



**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ARBITRATO
INTERNO ED INTERNAZIONALE**

XXIV CICLO

COORDINATORE CHIAR.MO PROF. ROMANO VACCARELLA

“L'ARBITRATO SOCIETARIO”

TUTOR
CHIAR.MO PROF. BRUNO NICOLA SASSANI

DOTTORANDO
DOTT. ANTONIO RAUCCI

A.A. 2010/2011

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO I

LA COLLOCAZIONE DELL'ARBITRATO SOCIETARIO NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

§. <i>Introduzione</i>	1
§.1. <i>La natura giuridica dell'arbitrato societario</i>	3
§.2. <i>Rapporti tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune</i>	21
§.3. <i>Ultrattività delle clausole compromissorie ante-riforma</i>	36

CAPITOLO II

PECULIARITÀ E PROFILI PROBLEMATICI DELL'ARBITRATO SOCIETARIO

§.1. <i>L'oggetto dell'arbitrato societario.</i>	48
§.1.1. <i>...ed il rapporto con l'ambito applicativo dell'arbitrato di diritto comune (brevi cenni)</i>	63
§.2. <i>L'arbitrato societario e le società quotate</i>	65
§.3. <i>Efficacia della clausola compromissoria verso i soci e verso la società</i>	70
§.3.1. <i>Lo strano caso del socio "contestato"</i>	76
§.4. <i>Il soggetto estraneo alla società e la nomina degli arbitri</i>	79
§.5. <i>L'intervento nell'arbitrato societario</i>	88
§.6. <i>Le delibere assembleari e la tutela cautelare</i>	93

§.7. *L'efficacia del lodo nei confronti della società* 98

**ALCUNI PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ E BREVI
CONCLUSIONI FINALI**

§.I. *Arbitrato societario e arbitrato irrituale* 100

§.II. *Alcune riflessioni conclusive* 106

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

LA COLLOCAZIONE DELL'ARBITRATO SOCIETARIO NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: §. *Introduzione* - §.1. *La natura giuridica dell'arbitrato societario* - §.2. *Rapporti tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune* - §.3. *Ultrattività delle clausole compromissorie ante-riforma.*

§. *Introduzione*

Le controversie in campo societario costituiscono l'ambito, per così dire, "naturale" dell'arbitrato. Tale circostanza è legata alla capacità dell'istituto arbitrale di conciliare le esigenze economiche di una moderna attività commerciale, con una relativa celerità e competenza nel comporre questioni, che diversamente affrontate, si troverebbero a scontare i tempi notoriamente lunghi della giustizia italiana. L'ultimo intervento legislativo in materia societaria ha abrogato il d.lgs. 5/2003 salvando, per la parte che interessa il presente lavoro, proprio l'istituto dell'arbitrato societario, a riprova della necessità di avere, nell'ordinamento interno, uno strumento specifico per dirimere le questioni che possono insorgere nei rapporti societari in senso lato. Tale

disciplina, tra l'altro, ha di fatto ispirato il legislatore del 2006 costituendo un anteposto di molte delle novità che proprio in quell'anno sono state introdotte in materia di arbitrato di diritto comune.

Le moderne esigenze economiche, che si caratterizzano soprattutto per la velocità degli scambi, richiedono la possibilità di poter accedere ad un tipo di giustizia che sia, per così dire, ritagliata sulle esigenze della realtà societaria¹ e quindi dei suoi operatori. Tale finalità sembra essere stata perseguita dando alla disciplina in commento un'impronta meno formalistica rispetto alla cultura precedente in materia, superando, così, le difficoltà legate al carattere spesso plurisoggettivo delle controversie, nonché alla circostanza che spesso vengono coinvolti interessi distinti da quelli delle parti.

Finalità del presente lavoro, quindi, sarà la verifica di un eventuale scollamento tra dato positivo e realtà fattuale, analisi che sarà sviluppata affrontando gli snodi problematici che la disciplina dell'arbitrato societario ha presentato e presenta tutt'ora.

Ad una prima lettura del dato positivo si nota come alcune delle

¹ In realtà, come meglio si preciserà in seguito, sono escluse dall'ambito di operatività degli artt. 34 e ss. del d.lgs. 5/2003 le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Anticipando osservazione che saranno svolte in seguito nel presente lavoro, il legislatore, nell'operare tale esclusione, ha fatto prevalere la preoccupazione legata all'estrema diffusione del capitale sociale e allo squilibrio – cui l'arbitrato non saprebbe porre rimedio – tra la posizione della società e quella del piccolo azionista-risparmiatore (così SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in www.judicium.it). Benché la richiamata dottrina sembri apprezzare la scelta del legislatore, si potrebbe sostenere che proprio le società quotate potrebbero avere più interesse affinché le controversie siano risolte nei tempi celeri di un arbitrato ritagliato sulle esigenze della dimensione societaria (per approfondimenti v. *infra*).

norme di riferimento dell'ormai falcidiato d.lgs. 5/2003 delineano, una volta per tutte, questioni variamente dibattute e variamente risolte in pendenza della precedente normativa, mentre altre si segnalano per un carattere innovativo. Il dato che però sembra accomunare l'intera disciplina è quello di un indubbio *favor* che il legislatore ha voluto riservare all'arbitrato societario, almeno sul piano positivo, dal momento che, specie in un recente passato, le soluzioni giurisprudenziali circa la compromettibilità o meno delle questioni nella materia societaria sono state tendenzialmente restrittive. Accanto a tale impostazione si accompagna, peraltro, una disciplina piuttosto specifica e caratterizzata da numerosi aspetti procedurali anche inderogabili che, di fatto, riducono sensibilmente l'autonomia delle parti.

§.1. La natura giuridica dell'arbitrato societario²

L'arbitrato societario introdotto nel 2003 vive della stessa natura giuridica e degli stessi effetti dell'arbitrato di diritto comune, anche e soprattutto all'indomani della riforma introdotta dal d.lgs. 40/2006³. Tale

² È bene precisare che nel presente lavoro il tema della natura giuridica dell'istituto arbitrale sarà affrontato con mero approccio ricostruttivo sulle relative posizioni presenti in dottrina, attesa la scivolosità e la delicatezza della materia stessa.

³ In tal senso si esprime DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007, 885 che precisa come entrambi i tipi

ultima novella ha contribuito a riaccendere il mai sopito dilemma sulla natura giuridica dell'istituto arbitrale che vede, da un lato, chi sostiene la natura contrattuale dell'arbitrato e, dall'altro, chi invece ne sostiene la natura giurisdizionale. Ed invero, la disputa sulla natura giurisdizionale o meno dell'istituto arbitrale in generale è risalente⁴ e si è andata ad arricchire di nuovi elementi grazie alla riforma appena citata.

Per quanto precisato sopra, le considerazioni che si svolgeranno sull'arbitrato di diritto comune sono, in gran parte, utilizzabili anche per descrivere la natura giuridica dell'arbitrato societario. Per tale motivo si analizzerà il problema da un punto di vista generale, per poi verificarne le relative ricadute sull'istituto speciale societario.

Il problema della natura giuridica dell'istituto arbitrale innanzi prospettato presenta aspetti delicati ed incerti tanto da far scrivere ad autorevole dottrina che la storia dell'arbitrato è come “*un moto pendolare costante*”, caratterizzato “*da una perenne oscillazione tra un massimo avvicinamento alla giurisdizione (e addirittura una sostanziale identificazione con la medesima) e un massimo distacco (e quasi un rifiuto ad ammetterne la rilevanza)*”⁵.

Contribuiscono a tale situazione di oscillazione, da un lato, un

di arbitrato debbano essere intesi “*come mezzo di composizione privata delle liti su diritti disponibili*”.

⁴ Cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 166, il quale già prospettava il dilemma della contrattualità ovvero giurisdizionalità dell'arbitrato come elemento caratterizzante la storia dello stesso istituto. Su tale dilemma v. nota seguente.

⁵ Così VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 1.

certo retaggio fermo al monopolio statale della giustizia; dall'altro, una negazione della propensione alla tutela dell'autonomia privata che è propria della nostra Carta Costituzionale. Tale ultimo elemento, insieme ad un progressivo processo di internazionalizzazione dei rapporti giuridici, determina un nuovo approccio al problema della natura giuridica dell'arbitrato⁶.

A ben vedere, molto prima della riforma del 2006, parte della dottrina aveva profuso un notevole sforzo intellettuale per ricostruire l'istituto arbitrale come "giurisdizione privata"⁷ ovvero come un procedimento privato idoneo a conseguire un risultato simile, se non identico, alla decisione emessa dall'autorità giudiziaria ordinaria⁸.

L'inizio di tale cammino è stato segnato dalla legge di riforma

⁶ Nello stesso senso sembra essere VERDE, *ult. op. cit.*, 3.

⁷ Si deve dare atto come PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Riv. arb.*, 4/2005, 832 critica l'espressione di "giurisdizione privata" definendola "locuzione contraddittoria in quanto ciò che, alla stregua del diritto positivo, connota la giurisdizione e che la rende una funzione squisitamente caratterizzante la sovranità dello Stato, non è l'attività di giudizio (rispetto al quale non esiste un monopolio della giurisdizione), ma il fatto stesso che ad essa soltanto compete la forza, la forza del giudicato, idonea ad esaurire ogni potestà di giudizio su quello specifico frammento di vita e a troncane in modo irreversibile e ad ogni effetto il nesso fra la fattispecie concreta e quella astratta".

⁸ L'autore che più di tutti ha dimostrato e dimostra profonda fede in tale ricostruzione è E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. processuale*, 2001, 259; ID, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. processuale*, 2002, 1239; ID, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. processuale*, 2005, 951; ID, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 517. In tale ultima opera citata, il chiaro A., sostiene l'incompatibilità della natura negoziale dell'arbitrato societario con il nuovo assetto dato all'istituto sulla base, anche, di alcune novità introdotte nel nostro ordinamento con la riforma del 2003: in primo luogo individua un elemento contrastante nella previsione degli interventi volontari o coatti, ma soprattutto nella previsione di un potere cautelare degli arbitri consistente nella sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari. L'argomentazione dell'A. continua richiamando anche i due capisaldi della riforma ovvero l'attitudine del lodo a vincolare tutti nell'ambito della società e l'arbitrabilità delle controversie non disponibili.

dell'arbitrato n. 25, del 5 gennaio 1994 che si caratterizzava per un deciso rafforzamento dell'istituto dell'arbitrato quale elemento autonomo rispetto alla giurisdizione statale, dalla quale non dipendeva più sotto il profilo della tutela. L'affrancamento dalla giurisdizione statale è passata per la riforma, tra gli altri, degli artt. 819 e 819 *bis* c.p.c., sino ad arrivare alle riforme del nuovo millennio ed alla formulazione dell'art. 824 *bis* c.p.c. ed alla suesposta teoria della “giurisdizione privata”.

Infatti, tutta la letteratura scientifica in materia deve, oggi, fare i conti con i recenti interventi legislativi, anche per verificare se la realtà della natura giuridica dell'arbitrato in generale, e di quello societario in particolare, possa considerarsi cambiata proprio in forza delle riforme del 2003 e del 2006. Invero, secondo il parere di chi scrive, il punto di partenza di tale analisi deve essere incentrato sulla dimensione da conferire al testo dell'art. 824 *bis*; in altre parole bisogna stabilire se l'assimilazione del profilo degli *effetti* tra lodo e sentenza autorizzi, automaticamente ed in modo completo, ad una costruzione dell'arbitrato come di un istituto “giurisdizionalizzato”⁹, anche in relazione all'arbitrato societario. Infatti, l'approccio del codice di rito al problema in discussione ci porta a prendere in considerazione proprio il nuovo art.

⁹ Infatti, allo scrivente, sembra più opportuno utilizzare, come punto di partenza e lente di lettura del fenomeno in commento, la convinzione propria di una parte della dottrina che afferma che ciò che caratterizza il potere giurisdizionale statale non sia l'esclusività della decisione di una controversia, quanto la tutela coattiva dei diritti (sul punto cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 31 e VERDE, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2005, 7).

824 *bis* c.p.c. che, come detto, riconosce al lodo gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziale. La lettura data da parte della dottrina è stata quella di una norma che tende a valorizzare la scelta arbitrale come espressione dell'autonomia privata a tutela dei diritti fatti valere per il tramite di tale giudizio; in altre parole, il legislatore concede una tutela che per modalità e strumenti è simile a quella delle parti di un processo ordinario¹⁰.

