2005.

Non volendo anticipare le conclusioni che si svolgeranno in merito alla teoria del doppio binario, si ritiene tuttavia che ove si aderisse alla tesi favorevole alla coesistenza dei due modelli arbitrali¹¹⁶, non vi sarebbe alcuna ragione di negare un arbitrato irrituale di diritto comune in materia societaria, tanto che le parti, in presenza di una clausola compromissoria statutaria, potrebbero decidere di risolvere la controversia con lodo avente efficacia solo fra le parti, non soggetto a *exequatur* e impugnabile per i soli motivi di cui all'art. 808 *ter*, secondo comma, con conseguente deroga alla speciale disciplina dell'arbitrato societario.

In ordine, invece, all'applicabilità all'arbitrato irrituale della disciplina del d.lgs. n. 5 del 2003, occorre evidenziare che il quinto comma dell'art. 35, nel recitare espressamente che: “*la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-quinquies del codice di procedura civile*” sembra inequivocabilmente far riferimento alla possibilità che la clausola compromissoria possa avere ad oggetto un arbitrato irrituale.

Dalla lettura della norma risulta l'intenzione del legislatore delegato di volere mantenere in vita l'arbitrato irrituale, menzionandolo *expressis verbis*, sia pure sotto il profilo della concedibilità della tutela cautelare.

La più attenta dottrina ha posto in evidenza come la disciplina dettata dal successivo art. 36 d.lgs. n. 5 del 2003 conduca (o possa condurre) alla sostanziale incompatibilità tra le previsioni di legge e l'arbitrato irrituale¹¹⁷ e ad una scelta di

¹¹⁶App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 3, 335, con nota di Cerrato, che ha giudicato valida la clausola compromissoria introdotta “*ex novo*” nello statuto di una società di capitali e non conforme all'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5. Nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e rinviava, per la nomina degli arbitri, ad un regolamento di arbitrato amministrato il quale stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dalla corte arbitrale.

¹¹⁷ Ai sensi dell'art. 36, primo comma, d.lgs. n. 5 del 2003 “Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere le parti abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere

dichiarato favore verso l'arbitrato rituale di diritto, l'unico rispetto al quale il quadro normativo si presenta coerente e compiuto.

Vi è chi osserva, al riguardo, che “se poi ci si cala nei profili endosocietari, si scopre che, dal raffronto fra il modello rituale e irrituale, emergono alcuni contrasti difficilmente sanabili: ad esempio, la garanzia di impugnazione per violazione di norme anche non inderogabili sancita dall'art. 36, e, per converso, l'immunità del lodo irrituale rispetto alla legge, quanto meno derogabile (sempre a patto che si ritenga applicabile l'art. 1423 c.c.)”.¹¹⁸

La soluzione più convincente, ad avviso di chi scrive, è quella individuata in altra sede dalla medesima dottrina e presuppone che sia sciolto il nodo preliminare: quello della tipizzazione o meno dell'arbitrato irrituale. Infatti, ove si ritenesse che con l'introduzione dell'arbitrato societario il legislatore abbia legittimato l'atipicità dell'arbitrato irrituale, allora si dovrebbe ritenere percorribile la via dell'arbitrato irrituale, dando primario valore al tenore dell'art. 35, ed interpretando l'articolo 36 nel senso di consentire, nell'ambito dell'arbitrato irrituale, deroghe non consentite in quello rituale.

Appare chiaro che una soluzione di tale tenore aprirebbe il campo a due modelli arbitrali in ambito societario tra loro significativamente dissimili¹¹⁹.

assembleari”. Dalla lettura della norma emerge che la clausola statutaria potrebbe consentire il giudizio secondo equità. Tuttavia, “l'applicazione del patto di arbitrato ai peculiari terreni individuati dall'art. 36 impone la decisione secondo diritto”, Biavati, sub. art. 34, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004, 71.

¹¹⁸ Zucconi Galli Fonseca, *Arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, cit, 957.

¹¹⁹ Cfr. Trib. Bari, 2 novembre 2006, n. 2706, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2006, secondo il quale: “La disposizione di cui all'art. 34, comma secondo, d.lgs. n. 5 del 2003, che demanda a pena di nullità la nomina degli arbitri ad un soggetto terzo, ove ritenuta applicabile anche alle clausole compromissorie per arbitrato irrituale, trova esclusiva applicazione nell'ambito del particolare arbitrato societario introdotto dal citato art. 34, dlgs. n. 5 del 2003”; App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 3, 335, con nota di Cerrato, secondo la quale: “La nuova disciplina dell'arbitrato societario contenuta negli art. 34, 35 36 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, non si applica agli arbitrati irrituali; App. Palermo, 13 marzo 2009, che ha evidenziato che: “la speciale disciplina prevista dall'art.34 del decreto

Qualora si ritenga invece compiuta anche in ambito societario la tipizzazione dell'arbitrato irrituale, allora se ne dovrebbe desumere che la previsione dell'articolo 36 riduca fino ad annullarlo, lo spazio per l'arbitrato irrituale¹²⁰.

Ciò che sembra è che l'esplicita formulazione dell'art. 35 difficilmente costituisca il principale riferimento normativo di cui tener conto.

In essa il legislatore ha inteso riconoscere la possibilità di costituire l'arbitrato societario in forma irrituale. Se questo è il dato di fondo, non è però detto che, per come la disciplina speciale è stata dettata, l'arbitrato irrituale nella materia societaria sia del tutto analogo all'arbitrato irrituale comune. In altri termini, la lettura sistematica dell'art. 35 e dell'art. 36 parrebbe restituire un arbitrato irrituale possibile e lecito, ma più tipizzato e regolamentato di quanto non accada per l'arbitrato di diritto comune. Ciò detto, non è da chiedersi, dunque, se l'arbitrato irrituale sia possibile in ambito societario (avendolo espressamente riconosciuto l'art. 35 comma 5), quanto invece se e quando convenga farvi ricorso, stante la sua sostanziale equiparazione all'arbitrato rituale operata dall'art. 36.

legislativo 5 del 2003 non può che riferirsi all'arbitrato rituale (e specificatamente a quella forma di arbitrato rituale di tipo speciale introdotta dalla nuova normativa sulle società), ma certamente non intacca l'arbitrato irrituale, cui può farsi ricorso anche nelle controversie endosocietarie ed al quale va ricondotta anche la clausola compromissoria contenuta in un atto di costituzione di società in accomandita semplice, la quale espressamente preveda che le controversie che dovessero sorgere tra i soci in dipendenza del presente atto, verranno decise da un arbitro nominato di comune accordo, che deciderà amichevolmente la composizione”.

¹²⁰Zucconi Galli Fonseca, sub. Art. 34, in *Arbitrato societario, commento al d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, a cura di Carpi, Bologna, 2004, 40.

CAPITOLO II
DALL'ARBITRATO COMUNE ALL'ARBITRATO SOCIETARIO:
ESCLUSIVITA' O CONCORRENZA?

2.1 La specialità del modello delineato dall'art. 34 del d. lgs. n.5 del 2003.

In particolare, la necessaria estraneità del designatore degli arbitri

Sotto il profilo del rapporto tra le fonti, la dottrina nettamente maggioritaria¹²¹ afferma che l'arbitrato societario introdotto dall'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 ha un carattere di specialità rispetto all'arbitrato disciplinato dagli artt. 806 e seguenti del codice di procedura civile, tale da renderlo addirittura eccezionale rispetto all'arbitrato c.d. comune¹²².

¹²¹ Fra tutti, Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411 ss.; Zucconi Galli Fonseca, sub. art. 34, in AA.VV., *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna-Roma, 2004; Arieta, De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 597 e 602; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285; Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 497; Sali, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *www.judicium.it*.

¹²²Sul punto si legga Bianchini, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. "endo-societario"*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 410 ss., il quale evidenzia la peculiare natura della disciplina dell'arbitrato dettata nel d.lgs. n. 5 del 2003 tale da essere ritenuta addirittura eccezionale rispetto alla disciplina dell'arbitrato c.d. "comune". "Siffatta natura ... discenderebbe dalla spiccata particolarità della disciplina che prevede (a) la disponibilità del diritto come condizione di arbitrabilità delle controversie soltanto tendenziale e riaffermata solo con riferimento ai rapporti tra soci e tra soci e società, essendone altrimenti derogata la portata assoluta; (b) la presenza di regole procedimentale inderogabili in difformità da quanto previsto ex art. 816 , 2° e 3° comma, c.p.c.; (c) l'efficacia del lodo che, rispetto a talune controversie (impugnative di deliberazioni assembleari, laddove rese arbitrabili da apposita previsione statutaria), ha un effetto *erga omnes* e, rispetto alle altre, può spiegare un effetto riflesso che investe anche i terzi titolari di situazioni giuridiche dipendenti da quelle decise; (d) la deroga, di cui all'art. 34, sesto comma, al principio di unanimità vigente ex art. 2252 c.c. per la modifica dell'atto costitutivo di società di persone; e, *last but not least*, (f) la sanzione di nullità comminata alla clausola compromissoria statutaria

Fra gli elementi peculiari risalta la disposizione contenuta al secondo comma dell'art. 34, che introduce la sanzione di nullità comminata alla clausola compromissoria statutaria che non attribuisca la nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società.

La soluzione data dall'art. 34, secondo comma, è volto ad evitare la nomina degli arbitri non solo da parte di organi interni alla società¹²³ ma anche da parte di taluni dei soci.

La portata della norma, formulata in modo da suscitare qualche perplessità¹²⁴, è stata ritenuta, da parte della dottrina, funzionale all'arbitrato societario¹²⁵, in quanto il requisito di estraneità del soggetto chiamato a designare gli arbitri muoverebbe dall'esigenza di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante non solo rispetto alle parti già in conflitto, ma anche verso gli interessi individuali di chiunque sia legittimato a intervenire nel procedimento¹²⁶ ai sensi dell'art. 35, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003¹²⁷.

(cioè la stessa fonte del potere decisionale dell'organo arbitrale) che non attribuisca la nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, cioè imparziale e indipendente rispetto ad essa”.

¹²³Si pensi all'assemblea, al collegio dei probiviri, al collegio sindacale, ecc.

¹²⁴Blandini, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 600.

¹²⁵Cabras, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, I, 563 ss.

¹²⁶Sul punto, è la stessa Relazione al d.lgs. n. 5 del 2003 a esplicitare che l'attribuzione del potere di designazione degli arbitri ad un terzo si propone di conseguire il “fine, attesa la pluralità di interessi direttamente o indirettamente coinvolti, di rendere possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale (e, nel caso questi rivestano la qualità di soci, anche a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c.).

¹²⁷ Che ammette l'intervento di terzi a norma dell'art. 105 c.p.c. e l'intervento di altri soci a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c., stabilendo come unico limite quello della mancata celebrazione della prima udienza di trattazione. Del resto, la stessa Relazione al d.lgs. n. 5 del 2003 esplicita che l'attribuzione del potere di designazione degli arbitri ad un terzo si propone di conseguire il “*fine, attesa la pluralità di interessi direttamente o indirettamente coinvolti, di rendere possibile senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale*”.

Altra parte della dottrina ha sollevato perplessità sulla disposizione del secondo comma dell'art. 34, ritenendo che dall'obbligatorietà della nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo si rinvenga un vero e proprio arbitrato da legge.¹²⁸

Non volendo anticipare le considerazioni che si svolgeranno in seguito in merito all'effettiva opportunità della disposizione che introduce l'obbligo di nomina eterodeterminata degli arbitri il secondo comma dell'art. 34 costituisce, senza ombra di dubbio, la questione centrale per l'operatività dell'arbitrato societario.

Infatti, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, si è aperto il dibattito sulla sopravvivenza delle clausole arbitrali di diritto comune non adeguate al modello speciale previsto dall'art. 34 e ss. del d.lgs. n. 5 del 2003 e, in particolare, dall'obbligo di nomina degli arbitri da parte di un terzo, estraneo alla società.

Il primo nodo da affrontare è stato quello relativo all'esclusività della nuova disciplina. In altri termini, ciò che ha principalmente occupato l'attenzione degli interpreti è stato comprendere se l'introduzione del nuovo arbitrato societario abbia o meno escluso che la materia societaria possa essere oggetto di arbitrato tradizionale.

La questione nasce da un'esigenza di tipo pratico. Non sfugge, infatti, che la scelta che i soci intendono fare, dando preferenza a un arbitrato comune anziché a un arbitrato societario, impone ai notai di esercitare un filtro di legittimità rivolto non solo ad inserire una clausola valida ed efficace ma anche a proteggersi da conseguenti azioni disciplinari e di responsabilità¹²⁹.

¹²⁸ Ricorda Blandini, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo, cit.*, come sin dal diritto romano, elemento comune e caratteristico dell'arbitrato si rinviene nella circostanza che sono sempre le parti a convenire liberamente il compromesso e a prescegliere gli arbitri ai quali deferire la decisione della controversia.

¹²⁹ L'art. 28, primo comma, della legge 16 febbraio 1913, vieta al notaio di ricevere o autenticare atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico. A riguardo la Cassazione ha statuito che l'applicazione dell'art. 28 della cosiddetta legge notarile va limitata alle ipotesi di nullità assoluta e non si estende ad atti diversamente sanzionati (Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Notariato* 1998, 7, con nota di Briganti). Questo indirizzo si caratterizza per affermare la ricevibilità da parte del notaio di atti in relazione ai quali la contrarietà a norme imperative non è affermata univocamente in dottrina e giurisprudenza.

Infatti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 34, la maggior parte delle clausole compromissorie presenti negli statuti di società non prevedeva il meccanismo di nomina eterodeterminato.

Gli operatori si sono pertanto chiesti se la clausola compromissoria “vecchio stile”, non modificata alla data di entrata in vigore della novella o introdotta successivamente ma con tenore difforme, mantenesse la propria validità¹³⁰ o se, piuttosto, fosse necessaria una modifica statutaria per adeguarla al modello speciale degli artt. 34 e ss del d.lgs. n. 5 del 2003.¹³¹

La questione della sopravvivenza alla nuova disciplina delle vecchie clausole compromissorie andrebbe risolta soltanto dopo aver sciolto il nodo del cosiddetto “doppio binario”. Ci si è chiesti se, dopo l'entrata in vigore della riforma, possano convivere due arbitrati in tema di società. In altri termini, se il nuovo arbitrato societario abbia o meno reso possibile il ricorso nella materia societaria all'arbitrato di diritto comune.

Nel caso in cui si debba ritenere che accanto al nuovo arbitrato societario sopravviva l'arbitrato di diritto comune in tema di società, non vi è ovviamente questione in merito alla sopravvivenza di clausole compromissorie non adeguate al nuovo arbitrato societario ma in sintonia con l'arbitrato di diritto comune; ne vi è questione in merito alla possibilità, per i soci, di regolare in futuro i rapporti con clausole compromissorie di diritto comune.

Nell'ipotesi in cui si ritenga corretta la soluzione opposta, se ne devono trarre opposte conseguenze.

¹³⁰La questione è circoscritta alla clausola compromissoria, dal momento che la formulazione dell'art. 34 si riferisce unicamente ad essa, escludendo che il compromesso possa essere regolato dalla disciplina speciale.

¹³¹Da una ricerca promossa dall'Osservatorio sulla riforma del diritto societario istituito presso la Camera di commercio di Milano nei due anni successivi all'entrata in vigore della riforma è stato evidenziato che al giugno 2005 solo il 52,7% delle società per azioni e il 23,2% delle società a responsabilità limitata hanno modificato i loro statuti per adeguare le clausole “vecchio stile” alle prescrizioni dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003.

Il nodo è dunque chiaro da porre e difficile da sciogliere. E' possibile che nelle materie riguardate dagli articoli 34 e seguenti esistano arbitrati "comuni"?

A rigor di logica, accettando l'idea del doppio binario, non esisterebbero ostacoli ad ammettere la sopravvivenza di vecchie clausole ancorché contrastanti con le nuove previsioni; negandola, si dovrebbe coerentemente ritenere nulla la clausola vecchia, in quanto contrastante con norme imperative di legge.

La dottrina che ha affrontato il tema si è divisa tra chi ha sostenuto l'esclusività del modello speciale *ex art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003*¹³² e chi, invece, ha ammesso la concorrenza dei due modelli¹³³.

Le soluzioni della giurisprudenza, che saranno esaminate più approfonditamente nei successivi paragrafi, si sono rivelate eterogenee e contrastanti, ed hanno mostrato l'evidente difficoltà di raggiungere soluzioni equilibrate e condivise¹³⁴.

¹³² Tra coloro che sostengono la nullità della clausola non conforme si schierano Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1286; Nela, Sub. art. 34, in *Il nuovo processo societario, commentario*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, 929; E. F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 529; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2003, 717; Gennari, *L'arbitrato societario*, in *Trattato diritto comm. Dir. pubbl. econ.*, vol. LI, Padova, 2009, 16.

¹³³ Nela, su. Art. 34, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 933 ss.; Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 606; Zoppini, "I diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario, in *Riv. soc.*, 2005, 1173; Cerrato, *Arbitrato societario e "doppio binario": una svolta?*, in *Giur. it.*, 2007, 910.

¹³⁴ In Giurisprudenza, fra le pronunce che sostengono la nullità della clausola non conforme: Trib. Tortona, 3 agosto 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 498 ss; Trib. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. it.* 2005, 1653; Trib. Milano, 25 giugno 2005, in *Società*, 2006, 749 ss., con nota Pennini; Torino, 6 ottobre 2006, in *Juris data online*, Milano, 2007; Trib. Milano, 25 giugno 2005, in *Giur. it.* 2006, 8-9, 1639, con nota di Restano; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 500, nota Cerrato; Trib. Trani, 15 ottobre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*; Trib. Milano, 12 marzo 2009, in *Giustizia a Milano* 2009, 4, 30. Sono a favore del "doppio binario": Trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 509, nota di Cerrato e in *Giur. it.*, 2006, 1640, nota di Restano; Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 508; Trib. Bologna, 9 febbraio 2005; Trib. Bari, 2 novembre 2006; Trib. Bologna, 25 maggio 2007; App. Genova, 16 giugno 2007, App. Torino 8 marzo 2007, in

2.2. *Sull'esclusività del nuovo modello: la nullità della clausola compromissoria difforme dall'art. 34.*

Chi ritiene che le società preesistenti alla riforma siano tenute ad aggiornare i loro statuti a seguito dell'introduzione dell'arbitrato societario dà una lettura fortemente restrittiva dell'art. 34, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003¹³⁵, accentuandone la natura inderogabile.

La previsione normativa che richiede che siano indicati numero e modalità di nomina degli arbitri e che il potere di nomina degli stessi sia conferito in ogni caso, a pena di nullità, a un soggetto estraneo alla società, ha spinto parte della dottrina a ritenere che qualsiasi clausola compromissoria statutaria non conforme a questa previsione sia nulla.

A fondamento di questa tesi vi è l'imperatività che caratterizza la rubrica dell'art. 35, la quale si intitola "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale".

La giurisprudenza che si è conformata a questo orientamento¹³⁶ ha ritenuto che una disposizione negoziale, qual è la clausola compromissoria contenuta in uno statuto sociale, è radicalmente nulla – e perciò inefficace – quando contrasta con una

Giur. it., 2007, 906, con nota di Cerrato; App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.* 2007, 2, 398, con nota di Cerrato; App. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. it.* 2007, 10, 2237, con nota di Cerrato; App. Torino, 18 settembre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Trib. Bari, 3 giugno 2008, in *Giurisprudenzabarese.it* 2008; App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 3, 335, con nota di Cerrato.

¹³⁵Bianchini, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. "endoscocietario"*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 410; Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 513; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003; Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2004, 497.

¹³⁶Trib. Milano, 9 novembre 2005, in *Società*, 2006, 750; Trib. Milano, 25 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1639; Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Cor. Giur.*, 2005, 1131; Trib. Latina, 22 giugno 2004, in *Not.*, 2005, 258; Trib. Pescara, 22 ottobre 2007, *PQM* 2008, 1, 68, con nota di: De Robertis; Trib. Trani, 15 ottobre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Trib. Parma, 11 aprile 2008, in *Giur. comm.* 2009, 5, 1004, con nota di Giudotti;

norma inderogabile, ancorché sopravvenuta, anche in assenza di un obbligo espresso di adeguamento.

Le difficoltà interpretative sul dibattuto tema della validità ed efficacia delle clausole compromissorie contenute negli statuti di società di capitali alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 (e non conformi alla disciplina di cui all'art. 34, secondo comma) si sono spinte oltre, aggravando l'incertezza degli operatori.

Pur ammettendo la nullità della clausola compromissoria non conforme alla disciplina speciale *ex art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003*, si è posto il problema della sorte di tali clausole al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003. In particolare, ci si è chiesti se le stesse godessero del beneficio della disciplina transitoria prevista dall'art. 41 dello stesso decreto¹³⁷.

Sebbene l'art. 41 del d.lgs. n. 5 del 2003 disponga al secondo comma che “alle modifiche deliberate a norma degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile¹³⁸, per adeguare le clausole compromissorie preesistenti alle disposizioni inderogabili del presente decreto legislativo, non si applica l'art. 34,

¹³⁷Il sistema di adeguamento degli statuti e degli atti costitutivi disposto dal legislatore al fine di gestire la transizione tra il vecchio e il nuovo sistema previsto dalla riforma organica del diritto societario costituisce una deroga espressa al principio *tempus regit actum* in relazione a tutte le disposizioni statutarie che si trovino in contrasto con le disposizioni inderogabili introdotte dai d.lgs. n. 5 del 2003 e del d.lgs. n.6 del 2003, in quanto l'art. 41 del d.lgs. n. 5 del 2003 prevede espressamente che “Ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto si applicano le disposizioni anteriormente vigenti”.

¹³⁸L'art. 223 *bis* disp. att. c.c. dispone, al primo comma, che «le società per azioni, le società in accomandita per azioni e le società a responsabilità limitata iscritte nel Registro delle imprese alla data del 1° gennaio 2004, devono uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili entro il 30 settembre 2004» con deliberazione presa a maggioranza semplice, qualunque sia l'ammontare del capitale sociale rappresentato e, al quinto comma, che «fino alla data indicata al primo comma, le precedenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle disposizioni inderogabili del presente decreto». L'art. 223 *duodecies* disp. att. c.c. detta analoghe disposizioni per le società cooperative, prevedendo però, quale termine ultimo per l'adeguamento, la data del 31 marzo 2005 (data modificata dall'art. 36 d.lgs. n. 31 del 2004 che ha sostituito le originarie parole «31 dicembre»).

comma 6”, la formulazione di tale disposizione transitoria ha generato, tuttavia, diverse posizioni.

Secondo la prima tesi avanzata,¹³⁹ gli articoli 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c. si applicherebbero soltanto alle disposizioni inderogabili introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, sicché le clausole compromissorie contenute negli statuti non conformi al disposto dell’art. 34, secondo comma, alla data del 1 gennaio 2004 sarebbero nulle in quanto contrarie a disposizioni inderogabili di legge¹⁴⁰.

Si tratta, tuttavia, di una tesi avversata da altra parte della giurisprudenza¹⁴¹, la quale sostiene l’applicabilità della disciplina transitoria dettata dagli artt. 223 *bis* e 223

¹³⁹In dottrina: Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 640; Abriani, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003, 1305; Corsini, *L’arbitrato nella riforma del diritto societario cit.*; Dolmetta, *Commento all’art. 41 d.lgs. n. 5 del 03 cit.*, 1084 ss; Luiso, *Appunti sull’arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003. In giurisprudenza: App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.* 2007, II, 398, secondo la quale il rinvio operato dall’art. 41, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 agli artt. 223-*bis* e 223-*duodecies* disp. att. cod. civ. deve essere inteso in senso assolutamente restrittivo, vale a dire limitato all’adozione, per i suddetti adeguamenti (in luogo di quella qualificata, pari ad almeno i due terzi del capitale sociale, prevista dall’art. 34, comma 6), della maggioranza semplice prevista dall’art. 223-*bis*, commi 2, 3 e 4, a fini chiaramente agevolativi, in via di disciplina transitoria. Pertanto, secondo il giudice piemontese, il regime transitorio della disciplina processuale non prevedrebbe la vigenza degli effetti delle clausole compromissorie difformi dall’art. 34, comma 2, fino al 30 settembre 2004; infatti, una simile efficacia, poiché è espressamente prevista soltanto dall’art. 223 *bis*, comma 5, non potrebbe estendersi in via analogica in altri ambiti, in quanto disposizione eccezionale, in mancanza di una norma di specifico richiamo. V. anche Trib. Milano, 4 maggio 2005, in *Giur. it.* 2005, 1653, che ha ritenuto “viziata da nullità la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società (nella specie di capitali), introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e non adeguata al disposto dell’art. 34, comma 2, del predetto decreto”; Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *Società*, 2005, 899, con nota di Morellini.

¹⁴⁰Secondo questa interpretazione, pertanto, le clausole compromissorie non conformi al disposto dell’art. 34, comma secondo, d.lgs. n. 5 del 2003 alla data di entrata in vigore del decreto non sono ultrattive fino alla scadenza del termine di cui agli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c., ma sono, appunto, nulle già dal 1 gennaio 2004.

¹⁴¹Sul punto, cfr. Trib. Forlì, 4 novembre 2005, che ha stabilito che la clausola non adeguata conserva la sua validità fino al termine del periodo transitorio, momento entro il quale deve avvenire il suo

duodecies disp. att. c.c. ,¹⁴² con conseguente ultrattività delle norme previgenti fino al 30 settembre 2004 per le società di capitali e al 31 marzo 2005 per le società cooperative.

Sebbene gli sviluppi giurisprudenziali sul tema del diritto transitorio e sulla validità della clausola compromissoria abbiano dimostrato un progressivo affermarsi della tesi che ritiene radicalmente nulla la clausola non adeguata al dettato dell'art. 34, secondo comma, tuttavia non sono mancate soluzioni "intermedie".

Muovendo dal principio generale di conservazione dei negozi giuridici, è emersa la possibilità di una parziale sopravvivenza della clausola compromissoria non adeguata al modello speciale *ex art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003*.

Parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁴³ ha circoscritto la forza invalidante della nullità alla sola porzione di clausola che non preveda il meccanismo di nomina

adeguamento a maggioranza semplice. Sebbene infatti l'art. 223 *bis* disp. att. c.c. faccia letteralmente riferimento alle sole disposizioni inderogabili introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, tuttavia va considerato che l'art. 41, comma secondo, d.lgs. n. 5 del 2003 richiama espressamente gli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c. al fine di prevedere l'efficacia ultrattiva delle clausole compromissorie. Tale richiamo normativo renderebbe chiaro che il beneficio dell'ultrattività si estende non solo alle clausole statutarie non conformi alle disposizioni inderogabili introdotte dal d.lgs. n. 6 del 2003, ma anche a quelle del d.lgs. n. 5 del 2003 previste in tema di arbitrato societario. Pertanto, le previgenti clausole compromissorie dovrebbero considerarsi valide fino al 30 settembre 2004, data a decorrere dalla quale esse, se non adeguate con delibera assunta con la maggioranza semplice (*ex art. 223-bis*, comma 3, disp. att. cod. civ.), saranno nulle. L'orientamento è conforme a quanto si rinviene in due pronunce del tribunale di Trento 8 aprile 2004 e 11 febbraio 2004 che, seppur inerenti al regime applicabile alle clausole compromissorie contenute negli statuti di società di persone, hanno espressamente affermato l'applicabilità del regime transitorio *ex artt. 223-bis e 223-duodecies* disp. att. cod. civ. all'adeguamento delle clausole arbitrali contenute negli statuti delle società di capitali e delle società cooperative.

¹⁴² L'art. 41, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003, prevede che le società di capitali e le società cooperative possano adeguare le clausole compromissorie difformi rispettivamente fino al 30 settembre 2004 e al 31 marzo 2005 con le maggioranze agevolate di cui agli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* disp. att. c.c. in luogo delle maggioranze richieste dall'art. 34, sesto comma, d.lgs. n. 5 del 2003. Si tratta di un sistema più agevole per l'adeguamento delle clausole compromissorie.

¹⁴³ Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1258; Dolmetta, *sub. art. 41*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, cit., 1090 ss; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*,

degli arbitri da parte di un terzo estraneo alla società, conservandone parzialmente la validità attraverso l'applicazione degli artt. 1419 del codice civile¹⁴⁴.

Tale prospettazione si basa sull'assunto che l'inciso "a pena di nullità" non si riferisce all'intera clausola compromissoria, bensì alla sola indicazione del soggetto investito del potere di nomina, in quanto lo scopo della norma è di sottrarre la nomina degli arbitri alle parti.

Una volta riconosciuta l'elisione parziale della clausola *ex art.* 1419 c.c., si ricorrerebbe dunque alla disciplina comune, in funzione integrativa, ad in particolare agli articoli 809 e 810 del codice di procedura civile che prevedono, per l'arbitrato comune, che in caso di mancato accordo delle parti operi un meccanismo residuale di nomina dell'arbitro da parte del presidente del tribunale del luogo in cui l'arbitrato ha la propria sede, o, se questa non è stata determinata, dal presidente del tribunale in cui la convenzione è stata stipulata.

La tesi favorevole al meccanismo suppletivo di salvataggio delle clausole non adeguate si scontra, tuttavia, con l'orientamento giurisprudenziale¹⁴⁵ consolidato che

2003, 717; Occhipinti, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2005, 597; Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 519. In giurisprudenza: Trib. Milano, 22 settembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 398, che ha dedotto che, in applicazione dell'art. 1419, comma primo, c.c., pur in presenza di una clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di capitali, introdotta antecedentemente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 e non adeguata al dettato dell'art. 34, secondo comma, del predetto decreto, è da escludersi la nullità della medesima clausola in virtù della presenza di un meccanismo residuale di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo (nella specie: il presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti di Milano).

¹⁴⁴In particolare, si è cercato di fare ricorso a quanto previsto dall'art. 1419 c.c. che si propone di salvare l'efficacia di un contratto in caso di nullità parziale o di nullità di singole clausole, qualora sia possibile sostituire le parti viziate con altre norme imperative, salvo che risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella specifica parte affetta da invalidità.

¹⁴⁵Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *I Contratti*, 2001, 236; Cass. 16 febbraio 1983, n. 1184, in *Giust. civ. Mass.* 1983, II; Cass., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, 108.

ritiene che l'operatività dell' art. 1419, secondo comma c.c.¹⁴⁶, implichi l'imperatività della norma sostitutiva.

Sebbene si possa ravvisare negli articoli 809 e 810 c.p.c. la disciplina sostitutiva, tuttavia vi è da obiettare la natura suppletiva e non cogente di tali norme.

In assenza di una disposizione imperativa specifica che automaticamente possa prendere il posto di quella nulla¹⁴⁷ e dal momento che l'art. 34, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003, nulla dispone in merito, la sostituzione automatica della nuova norma limitatamente alle modalità di nomina degli arbitri può sembrare pertanto una forzatura interpretativa non consentita dai principi generali in tema di nullità delle clausole contrattuali¹⁴⁸.

2.3. *La tesi favorevole alla concorrenza dei due modelli*

Alla teoria dell'esclusività dell'arbitrato societario si è affiancata, in netta contrapposizione, quella che propende per la conservazione della volontà delle parti, consentendo in tal modo di avvalersi dell'opera di un soggetto diverso dal giudice naturale, quale che esse decidano.

Questa seconda corrente ritiene, pertanto, che le clausole compromissorie statutarie non adeguate al modello speciale introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2003

¹⁴⁶ Come è noto, tale norma prevede che la nullità di singole clausole non determina la nullità dell'intero contratto se le pattuizioni invalide sono sostituite di diritto da norme imperative.

¹⁴⁷Nel caso di specie non può certamente sostenersi che il disposto di cui agli artt. 809 e 810 c.p.c. che prevedono, soltanto in via residuale e per ipotesi diverse, l'intervento del tribunale per nominare l'arbitro o gli arbitri mancanti costituisca una norma imperativa. Sul punto, v. Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 16 ss.

¹⁴⁸V. App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2, 398, con nota di Cerrato, secondo il quale: "L'assenza di una disposizione imperativa specifica è di ostacolo alla sostituzione automatica della clausola compromissoria nulla per mancato adeguamento alle disposizioni inderogabili dettate dall'art. 34, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5", ritenendo pertanto viziata da nullità sopravvenuta la clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società di capitali, introdotta antecedentemente alla data del primo gennaio 2004 e non adeguata al disposto dell'art. 34, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5.

mantengano efficacia anche se difformi dalle disposizioni dell'art. 34, secondo comma, escludendo l'incidenza di una nullità sopravvenuta sulle clausole preesistenti.

La tesi troverebbe conferma nella stessa Relazione governativa che accompagna il lgs. n. 5 del 2003, laddove si legge che “la formulazione del testo contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico (naturalmente ultrattivo anche in materia societaria) comprendendo numerose opzioni di rango processuale ...che appaiono assolutamente funzionali alla promozione della cultura dell'arbitrato endo-societario...”.

Alla luce di questo ausilio interpretativo si sostiene, pertanto, che l'intenzione del legislatore non è stata quella di sopprimere la disciplina di diritto comune in ambito societario, ma piuttosto quella di creare una nuova forma di arbitrato volta a concorrere con quella tradizionale.

I sostenitori del c.d. “doppio binario”¹⁴⁹ ritengono che la convivenza fra l'arbitrato societario e quello c.d. di diritto comune si ricavi, in modo esplicito, dalla stessa lettura del dettato legislativo. Si pensi al primo comma dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 che dispone che “gli atti costitutivi delle società possono prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie”, prevedendo per le parti una mera facoltà e rimettendo alle stesse la scelta del modello da adottare¹⁵⁰.

149 Auletta, *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.*, 204, 361; Zoppini, *I diritti disponibili relativi al rapporto sociale nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1174; Verde, *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, 111; Cerrato, *Arbitrato societario e “doppio binario”: una svolta?*, in *Giur. it.*, 2007, 910.

¹⁵⁰ Dal tenore della clausola compromissoria inserita nello statuto deve pertanto desumersi la scelta operata dalle parti nel senso dell'arbitrato comune oppure di quello societario. La giurisprudenza ha ritenuto che la disciplina del procedimento arbitrale va considerata inderogabile nel suo complesso, vale a dire come corpo di norme da applicare tutte assieme, al fine di usufruire delle agevolazioni contemplate dalla riforma. Si pensi, ad esempio, all'estensione dell'ambito delle controversie compromettibili, all'attribuzione agli arbitri della competenza in materia cautelare o all'efficacia del lodo nei confronti della società.

Si deve anche aggiungere che l'arbitrato di diritto comune continua ad essere applicato laddove non può operare la clausola compromissoria *ex art. 34*.

Si pensi ai contratti di compravendita di partecipazioni sociali, alle controversie nascenti dai patti parasociali, alle società quotate, alle società irregolari nonché alle società semplici, tanto da ammettere che la concorrenza fra i due modelli arbitrali è in *re ipsa*.

Si è anche messa in discussione la ragionevolezza di una disciplina che permette la devoluzione agli arbitri secondo il rito comune se la controversia è già insorta, mentre precluda il ricorso a questa stessa disciplina con riferimento alla medesima controversia, se prevista nello statuto.

Altro argomento a sostegno della ultrattività delle clausole preesistenti e non adeguate al modello *ex art. 34* prende spunto dalla mancanza, da un lato, di una qualsivoglia previsione risolutiva dell'efficacia delle clausole statutarie delle società di capitali difformi dalle disposizioni inderogabili contenute nel d.lgs. n. 5 del 2003 e, dall'altro, di un divieto di iscrivibilità, a far data dal 1° gennaio 2004, nel registro delle imprese delle stesse società di capitali benché contenenti previsioni in contrasto con gli artt. 34-36 d.lgs. n. 5 del 2003¹⁵¹.

Nella lettura del dettato normativo non si rinviene alcuna espressione che possa essere intesa come volta a precludere ai soci la possibilità di inserire nello statuto sociale una clausola compromissoria vecchio stile né tantomeno la previsione di adeguamenti obbligatori

L'arbitrato societario introdotto dall'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 sarebbe pertanto applicabile laddove le parti si siano avvalse della facoltà di adeguare la clausola compromissoria alle nuove disposizioni *ex artt. 223 bis e 223 duodecies* disp. att. c.c. ed *ex art. 41*, comma 2, d.lgs. n. 5 del 2003 nei termini e secondo le modalità ivi previste, mentre in caso contrario, la clausola compromissoria preesistente resterebbe valida mantenendo l'opzione originariamente scelta dalle parti di devolvere le controversie all'arbitrato disciplinato dagli artt. 809 e ss. c.p.c.

¹⁵¹Auletta, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003 cit.*

Ammettere la convivenza dell'arbitrato societario e di quello comune per la soluzione delle controversie societarie è tesi che ha certamente il pregio di far salva interamente la volontà delle parti e il più generale principio consensualistico proprio dell'istituto arbitrale. Risulta infatti evidente che, qualora le parti non abbiano adottato un meccanismo di nomina arbitrale di diritto comune, sia la nullità totale di tale clausola (con conseguente devoluzione della controversia all'autorità giudiziaria ordinaria), sia la nullità parziale (con conferimento del potere di nomina degli arbitri al Presidente del Tribunale) finirebbero rispettivamente per annullare o modificare la volontà delle parti con conseguente violazione dei principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.), difesa (art. 24 Cost.) e di autonomia privata (art. 41 Cost.).

2.4. Il doppio binario: l'orientamento giurisprudenziale affermatosi come prevalente

Sebbene gli orientamenti sul tema del diritto transitorio e della validità della clausola compromissoria immediatamente successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 avessero dimostrato un progressivo affermarsi della tesi che ritiene radicalmente nulla la clausola compromissoria non adeguata all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, tuttavia i successivi sviluppi giurisprudenziali si sono orientati verso la soluzione del c.d. "doppio binario"¹⁵², ammettendo la concorrenza fra i due modelli.

¹⁵²Fra tutti: Trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. comm.*, II, 2006, 509; Trib. Bologna, 22 novembre 2005, in *www.giurermilia.it*; Trib. Bari, 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2237. Si segnalano, in particolare, gli orientamenti del giudice piemontese che, in una prima pronuncia (App. Torino, 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 906), ha riconosciuto la validità di una clausola compromissoria introdotta *ex novo* nello statuto di una s.a.s. e non conforme all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, limitatamente alle clausole per arbitrato libero o irrituale, sul presupposto che "la disciplina dell'arbitrato societario, ed in particolare dell'art. 34, secondo comma, ove non diversamente disposto, è circoscritta solo all'arbitrato rituale e non anche a quello irrituale". In una successiva pronuncia (App. Torino, 28 settembre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2010) si è spinto oltre, affermando che "gli articoli 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003 hanno inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato, caratterizzato da alcune particolarità, senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune per arbitrato rituale o per arbitrato libero."

La giurisprudenza degli ultimi anni si è caratterizzata per un mutamento di tendenza volto a riconoscere nell'art. 34 e ss. del d.lgs. n. 5 del 2003 una disciplina alternativa e non sostitutiva, facoltativa e non obbligatoria rispetto a quella del codice di rito, che continua comunque a trovare applicazione¹⁵³.

In armonia con il principio di conservazione del negozio giuridico, le successive pronunce giurisprudenziali hanno via via applicato la regola della nullità integrale della clausola compromissoria non conforme all'art. 34 solo ove non sia possibile una diversa interpretazione della stessa tale da salvaguardarne almeno in parte il contenuto¹⁵⁴.

Al principio di conservazione dei negozi giuridici si è affiancato poi quello di autonomia contrattuale, il quale, in assenza di una chiara sanzione di nullità, anche evincibile implicitamente dal sistema, impone la salvezza della libertà di contrarre laddove non siano messi a rischio interessi di terzi.

La sopravvivenza dell'arbitrato tradizionale accanto a quello societario *ex art.* 34 viene ammessa sul presupposto che la sanzione della nullità non si applichi a tutte le clausole compromissorie precedenti o successive all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003 ma solamente a quelle che, pur volendo introdurre nello statuto la disciplina speciale dell'arbitrato di cui all'art. 34, prevedano una modalità di nomina degli arbitri diversa da quella prevista dalla norma, indicando un soggetto carente del requisito dell'estraneità.

La scelta del doppio binario e della possibilità di inserire, alternativamente, nell'atto costitutivo o nello statuto di una società il nuovo arbitrato societario o quello

¹⁵³ App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca, borsa, tit, cred.*, 2010, II, 335, con nota di Cerrato, *Arbitrato societario e "doppio binario": qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*.

¹⁵⁴ App. Firenze, 31 gennaio 2001, in *Riv. arb.*, 2002, 315, con nota di Fusillo, secondo la quale: "La clausola compromissoria contenuta nello statuto di una società a responsabilità limitata deve essere interpretata, affinché non debba essere reputata nulla *ex art.* 806 c.p.c. e 1418 c.c., nel senso che siano escluse dall'ambito della previsione di deferimento agli arbitri, da parte dei singoli soci, le controversie aventi ad oggetto interessi non disponibili da parte degli stessi singoli soci, perché pertinenti in via diretta alla società".

di diritto comune previsto dal codice di procedura civile avrebbe infatti l'effetto di incrementare le facoltà dei soci anziché di limitarle, come invece avverrebbe se si escludesse il potere degli stessi di optare per il modello arbitrale tradizionale realizzando così lo spirito della riforma, volta a accrescere la cultura dell'arbitrato e ridurre i tempi del contenzioso civile¹⁵⁵.

La disciplina inderogabile dell'arbitrato societario e la specialità delle disposizioni contenute negli articoli 34, 35 e 36 d.lgs. n. 5 del 2003 non comporterebbero l'esclusività dell'arbitrato societario a prescindere da una volontà compromissoria diversamente manifestata, ma inciderebbero unicamente sulle conseguenze procedurali derivanti dalla scelta del relativo modello¹⁵⁶.

L'imperatività della rubrica dell'art. 35 non deve, quindi, essere letta come esclusività del modello da applicarsi a tutte le clausole compromissorie societarie a pena di nullità, ma va intesa come volontà del legislatore di introdurre una disciplina unitaria, con regole non disponibili, non derogabili, e non scomponibili a fini ermeneutici¹⁵⁷.

¹⁵⁵ V. Cerrato, *Arbitrato societario e « doppio binario »: qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 3, 340, ritiene che il fatto stesso che determinate « classi » di società (società semplici, società irregolari, società quotate) si collocano al di fuori del perimetro soggettivo di operatività dell'art. 34, induca a ritenere possibile il ricorso all'arbitrato codicistico, a riprova che non vi è alcuna incompatibilità ontologica fra ordinamento societario e arbitrato codicistico.

¹⁵⁶ Cfr. App. Torino, 4 settembre 2007, n. 46, in *Guida al diritto*, 2007,47,50:“La norma dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 pone per la società un onere, quello di prevedere una clausola arbitrale conforme al modello legale che descrive, assolto il quale la società stessa e i soci possono lucrare gli effetti previsti da tale specie di arbitrato. Diversamente, non per l'eventuale difformità da questo modello legale, la clausola compromissoria binaria e di diritto comune può ritenersi invalida, essendo l'arbitrato ordinario disciplinato dal codice di rito alternativamente concorrente a quello di cui agli art. 34 e ss. d.lgs. citato”. V. anche App. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007,10,2237, con nota di Cerrato “È valida la clausola compromissoria introdotta ex novo nello statuto di una società (nella specie: di persone) e non conforme all'art. 34 d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (nella specie, la clausola prevedeva un arbitrato irrituale e stabiliva che i tre arbitri fossero nominati uno per ciascuno dei due contendenti ed il terzo dai primi due ovvero, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale).”

¹⁵⁷ Biavati, *sub. Art. 35 d.lgs n. 5 del 2003*, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 49 ss.

In altri termini la posizione soggettiva della società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è stata vista dalla più recente giurisprudenza come un "prendere o lasciare": se la società vuole conseguire le utilità offerte dalla disciplina dell'arbitrato speciale¹⁵⁸, deve espressamente recepire una clausola conforme all'appropriata fonte legislativa, altrimenti continuerà ad avvalersi della disciplina anteriore subendone, però, i relativi svantaggi¹⁵⁹.

Proprio con riferimento all'art. 35, la giurisprudenza ha inoltre evidenziato che il riferimento all'arbitrato irrituale contenuto nel quinto comma della stessa norma induca a ritenere la sopravvivenza dell'arbitrato comune fondato su clausola compromissoria statutaria e la conseguente possibilità di stipulare clausole compromissorie assoggettate al solo diritto comune¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Non si può certamente negare che il modello delineato dal decreto legislativo n. 5 del 2003 configura un arbitrato "rafforzato" rispetto a quello di diritto comune previsto dagli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile. Basti pensare alla disciplina innovativa, all'epoca dell'entrata in vigore della novella, dell'intervento coatto del socio, terzo al procedimento, ma aderente all'accordo compromissorio in quanto membro della compagine sociale (art. 35, comma secondo); all'efficacia "ampia" del lodo vincolante per l'intera società (art. 35, quarto comma); al potere degli arbitri di disporre dell'efficacia della delibera assembleare in controversie aventi ad oggetto la validità della medesima, anche in arbitrati non rituali (art. 35, quinto comma); all'ampliamento della cognizione dell'organo arbitrale anche se solo *incidenter tantum*, quando per la decisione sia necessario il sindacato su questioni astrattamente non compromettibili (art. 36), in deroga alla sospensione necessaria prevista dall'art. 819, primo comma; alla necessaria nomina degli arbitri da parte di un soggetto terzo estraneo alla società (art. 34, secondo comma), che certamente presenta vantaggi nel procedimento arbitrale sotto il profilo dell'imparzialità del soggetto chiamato a dirimere la controversia rispetto alle diverse posizioni dei soci nella vita sociale.

¹⁵⁹ Avvertibili in termini di minore imparzialità dell'arbitro e di minore numero di controversie arbitrabili.

¹⁶⁰ App. Palermo, 13 marzo 2009, in cui è stato evidenziato che "la speciale disciplina prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 non può che riferirsi all'arbitrato rituale (e specificamente a quella forma di arbitrato rituale di tipo speciale introdotta dalla nuova normativa sulle società), ma certamente non intacca l'arbitrato irrituale, cui può farsi ricorso anche nelle controversie endosocietarie ed al quale va ricondotta la clausola compromissoria contenuta in un atto di costituzione di società in accomandita semplice, la quale espressamente preveda che "le controversie che dovessero sorgere tra i soci in

In conclusione, nell'incertezza data dalla lettura del disposto normativo e alla luce del panorama delineato dalla giurisprudenza, eterogeneo e poco fluido, la soluzione favorevole alla coesistenza dei due modelli arbitrali ha certamente il pregio di far salvo non soltanto il principio giuridico di autonomia contrattuale e conservazione dei negozi giuridici, ma anche il *favor arbitrati* preservando gli operatori chiamati ad applicare tali norme da possibili procedimenti disciplinari¹⁶¹.

dipendenza del presente atto, verranno decise da un arbitro nominato di comune accordo, che deciderà amichevolmente la conclusione”

¹⁶¹ Trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 509, nota di Cerrato e in *Giur. it.*, 2006, 1640, nota di Restano; Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 508; Trib. Bologna, 9 febbraio 2005; Trib. Bari, 2 novembre 2006; Trib. Bologna, 25 maggio 2007; App. Genova, 16 giugno 2007, App. Torino 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 906, con nota di Cerrato; App. Torino, 4 agosto 2006, in *Giur. it.*, 2007, 2, 398, con nota di Cerrato; App. Torino, 29 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2237, con nota di Cerrato; App. Torino, 18 settembre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2010; Trib. Bari, 3 giugno 2008, in *Giurisprudenzabarese.it* 2008; App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca borsa tit. cred.* 2010, 3, 335, con nota di Cerrato.

CAPITOLO III
OGGETTO DELL'ARBITRATO, DISPONIBILITÀ DEL DIRITTO E
QUESTIONI COMPROMETTIBILI

3.1. L'ambito oggettivo di operatività

Al fine di individuare le controversie compromettibili in arbitrato societario, è necessario circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione attraverso la lettura degli articoli 34, 35 e 36 del d.lgs. n. 5 del 2003, anticipando fin da ora che si tratta di una disciplina assai meno facile da interpretare di quanto non sembri da una prima lettura.

Partendo dunque dal dato letterale, il primo comma dell'art. 34 prevede la devoluzione in arbitrato delle controversie tra soci e tra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Il successivo quarto comma dello stesso articolo dispone che possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti.

Infine, il quinto comma della stessa norma esclude che possano essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero.

L'art. 35, al quinto comma, prevede la possibilità di devolvere in arbitrato controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari.

Da ultimo, l'art. 36, primo comma, sancisce l'obbligo degli arbitri di decidere secondo diritto, con lodo non impugnabile, qualora oggetto della clausola compromissoria siano questioni non compromettibili, ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari. Ciò, anche quando la clausola arbitrale consenta, in astratto, la decisione secondo equità.

Dalla lettura sistematica di queste norme emergono, accanto alle certezze, elementi contraddittori.

Da un lato è agevole distinguere i tre ambiti di applicazione delle controversie compromettibili in arbitrato societario, individuabili nelle controversie tra soci e tra

soci e società; in quelle promosse da amministratori liquidatori e sindaci o nei loro confronti; in quelle aventi ad oggetto l'invalidità delle delibere assembleari¹⁶².

Solo il primo comma dell'articolo 34, tuttavia, riporta con riferimento alle controversie tra soci e tra soci e società il tradizionale limite dell'indisponibilità del diritto, richiamando il noto criterio ai fini della valutazione sull'arbitrabilità o meno delle controversie endosocietarie.

In forza del rinvio che il parametro della disponibilità del diritto effettua alla materia contrattuale, non si dovrebbero quindi ritenere arbitrabili le controversie societarie che abbiano per oggetto diritti che, per loro natura o per espressa previsione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.¹⁶³

Nel contesto societario, tuttavia, il criterio della disponibilità del diritto ha reso incerta la delimitazione dell'applicazione dell'istituto.

Infatti, ai fini della compromettibilità delle liti societarie *ex art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003*, la distinzione tra controversie aventi ad oggetto diritti disponibili dei soci e controversie inerenti diritti attinenti alla società come tale non è di facile individuazione a causa delle caratteristiche stesse del fenomeno 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, che spesso induce effetti anche nei confronti di soci che non partecipano al giudizio arbitrale¹⁶⁴.

¹⁶² Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in *Società*, 4, 2005, 495 ss.

¹⁶³ L'art. 1966 c.c. infatti, stabilisce che: "Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite. La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa previsione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti".

¹⁶⁴ Mirone, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 2000, 5, 507.

La giurisprudenza, peraltro, non ha mostrato un atteggiamento positivo, limitandosi a pronunce di tipo restrittivo volte a negare la compromettibilità delle liti societarie¹⁶⁵ riguardanti interessi della società come tale.

Dalla definizione del concetto di disponibilità del diritto discende poi il problema della sua estensione anche alle controversie societarie non ricomprese nel primo comma dell'art. 34,¹⁶⁶ dal momento che il legislatore ha ommesso il richiamo al criterio della disponibilità del diritto tanto con riferimento alle controversie che coinvolgono gli organi sociali¹⁶⁷, quanto a quelle aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari. La contraddizione in cui incorre il legislatore delegato si manifesta soprattutto con riferimento a queste ultime, che rappresentano la maggior parte delle liti societarie e che appartengono, prevalentemente, al novero delle materie indisponibili¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Fra tutte, Cass., 14 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1576, secondo la quale “perché possa essere deciso se le controversie che sorgono tra società e soci possano formare oggetto di giudizio arbitrale, occorre esaminare, in relazione ai singoli casi concreti e con riferimento sia all'oggetto della lite che alla ragione dell'impugnazione della delibera assembleare, se le questioni che vengono sollevate concernono interessi individuali dei soci oppure interessi della società, tutelati dalla legge come tali e, mentre per le prime deve riconoscersi la deferibilità delle controversie al giudizio degli arbitri, per le seconde tale compromettibilità in arbitri deve essere negata”.

¹⁶⁶ e, più in generale, se la disponibilità “che rileva nel contesto settoriale dell'arbitrato societario ricalchi e debba necessariamente derivare dalla nozione che si è soliti ricavare dal coordinarsi della norma processuale con quella sostanziale (dell'art. 806 c.p.c. con l'art. 1966 c.c.) dove si legge che le parti (non) possono far decidere da arbitri le controversie tra loro insorte se tali diritti per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti”. Così Zoppini, *I “diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1174 ss.

¹⁶⁷ Cfr. E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.

¹⁶⁸ La giurisprudenza ha talvolta affermato che la nullità delle delibere assembleari non può essere decisa dagli arbitri. Opera tale distinzione Trib. Milano, 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, con nota di Muratore, *Osservazioni in tema di compromissione in arbitri delle deliberazioni assembleari di società*. Si pensi, ad esempio alle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari nulle in caso di impossibilità o illiceità dell'oggetto desumibile dal contrasto con norme poste a tutela di interessi

Gli articoli 35, quinto comma e 36, primo comma, prevedono la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, senza distinguere in relazione all'oggetto o al tipo di vizio fatto valere, ed imponendo in ogni caso agli arbitri una decisione secondo diritto, analogamente a quanto disposto per i casi in cui gli stessi, per decidere, abbiano conosciuto di questioni non compromettibili¹⁶⁹.