I recenti interventi legislativi, invero, si sono occupati di arbitrato societario soprattutto per dettare norme più precise a cui gli arbitri e le parti devono attenersi, ma senza mai far intendere una chiara scelta per una giurisdizionalizzazione piena dello stesso; piuttosto, se di cambiamenti si deve parlare, quelli apportati con gli ultimi interventi legislativi hanno portato ad una procedimentalizzazione di un fenomeno che sembrerebbe rimanere allocato in un solco privatistico in senso lato. A questo punto il problema è quello di verificare quale sia la rilevanza che l'ordinamento è disposto a riconoscere all'atto finale del procedimento arbitrale.

Nell'ordinamento giuridico italiano, invero, è risalente ed autorevole la convinzione che la natura giuridica dell'arbitrato sia

¹⁰ Così DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 885. Per comprendere la conflittualità dell'approccio all'articolo citato è sufficiente citare, tra i tanti, BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE e CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 91 che afferma come “dovrebbe superarsi ogni disputa sulla presunta natura negoziale del lodo, risultando ormai vittoriosa la c.d. teoria giurisdizionale dell'arbitrato”.

privatistica¹¹ e tale assunto è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte, anche a sezioni unite¹²; eppure, all'indomani delle varie riforme sull'argomento, altrettanti autori hanno rinnovato riletture giurisdizionali dell'istituto¹³.

Se ben intendo, quando il dettato normativo riconosce al lodo gli *effetti* della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, non riconosce allo stesso il valore, l'autorità e la forza degli atti del giudice statale tali da giustificare l'applicazione dell'art. 2909 c.c. all'accertamento

¹¹ Autorevoli sono, senza dubbio, le parole di CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1923, 106 ss. secondo cui “l'opinione sostenuta da alcuni scrittori, e dominante nella giurisprudenza, che attribuisce all'arbitrato carattere giurisdizionale, mi sembra profondamente errata”.

¹² Cfr. Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, nt. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 699 ss.; Cass. S.U. 11 giugno 2001, n. 7858, in *Mass. Giur. It.*, 2001; Cass. S.U. 22 luglio 2000, in *Foro It.*, 2003, I, 1832. In tal senso sempre E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziiale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, op. cit., 1239; ID, *La «natura» giuridica dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. processuale*, 2001, 259 ss.

¹³ Vedi in tal senso PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, in *Riv. arbitrato*, n. 4/2005, 839. Circa l'applicazione dell'art. 2909 c.c. nonché dell'art. 824 bis c.p.c. v. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 4/2007, 539, la quale conclude affermando che “analogamente a quanto si verifica per la sentenza, il lodo diverrà idonea al giudicato sostanziale (i.e. a produrre un'efficacia di accertamento incontrovertibile) soltanto quando abbia acquisito una tendenziale stabilità come atto”. Infatti, l'A. dichiara di propendere per la tesi giurisdizionale, non tanto sulla base del dettato dell'art. 824 bis c.p.c., ma in riferimento all'art. 819 ter c.p.c. che qualifica l'eccezione di patto compromissorio come eccezione di incompetenza; tra l'altro si deve precisare come LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 785, sostiene che il termine “competenza” utilizzata nell'articolo citato sia da intendere in senso atecnico. In senso critico RUFFINI, *Commento all'art. 819 ter*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007, 1360 il quale sottolinea l'incoerenza del testo dell'articolo commentato con altre scelte operate dal legislatore, come ad esempio la negazione della *traslatio iudicii*, nonché il riconoscimento della possibilità di promuovere un accertamento autonomo sulla validità della convenzione di arbitrato.

arbitrale¹⁴. Eppure, a cercare conferme della bontà di una lettura interpretativa, piuttosto che un'altra, si finisce per accorgersi che probabilmente neanche il legislatore era cosciente dei risvolti pratici, oltre che teorici, che l'utilizzo di certe espressioni avrebbe implicato. Infatti, a parere di chi scrive, quando l'art. 819 c.p.c. afferma che "*gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato*" in certi casi, sembra voler dire che, fuori da quelle ipotesi, tali decisioni debbano essere assistite sempre dall'autorità di giudicato. Ma, a questo punto, la domanda da porsi è di quale tipo di giudicato si parla e perché gli arbitri *risolvono* e non *decidono* tali questioni; infatti, sembra azzardato affermare che tale giudicato sia proprio quello che ritroviamo nell'accertamento dell'autorità giudiziaria.

Si è notato in dottrina come il legislatore della riforma 2006 fosse conscio della differenza che passasse tra «l'efficacia» e «l'autorità» di sentenza, utilizzando solo la prima espressione per avvicinare il lodo alla sentenza; da qui è lecito attribuire al legislatore assoluta intenzionalità nell'"*evitare ogni omologazione di queste definizioni, di là del loro sempre discutibile confine, con «gli effetti della sentenza» che si*

¹⁴ Sul tema dell'applicazione dell'art. 2909 c.c., peraltro, mi permetto di esprimere le mie perplessità dal momento che ritengo più convincente e fedele al testo legislativo l'accezione che vorrebbe l'avvicinamento del lodo alla sentenza sotto il profilo del regime giuridico, come meglio si vedrà appresso. Sembra confortare tale perplessità DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 888 che fa discendere, dalle varie pronunce della Corte Costituzionale sul rapporto tra arbitrato e costituzione (v. *infra* in nota), "*un limite costituzionale alla completa equiparazione tra lodo e sentenza, consistente in ciò, che se la vicenda rimane interamente privata, le garanzie costituzionali di tutela dei diritti date da organi giudiziari statali impediscono che il lodo abbia di per sé alcuna efficacia di sentenza passata in giudicato [...]*".

annettono al lodo in quanto tale. Questi effetti, dunque, si può ipotizzare siano quelli propri di una sentenza «avente il medesimo contenuto» (art. 825, comma 1), ma essi si producono in misura «rigorosamente circoscritta qui alle parti», mentre alcuna efficacia si può dispiegare nei confronti di terzi, siano questi privati ovvero soggetti pubblici»¹⁵.

A ben vedere, neanche le decisioni della Cassazione in materia sono sembrate scevre da scelte¹⁶ ricostruttive incerte, scelte che hanno prestato il fianco ad interpretazioni contrastanti. Ed infatti, con la sentenza n. 327 del 2001 la Corte di Cassazione non solo ha perduto un'occasione di definire una volta per tutte la questione in esame dichiarando, oserei dire in modo pilatesco, di non volersi cimentare nella determinazione della natura giuridica dell'arbitrato rituale; ma la cosa che ha destato le maggiori perplessità è stato il contestuale avvicinamento del giudizio arbitrale a quello degli organi statali usando l'espressione "*non si differenzia*" definendolo, in aggiunta, "*potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione*".

Tralasciando ciò che si sarebbe potuto fare e che, evidentemente, la Corte ha ritenuto di non dover/saper fare, appare sicuramente utile partire dai punti fermi che la decisione, nonostante tutto, sembra suggerire: il primo riguarda l'affermazione del tramonto, ormai

¹⁵ Così AULETTA, *Commento sub art. 824 bis*, in CIAN-MAFFEI ALBERTI-SCHLESINGER (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2007, n. 6, 1396.

¹⁶ Come meglio si preciserà a breve forse sarebbe meglio parlare di "non-decisioni".

definitivo, del monopolio giurisdizionale dello Stato; il secondo punto, sicuramente più complicato da interpretare, finisce per far convivere in uno stesso istituto le radici proprie dell'arbitrato, frutto dell'autonomia delle parti e per questo di natura privatistica, con la potenziale fungibilità tra lodo e decisione statale (e quindi più vicina ad una ricostruzione giurisdizionale dell'istituto).

Per il tema che più precisamente interessa il presente lavoro, a complicare ulteriormente il rapporto tra l'arbitrato di diritto comune e quello societario, è intervenuto il d.lgs. del 2003 che ha operato un collegamento con l'art. 819 c.p.c. attraverso l'art. 35 comma 3¹⁷.

Si potrebbe, allora, cercare di mediare tra le posizioni più estreme ed affermare che se si vuole sostenere una equiparazione tra lodo arbitrale e sentenza la si può cogliere sotto il profilo del regime giuridico del lodo; ovvero tale atto, differentemente dall'ordinanza, e similmente ad una sentenza del giudice, è immodificabile da parte degli arbitri ed impugnabile solo accedendo ai rimedi processuali di cui agli art. 827 ss. c.p.c.¹⁸. La sostenibilità di tale posizione potrebbe passare per la lettera dell'art. 825 c.p.c. ovvero dalla circostanza che l'ordinamento nega al lodo una delle funzioni principali riconosciute ad una sentenza in

¹⁷ Per avere un quadro completo del dibattito sulla natura giuridica dell'istituto arbitrale è utile rammentare come tale richiamo è rimasto fermo anche all'indomani della riforma del 2006 che ha modificato l'articolo del codice civile a cui fa riferimento.

¹⁸ Tale ricostruzione è di PUNZI, «Efficacia di sentenza» del lodo, *op. cit.*, 840, che di conseguenza sottolinea come, così opinando, si sottrae il lodo alle impugnazioni negoziali.

generale, e a quella di condanna in particolare: l'esecutività. In altri termini, la circostanza che l'art. 824 *bis* c.p.c. riconosca al lodo gli effetti della sentenza, ma nello specifico gli nega la funzione di esecutività, potrebbe significare proprio che, per quanto vicine e simili possano sembrare i due termini, questi differiscono proprio sul piano dell'efficacia, di cui l'esecutività è una *species*¹⁹, per il particolare più significativo dal punto di vista degli effetti giuridici ovvero la capacità di portare ad esecuzione la pronuncia di condanna. Tale operazione sembra abbastanza chiara dell'*incipit* dell'art. 824 *bis* c.p.c. che, con l'inciso “*salvo quanto disposto dall'art. 825*”, sembrerebbe proprio segnare la distanza tra il lodo e la sentenza. Insomma il lodo sarebbe assimilabile ad una lancia senza punta e per questo inidonea ad infliggere conseguenze spiacevoli al destinatario soccombente, salvo, ovviamente, attivare il procedimento previsto dall'art. 825 c.p.c..

Tutto ciò, però, non vuol dire *ex se* disconoscere gli effetti di giudicato tra le parti proprio del lodo, seppur circoscritti a quanto contenuto nella decisione arbitrale²⁰.

¹⁹ L'inquadramento del rapporto tra *efficacia* ed *esecutività* della sentenza a cui si è inteso far riferimento è espresso da LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2000, 196.

²⁰ La dottrina che meglio ha chiarito questo punto è AULETTA, *Commento sub art. 824 bis, op. cit.*, 1399; il chiaro A., in modo ancora più esplicito, continua affermando che “*del resto, come è possibile alle parti disporre ex post degli effetti anche della regiudicata, non certo dell'autorità della sentenza (passata in giudicato) che tiene luogo ormai della situazione originaria, così la scelta per l'arbitrato implica una forma di disposizione ex ante dei medesimi effetti, che le parti scelgono di conseguire (arg. anche ex art. 808 ter) per via alternativa al processo giurisdizionale e in maniera*

Riprendendo la linea dell'approccio giurisprudenziale, e diversamente da quanto sopra riportato, in altre occasioni la stessa giurisprudenza, quando ha affrontato espressamente il problema in oggetto, ha sostenuto che *“sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale che è, e resta, un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti”*²¹.

Altro elemento che sembrerebbe allontanare l'arbitrato dalla dimensione giurisdizionale piena, senza per questo giustificare una ricostruzione privatistica del fenomeno in modo automatico, è l'impossibilità degli arbitri di esercitare i poteri coercitivi che sono propri dei giudici ordinari; tale considerazione è rimasta ferma anche se, dopo le ultime riforme, ha cominciato a vacillare²² secondo una parte della dottrina. Con il nuovo art. 813 c.p.c., infine, si è fornito un importante elemento sul tema, risolvendo in modo definitivo anche un altro

incapace di produrre qualsivoglia alterazione della situazione (di libertà) dei terzi (quando posti al cospetto di atti non autoritativi)”.

²¹ Così si sono espresse le Sezioni Unite della Cassazione 3 agosto 2000, n. 527, nt. FAZZALARI, *cit.*. Su tale posizione sembra essere anche CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2006, 165 quando afferma che *“la legge attribuisce ad un atto privato effetti che sono propri anche di un atto pubblico, qual è la sentenza del giudice, se essi sono voluti dalle parti”*. Con queste parole, il chiaro A., intende affermare che non è l'effetto finale che l'ordinamento può riconoscere ad un atto a qualificare la natura dello stesso, quanto il fatto che sia basato sulla volontà delle parti; ed è quindi tale volontà privata che determina la natura privatistica del lodo. A chi scrive sembra che sia la stessa natura giuridica non giurisdizionale dell'arbitrato a richiedere la necessaria precisazione circa l'efficacia del lodo a cui, altrimenti, non potrebbe riconoscersi una determinata stabilità di accertamento in contrasto, appunto, con la natura stessa dell'arbitrato.

²² Prima della riforma, in tal senso MONTESANO, *«Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale*, in *Riv. arbitrato*, 1998, 7 (per approfondimenti sul tema v. *infra*).

interrogativo sulla “natura”, questa volta, degli arbitri; infatti, il citato articolo, in modo chiaro e definitivo, nega che la qualifica di pubblico ufficiale sia attribuibile agli arbitri, cosa che invece sicuramente appartiene ai giudici dello Stato. Anche tale circostanza, quindi, lascerebbe propendere per la natura non giurisdizionale in senso pieno dell'arbitrato²³.

Analogamente, ma sotto diverso profilo, è stato osservato che bisogna comunque considerare come causa e fine del potere arbitrale, che si concretizza nel lodo, l'autonomia ed il potere privato²⁴ e quindi, il fatto che l'ordinamento riconosca una certa coloritura all'atto finale non sarebbe idoneo, perciò solo, a modificare nel suo DNA la natura dell'intero istituto arbitrale²⁵. Sembra muoversi nella stessa direzione la Consulta che, a varie riprese, a partire dalla sentenza 12 febbraio 1963, n.

²³ In conseguenza di tale posizione è stato notato come, “*non vertendosi in questione di giurisdizione, la contestazione esclusiva del potere dell'arbitro su controversia devoluta alla giurisdizione esclusiva deve farsi valere come eccezione d'invalidità del patto compromissorio, per incompromettibilità*” (così Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, nt. FAZZALARI, *cit.*, 707). Sembra essere sulla stessa linea, anche se il profilo evidenziato è leggermente differente, altra dottrina che ha affermato come “*una volta negata che gli arbitri siano dotati di potere giurisdizionale, non è più possibile pretendere di ricostruire in termini di competenza il rapporto tra essi ed i giudici ordinari, posto che la competenza riguarda la ripartizione delle funzioni tra diversi organi giurisdizionali, appartenenti al medesimo ordine giudiziario*” (così RUFFINI, *Commento a Cass. Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, 60*).

²⁴ Se ben intendo, sembra essere sulla stessa linea di pensiero MARZOCCO, *Sull'arbitrato*, Napoli, 2010, 494 il quale, parlando della clausola compromissoria, afferma che “*non è soltanto la fonte dell'obbligo, di natura contrattuale, me è anche il referente del giudizio sull'esistenza e i limiti della potestas iudicandi degli arbitri*”.

²⁵ La dottrina a cui si è fatto riferimento è CECHELLA, *L'arbitrato, op. cit.*, 165. Insomma, se ben intendo, si potrebbe sintetizzando le posizioni di una parte della dottrina nel senso di far discendere la natura giuridica dell'arbitrato dalla fonte che attribuisce “autorità” allo stesso, piuttosto che desumerla dagli effetti previsti dal legislatore. A tal riguardo sembra utile l'ammonimento di Satta secondo cui “*pur troppo – o fortunatamente – non spetta al legislatore determinare la natura di un istituto*”(SATTA, *Commento al codice di procedura civile, op. cit.*, 162).

2, ha sostenuto la carenza del potere degli arbitri di esprimersi con atti che siano identici a quelli adottati dall'autorità giudiziale, avendo cura di precisare come l'attività arbitrale sia esterna alla funzione giurisdizionale in senso proprio²⁶.

D'altra parte, chi sostiene la natura giurisdizionale dell'arbitrato, non può non fare i conti con il dettato Costituzionale che riserva l'esercizio della giurisdizione ai magistrati, togati e non, determinando violazione della stessa Carta fondamentale qualsiasi altro esercizio di potere giurisdizionale all'infuori dei limiti costituzionali²⁷. Da ciò deriva una impossibilità ontologica di riconoscere la medesima ed identica natura a due realtà che, benché condividano determinati aspetti, sono sintomatici di diverse espressioni di tutela dei diritti. Tanto più che, una equiparazione tra il potere esercitato dagli arbitri e quello proprio dei giudici, potrebbe portare l'arbitrato ad essere avvicinato ad una sorta di procedimento speciale che, di fatto, sancirebbe una giustizia, per così dire, di prima classe, tutto sommato certa nei tempi ed economicamente accessibile a pochi, ed una giustizia di seconda classe che racchiuderebbe l'intero universo degli altri processi contemplati nel nostro ordinamento. In altre parole, potrebbe prospettarsi, oltre ai noti problemi di violazione

²⁶ Cfr. *ex multis*, C. Cost. 12 febbraio 1963, n. 2, in *Giur. cost.*, 1963, 20, nt. BARILE, *L'arbitrato e la costituzione*; C. Cost. 14 luglio 1977, n. 127, *ivi*, 1977, I, 1032, nt. ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*; C. Cost. 13 febbraio 1995, n. 33, *ivi*, 1995, I, 351; C. Cost. 9 maggio 1996, *ivi*, 1996, I, 379.

²⁷ Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2a ed., Torino, 1995, 46 ss., il quale afferma che “*esso [l'arbitrato] si svolge al di fuori della previsione dell'art. 102, ma non per questo viola l'art. 102*”.

dei diversi articoli della Costituzione da più parti prospettate, anche una lesione degli artt. 3 e 24 Cost.²⁸.

In riferimento al dettato normativo dell'arbitrato societario, anche il disposto del comma 2 dell'art. 35 d.lgs. 5/2003 è stato utilizzato per ritenere che tale procedimento vive di una natura giurisdizionale²⁹. Eppure non si vede come tale circostanza possa essere rilevante. Infatti, leggendo la norma richiamata assieme al comma 3 dell'art. 34, si può affermare che in nessun caso si possa determinare un qualche effetto del lodo arbitrale nei confronti dei terzi non intervenuti³⁰ né si possano rilevare particolari elementi che giustifichino una ricostruzione giurisdizionale pura per tale via.

Circa gli effetti del lodo, poi, l'arbitrato societario propone una particolarità al comma 4 dell'art. 35 d.lgs. 5/2003; tale caratteristica, se ben intendo, è legata al modo in cui l'arbitrato è stato concepito all'interno del fenomeno sociale, ovvero come “giustizia di gruppo” in cui ogni socio accetta che la decisione arbitrale *inter alios* possa

²⁸ In sostanza, la ricostruzione giurisdizionale dell'istituto arbitrale, mi suggerisce l'idea di una giustizia che sarebbe riservata ai pochi che possono permettersi di sostenere i costi di una procedura simile, con la possibilità di scegliere, tra l'altro, professionisti qualificati con le relative garanzie sulla bontà del giudizio. Ovviamente, il fatto di qualificare diversamente la natura dell'arbitrato non cambia questi aspetti; ma un'impostazione che nega la natura giurisdizionale pura dell'arbitrato, in qualche modo, permette di giustificare tali caratteristiche che non apparirebbero più discriminatorie. Inoltre la singolarità di tale rito starebbe nel potere delle parti di fissare, nella convenzione arbitrale, le norme a cui gli arbitri dovranno sottostare, circostanza alquanto singolare per un procedimento giurisdizionale, senza contare il fatto che arbitro può essere qualunque soggetto ritenuto idoneo dalle parti, e ciò non è necessariamente garanzia di qualità e competenza.

²⁹ In particolare v. richiami sul tema nelle precedenti note. Nel medesimo senso CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2003, 1295.

³⁰ In tal senso DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 889.

realizzare “effetti riflessi” sulla propria situazione giuridica soggettiva connessa a quella controversa, anche nell’ipotesi in cui sia stato estraneo allo specifico giudizio arbitrale. Su tale punto si deve notare come il fondamento dell’istituto arbitrale si poggia sempre sulla volontà dei soci e la circostanza è evidenziata chiaramente dalla formulazione dell’ultimo comma dell’art. 34 d.lgs. 5/2003³¹. In altre parole, all’interno del microcosmo sociale, si decide di abdicare all’offerta di tutela della giurisdizione ordinaria su determinate questioni, operando una scelta a favore di un tipo di giustizia che probabilmente si considera più conforme alle esigenze della società³².

In più, il fatto che il legislatore attribuisca agli arbitri funzioni simili a quelle dei giudici ordinari, non implica necessariamente una scelta circa la natura giuridica dell’arbitrato, ma circoscrive il campo di ciò che gli arbitri possono o non possono fare³³.

D’altra parte, analizzando il fenomeno arbitrale dal punto di vista dei terzi estranei, si deve sostenere che il risultato finale per questi

³¹ Tale considerazione sembra rafforzata anche dalla lettura dei commi 2 e 3 dell’art. 35 d.lgs. 5/2003 in tema di interventi e mezzi di impugnazione a cui un soggetto, originariamente estraneo alla controversia, può accedere. Sul punto sembrano critici ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 611.

³² Il riferimento è, evidentemente, alle possibili conseguenze economiche che prolungate situazioni di incertezza e contrasto possono creare e che, i tempi biblici di un giudizio ordinario, certo non concorrono a limitare.

³³ Il riferimento è, più specificamente, a quanto previsto dal d.lgs. 5/2003 all’art. 35 comma 5 utilizzato per sostenere un presunto riconoscimento in testa agli arbitri di poteri di tipo cautelari che tradirebbero una radice giurisdizionale del relativo potere. Si deve anche considerare che, la riforma del 2006, ha negato poteri cautelari agli arbitri di diritto comune, rimanendo, la norma prima citata, disposizione speciale limitata all’ambito societario.

soggetti varrà come un semplice negozio, dovendosi negare qualsiasi estensione *ultra litem* dell'ambito di applicazione del relativo lodo, così come si è già accennato. Tale affermazione sembra essere supportata dalla lettura dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. che presuppone, come requisito per l'intervento - sia esso volontario che coatto - di un terzo, che ci sia l'accordo di questi. In altre parole il legislatore chiede che del contratto arbitrale sia parte anche il "terzo", anche se in un momento successivo alla stipulazione originaria, e tale ampliamento soggettivo giustificherebbe, e sarebbe il presupposto, per un allargamento degli effetti del lodo. Nell'arbitrato societario, infatti, gli effetti si estendono anche agli altri soci estranei alla controversia, ma tale estensione è giustificata proprio in relazione alla loro appartenenza alla società e quindi alla loro preventiva accettazione della clausola compromissoria.

Un ulteriore elemento, che allo scrivente sembra negare la natura giurisdizionale pura dell'arbitrato, è costituito dalla stessa limitazione oggettiva dell'ambito di applicazione dell'arbitrato. In sostanza è la stessa radice contrattuale dell'istituto arbitrale che giustifica ed anzi pretende che l'oggetto del rapporto sia circoscritto ai soli diritti disponibili³⁴. Infatti, nel processo ordinario, non vi è traccia di una simile limitazione oggettiva del giudizio; dunque, se si vuole avvicinare a questo, il processo arbitrale, non si può non ammettere che i limiti

³⁴ E' da notare che vi sono delle differenze, sotto il profilo dei limiti oggettivi, tra arbitrato di diritto comune ed arbitrato societario (sul punto *infra*).

oggettivi di quest'ultimo siano una vistosa anomalia. Ed è tale anomalia, assieme agli altri profili che la dottrina ha di volta in volta rilevato, che dovrebbe far propendere per una ricostruzione non giurisdizionale in senso pieno del fenomeno in commento, ma semplicemente processualizzata, il cui atto conclusivo gode di una particolare stabilità nei confronti delle parti che però non si identificherebbe mai con "l'autorità del giudicato" statale seppure ad essa chiaramente si ispira.