Per chiarire l'incertezza ermeneutica, la dottrina ha suggerito una interpretazione del dettato normativo secondo la quale la disponibilità di cui parla il primo comma dell'art. 34 conserverebbe una residuale e limitata nicchia di vigenza una volta tolta dal suo ambito le controversie sulle delibere assembleari, suscettibili di vertere anche su diritti indisponibili¹⁷⁰.

La soluzione non sembra affatto azzardata se si considera che lo stesso legislatore delegante ha offerto la possibilità di un arbitrato societario avente ad oggetto materie non compromettibili secondo i tradizionali criteri della transigibilità della controversia.¹⁷¹

generali., dovendosi considerare che anche il disposto dell'art. 1972 c.c. espressamente esclude la validità della transazione relativa a un contratto illecito.

¹⁶⁹ Ai sensi del quinto comma dell'art. 35, "La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 *quinquies* c.p.c., ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera". L'art. 36, primo comma, dispone che "Anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto con lodo non impugnabile anche a norma dell'art. 829, secondo comma c.p.c. quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari".

¹⁷⁰ Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 03, 929.

¹⁷¹ Cfr. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario cit.*, 521 ss; Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *www.judicium.it*; Salvaneschi, *Alcune considerazioni in materia di deliberazioni assembleari*, in

Il terzo comma dell'art. 12 della legge n. 366 del 2001 attribuiva infatti al governo il potere di prevedere clausole arbitrali negli statuti delle società commerciali “anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile”, ammettendo dunque la possibilità di clausole arbitrali per controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili¹⁷², sancendo l'obbligo della decisione secondo diritto e dell'impugnabilità del lodo quando per decidere gli arbitri abbiano a conoscere questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità delle delibere assembleari.

Sebbene il legislatore delegato, ad una prima lettura, abbia dato l'impressione di non aver saputo cogliere l'occasione offerta dal legislatore delegante, attenendosi ai limiti tradizionalmente attribuiti alla giustizia privata e adottando, al primo comma dell'art. 34, il criterio della disponibilità del diritto, tuttavia, dalla lettura dell'intera disciplina dell'arbitrato societario *ex art. 34, 35 e 36 d.lgs. n. 5 del 2003* non si può che intuire un'estensione dei casi di arbitrabilità anche all'area dell'indisponibilità.

La disciplina speciale dell'arbitrato societario ha poi segnato un'ulteriore passo avanti. Sebbene l'attuazione della legge delega sia stata forse troppo prudente, non avendo sfruttato al meglio l'apertura volta ad estendere il novero dei diritti e delle questioni compromettibili a tutte le controversie societarie, è però altrettanto vero che il criterio della disponibilità è stato riproposto nella disciplina nuova dell'arbitrato comune, che ha sostituito il criterio della transigibilità con quello della disponibilità dei diritti¹⁷³.

AA.VV., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, Roma, 2003, 133 ss.

¹⁷² Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss; Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella legge delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002, 45 ss. Muove obiezioni dal punto di vista della legittimità costituzionale della norma, Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti, nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 133 ss.

¹⁷³ Allorché l'arbitrato societario è stato introdotto, l'art. 808 c.p.c. limitava l'ingresso alla procedura arbitrale ai soli rapporti che potessero costituire oggetto di transazione; l'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, nel riferirsi alle controversie aventi ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, costituiva un elemento di novità e di distinzione, poi superato dal nuovo art. 806 c.p.c. nel testo

Oggi, infatti, sia in ambito societario e sia nel diritto comune sono arbitrabili le controversie “che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge” così che ha avuto luogo il generalizzato passaggio dalla transigibilità alla disponibilità, espressivo di una chiara volontà del legislatore di ampliare ogni in territorio il novero delle materie arbitrabili.

In tal senso, dunque, può dirsi che nella timidezza del legislatore delegato del 2003 va rinvenuto l’impulso al coraggio del legislatore successivo.

3.2. La disponibilità del diritto nelle liti tra soci e tra soci e società

Si è detto che ai sensi dell’art. 34, primo comma, sono arbitrabili le controversie tra soci e tra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, e che per delimitare l’ambito di applicazione della disciplina speciale dell’art. 34, qualora la clausola non elenchi specificamente le controversie che si intendono deferire ai soci, occorre ancorarsi, nella genericità della clausola, alla disposizione normativa.

Dalla lettura dell’articolo 34 emerge che ai fini della compromettibilità per arbitrato societario non è sufficiente che si tratti di controversie fra soggetti aventi un ruolo nella società, quali soci o amministratori o la società stessa, ma occorre anche la connotazione oggettiva del carattere societario della controversia, che deve essere attinente “al rapporto sociale”¹⁷⁴.

introdotto dall’art. 20, d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, che prevede che le parti possano fare decidere ad arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili. L’art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003 ha dunque segnato il passaggio dalla transigibilità alla disponibilità, anticipandolo rispetto alla disciplina generale dell’arbitrato, evidenziando la chiara volontà del legislatore di ampliare il novero delle materie arbitrabili.

¹⁷⁴ Sul punto, v. Nela, *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 943 ss, il quale ritiene di escludere l’applicazione delle norme in esame a controversie che, pur vertendo fra quei soggetti, cioè soci, amministratori, sindaci o la società stessa, non hanno, tuttavia, quella connotazione. Lo stesso puntualizza: “se, ad esempio, un socio proponesse nei confronti della società una azione avente ad oggetto un contratto per fornitura di servizi dalla società al socio, il rapporto dedotto in giudizio avrebbe di sociale solo il dato, invero, causale, di essere sorto fra la società e chi,

La dottrina¹⁷⁵ ha così escluso l'arbitrabilità delle liti riguardanti i patti parasociali e le cessioni di quote fra i soci e tra i soci e i terzi in quanto negozi autonomi rispetto all'atto costitutivo.¹⁷⁶

L'art. 34, primo comma, riconosce come limite oggettivo anche la disponibilità dei diritti devoluti in arbitrato.

La formulazione introdotta nel 2003 per l'arbitrato societario e nel 2006 per l'arbitrato comune si pone in evidente continuità con l'orientamento interpretativo consolidatosi sotto la vigenza dell'art. 806 c.p.c. ante riforma¹⁷⁷, che faceva riferimento ai diritti che non possono formare oggetto di transazione¹⁷⁸.

ad altro titolo, ha anche la qualità di socio. Con riferimento a questo rapporto certamente non opererebbe la clausola compromissoria". Per lo stesso motivo, sono da escludersi le controversie in materia di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie. Ciò significa che tali liti saranno arbitrabili ma con condizioni delineate da fonti diverse dal d.lgs. n. 5 del 2003.

¹⁷⁵ E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 2003, 523; Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 124; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur.it.*, 2003, 1285.

¹⁷⁶ Di contrario avviso è una parte di giurisprudenza che ha ritenuto arbitrabili le controversie relative all'interpretazione ed all'esecuzione dello statuto societario relativamente alla pretesa violazione del patto di prelazione previsto dallo statuto societario da parte di un socio, nonché 'accertamento della inefficacia del trasferimento di quote societarie a terzi. Sul punto, v. Trib. Milano, 6 maggio 2003, in *Giustizia a Milano*, 2003, 54, secondo il quale: "Rientra nell'ambito di applicazione della summenzionata clausola la controversia che sorga relativamente l'accertamento della pretesa violazione del patto di prelazione previsto dallo statuto societario da parte di un socio, nonché il consequenziale accertamento della inefficacia del trasferimento di quote societarie a terzi. Da intendersi queste quali materia inerenti l'interpretazione ed esecuzione dello statuto stesso. La clausola compromissoria pertanto trova applicazione sia nei confronti del "socio originario" sia verso il "nuovo socio" acquirente dal primo, poiché entrambi soggetti ai vincoli statutari."

¹⁷⁷ La nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c. è la prima scelta di continuità tra alcune soluzioni introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2003 e il nuovo codice di procedura civile. Sul punto, v. Soldati, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, in *Contr.*, 2006, 426.

¹⁷⁸ atteso che – ai sensi dell'art. 1966 c.c. – la transazione è nulla se riguarda diritti che, per loro natura o per espressa previsione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti: la verifica della

Sono compromettibili, pertanto, solo le controversie su diritti disponibili.

In ragione dell'evidente difficoltà di tracciare una esatta linea di demarcazione della compromettibilità in arbitrato societario, la giurisprudenza, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, ha seguito percorsi diversi volti decodificare il senso della disponibilità della pretesa soggettiva discendente dal rapporto societario.

E' stato dapprima seguito il parametro dell'inarbitrabilità della materia in relazione all'inderogabilità delle norme involte nella controversia.¹⁷⁹

Secondo tale orientamento, l'incompromettibilità è da riconoscere con riferimento a tutte le controversie rientranti nell'ambito di applicazione di norme inderogabili¹⁸⁰ sul presupposto che la relativa violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, con la conseguente

compromettibilità in arbitri di una determinata controversia rimane incentrata sull'analisi della natura dei diritti coinvolti.

¹⁷⁹ Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio. Così, Cass. 23 febbraio 2005 n. 3772, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, II, la quale, in una controversia introdotta prima della entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, che aveva riconosciuto in modo esplicito la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari - disciplina non applicabile, ex art. 41, comma 1, del medesimo decreto, ai giudizi già pendenti alla data della sua entrata in vigore - la Corte cass. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto compromettibile una controversia nella quale, attraverso l'impugnazione di una delibera di un consorzio di imprese, un'impresa consorziata aveva chiesto il pagamento di un conguaglio commisurato all'ammontare dei lavori assegnati alle singole imprese che partecipavano al Consorzio stesso. In motivazione, la Corte ha affermato che gli effetti della delibera impugnata sul bilancio del Consorzio erano soltanto indiretti, in quanto non coinvolgevano direttamente l'applicazione delle norme inderogabili che devono essere osservate nella redazione dei bilanci.

¹⁸⁰ Cass. 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3125 ss. In dottrina, De Nova, *Nullità del contratto e arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 401 ss; Criscuolo, *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, vol. I, Milano, 1993, 360 ss.

inaccessibilità al giudizio arbitrale in ragione della presenza di un interesse pubblico assorbente¹⁸¹ che l'arbitro, inevitabilmente, sarebbe destinato a vulnerare.

La soluzione, tuttavia, è risultata poco incisiva nel definire i confini delle controversie societarie compromettibili, posto che parte di dottrina ha messo in luce che non sussiste una categorica corrispondenza tra indisponibilità dei diritti e inderogabilità della norma; ¹⁸² rilevando, semmai, l'indisponibilità del diritto da queste ultime sancito¹⁸³.

Ciò che è parso alla dottrina a cui qui si ritiene di accedere, è che, ai fini detti, l'incompromettibilità derivi dalla indisponibilità dei diritti e non dalla natura imperativa delle norme coinvolte, con la conseguenza che l'inderogabilità della

¹⁸¹ In pratica, i giudici di legittimità e di merito hanno reso inoperanti le clausole compromissorie contenute negli statuti delle società qualora si rilevasse la prevalenza di un interesse pubblico rispetto agli interessi dei soci, da ciò derivandone l'indisponibilità del relativo diritto.

¹⁸² Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, secondo il quale “la dicotomia diritti disponibili/diritti indisponibili non va confusa con la distinzione tra norme derogabili e norme inderogabili. La sussistenza di un diritto indisponibile pone problemi diversi rispetto a quelli relativi alla vigenza di una norma inderogabile. La norma inderogabile non può essere messa fuori gioco da un accordo privato, perché l'ordinamento vuole che essa trovi la sua concretizzazione, ma non è escluso che dal verificarsi di detta concretizzazione derivi la nascita di un diritto disponibile (come, ad esempio, la norma che disciplina il riparto degli utili tra i soci è inderogabile, ma il diritto agli utili concretamente nato è disponibile).” V. anche Nela, *Il nuovo processo societario cit*, che ritiene che la presenza di norme inderogabili non rappresenti un ostacolo alla facoltà di devolvere le relative liti in arbitrato, in quanto non si può vietare agli arbitri di giudicare per il solo fatto che essi sono tenuti ad applicare norme imperative.

¹⁸³ Se l'inderogabilità delle norme rappresenta il limite che gli arbitri sono tenuti a rispettare nel decidere la controversia, l'indisponibilità dei diritti opera “a monte” della decisione arbitrale, attenendo direttamente all'individuazione delle materie arbitrabili. Sul punto, V. Punzi, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963, il quale sostiene che “nel nostro ordinamento non è precluso il giudizio arbitrale ove operino norme inderogabili ma non è ammesso conseguire, a mezzo del *dictum* arbitrale, quell'effetto additivo di diritti indisponibili ovvero un effetto *contra legem* che è interdetto alle parti di ottenere con un atto di disposizione (o con una transazione)”.

norma non rappresenta il vero elemento discriminante, il quale deve essere piuttosto rinvenuto nella piena disponibilità del diritto in capo al suo titolare¹⁸⁴.

A ciò si aggiunga che escludere la compromettibilità su questioni relative a norme inderogabili si pone in contraddizione con la disposizione del successivo articolo 36, primo comma, che ammette esplicitamente che gli arbitri societari possano conoscere questioni non compromettibili¹⁸⁵.

La soluzione più corretta, pertanto, è ammettere l'arbitrato anche in settori nei quali giocano norme inderogabili, assumendo, tuttavia, per tale ipotesi alcune cautele¹⁸⁶.

Al fine di individuare l'arbitrabilità delle controversie si è fatto altresì ricorso al criterio degli interessi coinvolti¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Le norme inderogabili, infatti, costituiscono solo un limite per il giudizio degli arbitri, i quali devono necessariamente attenersi alle stesse. Non sussiste tuttavia alcuna corrispondenza biunivoca tra inderogabilità e indisponibilità: l'inderogabilità delle norme non sempre sottintende la indisponibilità delle situazioni soggettive giuridiche ad esse sottese. Sui concetti di indisponibilità e di inderogabilità nel contesto arbitrale e sui loro rapporti, v. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 242 ss.; Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 156 ss.; Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, Torino, 1999, 15 ss.; Marengo, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, IV.

¹⁸⁵ L'art. 36, primo comma, evidenzia anche che le questioni non compromettibili non si limitano a quelle relative alla validità delle delibere assembleari.

¹⁸⁶ Se l'inderogabilità della norma deriva dalla presenza di interessi pubblici, è opportuno che il legislatore per un verso imponga all'arbitro di decidere la controversia comunque secondo diritto, a prescindere da una diversa volontà delle parti, e, per altro verso, impedisca alle parti di escludere l'impugnabilità del lodo per violazione o falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c. Così, Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 437.

¹⁸⁷ Il criterio degli interessi è stato utilizzato dalla giurisprudenza prima dell'introduzione del d.lgs. n. 5 del 2003 al fine di individuare se una lite societaria fosse o meno compromettibile. Il ricorso all'arbitrato risulterebbe pertanto precluso per decidere tutte le controversie in cui vengono in gioco interessi superindividuali individuabili in quelli dei creditori, del buon andamento dei complessi produttivi, dei terzi, della collettività dei soci o della stessa società.

Così, arbitrabili sarebbero le controversie che incidono sulla posizione individuale e soggettiva del socio,¹⁸⁸ mentre non sarebbero arbitrabili le dispute che trascendono l'interesse delle parti della controversia e riguardano vicende concernenti interessi della società, ovvero la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi¹⁸⁹.

Sono ritenute arbitrabili le liti relative allo scioglimento parziale del contratto per recesso, morte o esclusione del socio; non invece la lite sull'esclusione del socio nelle società di persone quando da ciò possa derivarne lo scioglimento della società, e le controversie che riguardano i casi di scioglimento della società¹⁹⁰ previsti in via

¹⁸⁸ Secondo questo orientamento giurisprudenziale, perché possa essere deciso se le controversie che sorgono tra società e soci possono formare oggetto di giudizio arbitrale occorre esaminare, in relazione ai singoli casi concreti, se le questioni che vengono sollevate concernano interessi individuali dei soci oppure della società. Nel primo caso deve riconoscersi la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri. Nel secondo caso tale compromettibilità ad arbitri deve essere negata. Così, Cass. 24 maggio 1965, n. 999, in *Mass. Giur. it.*, 1965, 364. Non arbitrabili sarebbero, almeno tendenzialmente, l'invalidità delle deliberazioni assembleari di approvazione del bilancio, di scioglimento della società, di riduzione del capitale sociale fuori dei casi previsti dalla legge, nonché le liti sull'esclusione del socio quando da ciò possa scaturire lo scioglimento della società.

¹⁸⁹ Sul punto, v. Trib. Bari, sez. IV, 21 giugno 2007, n. 1643, in *giurisprudenzabarese.it*, 2007, secondo la quale in ambito societario, l'indisponibilità dei diritti deve ravvisarsi quando le norme coinvolte tutelano interessi ultraindividuali e cioè quando hanno ad oggetto interessi della società, della collettività dei soci o dei terzi, che le norme in materia di bilancio sicuramente proteggono, considerate le funzioni di misuratore del valore del patrimonio sociale e di indicatore degli utili di esercizio (fattispecie riguardante una controversia nella quale si chiede di dichiarare nullo il bilancio di una società di capitali perché ritenuto falso ovvero perché redatto in violazione dei criteri indicati dall'art. 2423 c.c.).

¹⁹⁰ V. ad esempio, Lodo arbitrale del 15 aprile 2002, in *Riv. arb.*, 2002, 557 ss. con nota di Amadei, *In favore della compromettibilità in arbitri della controversia sulla esclusione reciproca dei soci di una società di persone*. Sulla compromettibilità della deliberazione di approvazione del bilancio cfr., in senso diverso, Trib. Milano, 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, 1239 ss., e sull'arbitrabilità della misura dell'ispezione nei libri sociali da parte del socio, v. Trib. Milano, 18 luglio 2002, *ivi*, 2002, I, 2329.

patrizia dallo statuto,¹⁹¹ in quanto riguarderebbero interessi superindividuali del socio correlati alla realtà giuridica della permanente esistenza della società stessa¹⁹² e interessi dei creditori.¹⁹³

Ragionando in questi termini, le liti relative al recesso, la cui arbitrabilità non è mai stata messa in discussione¹⁹⁴, potrebbero caratterizzarsi per l'insuscettibilità a costituire oggetto di arbitrato. Ci si riferisce, nello specifico, al procedimento di liquidazione della quota¹⁹⁵, che sensi dell'art. 2473, quarto comma, può condurre allo scioglimento della società¹⁹⁶, andando così ad incidere su interessi superindividuali dei soci.

¹⁹¹ Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006, in *Giur. merito*, 2006, 840 e in *Giur. it.*, 2006, 1875, con nota di Cerrato.

¹⁹² E' pacificamente riconosciuto, per le società di capitali, l'interesse delle stesse in quanto soggetti terzi rispetto alla pluralità dei soci, come tali dotate di piena personalità giuridica. Sul punto, V. Restano, *Impossibilità di funzionamento dell'assemblea e clausola compromissoria*, nota a Trib. Ravenna, 3 febbraio 2006, in *Giur. comm.*, 2007, 9-10, 1088 ss.

¹⁹³ Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 865, con nota di Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*.

¹⁹⁴ Sebbene il profilo rilevante sia quello soggettivo, ovvero dei soggetti vincolati dalla clausola arbitrale, più che quello oggettivo, vale a dire dei rapporti ad essa devoluti, si riporta una interessante pronuncia del Tribunale di Nocera Inferiore, 7 novembre 2006, in *Redazione Giuffrè* 2007, chiamato a pronunciarsi sull'accertamento della legittimità del diritto di recesso del socio. I giudici, ritenendo pregiudiziale l'esame della propria competenza, che a loro avviso difetta per la presenza di una clausola compromissoria ex art. 34 introdotta a seguito di delibera assembleare non impugnata, hanno ritenuto che le eventuali controversie fra soci e società devono essere risolte, se tanto è previsto dallo statuto, con ricorso ad arbitro, il quale è tenuto a decidere secondo diritto. L'assunto, pertanto, è che la controversia relativa alla legittimità dell'esercizio del diritto di recesso del socio che non intende vincolarsi alla clausola compromissoria deliberata con il suo assenso è soggetto ad arbitrato.

¹⁹⁵ Ci si riferisce al sesto comma dell'art. 2437 *quater* del codice civile, che prevede che, in mancanza di acquisto da parte dei soci, ed in assenza di utili e riserve disponibili, deve essere convocata l'assemblea straordinaria per deliberare la riduzione del capitale sociale ovvero lo scioglimento della società.

¹⁹⁶ Come osserva Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 34, "anche un argomento sul quale non vi è mai stata discussione in relazione alla sua compromettibilità, quale il diritto di recesso del socio, dopo la

Chi scrive ritiene tuttavia che il parametro degli interessi coinvolti nella lite societaria non risolva con piena soddisfazione il problema della distinzione fra diritti disponibili e diritti indisponibili in relazione al rapporto sociale, poiché vago e di non chiara identificazione¹⁹⁷.

E' facile constatare che in qualsivoglia controversia societaria sono quasi sempre coinvolti interessi diversi da quelli individuali dei singoli soci¹⁹⁸, data l'essenza stessa del rapporto sociale e della compagine sociale, caratterizzati da una natura sostanzialmente superindividuale.

Il riferimento ad interessi della società, di creditori o di terzi, quale *discrimen* di compromettibilità risulta poco significativo, poiché ogni interesse all'interno della compagine sociale è, in linea generale, suscettibile di ripercussioni su interessi diversi ed ulteriori¹⁹⁹.

riforma del diritto societario, con l'ampliamento delle fattispecie di recesso ed uno specifico procedimento di liquidazione della quota che può derivare, per espressa previsione di legge, sino alla messa in liquidazione della società, diverrebbe, su tali presupposti, non arbitrabile, visto il più che evidente effetto negativo che in quest'ultimo caso si produrrebbe nei confronti dei terzi, che vedrebbero scomparire la propria controparte, provocando proprio quell'effetto che ha sempre fatto ritenere non arbitrabili le controversie in tema di liquidazione della società”.

¹⁹⁷ Cfr. Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 140 ss.; Verde, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2000, 64.

¹⁹⁸ Si pensi, ad esempio, alla controversia nascente dal diritto ad ottenere il pagamento del dividendo: la disputa, apparentemente, sembrerebbe coinvolgere solo il personale interesse del socio. In realtà, però, l'esito di tale lite può pregiudicare anche i creditori sociali, i quali, ovviamente, traggono vantaggio dalla mancata distribuzione di utili, beneficiando di una garanzia tanto maggiore, quanto più solido è il patrimonio della società; seguendo il ragionamento svolto dalla giurisprudenza, si dovrebbe allora giungere alla paradossale conseguenza per cui la relativa controversia non sarebbe arbitrabile.

¹⁹⁹ Secondo questo criterio si ritenevano escluse le controversie in materia di revoca per giusta causa di un amministratore ai sensi dell'art. 2259 c.c., di esclusione del socio quando da questa derivi necessariamente lo scioglimento della società, di approvazione del bilancio, di fusione della società

Si ritorni all'ipotesi dello scioglimento della società. Il ragionamento della dottrina volto ad ammettere la compromettibilità della relativa controversia che lo ha per oggetto prende le mosse dalla stessa lettura dell'art. 2484 c.c.²⁰⁰ che evidenzia che in tutte le ipotesi previste dalla norma, lo scioglimento è strettamente connesso alla dichiarazione negoziale volta a produrne i relativi effetti.

Alla luce di queste brevi riflessioni, l'individuazione del criterio da impiegare per decidere se una determinata questione sia arbitrabile o meno sembra rinvenirsi, *tout court*, in quello indicato dalla lettura dell'art. 34, primo comma, che fa discendere l'inarbitrabilità delle controversie non tanto dalla sussistenza di un interesse superindividuale in gioco né tantomeno dall'eventuale applicazione di norme inderogabili, quanto dalla indisponibilità del diritto controverso; vale a dire, dall'effettiva sussistenza di un reale divieto, a carico delle parti, di rinunciare o dismettere il diritto sottostante.

Lo studio dei diritti non compromettibili evidenzia che la non disponibilità, assai di frequente, maschera una sostanziale incompleta titolarità del diritto in capo al soggetto in cui in apparenza appartiene in via esclusiva. In tal senso, è compromettibile ogni diritto di cui il soggetto sia titolare quando un'analisi sistematica dell'ordinamento non faccia emergere la limitazione del potere di disporre in capo allo stesso soggetto.

Pertanto, è preferibile ritenere che la deferibilità della controversia in arbitrato societario prescindendo dalla portata dell'interesse individuale o generale ad essa sotteso e

con altra, di distribuzione delle riserve sociali per la quota eccedente la riserva legale, e, in generale, di nullità delle delibere.

²⁰⁰ L'art. 2484 c.c., nell'elencare i diversi motivi di scioglimento delle società di capitali, distingue le cause fra quelle derivanti dalle previsioni pattizie dello statuto, dalle deliberazioni dell'assemblea e dalla declaratoria accertativa degli amministratori.

²⁰⁰ Anche nel caso di scioglimento per declaratoria accertativa degli amministratori o per deliberazione dell'assemblea, i relativi effetti si producono, ai sensi del terzo comma dell'art. 2484 c.c., dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese della delibera dell'assemblea o della dichiarazione degli amministratori di accertamento della relativa causa.

dalla natura derogabile o inderogabile della norma violata, incontrando il solo limite della disponibilità;²⁰¹ disponibilità che assume significato e dimensione completamente diversi da quelli propri dei contratti di scambio in ragione del settore sistematico in cui la stessa è collocata.

Dunque, il concetto di disponibilità, nei rapporti societari, deve essere colto non sul piano dell'agire individuale, bensì secondo una dimensione procedurale e organizzativa caratteristica del diritto societario,²⁰² così da ritenere arbitrabile tutto ciò che è socialmente decidibile.

3.3. *L'impugnazione delle delibere assembleari*

L'impugnazione delle delibere assembleari rappresenta senza dubbio un ambito paradigmatico della discussione in tema di arbitrabilità delle liti endosocietarie.

Il dibattito sull'arbitrabilità delle delibere assembleari era vivace già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003. Un primo orientamento ha ricondotto la compromettibilità della controversia all'oggetto della deliberazione impugnata, riconoscendola o negandola a seconda degli interessi coinvolti nella lite.²⁰³

²⁰¹ Così, Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 9, 2252, con nota di De Santis, che ha ritenuto arbitrabili a prescindere dall'interesse e dalla natura della norma violata l'impugnazione di delibere assembleari in quanto aventi ad oggetto diritti disponibili, essendo pacifica la facoltà del socio di rinunciare agli atti e all'azione anche dopo avere proposto l'impugnazione, e comunque di transigere la controversia.