In ultima analisi, consci della scivolosità del terreno su cui ci siamo mossi, si può constatare come nella disciplina dell'arbitrato in generale, e di quello societario in particolare, convivano elementi che permettono di poter sostenere, con accurata motivazione, sia la natura giurisdizionale che quella privata dell'istituto senza, per questo, essere in grado di percorrere sino in fondo nessuno delle due ricostruzioni.

Infatti, come si è avuto modo di argomentare, è da escludere la natura giurisdizionale pura dell'arbitrato, in quanto è difficile associare al lodo la forza imperativa che contraddistingue il "fare stato" della sentenza³⁵; tale affermazione, come detto, non impedisce il riconoscimento di un "giudicato limitato" *inter partes* all'accertamento contenuto nel lodo. Però anche la strada della natura strettamente privata del fenomeno, non è percorribile fino in fondo, anche per ciò che si è appena detto.

³⁵ Infatti è stato osservato che tale caratteristica sembra essere quella propria che caratterizza la sentenza che, diversamente, degraderebbe a mero consiglio (in tal senso si esprime VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 14).

Insomma, si ritiene non ragionevole accettare tutte le tesi che tentano di ricostruire la categoria arbitrale in modo unitario³⁶, ritenendo, invece, condivisibile una visione intermedia di un fenomeno procedimentalizzato che, seppure estraneo al potere statale³⁷, si avvicina molto alla sfera giurisdizionale della sentenza. Con l'ulteriore precisazione che tale ultima affermazione deve essere intesa nel senso che il fondamento e l'anima dell'istituto arbitrale rimangono ben radicati nella dimensione privata, come testimoniato anche dal fatto che le parti hanno il potere di fissare "le regole del gioco" che condizionano l'attività degli arbitri. Innestati in tale realtà, però, vi sono slanci verso un potere di accertamento che contraddistingue la figura del giudice, e che, a ben vedere, deve essere inteso nel senso di sottrarre il lodo all'instabilità della disciplina contrattuale.

Le conseguenze della posizione che in questo lavoro si è intesa sostenere portano a condividere quella dottrina che, seppur escludendo l'autorità di sentenza statale del lodo, ne riconosce l'effetto di cosa

³⁶ Così VERDE, *ult. op. cit.*, 15.

³⁷ Tale posizione sembra, in sostanza, essere quella delle Sezioni unite della Cassazione che, con la già citata sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, ha precisato che "la constatazione che la legge fissa in modo analitico il regime formale del procedimento arbitrale e del lodo, può solo dimostrare che l'ordinamento positivo ha processualizzato il procedimento arbitrale, ma non anche lo ha giurisdizionizzato" e che "il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione". Sulla stessa linea sembra DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 891 quando afferma che, l'attualità della richiamata sentenza, pur dopo la riforma del 2006, consiste nella impossibilità di operare una "assimilazione, quoad naturam, della potestà arbitrale a quella dei giudici dello Stato, in considerazione della diversa «fonte» (rispettivamente: il patto; l'ordinamento) dei due fenomeni".

giudicata tra le parti³⁸, nel senso di riconoscere una certa stabilità dell'accertamento contenuto nel lodo, sottraendolo, di fatto, alle impugnazioni negoziali. Il lodo è, dunque, una decisione vincolante, che segue un giudizio e che la legge qualifica produttiva degli *effetti* della sentenza. Vincola solo le parti al pari del giudizio, mentre i terzi ne risentono se ed in quanto la loro posizione sostanziale possa risentire - non del lodo o della sentenza in sé, ma - della mutata situazione delle parti in ragione del diverso assetto delle loro posizioni operato dalla decisione.

§.2. Rapporti tra arbitrato societario ed arbitrato di diritto comune

All'indomani dell'introduzione nell'ordinamento italiano dell'arbitrato societario, uno dei primi problemi che ha impegnato la dottrina è stato stabilire che tipo di impatto poteva avere tale novità nel campo delle A.D.R. in cui già era presente un procedimento arbitrale cd. di diritto comune³⁹. In sostanza il problema consisteva nella necessità di appurare se l'arbitrato societario *ex art. 34 ss. del d.lgs. 5/2003* avesse il monopolio sulle controversie in campo societario, ovvero se fosse

³⁸ Nello stesso senso il già citato AULETTA, *Commento sub art. 824 bis, op. cit.*, 1399.

³⁹ È recente l'ultimo intervento della Corte di Cassazione che, con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24864, in www.ipsoa.it/lesocieta, si è occupata, tra l'altro, del rapporto tra arbitrato di diritto comune ed arbitrato societario.

comunque possibile scegliere di utilizzare la disciplina ordinaria arbitrale per risolvere le controversie in tali materie⁴⁰. In altre parole bisognava stabilire se l'arbitrato societario fosse necessario e previsto a pena di nullità in presenza di talune questioni, ovvero se fosse un'alternativa "specificata" all'arbitrato di diritto comune⁴¹.

Ad una prima lettura, parte della dottrina e della giurisprudenza aveva ritenuto di ritrovare nella rubrica dell'art. 35 del d.lgs. 5/2003 un elemento letterale per sostenere che in materia societaria non vi fosse spazio per l'arbitrato di diritto comune se non in via residuale, ovvero ogni qual volta non fosse possibile accedere all'arbitrato societario per stessa disposizione della relativa disciplina⁴². Detto diversamente tutte le controversie che insorgono tra i soci e tra questi ultimi e la società,

⁴⁰ Per una chiara analisi del problema v. AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, in SASSANI (a cura di) *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 328; BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario, op. cit.*, 1286, il quale dubita fortemente dell'autosufficienza della *species* dell'arbitrato societario; LUISO, *Commento sub art. 34*, in LUISO (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, 558; MURONI, *Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico*, in *Riv. arb.*, 2008, 45; NELA, *Commento sub art. 34*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 932 ss; SANTAGADA, (D'ALESSANDRO, GIORGETTI, ZUMPARO), *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, 253.

⁴¹ Dal punto di vista letterario sembra di scarso aiuto la Relazione del governo che ha accompagnato l'adozione del d.lgs. in commento.

⁴² In tal senso è CORSINI, *ult. op. cit.*, 1286, secondo il quale diversamente opinando, le parti potrebbero tranquillamente discostarsi dall'osservanza delle disposizioni dettate dagli artt. 34 e ss., d.lgs. n. 5 del 2003, adducendo poi, come giustificazione, quella di aver voluto dare vita ad un arbitrato di diritto comune. Aderiscono a tale posizione, tra i tanti, ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929; LUISO, *Commento sub art. 34 cit.*, 558; MURONI, *Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico, op. cit.*, la quale parla di "arbitrato facoltativo da legge", espressione adottata da VERDE, *Diritto dell'arbitrato, op. cit.*, 49, per indicare la circostanza in cui il legislatore, pur lasciando libere le parti di optare tra arbitrato e giustizia ordinaria, imponga una certa disciplina arbitrale, qualora si orientino nel primo senso.

avente ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale, sarebbero arbitrabili solo in presenza di clausole statutarie conformi alla disciplina positiva del 2003⁴³.

Uno degli argomenti che hanno portato a tale conclusione si fonda, come accennato, sull'art. 35 d.lgs. 5/2003 che costituirebbe un monolite inderogabile per le parti sociali che, nel caso di controversie, avrebbero solo la scelta di accedere all'arbitrato societario ovvero percorrere le vie della giustizia ordinaria. Sul punto si è precisato che è il fatto stesso di prevedere, a pena di nullità, il deferimento ad un terzo estraneo il potere di nomina degli arbitri e di stabilire il proprio numero a permettere la lettura di cui sopra: infatti, opinare diversamente, fornirebbe l'alibi alle parti di poter dichiarare di aver voluto un arbitrato di diritto comune, il tutto per evitare eventuali dichiarazioni di nullità della clausola⁴⁴. Si deve anche dare atto di una diversa sfumatura che parte della dottrina ha inteso dare al problema in oggetto: si è infatti

⁴³ Cfr. in giurisprudenza Trib. Lucca 11 gennaio 2005, in *www.ilcaso.it*.

⁴⁴ Dello stesso tenore, tra gli altri, sembra l'approccio di ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *Art. 34*, in *Arbitrato societario*, in CARPI (a cura di), Bologna, 2004, 8, la quale afferma che ogni tentativo di deroga alla disciplina dell'arbitrato societario andrebbe a confluire nella problematica attinente all'arbitrato irrituale. Ancora più incisivo sembra DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, 245 quando afferma che "all'inverso chi ritiene possibile la doppia scelta, è obbligato a concludere che ove la clausola non rechi l'indicazione del terzo, i soci fondatori o l'assemblea abbiano voluto un arbitrato di diritto comune. La soluzione è perfettamente coerente con la base interpretativa, ma perviene a una lettura di fatto abrogante dell'art. 34, comma 2°, che vuole il potere di nomina degli arbitri conferito a un estraneo "a pena di nullità". Ora io condivido che l'art. 34, comma 2°, riesca tutt'altro che limpido sul tema qui discusso, ma non credo sia possibile accedere a un'interpretazione che, per difendere la sua premessa, finisce per tradire la lettera della norma, dovendosi invece preferire una lettura che armonizzi i suoi risultati col testo e col senso della disposizione".

sostenuto che l'arbitrato societario non sia obbligatorio quanto alla scelta, ma solo nel suo procedimento⁴⁵, nel senso che, una volta operata la scelta dell'arbitrato societario, la disciplina da applicale è inderogabilmente quella prevista dal d.lgs. 5/2003.

Diverso orientamento opta per una ricostruzione del rapporto in argomento secondo un modello di convivenza, lasciando di volta in volta alla società interessata la scelta di quale strumento, tra arbitrato societario e di diritto comune, si adatti meglio alle esigenze specifiche⁴⁶. Tale ultima ricostruzione, a parere dello scrivente, sembra essere sostenuta da maggiore ragionevolezza sotto diversi profili.

In primo luogo è del tutto assente la previsione di qualsivoglia meccanismo di conversione obbligatoria delle clausole statutarie per le società di persone. In secondo luogo manca la norma risolutiva

⁴⁵ E' su tale posizione BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 93. Come già accennato nelle note precedenti, è ciò che è stato definito "arbitrato facoltativo da legge".

⁴⁶ Così AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 328 che, in modo molto chiaro, alla nota 3 argomenta dettagliatamente tale posizione; BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*; NELA, *Commento cit.*, 932 ss; SANTAGADA, *Arbitrato cit.*, 253. Parla di convivenza sotto un diverso profilo SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in www.judicium.it il quale così si esprime: "coesistenza, sì, di disciplina comune e disciplina speciale ma non nel senso che si può scegliere, in materia societaria tra l'una e l'altra, tra l'uno e l'altro sistema di nomina, bensì, solo, necessaria compresenza dentro ogni singolo nuovo arbitrato societario di un doppio strato normativo: un primo strato, generale, costituito dalla disciplina comune codicistica ed un secondo strato speciale che si aggiunge a quello di base e lo completa, integrandolo ed in parte derogandolo". Tale posizione, tra l'altro, conferma ciò che altra autorevole dottrina ha affermato circa la non autosufficienza della normativa speciale in campo societario riconoscendo, quindi, un ruolo integrativo alla disciplina ordinaria (cfr. LUISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 556). Anche la giurisprudenza sembrava orientata a tale soluzione, così infatti App. Torino, 4 settembre 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 546, nt. critica SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione. Contra Cass. 9 dicembre 2010, n. 24864 cit.*

dell'efficacia ultrattiva delle clausole statutarie delle società di capitali per difformità delle stesse alle disposizioni inderogabili del d.lgs. 5/2003. Infatti, l'art. 223 *bis* comma 4 disp. att. c.c. fissa il termine massimo di vigenza delle disposizioni statutarie in contrasto solamente con le norme inderogabili del d.lgs. n. 6/2003. Da ultimo è stata notata la mancanza di una norma analoga a quella contenuta nell'art. 223 *bis* disp. att. c.c., comma 6 che vieti, a far data dal 1° gennaio 2004, l'iscrizione nel registro delle imprese delle società di capitali e delle società cooperative che contengano disposizioni anche difformi da quelle previste dagli artt. 34 e ss. d.lgs. n. 5/2003⁴⁷. Anzi il comma 7 dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c. conferisce alle società costituite anteriormente al 1° gennaio 2004 una mera possibilità di adottare clausole statutarie conformi ai decreti di attuazione della legge n. 366/2001.

⁴⁷ Così ancora AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 328. Argomenta altra parte della dottrina come la convivenza "pacifica" tra i due tipi di arbitrati sia in qualche modo dovuta anche alla non autosufficienza dell'arbitrato societario, nonché dallo stesso richiamo del comma 4 art. 1 del d.lgs. 5/2003 (cfr. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 89; LUISO, *Commento sub art. 34 cit.*, 556; NELA, *Commento cit.*, 829). Sul punto si segnala la posizione di DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria, op. cit.*, 244 il quale, con parole chiare e dirette, afferma che "senza dubbio il d. legisl. n. 5/2003 non ha reciso ogni collegamento fra liti societarie e arbitrato comune. A quest'ultimo continuano a essere devolute le controversie in cui l'arbitrato trova fonte in un compromesso e quelle fondate su clausole compromissorie introdotte entro il dicembre 2003. Né va trascurato che il modello introdotto dalla riforma non è esaustivo della disciplina del procedimento, le cui lacune vanno giocoforza colmate facendo ricorso alle norme del c.p.c.. Può dirsi dunque che l'arbitrato societario è comunque immerso nel brodo di coltura dell'arbitrato comune, per cui, fuori dei presupposti di applicazione del sistema speciale, o per tutti i profili non regolati dalle nuove norme, tornano applicabili le regole proprie dell'arbitrato tradizionale". Ma, fatta tale premessa, il chiaro A. conclude escludendo che, "gli statuti delle società che non ricorrono al capitale di rischio, possano rifiutare l'arbitrato societario per adottare quello regolato interamente dal codice".

Elemento non certo determinante, ma sicuramente di ausilio per una lettura orientata dell'istituto in commento, è la Relazione allo stesso d.lgs. 5/2003 che, in attuazione della delega, “contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico”. Tale dichiarazione di intenti, benché irrilevante se non riscontrata nel testo della norma, è di sicuro aiuto nel caso in cui vi siano dubbi interpretativi ed il testo non offra, come sembra, chiari indizi⁴⁸ per escludere la soluzione della convivenza tra i due tipi di arbitrato⁴⁹.

Tale approccio sembra essere stato fatto proprio anche dalla più recente giurisprudenza in materia. Infatti, la Corte d'Appello di Torino, con sentenza del 18 settembre 2009, sembra sostenere in modo chiaro la possibilità di una convivenza tra l'arbitrato societario e l'arbitrato di diritto comune⁵⁰.

⁴⁸ Per ulteriori considerazioni sull'art. 223 *bis* disp. att. c.c. che, sotto diverso profilo, permettono di sostenere la convivenza dell'arbitrato societario con quello di diritto comune v. *infra* §.3.

⁴⁹ Sul punto cfr. GALLETTO, *Commento sub arbitrato societario*, in BUONFRATE-ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di ADR*, Torino, 2006, 467. La stessa circostanza che nell'art. 34 comma 2 d.lgs. 5/2003 il legislatore abbia previsto una modalità di nomina degli arbitri differente da quello previsto per l'arbitrato di diritto comune, risulta un altro indizio importante della volontà del legislatore di creare una *species* di clausola arbitrale in campo societario (cfr. SOLDATI, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina*, in www.judicium.it).

⁵⁰ Infatti, la Corte d'Appello di Torino afferma che “*gli artt. 34 segg. D.Lgs. cit. hanno [abbiano] unicamente inteso introdurre nell'ordinamento, per le controversie endosocietarie, un particolare tipo di arbitrato (caratterizzato da talune particolarità, tra cui l'automatica estensione della clausola agli amministratori, liquidatori e sindaci che abbiano accettato la carica, ancorché non parti del contratto sociale), senza con ciò precludere alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune, siano esse per arbitrato rituale che per arbitrato libero.[...] L'espressa nullità comminata per*

Conseguenza di tale approccio risulta la posizione soggettiva delle società su cui vi è un semplice onere di modificare gli statuti *ante* riforma del 2003: in altre parole, se le società intendono accedere al nuovo istituto devono espressamente manifestare tale volontà con la modificazione dei rispettivi statuti e, quindi, una eventuale inerzia in tal senso costituirebbe una scelta per l'arbitrato di diritto comune⁵¹.

Diverso aspetto del problema utile, però, a sostenere la sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune nelle materie societarie, è quello legato all'ammissibilità dell'arbitrato di diritto comune nell'ipotesi di compromesso. Infatti, sostenere che l'arbitrato di diritto comune possa avere ad oggetto materie societarie *ex art. 34 d.lgs. 5/2003*

le clausole compromissorie che non attribuiscono il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un soggetto estraneo alla società, non vale a generalizzare l'applicazione dell'art. 34 per ogni arbitrato endosocietario, sopprimendo la stessa sopravvivenza dell'arbitrato di diritto comune in ambito societario. [...] la norma dell'art. 34 cit. 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 suoi soci possono lucrare gli effetti previsti da tale sottospecie di arbitrato, quali, essenzialmente, un più ampio ambito di questioni compromettibili e una più estesa efficacia soggettiva del lodo. Diversamente, non per questo l'eventuale clausola compromissoria binaria e di diritto comune può ritenersi invalida, ché un tale risultato sarebbe totalmente opposto alla ratio legis come sopra individuata". Propongono per la stessa ricostruzione anche Trib. Genova 7 marzo 2005, in *Corr. mer.*, 2005, 759; Trib. Bologna 25 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1640, nt. RESTANO; Trib. Bari 2 novembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 223, nt. CERRATO; App. Torino 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 907, nt. CERRATO; Trib. Bologna 17 giugno 2008, in *Pluris. Contra* Trib. Latina 22 giugno 2004, in *Giur. it.*, 2004, 1900, nt. BESSO; Trib. Milano 4 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 1653; App. Torino 4 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 398, nt. CERRATO; Trib. Salerno 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, 2000; Trib. Bologna 7 aprile 2008, in *Pluris*; Trib. Milano 30 aprile 2008, in *Corr. mer.*, 2008, 944; Trib. Trani 15 ottobre 2008, in *Corr. mer.*, 2009, 27; Trib. Milano 12 marzo 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2224; Trib. Milano 18 giugno 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2717.

⁵¹ Cfr. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis)orientamenti del notariato*, in www.judicium.it. Sempre il chiaro A. sottolinea come ci sia solo una mera possibilità di optare per il nuovo tipo di clausola persino per le società di nuova costituzione (AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 328).

solo nel caso di compromesso, ed escluderlo nel caso di clausola statutaria è sembrato, ad attenta dottrina, non supportato da sufficiente forza logica⁵².

Da quanto detto non sembra irragionevole sostenere la validità di un arbitrato derivante da una clausola compromissoria statutaria difforme dalle norme del d.lgs. 5/2003 che quindi sarà disciplinato dalla normativa del codice di rito. Tale scelta della società, quindi, impedisce semplicemente di beneficiare della disciplina specifica introdotta nel 2003 che, in quanto tale, è stata in qualche modo ritagliata sulle peculiari esigenze della realtà societaria⁵³.

Da tutto ciò discenderebbe l'ultrattività delle vecchie clausole che conservano la propria validità, nonché della legittimità di scegliere clausole ispirate al codice di rito anche per le questioni di cui all'art. 34 d.lgs. 5/2003⁵⁴. Non sembra in contrasto con quanto appena affermato la rubrica dell'art. 35 d.lgs. 5/2003 dal momento che la inderogabilità della disciplina dell'arbitrato endosocietario riguarda la disciplina che si dovrà

⁵² Così GALLETTO, *ult. op. cit.*, 467. Ma è sostanzialmente sulla stessa posizione BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*, il quale, però, va oltre quando sostiene la possibilità di applicare alcune delle disposizioni del d.lgs. 5/2003 anche all'arbitrato societario da compromesso giustificando tale operazione per identità di *ratio*. Non credo, invero, che tale tesi, seppur autorevole, sia condivisibile, dal momento che finirebbe per creare in via interpretativa un arbitrato, per così dire, "ibrido" non previsto né voluto dal legislatore delegato. E' sufficiente rilevare che le parti, scegliendo l'arbitrato di diritto comune per il tramite del compromesso, di fatto, ed in modo cosciente, optano per la non applicazione della disciplina del d.lgs. 5/2003 e delle relative garanzie e specificità (ciò è tanto più evidente nel caso in cui nello statuto societario vi sia una clausola arbitrale di diritto comune). Non vedo, quindi, la ragione per cui si dovrebbe comunque concedere la possibilità di applicare tale disciplina che, in qualche modo, le parti hanno dichiarato di non volere.

⁵³ In tal senso BRIGUGLIO, *ult. op. cit.*; GALLETTO, *ult. op. cit.*, 468.

⁵⁴ Così NELA, sub *Art. 34, op. cit.* 933. Sul punto cfr. il §.3.

applicare una volta scelto di accedere a tale tipo di arbitrato. In altre parole, come già si è accennato sopra, se si opta per l'arbitrato societario non è possibile derogare a quanto previsto per legge; tale disciplina, ovviamente, non sarà applicata se la scelta dovesse cadere sull'altro tipo di arbitrato⁵⁵.

Caso particolare, ma certo non escluso espressamente dalla disciplina in commento, potrebbe aversi nell'ipotesi in cui la società dovesse decidere di devolvere determinati tipi di controversie ad uno delle due tipologie di arbitrato e le restanti all'altro, realizzandosi, in tal modo, una convivenza tra i due istituti⁵⁶. Anzi, per sostenere la ragionevolezza di quanto appena detto, allo scrivente sembra potersi

⁵⁵ Sul punto *contra* DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, *op. cit.*, 244 il quale espressamente conclude nel senso che "per le società che non fanno ricorso al capitale di rischio, allora, non v'è scelta. O deliberano di ricorrere all'arbitrato societario e congegnano un clausola ricca dei requisiti dell'art. 34, o ogni altra previsione statutaria si svelerà nulla, col risultato di imporre alle parti la strada del giudizio ordinario". Sul punto mi si consenta di dissentire. Infatti, quando l'art. 34 al comma 1 prevede la possibilità che siano devolute all'arbitrato societario *alcune ovvero tutte le controversie* [...] a me sembra che si dia lo spazio di operatività anche all'arbitrato di diritto comune lì dove, per le controversie non devolute al primo tipo di arbitrato, i soci decidano comunque di sottrarle alla giurisdizione ordinaria. Anche perché, sostenendo la posizione del chiaro A. citato, si finirebbe per negare la possibilità di inserire una clausola arbitrale per risolvere tutte le controversie che risulterebbero fuori l'ambito oggettivo dell'arbitrato societario.

⁵⁶ Così NELA, *sub Art. 34*, *op. cit.*, 933; ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, *op. cit.*, 606; VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, *op. cit.*, 111. Si deve far notare come tale possibilità di scelta sia stata espressamente negata dalla giurisprudenza della Suprema Corte che, con la sentenza n. 24867 del 9 dicembre 2010 *cit.*, ha espressamente affermato che la facoltà sottesa al "possono" contenuto nell'art. 34 comma 1 "è da ritenersi riferita non alla scelta tra l'arbitrato di diritto comune e quello previsto dalla medesima norma, ma a quella tra il ricorso all'arbitrato previsto dalla stessa norma ed il ricorso al giudice ordinario. In altre parole, le società hanno la libertà di scegliere, per la soluzione delle controversie, la via arbitrale anziché quella giurisdizionale. Nel primo caso, tuttavia, devono conformarsi alla previsione del D.Lgs. del 2003, art. 34 e segg. evidenziando la espressa declaratoria di inderogabilità della relative previsioni procedurali, contenute nella intitolazione dell'art. 35 della stessa legge".

utilizzare quanto previsto dallo stesso art. 34 comma 1 d.lgs. 5/2003 quando concede la possibilità di devolvere ad arbitri anche solo alcune delle controversie specificate nello stesso primo comma. Come a dire, se si vuole inserire l'arbitrato societario come modalità di risoluzione delle controversie societarie, non è necessario che tutte quelle previste da quest'ultima norma siano devoluti all'arbitrato societario, ben potendo essere devoluti all'arbitrato di diritto comune, ovviamente se rientranti nel relativo ambito di applicazione. Si fa notare come, non permettere l'operatività dell'arbitrato di diritto comune nell'ipotesi appena ipotizzata, porterebbe come conseguenza quella di impedire ad una società di risolvere, per tale via arbitrale, questioni e controversie societarie che diversamente sarebbero arbitrabili *ex art. 806 c.p.c.*, risultando questa una limitazione che il codice di rito non prevede.