²⁰² Come sostiene Zoppini, I *“diritti disponibili relativi al rapporto sociale” nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 1174 ss: “Assume in questa logica un preciso valore sistematico il fatto che mentre le parti di un contratto non possono sostituire transattivamente un titolo valido ad un titolo illecito (art. 1973 c.c.), il procedimento deliberativo può sostituire la deliberazione invalida “con altra presa in conformità della legge o dello statuto”, come recita il comma 8 dell'art. 2377, richiamato dall'art. 2379 c.c., impedendo così l'impugnazione della deliberazione annullabile o nulla, secondo un'ipotesi che in questo secondo caso viene annoverata tra i casi di eccezionale sanatoria.”

²⁰³ Alla luce di tale distinzione, è stata affermata la non arbitrabilità delle controversie nascenti da delibere assembleari relative all'approvazione del bilancio sociale (Trib. Roma 29 giugno 1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 369; Trib. Genova, 25 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1982, II, 684; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, 3349); alla nomina dei liquidatori (Trib. Modena, 12

Secondo questo criterio, ampiamente accreditato in giurisprudenza²⁰⁴, attraverso l'adozione del canone della titolarità degli interessi coinvolti nel contenuto della delibera impugnata, l'eventuale interferenza di interessi di terzi o della società - quale ente distinto dai soci - determinerebbe l'inammissibilità dell'arbitrato, stante l'applicazione di norme inderogabili sottratte alla disponibilità delle parti, come accade, ad esempio, nel caso delle delibere aventi ad oggetto lo scioglimento della società²⁰⁵ o l'approvazione del bilancio²⁰⁶.

maggio 2004, in *Società*, 2004, 1270, con nota di Soldati, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*); alle impugnazioni per irregolare costituzione dell'assemblea (Cass. 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575).

²⁰⁴ Cass. 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575; Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, *Giust. civ. Mass.*, 1998, 692; Cass. 2 ottobre 1998, n. 10530, *Giust. civ. Mass.* 1998, 2162; Cass. 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 5, 2006, 63 ss, con nota di Soldati: "Le controversie in materia societaria possono, in linea generale, formare oggetto di compromesso, con esclusione di quelle che hanno ad oggetto interessi della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, l'area della indisponibilità deve ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio."

²⁰⁵ La giurisprudenza ha attribuito rilievo all'interesse della società in quanto tale, vale a dire *ente tertium* rispetto alla pluralità dei soci, dotato di piena personalità giuridica. Pertanto è stata negata l'operatività della clausola compromissoria statutaria in tutte le controversie che riguardino l'esistenza della società stessa e che possano risolversi in una causa di scioglimento della società. In questo senso, Trib. Reggio Emilia, 5 febbraio 2008, in *Dir. e prat. soc.*, 2008, 14-15, 77, con nota di Bergamaschi: "La questione relativa alla sussistenza della causa di scioglimento della società - che costituisce il presupposto per la nomina giudiziale del liquidatore - riguarda non già il personale interesse dei soci, di per sé disponibile, ma l'interesse generale al mantenimento in vita della società, in quanto tale indisponibile e, come tale, non è compromettibile e devolvibile al giudizio di arbitri."; Trib. Milano, 6 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1411; Trib. Napoli, 26 marzo 2003, in *Società* 2003, 1251, con nota di Soldati, *Limiti alla deferibilità al giudizio arbitrale delle controversie tra soci e tra soci e società*; Trib. Napoli, 8 gennaio 2003 in *Giur. nap.*, 2003, 296; Trib. Modena, 12 maggio 2004, su *www.ilcaso.it*, secondo il quale: "Le fattispecie di scioglimento della società previste dall'art. 2484 c.c. costituiscono ipotesi di scioglimento *ex lege* e, come tali, non costituendo diritti disponibili, non posso formare

La giurisprudenza prevalente ha infatti negato il ricorso all'arbitrato nelle controversie attinenti lo scioglimento della società sul presupposto che, in tale ipotesi, assume rilievo l'interesse generale e di natura collettivo della società alla realizzazione di un'attività economica comune.

Per quanto riguarda l'impugnazione del bilancio, invece, i precedenti in giurisprudenza sono tutti contrari alla compromettibilità. Si adduce il fatto che la disciplina del bilancio nelle società è posta a tutela di interessi generali diversi da quelli del singolo socio, e in particolare a tutela dell'interesse dei creditori e dell'interesse generale alla corretta amministrazione della società²⁰⁷.

Un orientamento "alternativo," impostosi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, non dà rilievo agli interessi coinvolti nella lite, facendo invece leva sul

oggetto di arbitrato. Il Tribunale, in presenza di una causa di scioglimento della società ed in mancanza di una nomina del liquidatore, è tenuto a provvedere in sostituzione dell'assemblea e ciò anche nell'ipotesi in cui non sia stata proposta esplicita domanda *ex art. 32 d. lgs. n. 5 del 2003*". Nel caso di società di persone, l'attenzione è stata rivolta all'ipotesi di esclusione del socio nei casi di società costituite da due soli soggetti. L'arbitrabilità della controversia è stata riconosciuta sul presupposto che, in tale fattispecie, la causa di scioglimento interviene per la mancata ricostituzione della pluralità dei soci nel termine di sei mesi, ai sensi dell'art. 2272 n. 4 c.c.

²⁰⁶ Fra tutte Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, in *Rep. Foro it.*, 1998, secondo la quale: "Non sono compromettibili e devolvibili al giudizio di arbitri l'azione con la quale un socio chiedi l'annullamento di una delibera di approvazione del bilancio sul presupposto che essa risulti inficiata da una irregolare destinazione a riserva oltre il limite minimo stabilito dalla legge con conseguente mancata distribuzione degli utili, o l'azione con la quale un socio chiedi l'annullamento della delibera con la quale ai soci di maggioranza aventi la veste di amministratori vengano attribuiti compensi sproporzionati e non coerenti con la situazione economica della società".

²⁰⁷ A riprova di tali affermazioni si ricordano la disciplina dell'art. 2303 c.c. che dimostrerebbe la rilevanza "esterna" del bilancio e del principio di integrità del capitale sociale e le sanzioni penali previste dagli articoli 2621, primo comma e 2623, terzo comma c.c., articolo, quest'ultimo, abrogato dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262.

tipo di vizio della deliberazione lamentato,²⁰⁸ così da riconoscere l'arbitrabilità a tutte le controversie implicanti l'annullabilità delle deliberazioni²⁰⁹, in quanto sottoposte ad azione prescrittibile e dunque compromettibili, ed escludendola per le delibere nulle,²¹⁰ in quanto soggette ad azione imprescrittibile e rilevabili anche d'ufficio dal giudice.

Secondo questa seconda libera interpretazione, il solo limite all'arbitrabilità della controversia sarebbe da rinvenire nell'impugnazione di delibere nulle, la cui compromettibilità, per tradizione, è sempre stata messa in discussione, tenuto conto che l'art. 1972 c.c. espressamente esclude la validità della transazione relativa a un contratto illecito²¹¹.

Gli orientamenti illustrati, tuttavia, non sembrano dei più convincenti.

Da una lato, il criterio degli interessi non appare del tutto certo, data la difficoltà di distinguere con sufficiente chiarezza, nell'ambito dei rapporti societari, gli

²⁰⁸ Cass., sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, 329; Trib. Milano, 19 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2001, 1438; ed anche a seguito della riforma, Trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1445, con nota di Renna, *Compromettibilità in tema di impugnazione di delibere assembleari di società*.

²⁰⁹ Trib. Pescara 10 marzo 2008, in *Giur. merito* 2008, 9, 2251 secondo cui "E' sempre compromettibile per arbitri l'impugnazione di delibera assembleare se il vizio denunciato comporti l'annullabilità della decisione"; Trib. Napoli 30 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 2246, secondo il quale "è compromettibile in arbitri la controversia relativa all'impugnazione della delibera assembleare di una società a responsabilità limitata, il cui vizio consista in una causa di annullabilità – nella specie, abuso del diritto di voto da parte della maggioranza, nonché conflitto di interessi dell'amministratore votante – e non di nullità."

²¹⁰ Trib. Prato, 19 marzo 2009, n. 391, in *Dir. e giust.*, 2009, secondo il quale "In materia di impugnazione di delibere assembleari, bisogna distinguere tra controversie volte ad ottenere la declaratoria di annullabilità di una delibera e controversie dirette ad richiedere l'accertamento della nullità. Solo le prime sono state considerate compromettibili, perché aventi ad oggetto diritti disponibili poiché le cause di annullabilità riguardano normalmente violazioni di norme che incidono su interessi individuali dei singoli soci, a differenza della nullità, conseguenza della violazione di norme imperative previste a tutela di interessi generali."

²¹¹ Ai sensi dell'art. 1972, primo comma, c.c. "E' nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo."

interessi del singolo socio da quelli collettivi,²¹² anche alla luce di un cospicuo numero di pronunce giurisprudenziali tra di loro contrastanti. Parte della giurisprudenza e della dottrina²¹³ ha infatti ritenuto che l'area della indisponibilità delle controversie in materia societaria sia più ristretta di quella degli interessi superindividuali, così da ritenere che la natura collettiva dell'interesse coinvolto nella lite non è sufficiente a escludere la deferibilità della controversia al giudizio degli arbitri²¹⁴. E' stata così sostenuta l'inefficacia del criterio di distinzione tra interessi propri del singolo socio e interessi collettivi in materia societaria, in quanto non esiste una distinzione tra interesse della società e interesse dei soci dei soci poiché l'interesse sociale altro non è che la sintesi degli interessi di questi ultimi²¹⁵.

Il ragionamento parrebbe avvalorato dagli articoli 2377 c.c. e ss. del codice civile, che riconoscono al socio, indipendentemente dall'interesse coinvolto nella lite, la discrezionale valutazione dell'opportunità di ricorrere all'azione giudiziaria.

Da altro lato, poi, il parametro del vizio crea incertezze in seguito alla riforma del diritto societario, che, sul piano sostanziale, ha inciso fortemente sul concetto di

²¹² Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, in *Società*, 2000, 1437; Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 692; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Giust. civ.* 1988, I, 1502; Cass. 18 dicembre 1964, n. 1900, in *Foro it.*, 1965, I, 348. In dottrina: De Ferra, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. arb.*, 1985, 187; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, II, 1982, 102; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 206.

²¹³ Trib. Milano, 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1239; Trib. Milano 3 ottobre 1996, in *Società*, 1997, 305; Trib. Milano, 18 maggio 1995, in *Società*, 1995, 1609, con nota di Ambrosiani, *Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari*.

²¹⁴ Questo orientamento riconosce la compromettibilità in arbitri della controversia sulla regolarità del procedimento di approvazione del bilancio, in quanto relativa a rapporti patrimoniali aventi ad oggetto posizioni soggettive disponibili dalle parti e perciò oggetto di transazione.

²¹⁵ Si pensi, ad esempio, alle delibere aventi ad oggetto lo scioglimento anticipato di una società per azioni. La giurisprudenza ha riconosciuto l'arbitrabilità della relativa controversia sul presupposto che l'impugnazione di delibere assembleari di società di capitali è materia compromettibile in arbitri ancorché regolata da norme di interesse generale. V. Trib. Milano, 29 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1998, 1196.

nullità delle delibere e di insanabilità dei relativi vizi;²¹⁶ su quello processuale, ne ha esteso gli ambiti di compromettibilità.

Al fine di definire in via autonoma la nullità delle delibere assembleari e di svincolarla dal mero rinvio alla disciplina della nullità dei contratti, il d.lgs. n. 6 del 2003 ha infatti introdotto alcune innovative soluzioni, che ridimensionano gli effetti della relativa sanzione e privilegiano la stabilità delle delibere.

Come è noto, per quanto concerne le delibere di cui all'art. 2377 c.c., è previsto un termine di decadenza per la relativa impugnazione, riservato al titolare di una quota rappresentativa, nonché la possibilità di sostituire la deliberazione invalida con altra valida²¹⁷. Per giurisprudenza costante è ammessa²¹⁸ l'arbitrabilità delle controversie rientranti nell'ambito delle impugnative di delibere assembleari annullabili.

Il nuovo articolo 2379 c.c. è quello che risulta maggiormente inciso dall'intervento riformatore. Sotto il *nomen* di nullità, esso ricomprende fattispecie disomogenee come l'ipotesi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale, di impossibilità dell'oggetto della deliberazione. L'esercizio del diritto alla dichiarazione di nullità ha un limite di tre anni dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese, e sono introdotti meccanismi di sanatoria delle delibere per mancata impugnazione nei termini nonché la facoltà rimessa ai soci di transigere la controversia previa sostituzione della delibera viziata.

²¹⁶ Zucconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 474, Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 819, Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 131.

²¹⁷ I casi che rientrano nelle previsioni dell'art. 2377 c.c. sono le delibere invalide per violazione di legge o dello statuto.

²¹⁸ "Possono essere devolute alla cognizione arbitrale le controversie volte ad ottenere la declaratoria di annullabilità di una delibera assembleare, poiché la norma di cui all'art. 2377 c.c. è posta a tutela di diritti disponibili". Così, Trib. Prato, 19 marzo 2009, n. 391, *Riv. arb.*, 2009, 2, 323, con nota di Ungaretti dell'Immagine.

Per giurisprudenza prevalente, la delibera assembleare di approvazione del bilancio è nulla per illiceità dell'oggetto quando è stata adottata in contrasto con i principi volti a salvaguardare la chiarezza, la veridicità e la correttezza delle situazione patrimoniale e finanziaria della società e del risultato economico dell'esercizio²¹⁹.

La disposizione va letta con riferimento all'art. 2434 *bis* c.c. che prevede una specifica ipotesi di sanatoria delle ragioni di nullità e annullabilità inficianti la delibera di approvazione del bilancio, la quale non può essere più impugnata dopo l'approvazione del bilancio successivo.

Il legislatore ha poi previsto all'art. 2379 *bis* ipotesi di sanatoria delle deliberazioni nulle per mancanza di verbale o mancata convocazione dell'assemblea, nonché all'art. 2379 *ter* c.c. una particolare disciplina per le deliberazioni di aumento o riduzione del capitale sociale e di emissioni di obbligazioni, che non possono essere impuginate²²⁰trascorsi centottanta giorni dalla relativa iscrizione nel registro delle imprese, termine ridotto a novanta giorni nel caso di deliberazione nulla per mancata convocazione dell'assemblea.

Da quanto delineato si possono pertanto svolgere le seguenti notazioni.

²¹⁹ V. Cass. 22 gennaio 2003, n. 928, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce "Società", 16, secondo la quale, qualora in relazione alla deliberazione del bilancio sociale siano dedotte violazioni del principio di chiarezza e precisione del bilancio, la nullità della deliberazione può concretamente configurarsi se i fatti asseritamente contrari a quel principio si rivelino idonei ad ingenerare per tutti gli interessati incertezze sulla situazione economico patrimoniale della società, tale da tradursi in un effettivo pregiudizio per l'interesse generale alla verità del bilancio sociale.

²²⁰ In tali casi, se la società non fa ricorso al capitale di rischio ai sensi dell'art. 2325 *bis* c.c., l'impugnazione della relativa deliberazione va proposta a pena di decadenza entro centottanta giorni dall'iscrizione, o, comunque, nel caso in cui non vi sia stata la convocazione dell'assemblea, entro novanta giorni dalla successiva delibera di approvazione del bilancio nell'anno in cui la delibera viziata sia stata eseguita, anche solo parzialmente.

In primo luogo, con la modifica sostanziale del diritto societario, si evidenzia un sistema speciale della disciplina commerciale rispetto a quella generale del contratto, con prevalenza della tutela obbligatoria rispetto a quella reale²²¹.

Precisamente, non ci si trova più di fronte ad un'inderogabilità normativa assoluta delle deliberazioni nulle, garantita a prescindere dall'iniziativa delle parti, ma ad una riconosciuta 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. Queste ultime rimangono le uniche affette da un'insanabile e imprescrittibile nullità²²². Infatti, a parte il caso di illecita modificazione dell'oggetto sociale (nel quale è esplicitamente prevista l'insanabilità e l'imprescrittibilità dell'azione), più difficile è sostenere la vigenza del divieto per gli altri casi di nullità che, essendo soggetti a termine per l'impugnativa, finiscono per essere sanati dall'inutile decorso del termine.

A ciò si aggiunga che il rimedio della sostituzione con altra delibera valida, che prima della riforma veniva escluso dalla giurisprudenza per tutte le nullità inerenti l'oggetto della deliberazione, è oggi espressamente esteso a tutti i vizi, a prescindere dalla loro gravità, dal momento che l'ultimo comma dell'art. 2379 c.c. rinvia al settimo e all'ottavo comma dell'articolo 2377 c.c., senza distinguere fra i vari casi di nullità, ed inserendo unicamente la clausola di compatibilità.

Per quanto concerne l'aspetto processuale, il decreto legislativo n. 5 del 2003, agli articoli 35, quinto comma, e 36, primo comma, ammette non solo la via arbitrale delle controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, ma anche, in

²²¹ Stagno D'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di società per azioni: la nuova disciplina*, in AA.VV., *Il Nuovo diritto delle società*, Torino, 2006, 215.

²²² Trib. Verona, 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409, con nota di Nardelli, secondo il quale: "A seguito delle riforme che hanno riguardato il rito societario, che quanto all'arbitrato hanno comportato l'estensione del relativo ambito anche all'area della indisponibilità, tutte le impugnative di delibere sono ormai arbitrabili, ad eccezione di quelle affette da nullità più radicali, per le quali il legislatore ha previsto un potere di impugnazione senza limiti di tempo."

tali ipotesi, il potere degli arbitri di conoscere in via incidentale materie che per legge non rientrano fra quelle oggetto di giudizio arbitrale.

Dalla descrizione emerge un quadro di massima apertura alla compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere assembleari, a prescindere, almeno così sembrerebbe, dalla disponibilità del diritto oggetto della lite.

E' da ritenere, infatti, che gli articoli 35 e 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 abbiano inequivocabilmente consentito la devoluzione in arbitrato di tutte le controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, senza distinguere²²³ tra vizi che determinano l'annullabilità della decisione dei soci o la sua nullità, e, ancor più, in quest'ultimo caso, tra quelli che riguardano il procedimento seguito per l'adozione della delibera impugnata²²⁴ e quelli che investono il suo contenuto.²²⁵

L'orientamento giurisprudenziale più recente, infatti, ammette l'arbitrabilità in materia societaria dell'invalidità delle delibere assembleari anche in caso di vizi riconducibili alla categoria della nullità prevista dall'art. 2379 c.c., in particolare, in materia di invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca la violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del documento contabile, affermando che la controversia tra soci e società sul punto interferisce in rapporti patrimoniali aventi ad oggetto posizioni soggettive disponibili dalle parti e, conseguentemente, può essere compromessa in arbitri²²⁶.

²²³ a differenza dell'ipotesi generale prevista dall'art. 34, primo comma, che ammette l'arbitrato solo per le controversie relative a diritti disponibili.

²²⁴ art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di mancata convocazione dell'assemblea e di mancanza di verbale.

²²⁵ art. 2379, comma 1, c.c., con riferimento ai casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto della deliberazione.

²²⁶ Trib. Bari, 7 febbraio 2007, n. 327, in *Guida al diritto* 2007, 32, 67, secondo il quale: "Nelle società di capitali il legislatore ha previsto l'obbligo di redazione di un formale bilancio *ex art.* 2423 c.c., stabilendo in modo preciso anche i criteri di redazione *ex art.* 2423 *bis* c.c., il quale bilancio, proprio perché destinato, per sua natura, alla tutela di soggetti terzi che vengono in contatto con la società, deve essere non solo depositato presso la società prima dell'approvazione *ex art.* 2429 c.c. (a tutela

Infine, un ultimo cenno deve essere fatto con riferimento all'art. 2378 c.c.²²⁷ che, nel prevedere una generalizzata conciliabilità della lite in tema di annullamento delle deliberazioni, sembrerebbe confermare l'estensione dell'area della disponibilità dei diritti a tutte le delibere assembleari.

Sebbene la norma nulla dica per ciò che riguarda la sua applicazione ai casi di nullità, parte della dottrina propende per una soluzione estensiva²²⁸ del quarto comma dell'art. 2378 c.c., ritenendo applicabile anche per le deliberazioni nulle la disciplina sul procedimento di impugnazione delle delibere annullabili.

Tale generalizzata previsione di conciliabilità della lite, anche attraverso la modifica della delibera, evidenzia una volta di più la volontà del legislatore di far rientrare la materia dell'impugnazione delle delibere assembleari invalide, a prescindere dal vizio inficiante o dal diritto in esse coinvolto, nell'area della disponibilità.

evidentemente degli stessi soci), ma anche depositato presso l'ufficio del registro delle imprese ai sensi dell' art. 2435 e dell'art. 2478 *bis* c.c., a tutela dei terzi; invece nelle società di persone è previsto solo un rendiconto annuale, del quale non è richiesto né il deposito né tanto meno la pubblicazione, proprio perché la sua redazione non risponde a un'esigenza di tutela dei terzi e della collettività, bensì a un'esigenza e a una tutela individuale del singolo socio. Sicché, ogni relativa questione è non solo transigibile, ma anche compromettibile in arbitri, non andando a incidere su norme di carattere imperativo.”V. anche Trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Redazione Giuffrè*, 2010 secondo il quale “È ammissibile l'arbitrato in materia di invalidità delle delibere assembleari anche in caso di vizi riconducibili alla categoria della nullità prevista dall'art. 2379 c.c. (quanto meno per quelli indicati nella prima alinea del comma 1 della norma in questione, che non consentono l'impugnazione senza limiti di tempo) e, in particolare, in materia di invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca la violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso.”

²²⁷ Al quarto comma dell'art. 2378 c.c. si legge: “All'udienza il giudice, ove lo ritenga utile, esperisce il tentativo di conciliazione...e, ove la soluzione appaia realizzabile, rinvia adeguatamente l'udienza”.

²²⁸ Sanzo, in *Il Nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Gagnasso, Bonfanti, Montalenti, Bologna, 2004, 659.

3.4. *Le liti sul trasferimento delle partecipazioni sociali e sui patti parasociali*

Si discute sull'arbitrabilità delle liti nascenti dai negozi relativi a partecipazioni sociali, anche tra soci, nonché delle controversie relative ai patti parasociali.²²⁹

Con riferimento a questi ultimi, si propende per una soluzione negativa poiché l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, nel definire l'ambito di applicazione della clausola compromissoria societaria, si riferisce unicamente agli atti costitutivi delle società, così da escluderne l'inserimento in negozi giuridici distinti, come quelli regolati dall'art. 2341 *bis* e 2341 *ter* c.c. ritenuti accessori a un preesistente contratto di società.

La dottrina e la giurisprudenza²³⁰ negano la compromettibilità delle controversie sui patti parasociali sul presupposto che, trattandosi di accordi esclusi dall'atto costitutivo, essi coinvolgono soltanto alcuni soci e sono diretti a regolare rapporti societari – come il trasferimento delle partecipazioni sociali o l'esercizio del diritto di voto – volti a stabilizzare gli assetti proprietari o di governo della società e dalla cui violazione deriva unicamente il diritto al risarcimento del danno *inter partes*²³¹.

Sebbene infatti i patti parasociali regolino la vita societaria e riguardino diritti relativi al rapporto sociale, tuttavia tali diritti sono coinvolti soltanto in via indiretta e hanno valenza meramente interna fra le parti del patto, così da non essere ritenute controversie relative “al rapporto sociale.”

Anche sulla compromettibilità delle controversie relative al trasferimento delle partecipazioni sociali, la dottrina prevalente propende per la soluzione negativa,

²²⁹ L'articolo 1 del d.lgs. n. 5 del 2003, al comma 1, lettera a) definisce il terreno applicativo ai rapporti societari. Non vi rientrano le controversie aventi ad oggetto il trasferimento delle partecipazioni sociali ed i patti parasociali, che sono invece riconducibili alla successiva lettera b) dello stesso comma, così che è evidente l'esclusione di tali controversie dalle questioni relative ai rapporti societari.

²³⁰ Trib. Pescara, 19 ottobre 2009, in *Giur. merito*, 2009, 392, con nota di Sangiovanni; Trib. Milano, 18 settembre 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 322, con nota di Corsini.

²³¹ Si esclude, ad esempio, che le liti sugli accordi relativi all'esercizio del diritto di voto in assemblea, ai *quorum* da rispettare, o alla suddivisione delle nomine di amministratori e sindaci possano determinare l'impugnazione della relativa delibera, che rimane perfettamente valida. Sul punto v. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1290.

ritenendo che l'ambito di applicazione dell'arbitrato societario è sensibilmente più ristretto rispetto a quello del rito societario, tanto da ritenere tali liti escluse dalla disciplina dell'art. 34.

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".

La delega per l'attuazione dell'arbitrato societario si considera pertanto limitata ai diritti relativi al "rapporto sociale", come peraltro afferma lo stesso art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 al primo comma.

Il riferimento, nella sostanza, all'arbitrabilità delle controversie va fatto soltanto con riferimento ai "rapporti societari" di cui all'art. 1 comma 1 lett. a) del d. lgs. n. 5 del 2003, ritenendo che le ulteriori materie di cui alle lettere da b) ad f) del medesimo comma tra cui, in particolare, il trasferimento delle partecipazioni sociali, i patti parasociali, i rapporti di intermediazione mobiliare e le controversie interbancarie, non rientrino nelle controversie societarie ex art. 34, primo comma.

Sotto altro profilo, la dottrina maggioritaria ²³² ha escluso che la clausola statutaria sia in grado di coprire le controversie relative al trasferimento delle quote sociali in quanto si tratta di rapporti autonomi e distinti dal contratto sociale.

Si prendano ad esempio le controversie sulla nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione del contratto di compravendita di azioni di una società.

La clausola compromissoria inserita nello statuto della medesima società non potrà vincolare le parti del contratto di trasferimento delle azioni, dal momento che si tratta di un negozio giuridico autonomo e separato rispetto allo statuto societario.

²³² E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, 523; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1290. Cfr. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 938.

Un'altra dottrina considera che un'eccezione all'arbitrabilità delle liti relative al trasferimento di partecipazioni sociali possa rinvenirsi nel caso di una disputa sorta in relazione ad azioni trasferite in violazione della clausola statutaria di prelazione o di gradimento, che può rientrare nell'ambito dei rapporti societari vertenti su diritti disponibili *ex art. 34*, primo comma, d.lgs. n. 5 del 2003²³³ e come tale arbitrabile.

In giurisprudenza non sono mancate pronunce di segno opposto, che hanno riconosciuto la legittimazione arbitrale delle controversie aventi ad oggetto l'invalidità e inefficacia del contratto di vendita di quote sociali, facendo leva, tuttavia, più sul profilo soggettivo della questione che non su quello oggettivo²³⁴ dell'effettivo ambito dei rapporti devoluti a clausola compromissoria²³⁵.