Recente giurisprudenza della Cassazione, però, ha provveduto a fissare un principio diverso da quello che qui si è ritenuto più ragionevole; infatti, con la sentenza 9 dicembre 2010, n. 24867 ha affermato che *"il notaio che redige o autentica atti societari contenenti clausole compromissorie che conferiscono ai soci il potere di nomina degli arbitri incorre nella violazione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/2003. Tale disposizione, infatti, con formulazione inequivoca, prevede che il potere di nomina di tutti gli arbitri sia conferito, "in ogni caso, a pena di nullità", ad un soggetto estraneo alla compagine sociale. Stante*

il carattere di specialità della disciplina introdotta dagli artt. 34 ss. d.lgs. n. 5/2003, del tutto irrilevante è la circostanza che dette clausole compromissorie siano astrattamente compatibili con il modello generale previsto dal codice di procedura civile (c.d. doppio binario). La difformità della clausola compromissoria rispetto alla disciplina introdotta dagli artt. 34 ss., d.lgs. n. 5/2003 determina la nullità assoluta della clausola in esame e, in parte qua, dell'atto che la contiene".

Secondo l'autorevole dottrina che ha commentato tale importante arresto giurisprudenziale, sono le differenze che esistono tra arbitrato di diritto comune ed arbitrato societario a giustificare la ricostruzione proposta dalla Cassazione⁵⁷. In altre parole, secondo il ragionamento seguito dalla dottrina richiamata, sono tali differenze che ancora oggi esistono a giustificare la "Cassazione, che nella pronuncia in commento preferisce mantenere saldo il primato delle regole speciali, ed evitare correzioni che, alla prova dei fatti, potrebbero rendere complicato il funzionamento di una forma di giustizia di gruppo, che il legislatore ha voluto massimamente favorire".

Tale ricostruzione giuridicamente apprezzabile, mette in evidenza come, il diverso approccio al problema esaminato (che in questo lavoro si è inteso sostenere) riproporrebbe, sul piano pratico, quei limiti e quei problemi che tradizionalmente l'arbitrato comune proponeva e che, con

⁵⁷ Cfr. PAGNI, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in *Le società*, 4/2011, p. 463.

l'intervento del 2003, il legislatore ha voluto risolvere proprio con l'introduzione dell'arbitrato societario. Ma tale punto di vista, benché autorevolmente argomentato, non convince sino in fondo. Infatti, nelle conclusioni proposte è la stessa dottrina richiamata che lascia chiaramente intendere come la soluzione prospettata dalla sentenza commentata sia limitata alle "*clausole di nuova introduzione*"⁵⁸. Tale ragionamento, a ben vedere, non esclude la possibilità di convivenza tra i due tipi di arbitrati (né provvede a fare ciò la Suprema Corte con la sentenza in commento) almeno limitatamente alle clausole preesistenti. Ma è proprio su tale punto che tale tesi non convince.

Infatti, seguendo questo ragionamento, si finirebbe per ammettere che una medesima controversia societaria possa essere soggetta a diversi tipi di arbitrati solo perché in un caso la clausola preesisteva alla riforma (né, come visto, sembrano esserci precisi procedimenti di adeguamento obbligatori), mentre nell'altro la clausola era di nuova costituzione. Ma, se sono state le difficoltà pratiche ad aver ispirato una normativa così intransigente, si finirebbe per perdere di coerenza se non si applicasse tale linea dura anche nell'ipotesi delle clausole preesistenti (cosa che non sembra essere prospettata né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza richiamata).

⁵⁸ Così. PAGNI, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, op. cit., p. 463.

Con questo, ovviamente, non vuol dire che non si condivida l'analisi di opportunità, sul piano pratico, di avere un arbitrato specializzato e calibrato per superare più facilmente certe difficoltà proprio del vecchio istituto.

Da ultimo, sul punto, si fa notare come, benché non sia assolutamente dirimente, la già richiamata lettera della Relazione di accompagnamento al d.lgs. 5/2003 afferma espressamente la normativa predisposta dal legislatore "contribuisce alla creazione di una compiuta *species* arbitrale, che si sviluppa senza pretesa di sostituire il modello codicistico". In altre parole, da quando è dato capire, l'arbitrato societario non sembra avere il monopolio delle controversie societarie.

Riprendendo l'analisi del tema in oggetto, si nota come il rapporto tra la struttura dell'arbitrato di diritto comune e quello societario evidenzia palesi differenze che caratterizzano in modo molto diverso i due istituti: la scelta di un modello piuttosto che dell'altro, quindi, non risulta essere affatto indifferente sotto diversi profili⁵⁹.

Una considerazione che può essere svolta in relazione all'introduzione dell'arbitrato societario consiste nel rilevare l'evidente sforzo che il legislatore ha profuso per ritagliare l'istituto sulle esigenze societarie; tale profilo certamente suggerisce che l'intento è quello di indurre le società a scegliere l'arbitrato societario per dirimere

⁵⁹ Ci si riferisce, evidentemente, sia al profilo dell'atto costitutivo, sia in sede di modifica statutaria.

determinate controversie, cosa che è lontana dall'imporre tale arbitrato come unico ed esclusivo per le stesse, impedendo, di contro, l'operatività di quello di diritto comune.

Interessante è la posizione assunta da una parte della dottrina che, in modo schematico e chiaro, individua quattro situazioni che possono verificarsi in relazione al rapporto in commento⁶⁰. Tale tesi parte dal presupposto che il legislatore, con la riforma del 2003, abbia individuato per le liti societarie il relativo arbitrato come quello naturalmente operante in assenza di specificazioni contenute nell'atto statutario; da qui ne deriva che, in assenza di precisazioni, l'introduzione di una clausola compromissoria negli statuti societari si presumono far riferimento all'arbitrato societario.

La seconda situazione prospettata contempla una clausola compromissoria che si riferisce all'ipotesi di cui sopra, ma che nella propria disciplina si discosta da quanto normativamente previsto; in tale ipotesi la clausola dovrebbe essere dichiarata nulla con l'impossibilità di utilizzare i meccanismi integrativi di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c..

Altra opzione consiste nella scelta di un modello di arbitrato diverso da quello societario, e segnatamente quello di diritto comune, con

⁶⁰ Il contributo a cui si fa riferimento è quello di DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 914. Altra chiara dottrina che propende per una lettura di pacifica convivenza tra le due tipologie di arbitrato è AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 328, il quale sostiene la natura "additiva (non sostitutiva) e facoltativa (non obbligatoria)" dell'arbitrato societario nel rapporto con l'arbitrato di diritto comune. Di diverso avviso altra autorevole dottrina BOCCAGNA, *Commento sub art. 35*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007, 935.

la precisazione che tale scelta deve essere espressa.

L'ultima riflessione riguarda le clausole compromissorie preesistenti che, essendo espressione di scelte operate in assenza del regime introdotto nel 2003, sono da ritenere ancora valide proprio perché espressione di una volontà pattizia formatasi antecedentemente al richiamato intervento legislativo.

L'analisi di tale questione, a ben riflettere, non è sterile esercizio mentale, ma porta con sé conseguenze pratiche non secondarie⁶¹. Infatti, l'interrogativo da cui si è deciso prendere le mosse, ha riflessi diretti sulla soluzione del diverso ed ulteriore problema della sorte delle clausole compromissorie previgenti alla riforma societaria che, difformi rispetto alla nuova normativa, non si siano a questa successivamente uniformate, come meglio sarà analizzato nel prossimo paragrafo. In ultima analisi propendere per una ricostruzione, piuttosto che per l'altra, non risulta indifferente sul piano pratico.

La posizione che in questo lavoro si ritiene più convincente è proprio quella di una convivenza tra i due istituti anche alla luce di un dato positivo che non contiene alcun esplicito divieto che impedisca l'operatività dell'arbitrato di diritto comune in caso di controversie societarie, come innanzi già accennato. Nonostante quanto appena detto, si dà atto che tale posizione non è quella adottata dalla recente

⁶¹ Cfr. SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario*, in www.judicium.it.

giurisprudenza della Suprema Corte.

§.3. *Ultrattività delle clausole compromissorie ante-riforma*

Il problema legato alla ultrattività⁶² delle clausole compromissorie preesistenti al d.lgs. 5/2003 è strettamente collegato al tema svolto nel paragrafo precedente e la cui soluzione risulta, per certi versi, una naturale conseguenza della ammissibilità o meno di un arbitrato di diritto comune in materia societaria. Ed invero, all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina in commento, ci si era posti la questione legata all'interpretazione della norma contenuta nel comma 2 dell'art. 34 d.lgs. 5/2003, ed in modo particolare della previsione, a pena di nullità, di conferire il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto estraneo alla

⁶² C'è da dare atto come il termine di ultrattività è contestato da chi in dottrina fa notare come il problema in esame esula dalla dimensione strettamente processuale avendo, invece, come tema quello della validità di un atto negoziale, e che, di conseguenza, il discorso andrebbe sviluppato sul terreno della retroattività o meno delle nuove disposizioni (cfr. sul punto Trib. Torino, 27 settembre 2004, in *le Società*, 2005, 899, nt. critica di MORELLINI, *Diritto transitorio e validità della clausola compromissoria*, in *Società*, 2005, 905; RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004, 778). Benché tale rilievo possa sembrare a prima vista pienamente condivisibile, è da notare come colga solo in parte un problema che coinvolge in modo più generale l'eventuale invalidità sopravvenuta delle clausole compromissorie; con parole più chiare si esprime DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 249, quando afferma che "vero è pure che l'invalidità può discendere anche dall'impedimento frapposto dalle nuove norme a che il rapporto continui a spiegare efficacia nell'ambiente creato dalle disposizioni sopravvenute. Compito dell'interprete non è perciò solo di verificare se le norme di nuovo conio recano deroga al principio generale dell'irretroattività della legge successiva, ma anche di controllare se quest'ultima non miri a vietare che le antiche clausole, in ipotesi valide perché conformi alle regole del tempo, continuino a spiegare effetto anche per l'avvenire".

società.

Per affrontare il quesito proposto è necessario analizzare gli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* delle disposizioni di attuazione del codice civile e l'art. 41 comma 2 d.lgs. 5/2003; tale questione, tra l'altro, ha diviso in modo evidente il campo dottrinale⁶³ determinando non poca incertezza fra gli operatori del settore.

Per avere un quadro completo della questione il primo dato da rilevare riguarda l'assenza, del decreto in commento, di qualsivoglia disposizione che in modo diretto e chiaro si preoccupa di affrontare il tema in questione, tacendo il tipo di incidenza che la riforma societaria ha sulla validità delle clausole compromissorie preesistenti. In realtà qualcosa c'è in relazione al tema qui affrontato, ma si ritrova nella Relazione governativa al d.lgs. che, - come detto - in modo generale, inquadra il nuovo arbitrato come una *species*, senza la pretesa di sostituire il modello codicistico. A mio sommesso parere, conscio dal valore meramente indicativo della relazione citata, la conclusione che si può trarre da quanto appena detto porterebbe a sostenere la tesi della

⁶³ In dottrina, nel senso della sopravvivenza delle clausole non adeguate, VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, op. cit., 110 s.; AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, op. cit., 328; ID., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-) orientamenti del notariato*, in www.judicium.it; DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, op. cit., 913. Nel senso della nullità sopravvenuta, oltre alla massima n. 3 della raccolta delle massime sulla riforma del diritto societario elaborate dalla Commissione Società del Consiglio notarile di Milano, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, op. cit., 968; SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005, 15; BOCCAGNA, *Commento sub art. 35*, op. cit., 936.

ultrattività delle clausole compromissorie preesistenti e non solo⁶⁴.

A ben vedere una certa disciplina di adeguamento è stata prevista dal d.lgs. 6/2003 con l'inserimento, tra le disposizioni transitorie del codice civile, tra gli altri, degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* che prevedono, per le società di capitali e per quelle cooperative, un dovere di uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove "disposizioni inderogabili". Ma leggendo l'art. 34 del d.lgs. 5/2003 si nota come sia solo una possibilità quella di devolvere ad arbitri determinate controversie, non dovendosi considerare tale disposizione come inderogabile⁶⁵.