3.5. *Le liti che coinvolgono gli organi sociali*

Partendo dal dato normativo, l'art. 34, quarto comma del d.lgs. n. 5 del 2003, nell'affermare che “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”, non riporta il richiamo ai diritti disponibili previsto dal primo comma dello stesso articolo.

Nel disciplinare le controversie promosse da amministratori liquidatori e sindaci, il legislatore delegato ha dunque omissivo il riferimento alla necessaria

²³³ Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario cit.*, 1290.

²³⁴ Trib. Lucca, 28 gennaio 2006, in *Juris data on line*, Milano, 2007. Nel caso risolto dal Tribunale di Lucca, la ricorrente, nuda proprietaria di quote sociali, aveva rilasciato al marito, usufruttuario, procura a vendere tali quote, lamentando che quest'ultimo, eccedendo il mandato, avesse intestato a se stesso le medesime quote. I giudici si sono chiesti se la domanda di invalidità del contratto di vendita della nuda proprietà per eccesso di procura, con il conseguente riacquisto della qualità di socio in capo alla ricorrente, rientri nell'ambito della clausola compromissoria statutaria. La questione è stata risolta sul piano della legittimazione arbitrale, riconoscendo l'arbitrabilità della lite sul presupposto che la ricorrente, nel momento in cui lamenta l'inefficacia del contratto di alienazione delle quote, afferma il suo *status* di socio e come tale è vincolata dalla clausola.

²³⁵ Sul punto, Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza cit.*

disponibilità dei diritto oggetto della controversia, non intervenendo sui limiti oggettivi di compromettibilità²³⁶ tra detti soggetti e la società e limitandosi a definire i limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria statutaria²³⁷.

La tesi più diffusa è quella che estende la previsione del primo comma dell'art. 34 anche ad amministratori, liquidatori e sindaci, ritenendo che anche le relative azioni siano sottoposte all'esame della natura dei diritti coinvolti al fine di verificarne la compromettibilità in arbitri²³⁸.

Per contro, la giurisprudenza ammette senza difficoltà l'arbitrabilità delle impugnazioni aventi ad oggetto l'azione di responsabilità promossa nei confronti di amministratori di società di capitali²³⁹, sulla scorta dell'espressa previsione normativa che ammette la transazione e la rinuncia all'azione sociale²⁴⁰.

²³⁶ Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 495 ss.

²³⁷ La disciplina dell'arbitrato societario, all'art. 34 quarto comma, stabilisce che l'accettazione da parte degli organi sociali dell'incarico importa accettazione della clausola compromissoria qualora lo statuto o l'atto costitutivo preveda la risoluzione extragiudiziale delle controversie che li coinvolgono. Con tale previsione il legislatore delegato ha introdotto un'ipotesi di presunzione del consenso alla convenzione arbitrale coincidente con l'accettazione dell'incarico.

²³⁸ Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 129; Nela, *Commento sub art. 34*, in *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2005, 961.

²³⁹ Trib. Bari, 7 novembre 2007, in *Giur. merito* 2008, 5, 1329, secondo il quale: «Poiché ai sensi dell'art. 806 c.p.c. tutte le controversie sono compromettibili tranne quelle che non possono formare oggetto di transazione, perché riguardanti diritti che per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori è compromettibile in arbitri poiché, come si evince dall'art. 2393 ultimo comma c.c. riguarda diritti patrimoniali disponibili all'interno di un rapporto contrattuale». Nei medesimi termini, quanto alla compromettibilità in arbitri dell'azione sociale di responsabilità, Trib. Bologna, 17 ottobre 2006, n. 2401, in *Merito*, 2007, 35; Cass. 18 maggio 2007, n. 11658, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5, secondo la quale: «Qualora lo statuto di una società a responsabilità limitata contenga una clausola compromissoria, la quale preveda il deferimento ad arbitri della controversia relativa alla responsabilità sociale degli amministratori, non è necessaria una deliberazione assembleare che espressamente scelga la soluzione arbitrale per la definizione della lite, essendo, ai fini del concreto deferimento agli arbitri, sufficiente la delibera di esercizio dell'azione»; Trib. Milano, 25 giugno 2005,

Discorso analogo va fatto in tema di impugnazione della delibera di revoca degli amministratori: ai sensi dell'art. 2383 c.c., essi sono sempre revocabili, salvo il diritto al risarcimento del danno in difetto di giusta causa, con conseguente arbitrabilità della relativa controversia.

Non può tacersi, poi, che esistono forti contraddizioni nella giurisprudenza. Da un lato, si è ritenuto non deferibile al giudizio arbitrale l'azione del socio volta all'annullamento della delibera con la quale ai soci di maggioranza, aventi la veste di amministratori, vengano attribuiti compensi sproporzionati e non coerenti con la situazione economica della società;²⁴¹ dall'altro, è stata ritenuta compromettibile la domanda di accertamento e di condanna di una società al pagamento di una somma di denaro in ragione del rapporto di amministrazione intercorso in mancanza di una preventiva determinazione da parte dell'assemblea dei soci, quale compenso dovuto agli amministratori.²⁴²

Delicata è invece la questione della revoca degli amministratori nelle società personali nominati in sede di atto costitutivo, dal momento che l'art. 2259 c.c., richiedendo la sussistenza di una giusta causa per la revoca, sposta l'indagine sulla

in *Giur. it.*, 2006, 9-9, 1639 con nota di Restano; Trib. Bologna, 25 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 8-9, 1640, con nota di Restano.

²⁴⁰ Ai sensi dell'art. 2393, quinto comma c.c., «La società può rinunciare all'esercizio dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea». L'art. 2393 *bis* c.c. al sesto comma sancisce, anche qualora l'azione di responsabilità verso gli amministratori sia stata intrapresa dalla minoranza dei soci, la transigibilità e la rinunciabilità dell'azione.

²⁴¹ Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 692.

²⁴² Trib. Padova, 5 maggio 2005, in *Mass. Giur. civ. Patavina*, 2009, che ha ritenuto che tale controversia, sebbene relativa a rapporti di credito, rientri nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003 che comprende tutte le fattispecie che implicano una valutazione sulle dinamiche societarie sia interne che esterne; v. anche Trib. Roma, 14 giugno 2007, in *Giur. merito*, 2008, 5, 1346, con nota di Mancuso, secondo il quale: «Le controversie in materia di compensi in favore dell'amministratore delegato di una società di capitali devono essere trattate secondo le forme del rito societario, dal momento che il rapporto tra amministratori e società è da ricondurre alla previsione dell'art. 1 del d.lgs. n. 5 del 2003, che si riferisce ai "rapporti societari" ».

verifica del puntuale adempimento da parte dell'amministratore delle norme volte a garantire il buon funzionamento della società, non soltanto nell'interesse dei soci ma anche dei terzi.²⁴³Ciò, quasi a suggerire esigenze di tutela superindividuale sottratte alla disponibilità dei singoli soci.

Sulla scorta di queste considerazioni, la giurisprudenza maggioritaria antecedente l'introduzione dell'arbitrato societario ha sempre negato l'arbitrabilità delle controversie volte ad accertare "fatti che consistono nella violazione di norme attinenti al regolare svolgimento dell'attività sociale"²⁴⁴ quale giusta causa prodotta dal socio per la revoca dell'amministratore di una società di persone²⁴⁵.

Non sono tuttavia mancate pronunce di segno opposto all'impostazione dominante e conformi all'orientamento "liberale", volte a riconoscere l'arbitrabilità della revoca dell'amministratore di una società di persone in forza della natura

²⁴³ Nelle società di persone, la disciplina sulla revoca degli amministratori si distingue a seconda che la relativa nomina sia indicata nell'atto costitutivo oppure con atto separato. In relazione al primo caso, il primo comma dell'art. 2259 c.c. richiede la sussistenza di una giusta causa. Nella seconda ipotesi, qualora l'amministratore sia stato nominato con atto separato, il secondo comma dell'art. 2259 c.c. rimanda alle norme sul mandato, laddove l'art.1726 c.c. prevede che la revoca del mandato collettivo sia posta in essere su iniziativa di tutti i mandanti, salva la facoltà di iniziativa in capo al singolo mandante, ove sussista una giusta causa.

²⁴⁴ Cass. 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, 3349; Trib. Trieste, 12 dicembre 1990, in *Società*, 1991, 818; Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 953 secondo il quale: «Non è compromettibile in arbitri la decisione sulla invalidità, per conflitto di interessi degli amministratori che hanno partecipato alla votazione, della delibera assembleare che si è pronunciata (nel caso di specie negativamente) sulla proposizione dell'azione di responsabilità».

²⁴⁵ Sul punto, v. Trib. Catania, 19 dicembre 2003, in *Vita not.*, 2004, 310, che ha ritenuto che: «Le controversie relative alla revoca per giusta causa della facoltà di amministrare nelle società di persone connesse ad irregolarità nella gestione non sono compromettibili in arbitri, poiché vertono su materie che coinvolgono diritti indisponibili delle parti. In particolare, è esclusa la compromettibilità in arbitri della revoca dell'amministratore ove l'azione si fonda sulla violazione della disciplina dettata per la redazione del rendiconto, degli obblighi di chiarezza e precisione nella redazione del bilancio, nonché della disciplina in tema di poteri di controllo attribuiti ai soci non amministratori».

“personale” del diritto controverso²⁴⁶. Le incertezze sono state superate evidenziando che, per valutare la compromettibilità della lite, occorre concentrarsi non sugli episodi di *mala gestio*, ma sul diritto volto ad ottenere la rimozione dell'amministratore sleale; diritto, questo, certamente disponibile da parte del socio²⁴⁷.

Particolare attenzione meritano le delibere aventi ad oggetto la revoca dei sindaci, soggette al vaglio del tribunale volto a verificare l'effettiva sussistenza della giusta causa a salvaguardia dell'imparzialità del collegio sindacale.

Come noto, la revoca può tuttavia anche conseguire all'azione di responsabilità promossa contro i membri del collegio sindacale: in tale ipotesi, ai sensi dell'art. 2407 c.c. (e a differenza di quanto avviene per gli amministratori nell'art. 2383 c.c.) la relativa deliberazione²⁴⁸ non ne determina la revoca automatica dalla carica e la

²⁴⁶ Trib. Catania, 28 marzo 1998, in *Giur. comm.* 2000, II, 507, con nota di Mirone. Secondo il giudice catanese: «Le controversie relative all'impugnazione del bilancio ed alla revoca per giusta causa della facoltà di amministrare nelle società di persone sono compromettibili in arbitri, poiché vertono su materie che non coinvolgono interessi indisponibili dalle parti». Come osserva Mirone, «la sentenza si caratterizza per un atteggiamento di tipo "liberale", favorevole all'arbitrato, e talora anche da interessanti spunti innovativi rispetto allo "stato dell'arte" della giurisprudenza. Essa, infatti, si presenta in aperto contrasto con l'orientamento prevalente in giurisprudenza, non solo in punto di soluzione, in quanto ammette la compromettibilità in arbitri delle controversie riguardanti la validità del bilancio e la revoca per giusta causa degli amministratori nelle società di persone, ma soprattutto in punto di metodo, in quanto perviene a tale risultato contestando l'impostazione predominante, che interpreta in modo fortemente estensivo i limiti posti dal combinato disposto degli artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c., con il risultato di sottrarre alla competenza arbitrale buona parte delle controversie societarie».

²⁴⁷ Trib. Salerno, 1 giugno 2006, in *Redazione Giuffrè*, 2006, che ha ritenuto che: «qualora oggetto del giudizio sia esclusivamente l'impugnazione della delibera assembleare di revoca della carica di componente del consiglio di amministrazione di una società, deve escludersi che ricorra il limite della compromettibilità della controversia per indisponibilità del diritto fatto valere».

²⁴⁸ La ragione di tale distinzione risiede nella peculiarità delle due diverse discipline: da un lato quella relativa alla revoca degli amministratori si fonda sul rapporto fiduciario che lega gli stessi ai soggetti detentori del pacchetto di maggioranza del capitale sociale. Dall'altro il diverso ruolo del collegio sindacale, anche dopo la riforma, si estrinseca essenzialmente in un'attività di vigilanza, comportando

immediata sostituzione, essendo necessaria anche in tale ipotesi, per giurisprudenza consolidata, la verifica della giusta causa da parte del tribunale.²⁴⁹

Dottrina e giurisprudenza,²⁵⁰ nell'ammettere la possibilità di un'azione giudiziaria volta ad accertare la sussistenza del diritto del sindaco al risarcimento dei danni,²⁵¹ concordamente riconoscono l'arbitrabilità della medesima controversia ai sensi dell'art. 34, quarto comma, d.lgs. n. 5 del 2003.

Ad avviso di chi scrive, l'approvazione da parte del tribunale della revoca non implica l'indisponibilità di tale diritto poiché le controversie ad essa relative non sottintendono interessi pubblici. L'imparzialità dell'organo è infatti ampiamente garantita dall'approvazione da parte del tribunale della delibera di revoca, avente portata costitutiva. L'accertamento da parte degli arbitri di una giusta causa di revoca, tuttavia, non comporterà la reintegrazione del sindaco illegittimamente revocato, ma soltanto il risarcimento del danno²⁵².

l'inapplicabilità del meccanismo della revoca automatica, a presidio dell'indipendenza del collegio sindacale.

²⁴⁹ Cass., 12 dicembre 2005, n. 27389, in *Foro it.*, 2006, 9, 2369 secondo la quale si deve escludere che il richiamo alla disciplina *ex art.* 2393 c.c. operata dall'art. 2407 c.c. in tema di responsabilità dei sindaci possa determinare la revoca automatica di questi ultimi, posto che «sul piano logico, l'automatica revoca implicherebbe la esclusione del controllo del tribunale sulla giusta causa di revoca dei sindaci, imposto dall'art. 2400, secondo comma c.c., a garanzia della loro indipendenza anche nei confronti dell'azionariato di maggioranza. Resta ovviamente salvo il potere dell'assemblea di deliberare altresì, anche contestualmente all'azione di responsabilità, la revoca dei sindaci per giusta causa, ferma però la necessità di sottoporre detta deliberazione di revoca all'approvazione del tribunale ai sensi del richiamato art. 2400, secondo comma, c.c.».

²⁵⁰ Jorio, *Ancora sulla revoca automatica dei sindaci*, in *Giur. comm.*, 1999, 1, 73; Cavalli, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, 1988, 55 ss.; Frè, *Società per azioni*, articoli 2325-2461, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1982, 566 ss; App. Milano, 8 novembre 1996, in *Società*, 1997, 547, con nota di Iannello.

²⁵¹ che ovviamente avverrà a seguito della “verifica giudiziale” della revoca da parte del tribunale.

²⁵² Altrimenti, come osserva Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1286 ss. «si dovrebbe ipotizzare che l'incarico del nuovo sindaco sia sottoposto a condizione risolutiva e

E' generalmente riconosciuta la possibilità di devolvere in arbitrato le controversie aventi ad oggetto la responsabilità dei liquidatori, dei soggetti incaricati del controllo contabile e dei direttori generali²⁵³, nonché, qualora la società abbia adottato un modello dualistico o monistico, rispettivamente, delle controversie aventi ad oggetto l'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione e dell'azione di responsabilità contro l'organo amministrativo²⁵⁴.

Nessuno ostacolo, infine, sembra sussistere con riguardo alla compromettibilità delle controversie su deliberazioni del consiglio di amministrazione, come del resto è ampiamente confermato dalla giurisprudenza²⁵⁵.

Il nuovo art. 2388 c.c., infatti, riconosce sia ai soci - per lesione di un diritto proprio - sia al collegio sindacale e agli amministratori assenti e dissenzienti - per contrarietà alla legge o all'atto costitutivo - il diritto di impugnare siffatte deliberazioni.

che il lodo prevalga sul provvedimento giudiziale; ciò sarebbe però erroneo poiché verrebbe pregiudicato il fondamentale principio di stabilità del collegio».

²⁵³ Gli articoli 2489, secondo comma c.c. e 2396 c.c. sulla responsabilità di liquidatori e direttori generali, rinviano alla disciplina in tema di responsabilità degli amministratori. L'art. 2409 *sexies* c.c. sulla responsabilità del revisore contabile rinvia all'art. 2407 c.c.

²⁵⁴ L'art. 2409 *decies* c.c. prevede che l'azione di responsabilità contro i consiglieri di gestione, oltre ad essere promossa dalla società o dai soci, è proposta altresì a seguito di deliberazione del consiglio di sorveglianza, che può rinunciare e transigere a maggioranza assoluta. L'art. 2409 *noviesdecies* c.c. nel disciplinare il consiglio di amministrazione di società che hanno adottato il sistema monistico, rinvia alla disciplina degli amministratori di s.p.a. in quanto compatibile.

²⁵⁵ Trib. Bologna, 9 aprile 2008, n. 130, in *Riv. arb.*, 2007, 4, 627, secondo il quale: «L'art. 35 del d.lgs. n. 5 del 2003 consente agli arbitri di sospendere anche le deliberazioni dell'organo amministrativo delle società di capitali». L'A., nel riconoscere la correttezza della decisione osserva però che è assai dubbia la competenza degli arbitri a decidere le questioni che riguardano la legittimità del provvedimento disposto dal giudice ordinario, di sospensione dell'efficacia delle delibere degli organi sociali. Sul punto, Grossi, *La sospensione delle delibere dell'organo amministrativo delle società di capitali: art. 700 c.p.c. e potere cautelare degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2007, IV, 630.

3.6. *Le controversie nelle quali è previsto l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero*

Il quinto comma dell'art. 34 precisa che “non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero”²⁵⁶.

Le controversie in ambito societario che implicano la partecipazione del pubblico ministero sono quelle regolate dagli articoli 2409 c.c., (denuncia al tribunale per gravi irregolarità nella gestione della società²⁵⁷), 2436, quarto comma, c.c. (deposito, iscrizione e pubblicazione delle modificazioni dello statuto), 2446, secondo comma c.c., (riduzione del capitale sociale per perdite), 2487, quarto comma c.c., (nomina e revoca dei liquidatori).

La disposizione dell'art. 34, quinto comma, che rappresenta una significativa novità della riforma, presenta, invero, alcune contraddizioni di carattere sistematico e problemi interpretativi.

Innanzitutto, sebbene la legittimazione alla proposizione del ricorso *ex art.* 2409 c.c. del Pubblico Ministero sia prevista non solo a tutela degli azionisti di minoranza ma anche dell'interesse generale connesso alla regolare amministrazione

²⁵⁶ Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 444.

²⁵⁷ L'ultimo comma dell'art. 2409 c.c. prevede che nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, le gravi irregolarità possano essere denunciate, oltre che dai soci, anche dal pubblico ministero, così sottolineandosi l'interesse pubblico al regolare funzionamento di questa speciale tipologia di società per azioni. L'art. 2436, quarto comma, prevede che qualora sorgano dubbi sull'esistenza delle condizioni di legge richieste per la modifica dell'atto costitutivo, gli amministratori possano ricorrere al tribunale il quale, sentito il pubblico ministero e accertata l'esistenza delle irregolarità della delibera, ne ordina l'iscrizione nel registro delle imprese. Il secondo comma dell'art. 2446 c.c. prevede che, qualora nell'esercizio successivo la perdita non risulti diminuita a meno di un terzo e l'assemblea (o il consiglio di sorveglianza) non riduca il capitale sociale in proporzione delle perdite accertate, la riduzione sia disposta dal tribunale che provvede, sentito il pubblico ministero, con decreto soggetto a reclamo e ad iscrizione nel registro delle imprese. L'art. 2487 c.c., sullo svolgimento della liquidazione, al quarto comma dispone che i liquidatori possono essere revocati dall'assemblea o, se sussiste una giusta causa, dal tribunale su istanza dei soci, dei sindaci o del pubblico ministero.

della società, tuttavia, dal punto di vista sostanziale, come evidenziato in dottrina,²⁵⁸ vi è una certa incoerenza nell'intento del legislatore, poiché il nuovo art. 2409 c.c. prevede l'intervento del pm soltanto nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, escluse, come si è detto, dall'applicazione dell'arbitrato societario.

Ci si è chiesti altresì come coordinare la previsione del primo comma dell'art. 34, che esclude, come è stato detto, l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili con il criterio di non compromettibilità delle controversie a cui partecipa il pubblico ministero, considerato, dalla dottrina prevalente, indice dell'indisponibilità del diritto controverso²⁵⁹,

La dottrina ha dunque individuato due soluzioni²⁶⁰ alternative: o la previsione normativa del quinto comma ha mero valore esemplificativo²⁶¹ di indisponibilità della controversia o rappresenta, piuttosto,²⁶² un'ulteriore ipotesi di non compromettibilità che si aggiunge al criterio della non disponibilità del diritto.

Ad avviso di chi scrive, è la seconda soluzione da preferire.

Una recente dottrina²⁶³ ha anche evidenziato che le ipotesi in cui è previsto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nelle controversie societarie sono

²⁵⁸ Soldati, *La nuova clausola compromissoria*, in *www.judcium.it*.

²⁵⁹ Cfr. Carpi-Zucconi Galli Fonseca, *Art. 806. Del compromesso*, in AA.VV., *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, 31; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 24 ss.

²⁶⁰ Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario cit.*, 710 ss.; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie cit.*, Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 444; Gennari, *L'arbitrato societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2009, Padova, 29.

²⁶¹ Nel senso che il quinto comma dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 non farebbe altro che confermare la regola generale dell'incompromettibilità delle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili, cfr. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 476 ss.; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 710.

²⁶² Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 3, 929 ss.

²⁶³ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 29, evidenzia che occorre comprendere "se quest'ultima disposizione ha altresì la finalità di ulteriormente delimitare, specificare o allargare l'area della non compromettibilità delle liti societarie e quindi di capire il suo rapporto con la disponibilità del diritto richiesta dal primo comma dell'art. 34, poiché se è pur vero che frequentemente l'intervento del

numericamente insignificanti, tanto da escludere che il legislatore delegato, introducendo tale disposizione, abbia voluto limitare soltanto a queste ipotesi l'ambito delle controversie societarie non arbitrabili.

La disposizione del quinto comma, nel punto in cui riserva l'arbitrato societario ai diritti disponibili, non costituisce né un'esemplificazione né una specificazione dell'art. 34, comma primo, in quanto l'ambito delle controversie non disponibili non può certo dirsi esaurito con riferimento a quelle nelle quali è previsto l'intervento obbligatorio del PM nel processo statale.

A ciò si aggiunga che la mera previsione dell'intervento obbligatorio del pubblico ministero non sottrae alle parti il potere, ad esse spettanti sulla base del diritto sostanziale, di disporre del diritto che forma oggetto della relativa controversia²⁶⁴. Se è vero, infatti, che l'intervento dell'organo pubblico nel processo statale²⁶⁵ è spesso connesso alla natura non disponibile del diritto controverso a garanzia della completezza dei fatti storici e dell'accuratezza dell'istruttoria in controversie che coinvolgono interessi ultraindividuali, è altrettanto vero che possono verificarsi situazioni aventi ad oggetto diritti indisponibili in cui non è previsto

pubblico ministero è connesso all'indisponibilità del diritto sottostante, è altresì vero che ciò non costituisce una regola generale e, per converso, è dato riscontrare casi nei quali è previsto tale intervento pur nella piena disponibilità del diritto o viceversa”.

²⁶⁴ Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 504 ss. *Contra* cfr. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, cit., 938 ss., secondo la quale la previsione dell'intervento obbligatorio del p.m. varrebbe comunque a trasformare in indisponibili i diritti altrimenti disponibili.

²⁶⁵ Sul punto, rileva Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 306, che se la *ratio* della partecipazione del pm è quella di “garantire, quando oggetto del processo è un diritto indisponibile, la completezza del quadro di riferimento fattuale e probatorio di fronte al giudice...ogniqualevolta il legislatore prevede che il pubblico ministero debba partecipare ad un processo avente un determinato oggetto, ne possiamo dedurre *a contrario* che si tratta di un diritto indisponibile e pertanto non suscettibile di arbitrato”.

l'intervento del PM nel processo statale e anche casi in cui è previsto l'intervento del PM in controversie che tuttavia non hanno ad oggetto diritti indisponibili²⁶⁶.

E' soluzione preferibile ritenere non compromettibili le controversie societarie per le quali sia previsto l'intervento obbligatorio del pm, indipendentemente dalla eventuale transigibilità, e, quindi, anche quando le stesse abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale.

Al riguardo, è significativo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 2487 c.c.

Sebbene una parte di giurisprudenza riconduca l'esclusione della controversia avente ad oggetto la revoca dei liquidatori alla indisponibilità del diritto sotteso²⁶⁷, tale ragionamento potrebbe tuttavia cadere in contraddizione stante l'indubbia arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto la revoca degli amministratori.

Il liquidatore, infatti, altri non è che un amministratore la cui attività trova il limite nella specifica funzione della liquidazione. Anch'esso, come l'amministratore, può rendersi altrettanto responsabile di gravi mancanze o *mala gestio* da cui deriva il conseguente diritto, certamente disponibile da parte del socio, ad ottenere la sua rimozione per venir meno del rapporto di fiducia fra liquidatore e società.

La non compromettibilità della controversia sulla revoca del liquidatore non costituisce "interpretazione autentica" del primo comma dell'art. 34, ma discende dalla presenza del pubblico ministero fra i soggetti che, ai sensi del quarto comma dell'art. 2487 c.c., possono fare istanza al tribunale per rimuovere il liquidatore in presenza di una giusta causa.

²⁶⁶ Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. I, Torino, 2007, 207, considera l'ipotesi dell'azione di revoca per giusta causa dei liquidatori a norma dell'art. 2487 c.c. Tale norma prevede infatti che "i liquidatori possono essere revocati dall'assemblea o, quando sussiste giusta causa, dal tribunale su istanza dei soci, dei sindaci o del pubblico ministero". La controversia avente ad oggetto l'iniziativa di revoca degli amministratori di una s.p.a. ha ad oggetto certamente un diritto disponibile.

²⁶⁷ Trib. Modena, 12 maggio 2004, in *Società* 2004, 1270, con nota di Soldati, «La controversia relativa alla nomina del liquidatore, non avendo ad oggetto diritti disponibili, non può essere devoluta agli arbitri a causa del divieto contenuto al comma 1 dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5».

CAPITOLO IV

NOMINA, POTERI, DECISIONI DEGLI ARBITRI SOCIETARI

4.1. *La domanda di arbitrato e la costituzione del collegio arbitrale*

L'arbitrato societario presenta una disciplina *ad hoc* calibrata sulle esigenze e sulle finalità dell'organizzazione societaria, con disposizioni tuttavia frammentarie che non sostituiscono gli articoli 816 e seguenti del codice di procedura civile ma ad essi si integrano.