Di conseguenza il successivo comma 2 dell'art. 41 d.lgs. 5/2003 dovrebbe essere interpretato come norma che prevede le delibere a norma degli artt. 223 *bis* e 223 *duodecies* solo nell'ipotesi in cui si sia optato per la modifica dello statuto che, la norma richiamata, non impone⁶⁶.

⁶⁴ Dello stesso avviso NELA, sub Art. 34, op. cit., 933.

⁶⁵ Così ancora NELA, sub Art. 34, op. cit., 931.

⁶⁶ Cfr. NELA, sub Art. 34, op. cit., 932. Contra CAROTTI, *Commento sub art. 41*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007, 1065 e DALMOTTO, *Commento sub art. 41*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004; LUISO, *Commento sub art. 41, op. cit.*, 621. In giurisprudenza si segnala il Trib. Bologna 17 giugno 2008 che espressamente affronta il problema nei seguenti termini: "allorché una clausola compromissoria per arbitrato rituale, inserita nello statuto di una società, non rispetta i dettami della sopravvenuta riforma del diritto societario processuale (di cui al D.Lgs. n. 5 del 2003), sub specie di nomina degli arbitri da parte di un terzo estraneo alla compagine sociale, tale clausola deve tuttavia considerarsi ultrattiva, giusta la previsione dell'art. 41, II co., di detto D.Lgs. n. 5 del 2003, nonostante il suo contrasto con l'art. 34, II co., del medesimo decreto; ed invero, l'art. 41, II co., del D.Lgs. n. 5/2003 non reca alcun elemento da cui ricavare un obbligo di adeguamento delle vecchie clausole: infatti non è in tal senso il rinvio agli artt. 223-bis e 223-duodecies disp. att. c.c.. E' pertanto ammissibile l'opzione tra la clausola compromissoria statutaria per arbitrato societario e la clausola compromissoria statutaria per arbitrato di diritto comune; al mancato

In realtà tale lettura è tutt'altro che pacifica, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, dove si evidenziano posizioni contrarie a quelle sostenute nel presente lavoro. Ed invero la nuova disciplina prevede, sotto pena di nullità, che sia il terzo estraneo il depositario del potere di nominare gli arbitri e tale previsione è in contrasto con la quasi totalità delle clausole compromissorie preesistenti alla riforma. Da ciò ne derivava che tali clausole debbano essere uniformate alla nuova disciplina nella misura in cui siano in conflitto con la nuova disposizione, seguendo le previsioni delle disposizioni di attuazione del codice civile prima richiamate⁶⁷.

La giurisprudenza, d'altra parte, è sembrata subito orientata sulla tesi della sopravvenuta nullità delle clausole compromissorie difformi e non adeguate optando per la nullità radicale (sopravvenuta) della clausola

adeguamento delle clausole preesistenti consegue la loro ultrattività, e quindi l'applicazione della disciplina codicistica sull'arbitrato rituale di cui agli artt. 806 c.p.c e segg."

⁶⁷ Tra i più convinti sostenitori di tale tesi BOCCAGNA, *Commento sub art. 35, op. cit.*, 937; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 568. *Contra* altra dottrina AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato, op. cit.*, il quale in modo incisivo chiarisce come "la situazione soggettiva della società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è tipicamente quella dell'onere: se la società vuole conseguirne le utilità deve espressamente recepire una clausola conforme alla relativa fonte legislativa, altrimenti continua (anche nella semplice inerzia) ad avvalersi della disciplina anteriore subendone però i connessi svantaggi, avvertibili specialmente in termini di numero delle controversie (in)arbitrabili. Nè va poi dimenticato che il *jus superveniens* sostanziale -qual è quello inerente la clausola- non può importare regolarmente l'obliterazione automatica della *lex prior* dovendo, anzi, la legge regolatrice della validità della clausola essere tendenzialmente considerata quella del tempo della sua formazione (v., da ultimo, CdS, V, 4 maggio 2004 n. 2726, *Comune di Seveso c. Zanetti s.r.l.*; Pres. Frascione, est. Branca, per la speculare vicenda della clausola compromissoria virtualmente nulla in quanto redatta per dirimere controversie su diritti altrimenti deferite al Tar in sede di giurisdizione esclusiva, ma anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, comma 2, l. 21 luglio 2000, n. 205)".

compromissoria alla quale, di conseguenza, è esclusa l'applicazione del comma secondo dell'art. 1419 c.c., che contempla il meccanismo di salvezza applicabile solo nelle ipotesi di nullità parziale⁶⁸.

L'incertezza del tema in commento è testimoniata dall'evidente contrasto che si è verificato sul punto, contrasto che vede opposte alle tesi poco sopra riportate, altre di diverso segno, tutte di adozione giurisprudenziale. Infatti, si è cominciato a sostenere la validità delle clausole compromissorie che facevano riferimento alla disciplina di rito⁶⁹ ovvero che riservavano la scelta degli arbitri a soggetti diversi dal terzo estraneo⁷⁰, partendo dal presupposto che la nuova disciplina fosse additiva e non sostitutiva della preesistente⁷¹.

Una precedente sentenza, questa volta del Tribunale di Udine, aveva già prefigurato la validità delle clausole compromissorie preesistenti alla disciplina del 2003, ma l'argomento su cui poggiava tale assunto era differente da quello sviluppato nelle precedenti sentenze

⁶⁸ Tra le tante sentenza cfr. Trib. Catania, 26 novembre 2004, in *Giur. di merito*, 2006, 115. Invero, sul punto, si è pronunciato anche il Trib. Torino, 26 novembre 2004, in *Corriere giur.*, 2005, 1131, nt. SANGIOVANNI, che ha optato per una diversa ricostruzione della clausola arbitrale che non prevede l'affidamento del potere di nomina al terzo estraneo definendo la stessa come non nulla, prevedendo l'operatività del comma 2 dell'art. 1419 c.c.. E' stata parimenti ritenuta nulla la clausola compromissoria, in materia societaria, che prevedeva la devoluzione ad un collegio arbitrale i cui membri dovevano essere nominati solo in via eventuale dal terzo estraneo alla società (così App. Torino, 4 agosto 2006, in *Corriere del merito*, 2006, 1259).

⁶⁹ Trib. Genova, 07 marzo 2005, in *Giur. di Merito*, 2005, 759.

⁷⁰ Trib. Ravenna, 13 febbraio 2006, in *Il merito*, 2006, 6, 10, nel caso di specie la clausola deferiva la cognizione di tutte le controversie tra la società ed i soci ad un collegio di arbitri nominati uno da ciascuna delle parti ed il terzo d'accordo, ovvero, in difetto, dal presidente della locale camera arbitrale.

⁷¹ Sul punto, come richiamato nel testo, si era già espresso nello stesso modo AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, op. cit..

cite. Infatti, la tesi ricostruttiva partiva dalla qualificazione della nullità come vizio genetico ed in quanto tale legato alla disciplina esistente al momento del perfezionamento del contratto, a nulla rilevando che la normativa successiva fosse cambiata sul punto⁷².

Posizione decisa sul tema è stata adottata dal Consiglio notarile di Milano che, tra le massime elaborate dalla propria Commissione Società, ha sostenuto con forza la tesi della nullità delle clausole preesistenti che non fossero conformi a quanto previsto dalla normativa del d.lgs. 5/2003⁷³. Nel motivare la tesi proposta, il Consiglio di Milano espressamente parte dall'assunto che *“l'art. 34 comma secondo del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 stabilisce che la clausola compromissoria, inserita negli atti costitutivi di società, 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 soggetti estranei alla società. Per effetto di tale disposizione gran parte delle clausole compromissorie attualmente inserite negli atti costitutivi e negli statuti di società, prevedendo che la nomina di taluni arbitri sia fatta dalle parti, deve ritenersi, alla luce della nuova normativa, nulla”*. Da tale assunto,

⁷² Così Trib. Udine, 04 novembre 2004, in *Soc.*, 2005, 6, 777, nt. CIVERRA e SOLDATI. Ancora una volta sul punto si confronti AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, op. cit..

⁷³ La massima è rinvenibile sul sito della Scuola di notariato della Lombardia www.scuoladinotariatodellalombardia.org/massime.htm, oltre che su *Il sole 24 ore*, 26 marzo 2004, 30. La tesi in commento è stata oggetto di attenta critica da parte del più volte citato AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, op. cit..

si è fatto discendere l'applicazione in senso stretto dell'art. 223 *bis* comma 5 disp. att. c.c. al solo d.lgs. 6/2003, in quanto norma eccezionale e, di conseguenza, si riteneva che le clausole compromissorie non conformi non potessero sopravvivere neanche temporaneamente alle disposizioni della nuova disciplina.

La posizione assunta dal Consiglio notarile di Milano è stata oggetto di puntuale critica da parte di attenta dottrina che ne ha rilevato le diverse incongruenze⁷⁴. Secondo tale dottrina la previsione di nullità delle clausole sarebbe limitata alla sola ipotesi in cui la stessa clausola non conferisca il potere di nomina degli arbitri a soggetto estraneo alla società, non estendendosi la nullità all'ipotesi di eventuali lacune nella previsione del numero ovvero della modalità di nomina degli arbitri. Viene esclusa anche l'operatività dell'art. 1419 c.c. nell'ipotesi in cui manchi il deferimento a terzi del potere di nomina; per argomentare tale posizione, il chiaro A. fa leva sulla *additività* e *facoltatività* della disciplina speciale rispetto a quella di diritto comune. Per usare le autorevoli parole della dottrina citata, *“la situazione soggettiva della società di fronte alla nuova disciplina dell'arbitrato è tipicamente quella dell'onere: se la società vuole conseguire le utilità deve espressamente recepire una clausola conforme alla relativa fonte legislativa, altrimenti*

⁷⁴ Cfr. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, *op. cit.* a cui si rinvia per l'attenta analisi dei diversi profili ivi analizzati. Sul punto si veda anche DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 913.

continua (anche nella semplice inerzia) ad avvalersi della disciplina anteriore subendone però i connessi svantaggi, avvertibili specialmente in termini di numero delle controversie (in)arbitrabili”.

Altro rilievo critico sollevato è fondato sulla conformità della clausola preesistente alla relativa disciplina con la conseguente impossibilità, da parte della normativa successiva di “*obliterare automaticamente la lex prior*” che rimane, come detto, unico parametro di regolarità e validità della clausola compromissoria.

Si argomenta ancora come, il senso della logica che sottende l’accesso all’arbitrato societario sia quella della esplicita volontà delle medesime società ad operare una scelta in tal senso, essendo le stesse semplicemente facoltate a percorrere tale via. Tutto ciò è tanto più vero se si considera che non è vietata la costituzione di società con clausole compromissorie difformi dalla disciplina del d.lgs. 5/2003. A fronte di un testo che non si esprime nel senso del divieto, non si può ignorare che la Cass. 10 dicembre 2010 n. 24876 ha invece ritenuto nulla una previsione siffatta, tanto da sottoporre un notaio che aveva redatto più di cento atti costitutivi di società con la “vecchia” clausola compromissoria, alle relative sanzioni previste.

La conclusione a cui si addiène nel commento critico ampiamente citato è nel senso di affermare che “*a norma del combinato disposto degli artt. 808, ult. comma, c.p.c. e 1424 c.c., il negozio*

compromissorio autonomamente valutato, anche se nullo alla stregua dell'art. 34 d.lgs. n.5 del 2003, può sempre valere come clausola compromissoria di diritto comune poiché contiene tutti i requisiti di sostanza e di forma del diverso contratto descritto nel codice di rito”.

A tali condivisibili rilievi sembra se ne possano aggiungere altri, sia sotto il profilo testuale, sia sotto il profilo logico; tali argomenti ricostruttivi appaiono idonei a sostenere la tesi ricostruttiva che in questo lavoro si è intesa condividere.

Il primo dato rilevato è la lettera del comma 5 dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c. che parla di norme inderogabili del “presente decreto”, riferendosi al solo d.lgs. 6/2003; tale inciso fa intendere che si debba escludere che la norma si riferisca alle disposizioni del d.lgs. 5/2003 in quanto non espressamente richiamate. Tale conclusione è suggerita dalla circostanza che, dove il legislatore ha voluto far riferimento anche a quest'ultimo decreto legislativo, lo ha fatto in modo esplicito, come testimonia il comma 7 dello stesso articolo sopra richiamato⁷⁵.