E' interessante notare che all'epoca dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2003, l'art. 35, rubricato "disciplina inderogabile del procedimento arbitrale", al fine di attribuire "all'arbitrato come giustizia del gruppo sociale la stessa efficienza che sarebbe propria della giustizia resa dall'autorità giudiziaria,"²⁶⁸ poneva in essere disposizioni di grande rilevanza e novità rispetto alla disciplina del codice di rito, caratterizzate da un irrigidimento delle norme processuali e finalizzate a introdurre un arbitrato "da legge" che prescindesse dalla volontà delle parti nel rispetto del principio del contraddittorio²⁶⁹.

Dopo la riforma del codice di procedura civile avvenuta con il d.lgs. n. 40 del 2006, gli aspetti derogatori dell'art. 35 si sono attenuati, tanto che l'arbitrato societario, in un certo senso, ha anticipato le innovazioni successivamente introdotte al codice di procedura civile²⁷⁰ facendo da "ariete" su alcune questioni rilevanti come il potere cautelare degli arbitri e la disciplina degli interventi.²⁷¹

²⁶⁸ E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 529.

²⁶⁹ Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 411.

²⁷⁰ Rileva Tamponi, *L'arbitrato societario dopo l'abrogazione del processo commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 544 ss., come la distanza tra i due sistemi si sia attenuata con la riforma del codice di rito data dal d.lgs. n. 40 del 2006. Ad esempio, "si pensi all'art. 35, terzo comma, d.lgs. n. 5 del 2003 che riconosce agli arbitri il potere di risolvere senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversie, anche se vertenti su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato; al momento dell'entrata in vigore di questa norma vigeva il principio opposto, giacchè l'art. 819 vecchio testo escludeva che gli arbitri potessero conoscere di una questione non arbitrale e imponeva loro di sospendere il procedimento ogniqualvolta avessero ritenuto che il giudizio ad essi

Con il definitivo tramonto del processo societario l'applicazione delle disposizioni del codice di rito, in quanto compatibili, all'arbitrato societario, è stata messa in discussione con l'abrogazione dell'art. 1, comma quarto, d.lgs. n. 5 del 2003²⁷². La scelta del legislatore di mantenere in vita l'arbitrato societario facendo venir meno la regola relativa all'applicazione delle disposizioni del codice di procedura civile appare tuttavia discutibile, dal momento che gli art. 34, 35 e 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 rappresentano una disciplina al contempo speciale ma non esaustiva. Le regole dell'arbitrato comune, pertanto, non potranno più essere applicate per via diretta ma dovranno necessariamente passare per la via dell'interpretazione estensiva o analogica²⁷³.

affidato dipendeva dalla definizione di tale questione; il nuovo articolo 819, nel testo introdotto dall'art. 22 d.lgs. n. 40 del 2006 ammette invece in via generale la conoscibilità, da parte degli arbitri, di materie non compromettibili allorché costituiscano pregiudiziali di merito di non decidersi *ex lege* con autorità di giudicato”.

271 L'art. 35, quinto comma, del d.lgs. n. 5 del 2003, ha per la prima volta codificato, in materia societaria, il ricorso alla tutela cautelare (togata) stabilendo che la stessa non è preclusa dalla devoluzione della controversia in arbitrato neppure se di natura non rituale. Successivamente tale disposizione è stata sancita con la modifica dell'art. 669 *quinquies* c.p.c. introdotta dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80.

L'art. 35, secondo comma, consente entro la prima udienza di trattazione dell'arbitrato societario l'intervento di terzi ai sensi dell'art. 105 c.p.c. nonché l'intervento degli altri soci a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c. Questa possibilità è oggi ammessa anche nell'arbitrato comune dall'art. 816 *quinquies* introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40.

²⁷² La legge 18 giugno 2009, n. 69, recante “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile” ha segnato la fine del processo societario stabilendo, all'art. 54, quinto comma, “che gli articoli da 1 a 33, 41, comma1, e 42 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 sono abrogati”. Risulta pertanto abrogato l'art. 1, quarto comma, nel quale era stabilito che “per quanto non diversamente disciplinato dal presente decreto, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili”.

²⁷³ Tamponi, *L'arbitrato societario dopo l'abrogazione del processo commerciale*, in *Riv.dir. proc.*, 2010, 544.

Tale esigenza emerge già con riferimento all'individuazione dell'inizio del procedimento arbitrale societario, per la quale si rende necessario un coordinamento, in particolare per quanto riguarda il rapporto fra la domanda arbitrale e la costituzione del collegio²⁷⁴.

Sul contenuto della domanda, nel silenzio della norma, si ritiene sussista il rinvio alle norme del codice di rito, con la sola eccezione della nomina degli arbitri che l'articolo 34, primo comma, affida in via esclusiva ad un terzo estraneo alla società, a pena di nullità²⁷⁵.

Alla notifica della domanda di arbitrato seguirà, con atto separato, l'istanza di nomina degli arbitri rimessa al terzo designato nell'atto costitutivo, che potrà indifferentemente essere avanzata tanto da parte attorea quanto dal convenuto, il quale potrà provvedervi per ragioni di tempestività.

Proprio con riferimento alla tempistica dell'arbitrato societario, in assenza di specifiche disposizioni, si ritiene che ai fini del decorso dei termini di prescrizione e decadenza si faccia riferimento alla notifica della domanda arbitrale, anche se limitata all'esposizione dei motivi dell'arbitrato e ai quesiti posti agli arbitri²⁷⁶.

Ai fini della produzione degli effetti sostanziali e processuali,²⁷⁷ la domanda di arbitrato prescinde dalla costituzione del collegio arbitrale, momento, quest'ultimo,

²⁷⁴ L'inizio del processo arbitrale, normalmente, si colloca nella prima riunione del collegio; ai fini della produzione degli effetti sostanziali e processuali della litispendenza, l'inizio del processo è collegato alla proposizione della domanda; rispetto al decorso del termine per la pronuncia del lodo l'inizio del processo arbitrale si determina con la formazione del collegio, vale a dire nel momento in cui tutti gli arbitri nominati hanno accettato la nomina.

²⁷⁵ La riforma dell'arbitrato di diritto comune, intervenendo sull'art. 810 c.p.c., ha espressamente previsto la libertà di forma e l'esclusione della notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario per l'inoltro all'altra parte della domanda di arbitrato.

²⁷⁶ Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 437.

²⁷⁷ Si pensi, ad esempio, al termine per impugnare le delibere dell'assemblea.

che rileva invece per ciò che riguarda la decorrenza del termine entro il quale deve essere pronunciato il lodo.²⁷⁸

Qualora lo statuto societario preveda che, oltre a procedere a proporre la domanda di arbitrato, le parti debbano altresì svolgere un'ulteriore attività affinché l'organo esterno provveda alla nomina degli arbitri, gli effetti della domanda arbitrale non si producono finché non viene assolto tale onere²⁷⁹.

Ai sensi del primo comma dell'art. 35, la domanda di arbitrato deve essere depositata presso il registro delle imprese per essere accessibile a tutti i soci.

La norma non aggiunge altro, tanto che gli interpreti si sono interrogati su altri aspetti oscuri della disciplina, provvedendo a colmare le lacune del disposto normativo.

In primo luogo il deposito della domanda di arbitrato nel registro delle imprese è stato ritenuto obbligatorio soltanto qualora la società stessa sia parte della lite, essendo sufficiente, nel caso di lite insorta soltanto fra i soci, la notifica.

Si è altresì ritenuto che l'eventuale inadempimento del mancato deposito della domanda di arbitrato non produce effetti rilevanti, posto che l'art. 35, primo comma, ha una mera finalità di pubblicità notizia.²⁸⁰

La norma non chiarisce nemmeno il termine entro cui effettuare il deposito, tanto che il *dies a quo* si ritiene essere quello della notifica della domanda di arbitrato.

Per quanto riguarda il registro delle imprese, si dovrà intendere quello in cui la società ha la sede legale, ed in esso, oltre alla domanda di arbitrato, pur nel silenzio della norma, si ritiene vadano depositati anche la comparsa di risposta (quanto meno se in essa è ricompresa una domanda riconvenzionale), nonché gli atti successivi.²⁸¹

²⁷⁸ Ai sensi dell'art. 820 c.p.c, qualora le parti non abbiano stabilito diversamente, gli arbitri devono pronunciare il lodo nel termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina. Cfr. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie cit.*

²⁷⁹ Collegio arbitrale, 14 marzo 2009, PQM, 2009, 1, 148, con nota di Tempera.

²⁸⁰ Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. process.*, 2003, 718; Nela, *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004, 976.

²⁸¹ Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285.

La domanda di arbitrato, una volta depositata, è accessibile ai soci e ai terzi che hanno così la possibilità di intervenire nel processo arbitrale, intervento che lo stesso art. 35, al secondo comma, ammette fino alla prima udienza di trattazione. La previsione di pubblicità dell'atto arbitrale fa tuttavia venire meno uno fra gli elementi distintivi dell'arbitrato, quale la riservatezza²⁸² del giudizio.

La mancata pubblicità, per dottrina dominante, comporta solo l'impossibilità di opporre al terzo la decadenza del termine per l'intervento²⁸³.

4.2. *Il potere di nomina conferito al "soggetto estraneo alla società": nuovi campi di sviluppo dell'arbitrato amministrato*

L'aspetto più evidentemente derogatorio dell'arbitrato societario rispetto alla disciplina ordinaria dell'arbitrato consiste nella nomina dell'arbitro o dell'intero collegio arbitrale che il secondo comma dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 rimette, a pena di nullità della clausola compromissoria, ad un soggetto estraneo alla società.²⁸⁴

Dalla formulazione della disposizione hanno poi tratto origine significativi dubbi interpretativi.

In primo luogo, come è stato già ampiamente illustrato, si è posto il problema della sopravvivenza delle clausole compromissorie statutarie "vecchio stile" non adeguate all'art. 34, il quale può dirsi risolto a seguito della più recente giurisprudenza pronunciata a favore della concorrenza dei due modelli arbitrali.²⁸⁵

²⁸² Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società cit.*, 425.

²⁸³ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*

²⁸⁴ Sin dal diritto romano, infatti, l'elemento caratteristico dell'arbitrato si rinviene nella circostanza che sono sempre le parti a convenire liberamente il compromesso e a prescegliere gli arbitri ai quali deferire la decisione della controversia.

²⁸⁵ Si tratta, in particolare delle recenti pronunce App. di Torino 28 settembre 2009, in *Redazione Giuffrè*, 2010; App. Torino, 8 marzo 2007, in *Giur it*, 2007, 906; App. Torino, 4 settembre 2007, n. 46, in *Guida al diritto* 2007, 47. V. anche App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca, borsa, tit, cred.*, 2010, II, 335, con nota di Cerrato, *Arbitrato societario e "doppio binario": qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*. Per maggior completezza si rinvia a quanto esposto nel secondo capitolo.

L'obbligatorietà della nomina degli arbitri da parte di un soggetto estraneo è stata altresì ritenuta, da un'autorevole dottrina, costitutiva di un vero e proprio arbitrato da legge,²⁸⁶ con un sacrificio del consenso delle parti fino ai limiti dell'ammissibilità giuridica.

Sebbene non manchino sostanziali ragioni che possono giustificare una scelta tanto radicale rispetto alla tradizione propria dell'arbitrato, tuttavia è stato evidenziato come la norma non comporti problemi di costituzionalità rispetto all'art. 24, I comma Cost.²⁸⁷, poiché ciò che si ritiene costituzionalmente necessario è la libera scelta dell'arbitrato contenuta nel patto compromissorio e non "il monopolio della scelta in capo alle parti delle persone fisiche che devono costituire il collegio arbitrale".²⁸⁸

Ritenendo dunque salvaguardati dall'art. 34, secondo comma, i principi fondamentali in materia di arbitrato, è indubbio il merito della scelta da parte del legislatore, che, in un contesto come quello societario caratterizzato dalla presenza di una pluralità di parti nell'ambito della medesima controversia, ha superato, da un lato, l'*empasse* della nomina degli arbitri ²⁸⁹ rimettendola ad un terzo estraneo, dall'altro la necessità dell'efficacia della clausola verso tutti gli interessati, che, ai sensi dell'art. 34, terzo comma, opera nei confronti della società e di tutti i soci, presenti e futuri²⁹⁰.

²⁸⁶ V. Blandini, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 600.

²⁸⁷ Come noto, la garanzia costituzionale del diritto di azione impedisce al legislatore ordinario di imporre alle parti la via arbitrale, per cui resta imprescindibile che le parti debbano poter scegliere liberamente la giustizia privata.

²⁸⁸ Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 437.

²⁸⁹ Rileva Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1286, che l'art. 34, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003, risolve i delicati problemi connessi alla designazione degli arbitri nel contesto societario riferiti all'uguaglianza dei contendenti nel processo di nomina del collegio e dell'imparzialità dei suoi membri.

²⁹⁰ Pernazza, *Clausola compromissoria binaria e arbitrato multipartiti; clausole di prelazione statutarie e parasociali; tutela reale e tutela risarcitoria*, in *Riv. arb.*, 2001, 296 ss.

La disposizione dell'art. 34, secondo comma, appare pertanto apprezzabile e funzionale all'arbitrato societario,²⁹¹ in quanto il requisito di estraneità del soggetto chiamato a designare gli arbitri nasce dall'esigenza di garantire l'imparzialità dell'organo giudicante non solo alle parti già in conflitto, ma anche verso gli interessi individuali di chiunque sia legittimato a intervenire nel procedimento²⁹² ai sensi dell'art. 35, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003.²⁹³ E' infatti evidente che l'intervento e la chiamata in causa di terzi non è compatibile con la nomina degli arbitri ad opera delle parti, che mal si concilia alle esigenze legate al litisconsorzio²⁹⁴.

Al riguardo, a chi scrive non pare dubbio che gli effetti positivi della scelta del legislatore della riforma di attribuire ad un soggetto estraneo alla società la nomina dell'intero collegio arbitrale, se per un verso alimenta le preoccupazioni di natura dogmatica legate ad una possibile diminuzione di intensità del consenso di chi è coinvolto nella lite, sacrificando il principio della libera e paritaria partecipazione delle stesse alla nomina degli arbitri, dal punto di vista pratico sia ragionevole soluzione al

²⁹¹Cabras, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, I, 563 ss

²⁹²Sul punto, è la stessa Relazione al d.lgs. n. 5 del 2003 a esplicitare che l'attribuzione del potere di designazione degli arbitri ad un terzo si propone di conseguire il "fine, attesa la pluralità di interessi direttamente o indirettamente coinvolti, di rendere possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale (e, nel caso questi rivestano la qualità di soci, anche a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c.).

²⁹³ Che ammette l'intervento di terzi a norma dell'art. 105 c.p.c. e l'intervento di altri soci a norma degli artt. 106 e 107 c.p.c., stabilendo come unico limite quello della mancata celebrazione della prima udienza di trattazione. Del resto, la stessa Relazione al d.lgs. n. 5 del 2003 esplicita che l'attribuzione del potere di designazione degli arbitri ad un terzo si propone di conseguire il "*fine, attesa la pluralità di interessi direttamente o indirettamente coinvolti, di rendere possibile senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale*".

²⁹⁴ Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717 ss., che evidenzia che in tema di impugnazione delle delibere, l'art. 35 rende possibile la proposizione dell'impugnazione in via di intervento nel processo arbitrale già esistente e facilita la riunione delle più impugnazioni separatamente proposte, poiché, essendo la nomina dei vari collegi arbitrali compito del terzo indicato nella clausola, questi presumibilmente nominerà lo stesso o gli stessi arbitri per tutte le impugnazioni proposte.

tema del frequente sbilanciamento tra le forze dei contendenti nelle questioni endosocietarie,²⁹⁵ garantendo la paritaria partecipazione delle parti alla procedura.

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 indipendenza²⁹⁶.

E' stata frequente, infatti, la "cattura" dell'organo societario nominante da parte del socio più forte (società o socio dominante che fosse), dimostrando, come spesso accade, che la mera attenzione alla rilevanza del consenso dei contendenti è talvolta nemica dell'effettiva parità di chi è coinvolto nel giudizio²⁹⁷..

²⁹⁵ Sul problema della nomina dei componenti del collegio dei probiviri, cui sia devoluta la competenza arbitrale o, più in generale, di un collegio arbitrale che debba decidere una controversia fra socio e società si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali tra cui: Cass. 7 febbraio 1968, n.404; Cass. 30 marzo 1981, n. 1826, in *Giust. civ.*, 1981, I, I, 2666 ss; Cass., 20 dicembre 1985, n. 6561, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 310. In dottrina: Paolucci, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*; in *Società*, 1993, 1040; Paolucci, *Validità delle clausole compromissorie degli statuti di cooperative*, in *Società*, 2001, 839.

²⁹⁶ Cass., 30 maggio 1984, n. 2680, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 10, con nota contraria di Silingardi, *L'arbitrato in materia societaria e la "linea di maggior rigore"*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 2 e nota favorevole di Pazzaglia, *Clausola compromissoria, statuto di società cooperativa e sindaci arbitri*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 126; Trib. Lecce, 7 gennaio 1989, in *Società*, 1989, 728; Trib. Milano, 21 aprile 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, 66; Trib. Monza, 11 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1988, 720.

²⁹⁷ La giurisprudenza ha dichiarato la nullità della clausola compromissoria che incarichi l'assemblea di designare il collegio arbitrale o che nomini i sindaci come arbitri, sul presupposto che in tale ipotesi il collegio arbitrale sia espressione diretta o indiretta del principio maggioritario. V. Cass. 21 giugno 1996, n. 5778, in *Notariato*, 1997, 223, con nota di Rizzi; Cass. 1 marzo 1995, n. 2304, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 473, secondo la quale "La clausola statutaria che devolva la risoluzione di determinate controversie tra la società ed i soci ad un collegio di probiviri senza prevedere la necessità di elezione del collegio stesso anche da parte del socio in lite è nulla per contrasto con l'inderogabile principio – applicabile anche all'arbitrato libero – secondo cui gli arbitri devono essere designati con il concorso

Certo non si può tacere che la devoluzione della nomina all'esterno è potenzialmente lesiva dell'interesse alla riservatezza della controversia.²⁹⁸ Vi è però da rilevare, da un lato, che la riservatezza è più legata alla qualità delle persone che non alla loro appartenenza o meno ad un organo della società; dall'altro, che lo statuto potrà, scegliendo bene il terzo nominante, individuare un soggetto che sia capace al contempo di garantire terzietà e di assicurare riservatezza. Anche in questo caso la riforma non appare aver deciso in modo inopportuno.

E' poi evidente come il nuovo modello di nomina produca effetti virtuosi soprattutto con riferimento all'ipotesi assai frequente di arbitrati plurisoggettivi, che rappresentano una non trascurabile parte degli arbitrati societari. I meccanismi di nomina tradizionale, infatti, si adattano assai più alle controversie bilaterali, attraverso il noto meccanismo delle clausole binarie, che non alle ipotesi di contendenti numerosi.²⁹⁹ La nomina da parte del soggetto estraneo alla società si traduce, almeno nelle ideali virtù, nell'individuazione di un vero e proprio collegio imparziale, risolvendo il delicato problema, di fatto e non di diritto, dei due arbitri "rappresentativi" dei due nominanti e del Presidente in funzione di garanzia, potenzialmente assai rilevante ai fini della tutela delle parti intervenienti escluse dalla nomina degli arbitri³⁰⁰.

A chi scrive sembra poi che la previsione del secondo comma dell'art. 34, che fonda il potere del presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha la propria

della volontà dei contraenti". Cass., 30 agosto 1999, n. 9114, in *Rep. Giur. it.*, 1999, voce "Arbitrato", n. 96; Cass., 20 dicembre 1985, n. 6561, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 3101; App. Lecce, 29 novembre 1997, in *Arch. Civ.*, 1999, 69, che non assumono a priori una posizione di chiusura, reputando che, per comminare la nullità, debba verificarsi nel caso concreto l'esistenza in forza delle modalità di nomina, di una situazione incompatibile con il requisito dell'imparzialità.

²⁹⁸ Corsini, *L'arbitrato nella riforma cit.*, 1293, ne tratta espressamente.

²⁹⁹ Sappiamo che la clausola binaria conferisce a ciascuna parte il diritto di nominare un arbitro e demanda la designazione del terzo membro del collegio all'accordo degli arbitri, ovvero ad un soggetto imparziale. Sul tema vedi Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, 212.

³⁰⁰ L'indipendenza e l'imparzialità del collegio arbitrale è altresì funzionale all'efficacia *ultra partes* del lodo. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze dell'annullamento di una delibera assembleare.

sede di nominare gli arbitri laddove il soggetto designato non provveda, renda meno significativo l'inciso "a pena di nullità" riferito alla clausola compromissoria che non conferisca ad un soggetto estraneo alla società detta nomina.

Malgrado il disposto normativo sia abbastanza equivoco, la sanzione della nullità della clausola compromissoria che non identifichi, in via preventiva, il soggetto estraneo alla società cui deve essere demandata la nomina del collegio appare eccessiva, potendosi in tale eventualità applicare, nello spirito del *favor arbitrati*, il diritto comune³⁰¹.

Le incertezze sono tuttavia superate se si considera che *ratio* dell'art. 34, secondo comma, è di sottrarre alle parti il potere di nomina e non di imporre detta nomina ad un terzo estraneo necessariamente individuato nella clausola, così concludendo che si dovrà ritenere nulla la clausola soltanto qualora in essa si conferisca il potere di nomina degli arbitri alle parti.³⁰² Al contrario, non sarà nulla la clausola che, nel sancire la devoluzione ad arbitri delle controversie, non indichi il terzo chiamato a nominarli. In tale caso, infatti, il collegio sarà composto da tre membri e gli arbitri saranno nominati dal Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la propria sede.

La necessaria estraneità del soggetto chiamato a nominare gli arbitri societari diventa di particolare rilevanza allorché la controversia abbia come parte la società, per l'evidente pericolo che la scelta possa ricadere su soggetti legati alla società e agli interessi di cui la stessa è portatrice (si pensi ad esempio, ad una associazione di

³⁰¹ Il rinvio è al quarto comma dell'art. 809 c.p.c. che rimette al Presidente del tribunale ove la società ha la propria sede legale la nomina dell'arbitro o dell'intero collegio arbitrale qualora la clausola non preveda né il numero degli arbitri (ed in tal caso questi saranno tre), né la loro nomina. Il secondo comma dell'art. 810 c.p.c. prevede che qualora la parte a cui è rivolto l'invito a nominare il proprio arbitro non provveda, la parte che ha rivolto l'invito ricorra al Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la propria sede perché provveda a tale nomina.

³⁰² Seguendo lo stesso ragionamento, non si ritiene nulla la clausola compromissoria statutaria che non indichi il terzo che debba provvedere a tale nomina, in quanto, in tale caso, secondo le disposizioni generali in materia di arbitrato, e in particolare dell'art. 810 c.p.c., la nomina del terzo proviene necessariamente dal Presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la propria sede.

categoria), situazione che potrebbe compromettere la necessaria equidistanza dei soggetti chiamati a decidere gli interessi in conflitto³⁰³.

Occorre pertanto soffermarsi sull'espressione "soggetto estraneo alla società".

Come attenta dottrina ha evidenziato,³⁰⁴ la norma parla di soggetto estraneo e non di soggetto terzo, ponendo l'accento più sull'estraneità della figura chiamata a nominare gli arbitri che non sulla sua imparzialità. Questa puntualizzazione pone dubbi sulla possibile nullità una clausola compromissoria che deferisca il potere di nomina ad un terzo estraneo alla società ma non indipendente rispetto ad essa. Chi scrive ritiene tuttavia che detta clausola conservi la sua validità, anche in ragione del fatto che, una volta concretamente nominato il collegio e verificata la non imparzialità degli arbitri, potrà essere esercitata l'azione di ricusazione. Così, l'accento viene giustamente posto non sull'imparzialità del terzo nominante, bensì su quella degli arbitri che dovranno giudicare: l'eventuale mancanza di neutralità, imparzialità ed equidistanza degli arbitri nominati dal terzo estraneo consentirà comunque alle parti di reagire mediante la proposizione dell'istanza di ricusazione *ex art. 815 c.p.c.*³⁰⁵, che, con la riforma introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006 ha fornito una specifica elencazione dei motivi di ricusazione degli arbitri.

In tal modo ben si comprende la ragionevolezza della giurisprudenza che ha affermato la validità della clausola arbitrale che riserva la nomina degli arbitri non ad una persona fisica ma ad un soggetto che rivesta una determinata carica, rilevando che il dato essenziale è rappresentato dalla estraneità della carica rispetto all'organizzazione societaria, non essendo necessario che la persona fisica che temporalmente l'assume sia imparziale rispetto alle parti contendenti³⁰⁶.

³⁰³ Soldati, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina*, in *Riv. arb.*, 2009, 2, 296.

³⁰⁴ Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285.

³⁰⁵ Ai sensi del terzo comma dell'art. 815 c.p.c. la ricusazione può essere proposta mediante ricorso al presidente del tribunale del luogo ove l'arbitrato ha la propria sede entro dieci giorni dalla notificazione della nomina dell'arbitro o della sopravvenuta conoscenza della clausola di ricusazione.

³⁰⁶ Trib. Milano, 18 luglio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 2, 313, con nota di Cerrato.

Ancora una volta il discorso condotto pone in evidenza il dato essenziale della riforma. Il legislatore ha preso atto da un lato, della frequente natura plurisoggettiva dei conflitti endosocietari; dall'altro, dello sbilanciamento delle forze dei contendenti.

La risposta è stata quella dell'arbitrato amministrato da organismi pubblici e privati, che, attraverso regolamenti adottati in ragione dell'esperienza dell'istituzione predisponente, garantisce certezza e funzionalità nella predisposizione e adempimento delle regole di svolgimento del processo arbitrale.³⁰⁷

Attraverso un'apposita organizzazione preposta alla fase di nomina del collegio arbitrale, tale scelta risulta idonea a soddisfare più agevolmente le esigenze richieste dall'art. 34, secondo comma, d.lgs. n. 5 del 2003³⁰⁸, permettendo agli arbitri di superare più agevolmente gli eventuali dubbi interpretativi connessi alla tipologia di arbitrato in presenza di una clausola compromissoria poco chiara, sia per quanto riguarda le materie compromettibili, che i soggetti coinvolti dalla clausola, nonché le formalità da seguire nell'ambito del procedimento arbitrale.³⁰⁹

Il ricorso all'arbitrato amministrato, pertanto, non soltanto garantisce la necessaria equidistanza tra le parti e il soggetto terzo chiamato a formare il collegio arbitrale ma agevola in termini di certezza lo svolgimento del procedimento arbitrale.³¹⁰

³⁰⁷ Bernini, *L'arbitrato amministrato. Il modello della Camera di Commercio internazionale*, Padova, 1996; Caponi, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di Commercio in Italia*, in *Riv. Arb.*, 2000, 667; E.F. Ricci, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano*, in *Riv. arb.*, 2003, 663.

³⁰⁸ Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, 165; Luiso, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, in *www.judicium.it*.

³⁰⁹ Peraltro, i regolamenti predisposti dalle camere di commercio, quali soggetti con esperienza comprovata nel settore commerciale e societario, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 34 e ss. d.lgs. n. 5 del 2003 sono stati aggiornati per essere efficaci in ambito di arbitrato societario, contribuendo a colmare le lacune lasciate dal legislatore delegato.

³¹⁰ Gennari, *L'arbitrato societario*, Padova, 2009, 62 ss., evidenzia che l'arbitrato amministrato costituisce una sorta di vero e proprio contratto definibile "di arbitrato" con il quale viene garantita la prestazione, dietro corrispettivo di tutti i servizi indicati nel regolamento, nonché la stipulazione dell'altro contratto, necessario per lo svolgimento della procedura, che è il mandato agli arbitri di

Si segnala poi che tra le novità introdotte dalla riforma dell'arbitrato cosiddetto "comune"³¹¹, il nuovo art. 832 del codice di procedura civile è oggi rubricato "dell'arbitrato secondo regolamenti precostituiti".

La norma, nell'attribuire la centralità del codice all'arbitrato amministrato,³¹² prevede che la clausola compromissoria possa far rinvio ad un regolamento arbitrale precostituito che può indicare casi ulteriori di ricusazione degli arbitri rispetto a quelli previsti dall'art. 815 c.p.c., nonché di loro sostituzione a massima garanzia dell'imparzialità del collegio.

Proprio al fine di prevenire possibili situazioni di conflitto e di garantire la necessaria imparzialità degli arbitri, la nuova norma preclude, infatti, alle istituzioni di carattere associativo e a quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali la possibilità di nominare arbitri nelle controversie che contrappongano i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a eventuali terzi. Ciò, anche quando tutte le parti abbiano conferito nella clausola compromissoria il potere di designare uno o più arbitri a questi enti associativi³¹³.

La norma, a ben considerare, non pare destinata a produrre effetti sostanziali, sia per la rarità delle situazioni di effettivo conflitto di interessi fra istituzione e parte del procedimento arbitrale, sia perché, con riferimento ad istituzioni di carattere associativo come le camere di commercio, la condizione di imparzialità è elemento essenziale per il perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente e per lo svolgimento della relativa attività di intervento nei procedimenti arbitrali dallo stesso amministrati.³¹⁴

definire la controversia. Cfr. Caponi, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, 1424, il quale ritiene che il contratto presenti gli elementi dell'appalto di servizi, del mandato con rappresentanza e dell'opera intellettuale.

³¹¹ Introdotta, come noto, dal d.lgs. n. 40 del 2006.

³¹² Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 59 ss.

³¹³ Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 414.

³¹⁴ Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato, op.cit.*, 415.

Il legislatore delegato, nel formulare il testo dell'art. 832, non ha dato sufficiente rilievo a due circostanze, che pure appaiono rilevanti. In primo luogo, l'imparzialità e l'equidistanza dai configgenti sono caratteri ontologici delle istituzioni rappresentative; in secondo luogo, appare doveroso ritenere presupposte e riconosciute l'equidistanza e l'imparzialità rispetto alle parti in conflitto tutte le volte in cui sono queste stesse a conferire nel patto compromissorio il potere di designare gli arbitri a tali soggetti³¹⁵.

4.3. *L'intervento*

Il secondo comma dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 consente nel procedimento arbitrale l'intervento volontario di terzi a norma dell'art. 105 c.p.c. e quello coatto dei soci ai sensi degli articoli 106 e 107 c.p.c.³¹⁶

La norma separa in maniera netta la disciplina dell'intervento nell'arbitrato societario dall'arbitrato comune, liberalizzandolo al massimo e ponendovi il solo limite temporale della prima udienza di trattazione.

Sebbene all'epoca dell'entrata in vigore dell'arbitrato societario la norma rappresentasse una deroga alla disciplina del codice di rito, tuttavia con la riforma operata dal d.lgs. n. 40 del 2006 il legislatore, nell'introdurre il nuovo art. 816 *quinquies*, ha dettato nuove regole per l'arbitrato multiparti e per l'intervento dei terzi anche nel procedimento arbitrale cosiddetto comune, oggi ammessi previo accordo delle parti e il consenso degli arbitri.

Il primo periodo della disposizione risulta assai generico, poiché non fa riferimento al tipo di intervento di terzi che può essere svolto in arbitrato societario, limitandosi a rinviare, all'art. 105 del codice di rito³¹⁷.

³¹⁶ i quali, pur avendo aderito all'accordo compromissorio in quanto membri della società, non sono parti del giudizio.

³¹⁷ Nella genericità della disposizione si ritengono senza dubbio consentite tutte e tre le ipotesi di intervento contemplate dall'art. 105 c.p.c.: principale, litisconsortile ed adesivo. Il terzo può quindi imporre alle parti originarie l'ampliamento del dibattito processuale, facendo valere un proprio diritto

Il prosieguo dello stesso secondo comma dell'art. 35 prevede l'ammissibilità dell'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 del codice di procedura civile che, come noto, sono dedicati all'intervento coatto su chiamata.

Ciò che risalta è l'omissione di qualsiasi riferimento al consenso, tanto delle parti del procedimento iniziato,³¹⁸ tanto dei terzi che, non avendo sottoscritto la clausola compromissoria, non hanno espressamente manifestato la propria volontà al giudizio arbitrale³¹⁹.

La mancata previsione di qualsivoglia forma di espressione della volontà dei soggetti già coinvolti nel procedimento arbitrale, discostandosi dalla previsione dell'art. 816 *quinquies*, ha sollevato, in relazione all'intervento di terzi, problemi di rilevanza costituzionale, nonché ampi dibattiti dottrinali in relazione all'intervento coatto dei soci.³²⁰

nei confronti di tutti i contendenti o solamente di alcuni di essi. Non gli è consentito tuttavia allargare il *thema decidendum* tanto da provocare il giudizio su un quesito non coperto dalla clausola statutaria, ancorché la sua pretesa possa essere connessa alle liti in essa ricomprese. L'interveniente può però anche limitarsi a sostenere le ragioni di una delle parti aggravando così la posizione difensiva dell'altra, senza estendere l'oggetto della lite. Sul punto, Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1295.

³¹⁸ La disposizione, prima dell'introduzione dell'art. 816 *quinquies* introdotto dalla richiamata novella del 2006, aveva portata assolutamente innovativa e derogatoria all'arbitrato comune. In concreto, qualsiasi soggetto terzo estraneo alla società può decidere di sottoporsi volontariamente alla clausola compromissoria societaria, decidendo di intervenire nel procedimento arbitrale, facendo valere un diritto relativo all'oggetto del giudizio.

³¹⁹ Non è solo il carattere giurisdizionale dell'arbitrato societario a venire in evidenza, ma anche il differente tenore della disciplina rispetto all'art. 816 *quinquies* c.p.c. che ammette l'intervento volontario o la chiamata in causa di un terzo in arbitrato comune soltanto con l'accordo delle parti e con il consenso degli arbitri.

³²⁰ Per la tesi che consente alle parti di chiamare in causa direttamente altri soci senza autorizzazione degli arbitri, Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 428; Cfr. Biavati, Commento all'art. 35, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004, 53 ss, che ritiene debba sussistere sempre l'autorizzazione del collegio all'intervento.

Qualora poi si ritenesse che la mancata previsione dell'accordo delle parti e del consenso degli arbitri all'intervento del terzo *ex art. 35* sia superato con l'applicazione dell'art. 816 *quinquies* all'arbitrato societario, il rinvio alla disciplina del codice di rito, in quanto compatibile, è stato messo in discussione a seguito dell'abrogazione del processo societario e, in particolare, all'art. 1, comma quarto del d.lgs. n. 5 del 2003³²¹.

Per quanto riguarda il termine per l'intervento, il rapporto fra arbitrato comune e arbitrato societario è opposto, dal momento che soltanto quest'ultimo lo specifica, ponendo il limite della prima udienza di trattazione.

La diversità della disciplina dell'intervento nel giudizio arbitrale societario rispetto all'art. 816 *quinquies* c.p.c. va letta in ragione della logica del gruppo sociale, del carattere plurisoggettivo delle liti societarie, della necessità di unire intorno ad un unico centro decisionale le diverse controversie, quali condizioni che richiedono una connotazione meno consensualistica dell'istituto arbitrale (da ciò, l'omissione del consenso delle parti e degli arbitri per l'intervento di terzi nell'arbitrato societario) e l'immissione di strumenti paragiurisdizionali nella struttura del relativo procedimento (come, nel caso specifico, la previsione di un termine entro cui intervenire).

Tuttavia nel procedimento arbitrale le modalità di avvio possono essere molteplici, così che si pone la necessità per le parti di prevedere una specifica "prima udienza di trattazione" al fine di consentire l'intervento nel giudizio arbitrale.

Normalmente la prima udienza di trattazione coincide con quella che nel processo ordinario di cognizione è regolata dall'art. 183 c.p.c., decisa dagli arbitri nella prima riunione fissata per la costituzione del collegio arbitrale³²².

³²¹ Esclude che all'arbitrato societario si applichino, in mancanza del richiamo al consenso delle parti e degli arbitri all'intervento, le disposizioni del codice di rito, stante l'abrogazione dell'art. 1, comma quarto, d.lgs. n. 5 del 2003 Tamponi, *L'arbitrato societario dopo l'abrogazione del processo commerciale*, in Riv. dir. proc., 2010, 550.

³²² Sotto un profilo pratico, dunque, il collegio potrà costituirsi formalmente dopo la notifica della domanda di arbitrato e la designazione degli arbitri da parte del terzo estraneo, prendendo atto, in tale momento, di eventuali interventi e disponendo eventuali chiamate di soci, su istanza di parte o d'ufficio. A seguito di tale formalità il collegio fisserà l'udienza di inizio della trattazione.

Con il nuovo art. 816 *bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006, è ora consentito alle parti, nell'arbitrato comune, di stabilire le regole del giudizio arbitrale purché prima dell'inizio del procedimento. Ancora una volta, il rapporto di specialità tra arbitrato societario e arbitrato comune ha indotto gli interpreti a ritenere che tale disposizione si applichi anche all'arbitrato societario, ove questo non contenga specifiche norme derogatorie,³²³ ammettendo così la possibilità che la prima udienza di trattazione sia indicata nella stessa convenzione arbitrale societaria. Anche in questo caso, tuttavia, varranno le obiezioni sollevate a seguito dell'abrogazione dell'art. 1, d.lgs. n. 5 del 2003.

Il vincolo di tutte le parti alla convenzione arbitrale e la necessità che i convenuti si accordino per nominare gli arbitri è stato superato dal secondo comma dell'art. 34, che rimettendo ad un terzo estraneo alla società la nomina del collegio arbitrale, diviene funzionale all'intervento dei terzi in quanto, garantendo una sorta di "par condicio" fra le parti nella scelta arbitrale, trasforma la clausola compromissoria in una sorta di clausola aperta, cui il terzo può liberamente aderire³²⁴.

Venendo poi agli aspetti più strettamente sostanziali, occorre stabilire chi sono i possibili intervenienti.

Per ciò che riguarda l'intervento coatto, come esplicitamente dispone la norma, gli intervenienti possono essere soltanto i soci, che essendo vincolati dalla clausola compromissoria, sono soggetti alla sua efficacia. Si tratta infatti di soggetti già parti del patto compromissorio e chiamati in giudizio al fine dell'estensione degli effetti del giudicato³²⁵. Tuttavia la lettera della norma, laddove si riferisce ai "soci", va intesa nel più ampio senso di ricomprendere, oltre che i soci, anche la società, anch'essa vincolata dal patto compromissorio.

Appare tuttavia problematica l'applicazione all'arbitrato societario dell'art. 107 c.p.c. che dispone l'intervento coatto per ordine del giudice. Infatti, il rinvio recettizio all'art. 270, secondo comma, c.p.c., che prevede la cancellazione della causa

³²³ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 133 ss.

³²⁴ Così Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario cit.*, 1295.

³²⁵ Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717.

dal ruolo qualora le parti non provvedano alla citazione del terzo per ordine del giudice, sia difficilmente adattabile al procedimento arbitrale societario³²⁶. Si ritiene pertanto che l'applicazione dell'art. 107 c.p.c. abbia un ambito dubbio e comunque limitato alla possibilità che l'arbitro, qualora ritenga opportuno chiamare in causa altri soci, potrà indicarlo alle parti, restando però sempre a queste ultime la scelta se attivarsi o meno.

Per quanto riguarda l'intervento volontario di cui all'art. 105 c.p.c., tale individuazione necessita un'indagine sul significato "terzi", vale a dire se l'estraneità vada riferita alla controversia o alla clausola³²⁷.

Chi scrive condivide le posizioni della dottrina prevalente che ritiene che il terzo interveniente può essere anche estraneo alla clausola compromissoria purché portatore di una posizione soggettiva connessa a quella delle parti principali tali da escluderne l'estraneità alla lite.³²⁸ Se il processo arbitrale è infatti destinato a produrre i suoi effetti nei confronti di un terzo, questi potrà scegliere o di aspettare e attivarsi con il rimedio impugnatorio dell'opposizione di terzo revocatoria oppure di intervenire nel procedimento arbitrale *ex art. 105*, secondo comma, c.p.c.

³²⁶ Nel caso le parti del giudizio arbitrale non provvedano alla chiamata del terzo per ordine del giudice, escludendo la cancellazione della causa dal ruolo, si verificherà piuttosto l'estinzione del processo arbitrale o un lodo in cui gli arbitri rifiutino di pronunciarsi nel merito della causa.

³²⁷ Biavati, *Commento all'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 cit.*, 51, che ritiene esatto vedere nel terzo interveniente anche un soggetto estraneo alla clausola, sebbene ciò arrechi un vulnus alla tradizionale struttura dell'arbitrato.

³²⁸ Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società cit.*, 426; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 530; Corsini *L'arbitrato nella riforma del diritto societario cit.*, 1295. Tale conclusione si fonda anche sul presupposto che fanno parte dei terzi anche gli amministratori i liquidatori e i sindaci che tali sono rispetto alla clausola ma non rispetto alle possibili controversie. Sul punto Biavati, *Commento all'art. 35, d.lgs. n. 5 del 2003 cit.*, 51, che evidenzia che ai sensi dell'art. 34, quarto comma, gli amministratori, liquidatori e sindaci sono "solo facoltativamente vincolati dalla clausola compromissoria...Vi è quindi una ragione logica per cui tali soggetti possano intervenire volontariamente nei casi in cui la clausola non li vincola."

Nell'ipotesi di intervento così detto "innovativo", la dottrina ha ritenuto che qualora il terzo faccia valere una situazione giuridica soggettiva non rientrante nei limiti del patto compromissorio sia necessario il consenso delle parti già costituite al fine di superare l'evidente problema di efficacia oggettiva del patto compromissorio³²⁹.

L'intervento di terzi non soci si ritiene ammesso ai creditori sociali, ai coobbligati passivi di una delle parti, e a tutti coloro che risultano muniti di uno specifico interesse in relazione all'oggetto del giudizio arbitrale.³³⁰

Nell'interpretazione della giurisprudenza arbitrale è infatti vastissima l'estensione della possibilità di intervento nell'arbitrato societario. E' stato deciso, ad esempio, che ai sensi del secondo comma dell'art. 35 sarebbe consentito ogni tipo di intervento, relativo a domande autonome o a litisconsortili, con l'unico limite dell'astratta riconducibilità della domanda alla clausola arbitrale societaria.³³¹ Così, rientrerebbe nell'ambito della clausola societaria anche ogni pretesa risarcitoria proposta dal terzo interveniente per inadempimento del socio³³².

³²⁹ Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 437 il quale considera che l'intervento innovativo deve essere accettato dalle parti costituite "perché queste non sono certo costrette a litigare col terzo di fronte all'arbitro in ordine ad un effetto giuridico che non è stato oggetto del patto compromissorio".

³³⁰ Si pensi alle azioni di responsabilità promosse contro gli amministratori al fine di ottenere il risarcimento dei danni, laddove il creditore sociale potrà intervenire nel procedimento arbitrale qualora vi sia il pericolo che il patrimonio sociale non sia sufficiente. Qualora l'arbitrato abbia ad oggetto l'impugnazione di una delibera assembleare, si può ipotizzare anche l'intervento di un'*Authority* eventualmente preposta al controllo delle società. Sul punto v. Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario cit.*, 1295, il quale, prendendo ad esempio l'Isvap o la Banca d'Italia, esclude la Consob, per l'esplicita esclusione delle società quotate dall'ambito di applicazione dell'arbitrato societario.

³³¹ Lodo arbitrale 29 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 493.

³³² Sono state ricondotte alla clausola arbitrale anche fattispecie complesse quali le clausole di co-vendita, con ampio potere del collegio di valutare anche le questioni delicate attinenti alla legittimità dell'effetto espropriativo delle condizioni di *drag-along*. Sul punto, Giampaolino, Clausola di co-vendita (*drag-along*) ed "equa" valorizzazione dell'azione, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 523 ss..

4.4. *Le questioni incidentali. Il potere cautelare di sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari*

Prima della modifica ad opera del d. lgs. n. 40 del 2006, l'art. 819 c.p.c. escludeva che gli arbitri potessero conoscere, anche incidentalmente, materie non compromettibili. Era loro imposto di sospendere il procedimento ogniqualvolta avessero ritenuto che il giudizio ad essi affidato dipendeva dalla definizione di tali questioni. In tale ipotesi, la competenza dell'arbitro era preclusa non dal fatto che la questione non fosse oggetto di compromesso, ma per *l'incompromettibilità in sé* della questione, stabilita per legge. Per tale motivo l'arbitro non poteva conoscere neppure *incidenter tantum* di dette questioni.

Ciò rende evidente la grande portata innovativa del terzo comma dell'art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003 che, escludendo per l'arbitrato da 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 ordinario³³³.

³³³ Sulla esegesi dell'art. 35, comma 3, si sono riscontrati contrasti tra i commentatori in relazione al problema della compromettibilità delle controversie societarie. Parte di dottrina ritiene che l'innovazione vada interpretata in connessione con l'art. 34, primo comma, che riafferma la necessaria disponibilità dei diritti devoluti ad arbitri, limitando il loro potere alla decisione di questioni pregiudiziali, anche non compromettibili, unicamente *incidenter tantum*, ai soli fini cioè della decisione del diritto oggetto di causa. Secondo questa prima interpretazione, nessuna deroga sussisterebbe in relazione al criterio della disponibilità dell'oggetto della controversia devoluta agli arbitri (Biavati, *Commento all'art. 35*, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004; La China, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 717). Altra dottrina ritiene invece che attraverso questa norma sia definitivamente tramontato il criterio della disponibilità, in quanto verrebbe sancito il potere di decidere con efficacia vincolante su diritti pregiudiziali non compromettibili (Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443.)

Pertanto, mentre nell'arbitrato comune *ante* riforma gli arbitri non potevano conoscere di materie non transigibili, neppure quando costituivano questioni incidentali, con il conseguente obbligo di sospendere il procedimento in attesa della decisione del giudice ordinario su tale questione, in ambito societario il collegio è stato fin dal principio autorizzato a conoscere tutte le questioni incidentali sorte, anche se concernenti diritti indisponibili.

La deroga all'art. 819, primo comma, c.p.c. ha perduto la sua portata di specialità e derogatoria con la riforma dell'arbitrato comune, che ha riconosciuto agli arbitri il potere di conoscere materie non compromettibili allorché “costituiscano pregiudiziali di merito da non decidersi *ex lege* con autorità di giudicato”³³⁴.

La riforma attuata dal d.lgs. n.40 del 2006 ha dunque contribuito a uniformare le due tipologie di arbitrato, attenuando la portata speciale dell'arbitrato societario e prevedendo che a quest'ultimo si applichino le limitazioni previste dal secondo comma del nuovo art. 819 c.p.c. Per una difformità che sparisce, dunque, nascono alcuni problemi interpretativi e sistematici.

Alla luce di quanto previsto dall'art. 819, comma 2, infatti, vi sono tre distinte ipotesi. La prima è quella della questione pregiudiziale non compromettibile, che, sebbene possa oggi essere conosciuta dagli arbitri, non può essere decisa con effetto di giudicato. La seconda è quella della questione pregiudiziale che sia resa su materia che può costituire oggetto di arbitrato (e quindi compromettibile) e che sia effettivamente prevista come tale nella convenzione arbitrale; nel qual caso, il giudicato si forma su mera richiesta in tal senso di una parte. La terza è quella della questione pregiudiziale, astrattamente compromettibile, ma vertente su materia non prevista dalla convenzione arbitrale, che può assumere effetto di cosa giudicata soltanto con il consenso di tutte le parti.

Poiché le regole specifiche dell'arbitrato societario prevedono la conoscibilità *incidenter tantum* delle pregiudiziali di merito ma nulla dicono in merito alla possibilità

³³⁴ Tamponi, *L'arbitrato societario dopo l'abrogazione del processo commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 550.

che la decisione assuma i caratteri del giudicato, si deve dunque comprendere se il secondo comma dell'art. 819 c.p.c. possa applicarsi anche all'arbitrato societario.

Come si è già posto in evidenza, la soppressione dell'art. 1, comma 4, d. lgs. n. 5 del 2003, ha fatto cadere il rinvio recettizio all'art. 819, così che, esclusa una sua applicazione diretta, l'estensione del suo contenuto appare possibile soltanto in via di interpretazione estensiva o per analogia.

A chi scrive pare che vi siano ragioni sufficienti a giustificare detta interpretazione estensiva. In primo luogo, non può non assumere rilievo la circostanza che il procedimento arbitrale societario è all'origine della modifica dell'arbitrato comune, così che sembrerebbe illogico pensare che la riforma del primo, che costituisce l'anima e l'impulso di quella del secondo, trovi ad essere monca di un'importante ed efficace strumento quale quello del giudicato della cosa decisa in via pregiudiziale.

In secondo luogo, l'arbitrato societario conosce cautele sufficienti ad evitare il rischio derivante dal giudicato formatosi sulle questioni pregiudiziali, quali la decisione necessariamente secondo diritto e l'impugnabilità del lodo per violazione di legge³³⁵.

³³⁵ Come opportunamente evidenziato da un'attenta dottrina (Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 163), è interessante richiamare un lodo arbitrale emerso prima della novella del 2006, concernente una questione pregiudiziale avente ad oggetto la violazione di una clausola di prelazione e conseguente cessione di quota illegittima, da cui era derivata eccezione di illegittima espressione del voto in assemblea. Il collegio ha tuttavia ritenuto che la questione relativa al terzo cedente le quote non potesse essere decisa neppure *incidenter tantum* in quanto relativa a soggetti e temi esterni alla clausola compromissoria e che dovesse essere conosciuta, comunque, con effetti di giudicato. L'autore, prendendo le mosse da questa decisione, evidenzia che in ambito societario il secondo comma dell'art. 819 c.p.c. "deve necessariamente essere adeguata con l'estensione oggettiva e soggettiva che si intende dare alla clausola contenuta nello statuto, soprattutto in relazione alle controversie che coinvolgono i soci, anche quando derivino da questioni attinenti a patti parasociali o a contratti di cessione di quote". Il lodo riportato dall'A. è pubblicato con nota di Ferri, *Limiti oggettivi della cognizione arbitrale e questioni pregiudiziali di merito non compromettibili*, in *Riv. arb.*, 2004, 789.

Venendo alla tutela cautelare, l'art. 35, quinto comma, dispone che “la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669 *quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera”.

Come è stato evidenziato da un'attenta dottrina³³⁶, la norma contiene due disposizioni significative, la prima delle quali è riferita all'arbitrato irrituale il quale, come peraltro affermato dalla giurisprudenza costituzionale, non è di impedimento alla tutela cautelare³³⁷ da parte dell'autorità giudiziaria. Con questa previsione, dunque, il decreto legislativo ha apportato una grande innovazione ammettendo la tutela cautelare anche per l'arbitrato così detto “libero”.

La stessa dottrina ha poi messo in evidenza³³⁸ che la norma deve essere necessariamente 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. Alla luce di tale disposizione si ritiene che nell'ambito di un procedimento arbitrale, tutte le volte in cui vi sia necessità di ricorrere alla tutela cautelare, l'istanza va rivolta al giudice togato competente per il merito, ai sensi dell'art. 669 *quinquies* c.p.c.³³⁹

³³⁶ Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario cit.*

³³⁷ Corte cost., 5 luglio 2002, n. 320, in *Riv. arb.*, 2002, 503, con nota di Sassani, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale.*

³³⁸ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 165.

³³⁹ Tenendo conto nel necessario collegamento con quanto disposto dall'art. 669 *octies* c.p.c., appare giustificato il rilievo che è stato avanzato circa la complessa distinzione tra provvedimenti conservativi e provvedimenti anticipatori, non trovando una ragionevole giustificazione il fatto che si sia deciso di non estendere al giudice arbitrale la nuova ampiezza dei poteri cautelari riconosciuti al giudice togato (ancora, Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 166, che pone come esempio paradigmatico il caso deciso dal Trib. Siracusa, 31 gennaio 2007, in *Vita not.*, 2007, 2, 753, che ha negato natura

La seconda parte dell'art. 35, quinto comma, rappresenta la deroga a tale disposto in quanto si prevede che qualora la controversia abbia ad oggetto la validità delle delibere assembleari, la relativa devoluzione in arbitrato attribuisce agli arbitri il potere di disporre la sospensione degli effetti con ordinanza non reclamabile.

Anche con riferimento alla sospensione delle delibere assembleari si pone la questione della dimensione della eccezione alla previsione generale dell'art. 818 c.p.c.. Si tratta di un ambito di particolare delicatezza, con riferimento al quale, come è stato osservato³⁴⁰, vi sono due nodi interpretativi da sciogliere. Il primo attiene alla relazione tra la tutela cautelare nell'arbitrato e la tutela cautelare davanti al giudice togato, dovendosi comprendere se l'attribuzione agli arbitri del potere di sospendere le delibere sia da ritenersi esclusiva ovvero se con essa concorra la tutela cautelare giurisdizionale.

La questione è stata già oggetto di giudizio. Il Tribunale di Milano, con sentenza 17 marzo 2009, ha riconosciuto che, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 35, comma 5, sussista oggi la cognizione cautelare esclusiva in capo agli arbitri in materia di sospensione dell'efficacia della delibera impugnata. Nella stessa pronuncia, tuttavia, è chiaramente statuito che detta cognizione esclusiva possa dirsi sussistente soltanto dopo il momento della costituzione del collegio arbitrale, sussistendo in precedenza la competenza del giudice a provvedere sull'istanza di sospensione.

Il segno della sentenza si colloca nel solco tracciato dal legislatore della riforma, che, come si è più volte affermato, tende a considerare il procedimento arbitrale societario come un procedimento tendenzialmente esclusivo ed autosufficiente³⁴¹. Non è tuttavia mancato chi ha posto in evidenza come nulla nel dettato, pur non del tutto felice dell'art. 35, autorizzi a leggere l'esclusione dal potere

anticipatoria della revoca cautelare degli amministratori di una società a responsabilità limitata, quando l'obiettivo dell'azione di merito è quello dell'esercizio dell'azione di responsabilità, in ragione della diversità tra revoca e responsabilità).

³⁴⁰ Villa, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2009, 312.

³⁴¹ Arieta-De Santis, *Diritto processuale cit*, 663; Nela, *Il nuovo processo societario cit.*, 1005.

cautelare del giudice ordinario.³⁴² Al contrario, l'esclusione del potere cautelare del giudice determinerebbe un sostanziale vuoto di tutela nell'ipotesi in cui pur essendo già pendente il giudizio arbitrale, non sia ancora stato costituito il collegio arbitrale (circostanza niente affatto rara nel procedimento arbitrale, in cui "sebbene non sia ancora venuto in essere l'organo giudicante (arbitrale), già pende la causa di merito).³⁴³

Osserva, al riguardo, un'altra dottrina di segno parzialmente differente, che una siffatta rischiosa lacuna di tutela può essere colmata unicamente ritenendo sussistente la competenza dell'autorità giudiziaria. Questa, pur riconoscendo l'esistenza del problema e fondando il proprio ragionamento sul collegamento tra l'art. 35, comma 5 e l'art. 2378 c.c., ritiene che la concorrenza tra il potere cautelare del giudice e quello degli arbitri sia soltanto apparente, dal momento che la competenza del primo "rimane esclusiva fintanto che il collegio arbitrale non è definitivamente operativo"³⁴⁴.

L'argomento è del tutto convincente. Di concorrenza nella tutela cautelare si potrebbe parlare soltanto laddove il potere d'intervento fosse contemporaneamente riconosciuto tanto al collegio arbitrale quanto al giudice ordinario, rendendosi sostanzialmente alternativo il ricorso all'uno o all'altro per sospensione della medesima delibera. Così non è. Se è vero che il giudizio arbitrale può dirsi pendente fin dal momento della domanda arbitrale, è anche vero che non può ritenersi sussistente il potere cautelare degli arbitri fintanto che questi non siano entrati nel pieno delle loro attribuzioni; il che accade nel momento della costituzione del collegio. Ciò che conta, quindi, è che nel lasso di tempo intercorrente tra la domanda e la costituzione del collegio sia garantita tutela cautelare e che questa, non esistendo ancora il collegio, sia garantita dall'unico giudice in quel momento esistente: il giudice togato.

Le due posizioni dottrinali non appaiono pertanto in contrasto. Il giudice arbitrale è davvero l'unico titolare del potere cautelare; ciò, però, soltanto dal

³⁴² Villa, *loc.cit.*

³⁴³ Villa, *loc. cit.*, 313.

³⁴⁴ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 175.

momento dell'effettiva pienezza dei suoi poteri. Prima, non potendosi accettare nemmeno un breve arco temporale privo di qualsiasi forma di tutela, il potere di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare non può che spettare al giudice dello Stato. Non di vera concorrenza si tratta, bensì di una sorta di passaggio di consegne, caratterizzato da un "interregno" in cui il giudice della tutela *ante causam* (il giudice ordinario) continua ad esercitare le proprie attribuzioni fino all'insediamento del nuovo giudice (il collegio arbitrale).

Occorre infine rilevare che prima della riforma dell'arbitrato comune, la dottrina aveva posto in evidenza una certa distonia nel collegamento tra la disciplina dell'intervento nell'arbitrato societario e quella generale sull'arbitrato internazionale³⁴⁵. Infatti, l'art. 35, comma 3, dispone che nel procedimento arbitrale societario «non si applica l'art. 819, primo comma, del codice di procedura civile; tuttavia il lodo è sempre impugnabile, anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'art. 838 del codice di procedura civile, a norma degli articoli 829, primo comma, e 831 dello stesso codice».

Ora, la norma è stata dettata in vigenza della vecchia disciplina codicistica sull'arbitrato che prevedeva, da un lato, una sostanziale sottrazione al giudice arbitrale della conoscenza delle questioni incidentali; dall'altro, regole peculiari per l'arbitrato internazionale. La riforma del 2006, come si è visto, ha esteso all'arbitrato comune la conoscibilità delle questioni incidentali introdotte dalle norme sull'arbitrato societario, così che il rinvio operato dall'art. 35 all'art. 819 c.p.c. appare oggi privo di contenuto sostanziale, come anche l'inciso sull'impugnabilità del lodo.

Allo stesso modo, è venuto meno il significato precettivo dell'inciso «anche in deroga a quanto previsto per l'arbitrato internazionale dall'art. 838 del codice di procedura civile», essendo stato, quest'ultimo, abrogato dall'art. 28 d. lgs. n. 40 del 2006, che ha ricondotto l'arbitrato internazionale nell'alveo della disciplina dell'arbitrato comune.

³⁴⁵ Zucconi Galli Fonseca, *Sub art. 36 cit.*, 72.

4.5. *Efficacia e impugnazione del lodo*

Le considerazioni che si sono svolte in merito all'intervento nel procedimento e alla disciplina delle questioni incidentali hanno già posto in luce come l'intenzione del legislatore sia stata quella di rendere l'arbitrato societario il più simile possibile al processo ordinario di cognizione. Delle ragioni, si è detto: la frequente plurisoggettività delle controversie e la potenziale estensione del *decisum* nei confronti di interessi estranei alle parti impongono, per ragioni sostanziali di giustizia, tutele che non sono (*rectius*, non erano) a pieno garantite dal modello arbitrale comune.

La dottrina più accreditata ha posto in luce come anche l'ambito della decisione degli arbitri sia ispirata al medesimo intento³⁴⁶. Ne è prova quanto dispone l'art. 36, laddove afferma che anche qualora la clausola compromissoria autorizzi gli arbitri a decidere secondo equità o con lodo non impugnabile, questi sono comunque tenuti a decidere secondo diritto e con lodo impugnabile in tutte le ipotesi in cui, ai fini della decisione, abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.

Si tratta, dunque, di due distinte ipotesi di inderogabilità al modello di decisione secondo diritto, ma l'effetto è quello comune di rendere il più "giurisdizionale" possibile il procedimento e la decisione. La prima delle due ipotesi investe la conoscibilità *incidenter* di questioni non compromettibili. Se la scelta compiuta è stata quella di renderle conoscibili dagli arbitri, anziché imporre la sospensione del procedimento in attesa della loro soluzione da parte del giudice, essa appare bilanciata dall'imposizione della decisione secondo diritto e dalla indefettibile impugnabilità del lodo, così che al collegio arbitrale siano imposte i medesimi vincoli che avrebbe il giudice ordinario chiamato a conoscere delle questioni non compromettibili a lui devolute dagli arbitri.

Nel caso delle controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari sono ancor più evidenti la volontà del legislatore e la *ratio* che l'anima. Le

³⁴⁶ Biavati, *Commento cit.*, 69; Ruffini, *La riforma cit.*, 1532.

delibere dell'assemblea sono per natura atti destinati ad incidere su più soggetti. Ciò, anche quando si riferiscano direttamente (ed apparentemente) ad una sola persona, (socio, amministratore o altri), dal momento che coinvolgono la volontà dell'organo rappresentativo di tutti i soci e dal momento che gli effetti, espressamente o mediamente, si producono nei confronti dell'intera compagine societaria³⁴⁷. In questa ipotesi, la decisione secondo diritto e la sua impugnabilità sono poste a garanzia dei terzi per le ragioni di cui si è trattato in occasione dell'analisi della disciplina dell'intervento nel procedimento arbitrale.

Non vi è dubbio, peraltro, che l'imposizione della decisione secondo diritto e della sua impugnabilità rappresentino una compressione della volontà dei contraenti che abbiano manifestato preferenza espressa per il modello arbitrale secondo equità. Si deve dunque ritenere che l'art. 36 sia da interpretarsi in modo stretto e rigoroso. Così, come è stato autorevolmente osservato, perché la decisione sia secondo diritto e il lodo sia impugnabile nonostante la contraria previsione della clausola statutaria, è necessario che la questione incidentale attinente a materia non compromettibile sia effettivamente condizionante il lodo³⁴⁸.

In merito all'ipotesi dell'arbitrato sulle delibere assembleari, si è invece posta una questione più intimamente connessa al loro oggetto sostanziale. Al riguardo, infatti, vi è chi ha ritenuto che l'imposizione dell'arbitrato secondo diritto e l'impugnabilità del lodo, unitamente all'avere, l'art. 36, trattato delle delibere in questione insieme alla conoscibilità incidentale delle questioni non compromettibili, inducano a ritenere compromettibili tutte le delibere assembleari, incluse quelle inerenti a materie non disponibili o transigibili. Ciò, in deroga a quanto generalmente disposto dall'art. 34³⁴⁹.

³⁴⁷ È il caso, ad esempio, della delibera che accerta l'esistenza o l'insussistenza delle ragioni giustificatrici del recesso del socio, che produce l'effetto di incidere sull'azionariato e sul capitale sociale.

³⁴⁸ Luiso, *Appunti cit.*, 705 ss.

³⁴⁹ Biavati, *Commento cit.*, 70; Ricci, *Il nuovo arbitrato societario cit.*, 517; Luiso, *Appunti cit.*, 709; Auletta, *Dell'arbitrato cit.*, 333.

Ad avviso di un'altra dottrina, invece, il tenore dell'art. 36 non sarebbe comunque tale da considerare attratte nella sfera dell'arbitrato controversie attinenti a materie non disponibili³⁵⁰.

Chi scrive ha già in precedenza avuto modo di osservare come sia preferibile la prima tesi, che proprio dalle cautele imposte dall'art. 36 parrebbe trarre conferma. Infatti, la scelta di imporre la decisione secondo diritto anche in difformità da quanto dichiarato nella clausola compromissoria e di imporre l'impugnabilità del lodo trova giustificazione nella ricordata necessità di circondare di adeguate garanzie il giudizio su materie non compromettibili; garanzie che sono volte a rendere quest'ultimo il più simile possibile a quello avanti la giustizia ordinaria.

In merito al tema più generale dell'efficacia del lodo, la disciplina dell'arbitrato societario contiene solo un'espressa regola, in virtù della quale «le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società» (art. 35, comma 4).

È ovviamente da ritenere che la previsione sia destinata a regolare l'ipotesi in cui la società sia stata estranea al giudizio arbitrale, dal momento che essa appare del tutto superflua nel caso in cui la società sia parte del giudizio.

La *ratio* ispiratrice della norma dev'essere rinvenuta nella natura fisiologicamente plurisoggettiva di gran parte delle controversie in materia societaria, di cui si è più volte parlato in precedenza e che si è detto ispirare l'intero intervento riformatore. La più accreditata dottrina processualistica ha efficacemente parlato di «una sorta di immanenza della componente superindividuale nelle controversie societarie»³⁵¹.

È vero, al proposito, che l'efficacia del lodo verso terzi può considerarsi accettabile soltanto nella stessa misura in cui questo potrebbe subire un atto di disposizione delle parti che avesse identico contenuto³⁵², così da evitare che il lodo possa arrivare dove nemmeno una sentenza potrebbe giungere. È però altrettanto vero che la necessaria previsione della clausola arbitrale nell'atto costitutivo o nello

³⁵⁰ Ruffini, *Il nuovo arbitrato cit.*, 499.

³⁵¹ Biavati, *Commento cit.*, 59.

³⁵² Luiso, *Appunti cit.*, 717.

statuto parrebbe indurre a ritenere che la società *in se* intesa abbia voluto ed accettato quell'effetto, non potendosi ammettere che l'atto costitutivo ignorasse l'effetto imposto dall'art. 35, comma 4. In tal modo, al lodo è concessa efficacia reale (quella che solo può discendere dall'imporsi alla società anche quando la controversia incorra tra soci), essendo tuttavia salvo il principio della volontà del terzo come condizione per la produzione di effetti nei suoi confronti. La società, nel momento in cui la clausola compromissoria è stata accettata ed immessa nell'atto costitutivo, ha manifestato *a priori* il consenso a subire gli effetti del lodo anche quando sia stata estranea alla controversia³⁵³.

L'art. 36, al secondo comma, contiene poi una disposizione di collegamento tra la disciplina sull'arbitrato societario e quella sull'arbitrato internazionale. È previsto, infatti, che quanto disposto dal primo comma in merito all'obbligo per gli arbitri di decidere secondo diritto e con lodo impugnabile quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari, trovi applicazione anche al lodo emesso in un arbitrato internazionale.

Come si è già avuto modo di osservare, la riconduzione dell'arbitrato internazionale alle regole sull'arbitrato interno ha sostanzialmente privato di contenuto precettivo la disposizione del secondo comma dell'art. 36.

Dopo la riforma, peraltro, divengono ancor più convincenti le osservazioni critiche di chi, anche in vigenza delle vecchie norme del codice di procedura civile, aveva dubitato dell'opportunità di comprimere gli spazi per l'arbitrato internazionale. La necessità di decidere secondo il diritto italiano ha sostanzialmente privato le parti di scegliere le norme alle quali affidare la decisione delle controversie (siano esse di diritto straniero o usi commerciali)³⁵⁴, così che ha ragione chi ha sostenuto che

³⁵³ Luiso, *loc. cit.*, ritiene invece che «le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società allorché una transazione, un negozio di accertamento, o qualunque altro contratto di contenuto identico al lodo non possa essere disconosciuto dalla società».

³⁵⁴ Zucconi Galli Fonseca, *Sub art. 36 cit.*, 72, che, pur negando che i rinvii siano tali da consentire alla Corte d'Appello, in sede di annullamento per violazione delle regole di diritto, di conoscere nel merito,

«l'intero sistema normativo dell'arbitrato societario, infatti, con i suoi continui richiami all'applicazione di norme sostanziali e processuali proprie ed esclusive del nostro ordinamento, consente anche tutt'ora l'utilizzazione dell'arbitrato societario soltanto se la società coinvolta nella controversia, ed il procedimento arbitrale, hanno sede in Italia, residuando uno spazio molto angusto per l'eventuale configurazione dell'arbitrato allora regolato dall'art. 832»³⁵⁵.

A chi scrive sembra ancora confermata la tesi secondo la quale la riforma dell'arbitrato societario, con la processualizzazione dell'arbitrato e la riconduzione al diritto delle norme sul procedimento e sull'efficacia del lodo, non abbia inteso favorire la diffusione di uno strumento stragiudiziale delle controversie, bensì abbia voluto creare un vero e proprio processo endosocietario, caratterizzato dalle regole e dalle garanzie tipiche del processo. In questa ottica, allo stesso modo in cui sarebbe il giudice italiano a giudicare secondo il diritto italiano le controversie di una società con sede in Italia, così, nelle società caratterizzate da clausola compromissoria societaria (che sono per forza società con sede in Italia, dal momento che la clausola può essere inserita soltanto nell'atto costitutivo o nello statuto), il giudice arbitrale dovrà egualmente decidere secondo il diritto, sostanziale e processuale, italiano.

conclude per l'obiettivo poca attrattività dell'arbitrato societario come strumento di risoluzione delle controversie all'interno di società che abbiano dimensione sovranazionale.

³⁵⁵ Gennari, *L'arbitrato societario cit.*, 193.

BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

- Abriani, *Gli adeguamenti obbligatori degli statuti delle società di capitali alla riforma del diritto societario*, in *Società*, 2003.
- Amadei, *In favore della compromettibilità in arbitri della controversia sulla esclusione reciproca dei soci di una società di persone*, in *Riv. arb.*, 2002.
- Ambrosiani, *Clausola compromissoria e invalidità delle delibere assembleari*, in *Società*, 1995.
- Arieta-De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004.
- Auletta, *Dell'arbitrato*, in AAVV., *La riforma delle società. Il processo*, a cura di Sassani, Torino, 2003.
- Auletta, *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.
- Auletta, *Riforma del diritto arbitrale, commento all'art. 824 bis*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007.
- Barbetta, *Alcune considerazioni in merito all'applicabilità della nuova disciplina arbitrale societaria alle società semplici*, in *Riv. notariato*, 2008, IV.
- Barbiani, *La qualificazione della clausola compromissoria ed i suoi limiti soggettivi di efficacia: il difficile cammino della nuova concezione negoziale dell'arbitrato rituale*, in *Giur. it.*, 2004, II.
- Barbieri-Bella, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, Vol. XLV, Padova, 2007.
- F. Benvenuti, *Ancora sull'eticità del diritto*, in *Scritti giuridici*, vol.V, Milano, 2006.
- Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, I, Torino, 1999.
- Bernini, *L'arbitrato amministrato. Il modello della Camera di Commercio internazionale*, Padova, 1996.
- Bianchini, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. "endo-societario"*, in *Giur. comm.*, 2006, I.
- Biavati, *Commento all'art. 35, d.lgs n. 5 del 2003*, in *Arbitrato societario*, a cura di Carpi, Bologna, 2004.
- Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario: prime riflessioni*, in *Riv. arb.*, 2004.

- Biavati, *Arbitrato irrituale; Commento all'art. 808 ter*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2008.
- Blandini, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.*, 2007.
- Borghesi, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2008.
- Bove, *L'arbitrato nelle controversi societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II.
- Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it
- Cabras, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *Vita not.*, 2003, I.
- Cabras, *I principi dell'arbitrato e l'arbitrato societario*, in www.dircomm.it
- Caia, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989
- Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, a cura di Campobasso, vol. II, Torino, 2006.
- Caponi, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di Commercio in Italia*, in *Riv. arb.*, 2000.
- Caponi, *Commento all'art. 832 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007.
- Carleo, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998.
- Carleo, in *Profili sistematici dell'arbitrato*, a cura di G. Alpa, II, Torino, 1999.
- Carnelutti, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I.
- Carpi, *Art. 806. Del compromesso*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da Carpi, Bologna, 2001.
- Carpi, *Profili dell'arbitrato i materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003.
- Carpi, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006.
- Cavalli, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, vol.V, Torino, 1988.
- Cerrato, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune: una convivenza ancora difficile*, in *Giur. comm.*, 2006, II.
- Cerrato, *Arbitrato societario e "doppio binario": una svolta?*, in *Giur. it.*, 2007.
- Cerrato, *Arbitrato societario: legittimità costituzionale dell'introduzione a maggioranza della clausola compromissoria ed estraneità del designatore*, in *Giur. comm.*, 2007, II.

- Cerrato, *Arbitrato societario e "doppio binario": qualche riflessione alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Banca, borsa, tit, cred.*, 2010, II.
- Chiarloni, *Davvero incompatibili tutela cautelare e clausola compromissoria per arbitrato libero?* in *Giur. it.*, 1997.
- Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004.
- Cian, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004.
- Comoglio-Vaccarella, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006.
- Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003.
- Corsini, *Società di persone, clausola compromissoria statutaria ed arbitrabilità delle controversie in materia di scioglimento del rapporto sociale*, in *Giur. comm.*, 2008.
- Cottino, *Patti parasociali: la Cassazione puntualizza*, in *www.diritto.net*.
- Criscuolo, *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, vol. I, Milano, 1993.
- Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella legge delega per la riforma delle società*, in *Riv. arb.*, 2002.
- Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *www.judicium.it*.
- De Ferra, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. arb.*, 1985.
- De Nova, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, vol. I, Torino, 1998.
- De Nova, *Nullità del contratto e arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991.
- De Nova, *Controversie societarie: arbitrato societario o arbitrato di diritto comune?*, in *Società*, 2004.
- Della Pietra, *Alcune considerazioni sulle nuove domande nell'arbitrato comune e in quello societario*, in *Giust. civ.*, 2006, I.
- Della Pietra, *La clausola compromissoria*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. I, Torino, 2007.
- De Santis, *Inderogabilità della norma, disponibilità del diritto ed arbitrabilità delle controversie societarie*, in *Giur. merito*, IX.
- Dolmetta, *Commento all'art. 41 d.lgs. n. 5 del 2003*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004.

- E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.
- E.F. Ricci, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano*, in *Riv. arb.*, 2003.
- Fazzalari, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001.
- Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002.
- Ferri, *Limiti oggettivi della cognizione arbitrale e questioni pregiudiziali di merito non compromettibili*, in *Riv. arb.*, 2004.
- Festi, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001.
- Frè, *Società per azioni*, articoli 2325-2461, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja- Branca, Bologna, 1982.
- Gaeta, *Presupposti per l'arbitrato societario*, in *Giur. merito*, 2010, IV.
- Galletto, *L'arbitrato nel diritto societario: cosa cambia con la riforma*, in *Foro pad.*, 2003, II.
- Gennari, *L'arbitrato societario*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, vol. LI, Padova, 2009.
- Giampaolino, *Clausola di co-vendita (drag-along) ed "equa" valorizzazione dell'azione*, *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009.
- Grasso, *La clausola compromissoria in caso di cessione del credito*, in *Giust. civ.* 2004, I.
- Grossi, *La sospensione delle delibere dell'organo amministrativo delle società di capitali: art. 700 c.p.c. e potere cautelare degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2007, IV.
- Jorio, *Ancora sulla revoca automatica dei sindaci*, in *Giur. comm.*, 1999, I.
- La China, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004.
- Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003.
- Luiso, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, in *www.judicium.it*.
- Luiso, *sub art. 34*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura dello stesso autore, Torino, 2006.
- Marengo, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994.
- Marini, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 1993.
- Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del diritto societario*, in *www.judicium.it*.

- Mirone, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio delle società di persone*, in *Giur. comm.*, 2000, V.
- Moretti., *L'autonomia della clausola compromissoria nell'arbitrato irrituale*, in *Contratti*, 1997.
- Muratore, *Osservazioni in tema di compromissione in arbitri delle deliberazioni assembleari di società*, in *Giur. it.*, 1998.
- Nardelli, *Le controversie societarie tra giudice ordinario e arbitri*, in *Giur. merito*, 2008, II.
- Nela, *Commento all'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003*, in AA. VV., *Il nuovo processo societario*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2004.
- Nela, *Cenni sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato societario*, in *Giur. it.*, 2005.
- Nicolini, *S.r.l. e deroga al principio maggioritario*, in *Notariato*, 1996.
- Noviello, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005.
- Occhipinti, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2005.
- Paolucci, *Le clausole di deferimento delle controversie sociali ai probiviri*, in *Società*, 1993.
- Paolucci, *La compromettibilità delle controversie in materia di cooperative e di consorzi*, in *Società*, 2000.
- Paolucci, *Validità delle clausole compromissorie degli statuti di cooperative*, in *Società*, 2001.
- Pazzaglia, *Clausola compromissoria, statuto di società cooperativa e sindaci arbitri*, in *Giust. civ.*, 1985, I.
- Pernazza, *Clausola compromissoria binaria e arbitrato multiparti; calusole di prelazione statutarie e parasociali; tutela reale e tutela risarcitoria*, in *Riv. arb.*, 2001.
- Picaroni, *L'arbitrato nella riforma societaria*, in *Società*, 4, 2004.
- Polinari, *Pluralità di parti e pluralità di convenzioni d'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2006, III.
- Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo societario (note ad una prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003.
- Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000.
- Punzi, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005.
- Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007.

Redenti, *Sul trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.

Renna, *Compromettibilità in tema di impugnazione di delibere assembleari di società*, in *Giur. it.*, 2007.

Restano, *Impossibilità di funzionamento dell'assemblea e clausola compromissoria*, in *Giur. comm.*, 2007, IX-X.

Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.

Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002.

Ruffini, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003.

Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2004.

Saletti, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, vol. I, 1994.

Sali, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, vol. I, Padova, 2004.

Sali, *L'arbitrato per le nuove società, Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in *Giur. it.*, 2005.

Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999.

Salvaneschi, *Alcune considerazioni in materia di deliberazioni assembleari*, in AA.VV., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, Roma, 2003.

Sassani, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2002.

Sassani-Gucciardi, *L'arbitrato societario*, in www.judicium.it

Sassani-Tiscini, *Il nuovo processo societario*, in www.judicium.it

Sassani-Gucciardi, *Commento sub art. 35 d.lgs. n. 5 del 2003*, in Comoglio, Vaccarella, *Codice di procedura civile ipertestuale*, Torino, 2006.

Sassoni-Gucciardi, *Arbitrato societario*, in *Digesto civ., Aggiornamento*, vol. I, Torino, 2007.

Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971.

Satta - Punzi, *Diritto Processuale civile*, Padova, 2000.

Scala, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazioni delle delibere assembleari invalide*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Milano, 2007.

Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988.

- Secchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.
- Silingardi, *L'arbitrato in materia societaria e la "linea di maggior rigore"*, in *Giur. comm.*, 1986, II.
- Soldati, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*, in *Società*, 2004.
- Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005.
- Soldati, *I principi della terza riforma dell'arbitrato*, in *Contr.*, 2006.
- Soldati, *Adeguamento della clausola compromissoria statutaria e diritto di recesso del socio*, in *Giur. comm.*, 2007.
- Soldati, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina*, in *Riv. arb.*, 2009, II.
- Soldati, *La nuova clausola compromissoria statutaria*, in *www.judicium.it*
- Stagno D'Alcontres, *L'invalidità delle deliberazioni dell'assemblea di società per azioni: la nuova disciplina*, in AA.VV., *Il Nuovo diritto delle società*, Torino, 2006.
- Stella Richter jr., *Forma e contenuto dell'atto costitutivo delle s.p.a.*, in *Trattato Colombo-Portale*, I, Torino, 2004.
- Tamponi, *L'arbitrato societario dopo l'abrogazione del processo commerciale*, in *Riv.dir. proc.*, 2010.
- Tarzia, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004.
- Terranova, *Recesso del socio a seguito di modifica statutaria introduttiva o soppressiva di clausola compromissoria*, in *Riv. arb.*, 2008, I.
- Ungaretti Dell'Immagine, *Note su indisponibilità dei diritti, inderogabilità della normativa ed impugnazione delle delibere assembleari*, in *Riv. arb.*, 2009, II.
- Verde, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2000.
- Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2005.
- Verde, *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005.
- Vigoriti, *L'autonomia della clausola compromissoria per arbitrato irrituale* in *Riv. arb.*, 1995.
- Villa, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statutale*, in *Riv. arb.*, 2009.

Weigmann, Rossomando, in AA.Vv., *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, a cura dell'Associazione italiana per l'arbitrato, Roma, 2003.

Zaccheo, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987.

Zoppini, "I diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario, in *Riv. soc.*, 2005.

Zucconi Galli Fonseca, *Note sulla legittimazione a compromettere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.

Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, III.

Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 34, d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Arbitrato societario, commento al d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, a cura di Carpi, Bologna, 2004.

Zucconi Galli Fonseca, *La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.

Zucconi Galli Fonseca, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006.

Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II.

Zucconi Galli Fonseca, *Commento all'art. 808*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2008.