⁷⁵ Sembra della stessa opinione DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 250, il quale chiaramente argomenta che “*muovendo dall'art. 223 bis, i primi sei commi, che complessivamente sanciscono l'obbligo di adeguamento favorendolo con il temperamento delle normali maggioranze, mi paiono applicarsi alle sole modifiche di conformazione alle norme sostanziali, e ciò per più di un motivo: a) sono state inserite dal d.legisl. n. 6/2003; b) fanno parte dalle disposizioni di attuazione e transitorie del codice civile; c) in due commi (il 5° e il 6°) fanno espresso richiamo al solo decreto di contenuto sostanziale che la ha introdotta. Né il rilievo mi pare smentito dal comma 1° della medesima disposizione. È innegabile che la norma prescriva di “...uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle nuove disposizioni inderogabili...” generalmente invocate; non può trascurarsi, però, che la disposizione limita la sua applicazione alle società di capitali, laddove l'intero d. legisl. n. 5/2003, e in particolare il nuovo regime arbitrale, si estendono anche alle società di persone. Se ne deve trarre che l'obbligo*

Altro dato letterale è legato al comma 6, sempre del richiamato articolo, in cui si vieta l'iscrizione delle società di capitali qualora siano regolate da un atto costitutivo e/o statuto non conformi al "medesimo decreto". Anche questa volta il "medesimo" è riferito al decreto legislativo richiamato nel comma precedente che, per quanto sopra detto, non fa riferimento alla normativa del d.lgs. 5/2003. Di conseguenza, il divieto del comma 6, non si estende a quelle società di capitali la cui clausola compromissoria sia eventualmente difforme dall'art. 34 comma 2 del d.lgs. 5/2003. Ma se così è, a mio sommo parere, sarebbe irragionevole non permettere, dopo il 1° gennaio 2004, l'iscrizione alle società commerciali le cui clausole non conferiscano il potere di nomina degli arbitri ad un soggetto terzo estraneo alla società, negando, contemporaneamente, l'ultrattività delle clausole difformi preesistenti. La giustificazione di una diversa ricostruzione di rapporti in commento sembra inesistente.

La bontà di tale approccio appare, ancora, confermato dallo stesso dato letterario dell'art. 223 bis disp. att. c.c., a cui il Consiglio notarile di Milano sembra non aver dato peso. Il primo passo da compiere è la

sancito dall'art. 223 bis vale per le sole disposizioni sostanziali, perché l'opposta lettura creerebbe una divaricazione in punto di sopravvivenza di clausole arbitrali fra società personali e società capitalistiche estranea all'impianto del decreto processuale e, in ogni caso, di ardua sostenibilità sul piano della ragionevolezza. Controprova di tale lettura, del resto, mi sembra offerta dall'ultimo comma della medesima disposizione che - unico - fa espresso richiamo "... ai decreti legislativi attuativi della legge 3 ottobre 2001, n. 366", contemplando in questo caso una facoltà, e non un obbligo di adattamento alle nuove disposizioni".

contestuale lettura dei commi 1 e 7 del richiamato ultimo articolo; ad una prima lettura si nota subito come, all'incertezza circa l'individuazione delle “*nuove disposizioni inderogabili*” a cui si riferisce il primo comma, si contrappone la chiarezza dell'ultimo comma che espressamente afferma come “le società costituite anteriormente al 1° gennaio 2004 *possono*, in sede di costituzione o di modificazione dello statuto, adottare clausole statutarie conformi *ai decreti legislativi attuativi* della legge 3 ottobre 2001, n. 366” (*il corsivo è mio*).

Da quanto appena detto, la mia prima impressione è che l'ultrattività delle clausole difformi preesistenti sia garantita dal “*possono*” contenuto nel citato ultimo comma e che, di conseguenza, per evitare di adottare una interpretazione contrastante della norma in esame, le “*nuove disposizioni inderogabili*” del primo comma devono essere riferite solamente a quelle del d.lgs. 6/2003⁷⁶. In altre parole, il fatto stesso di concedere tale possibilità di scelta, sembra contrastare con una lettura intransigente e non permissiva in ordine alla sopravvivenza delle clausole arbitrali c.d. di “vecchio stile”, con conseguente legittima opzione per un regime giuridico precedente a quello introdotto nel 2003.

Ulteriore conseguenza che allo scrivente sembra possa ricavarsi, riguarda la natura imperativa di quanto previsto dal d.lgs. 5/2003; infatti,

⁷⁶ Oltre quanto appena detto, l'interpretazione qui proposta deriva dal fatto che la normativa che ha previsto l'articolo in commento è proprio il d.lgs. 6/2003, e che quindi, se non diversamente specificato, la normativa che più volte è implicitamente richiamata non può non essere quella di quest'ultimo decreto legislativo.

la tesi della natura non imperativa di queste disposizioni, che nei paragrafi precedenti si è cercato di sostenere, sembra essere ulteriormente confermata proprio da quanto previsto dal più volte richiamato ultimo comma dell'art. 223 *bis* disp. att. c.c.; tale norma permette, come già detto, di adottare clausole statutarie difformi all'art. 34 comma 2 del d.lgs. 5/2003, che quindi non può considerarsi norma inderogabile⁷⁷.

Da ciò si può concludere che l'operatività dell'art. 34 d.lgs. 5/2003 non solo non è retroattivo, ma neanche obbligatorio circa la scelta dell'istituto stesso, restando ferma in capo alle singole società la possibilità di prevedere una clausola compromissoria difforme da quanto prevista nel richiamato articolo. In altre parole le clausole preesistenti alla riforma del 2003 conservano la propria validità restando, quindi, idonee a dar vita ad arbitrati di diritto comune.

⁷⁷ Come sopra detto, tale lettura permette di sostenere ulteriormente la pacifica convivenza tra arbitrato di diritto comune ed arbitrato societario all'interno della stessa realtà societaria per le controversie di cui all'art. 34 comma 1 d.lgs. 5/2003.

CAPITOLO II

PECULIARITÀ E PROFILI PROBLEMATICI DELL'ARBITRATO SOCIETARIO

SOMMARIO: §.1. *L'oggetto dell'arbitrato societario* - §.1.1. *...ed il rapporto con l'ambito applicativo dell'arbitrato di diritto comune (brevi cenni)* - §.2. *L'arbitrato societario e le società quotate* - §.3. *Efficacia della clausola compromissoria verso i soci e verso la società* - §.3.1. *Lo strano caso del socio "contestato"* - §.4. *Il soggetto estraneo alla società e la nomina degli arbitri* - §.5. *L'intervento nell'arbitrato societario* - §.6. *Le delibere assembleari e la tutela cautelare* - §.7. *L'efficacia del lodo nei confronti della società.*

§.1. *L'oggetto dell'arbitrato societario...*

Il tema dei limiti oggettivi dell'arbitrato - in generale - diventa delicato quando si parla di controversie societarie, attesa la difficoltà di fissare precisi confini tra diritti disponibili ed indisponibili⁷⁸.

⁷⁸ Ed infatti la giurisprudenza consolidata sul tema ha sempre fatto discendere la compromettibilità di una lite dalla natura giuridica degli interessi coinvolti; le controversie legati agli interessi individuali dei soci, sono considerati sicuramente arbitrali, mentre dubbi sono espressi sull'arbitrabilità delle controversie legate agli interessi della società ovvero agli interessi collettivi dei soci (cfr., tra le ultime, Trib. Novara 20 aprile 2010, in *le Società*, 2010, 909; Trib. Prato 19 marzo 2009, n. 319, in *Riv. arb.*, 2009, 323; Trib. Milano 30 aprile 2008, in *le Società*, 2008, 1944). Secondo CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, *op. cit.*, 1287, il confine tra i due concetti è reso labile sia dalle intrinseche difficoltà di individuare una linea di demarcazione netta, sia dal costante orientamento giurisprudenziale sfavorevole

Prima di dedicarci all'aspetto problematico appena citato, sembra necessario dar conto delle diverse posizioni che, all'indomani dell'introduzione della disciplina in commento, furono proposte da autorevoli dottrine per ricostruire l'ambito oggettivo dell'arbitrato societario.

Partendo dal profilo letterale della questione, si deve evidenziare che la legge di delega autorizzava la previsione di clausole compromissorie che, derogando agli artt. 806 e 808 c.p.c., potessero avere ad oggetto questioni non soggette a transazione⁷⁹. Le disposizioni del titolo V del d.lgs. n. 5/2003 delimitano sia in positivo che in negativo l'ambito di operatività oggettiva della clausola compromissoria. Infatti l'art. 34, ai commi 1 e 4, prevede rispettivamente la possibilità di devolvere *“ad arbitri [di] alcune ovvero [di] tutte le controversie*

all'utilizzo dell'istituto arbitrale nelle materie societarie. L'aspetto che ha fatto più discutere sul tema era contenuto nel comma 3 dell'art. 12 della legge 366/2001 in cui il Governo veniva autorizzato a prevedere clausole compromissorie «anche in deroga agli articoli 806 e 808» c.p.c.. Si è notato come, *“con riferimento ai profili oggettivi, il comma 1 dell'art. 34 conferma la regola tradizionale, che vede l'arbitrato possibile solo per le controversie che abbiano ad oggetto diritti disponibili. Il legislatore delegato non ha quindi utilizzato la facoltà, concessagli dall'art. 12, comma 3, legge delega”* (così LUISSO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 562-3). Il commento del chiaro A. è significativo quando afferma che se la delega di cui sopra fosse stata utilizzata avrebbe consentito l'arbitrato in un campo fisiologicamente a sé estraneo. Se ben intendo, è dello stesso avviso BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it.

⁷⁹ Tale scelta del legislatore delegato fu criticato sull'assunto che *“la corrispondenza fra disponibilità del diritto e compromettibilità della controversia non è altro che l'espressione della regola dell'autonomia contrattuale”* (così ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim dir. proc.*, 2003, 932 ss.). Anche RUFFINI propende per un approccio critico sul punto sostenendo che sarebbe in contrasto con l'art. 102 Cost. ogni interpretazione volta a comprendere i diritti indisponibili nel campo di applicazione dell'arbitrato societario (così in *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim dir. proc.*, 2004, 517).

insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale”, nonché concede la facoltà di estendere la clausola alle controversie promosse da ovvero nei confronti di amministratori, liquidatori e sindaci; lo stesso articolo al comma 5 delimita l’oggetto dell’istituto statuendo che “*non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l’intervento obbligatorio del pubblico ministero*”. Altra norma che necessariamente viene in rilievo è l'art. 35, che al comma 5, prevede che la clausola possa consentire “*la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari*”.

Sullo sfondo della disciplina positiva appena richiamata si sono affermate diverse tesi interpretative impegnate a sciogliere un nodo di non facile soluzione.

Secondo una prima teoria sarebbero sempre compromettibili le impugnazioni di delibere assembleari e le liti in cui sono parte amministratori, liquidatori e sindaci, non sorgendo alcun problema sotto il profilo della disponibilità del diritto a cui il dettato normativo non fa riferimento. In questa prospettiva, il limite di cui all'art. 806 c.p.c. opererebbe solo per le controversie fra i soci o contro la società, sempre che non siano controversie avente ad oggetto l'impugnazione delle delibere ovvero che prevedano la partecipazione obbligatoria del p.m.⁸⁰.

⁸⁰ Così E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim dir. proc.*, 2003, 520 ss.

Sotto quest'ultimo profilo si è anche avanzata la lettura secondo cui la partecipazione necessaria del p.m. al relativo giudizio costituirebbe l'indice della indisponibilità del diritto⁸¹.

Secondo un'altra posizione dottrina il punto centrale della disciplina rimane il comma 1 dell'art. 34 che deve ispirare la lettura e l'applicazione delle altre disposizioni. Ne discende che solo le controversie il cui diritto sottostante sia disponibile risulterà arbitrabile⁸².

L'ultima teoria sembra essere la più equilibrata poiché, in qualche modo, cerca di prendere il positivo dalle due precedenti posizioni citate.

Recentemente c'è chi ha proposto una duplice possibile lettura del dato positivo in commento, proprio partendo dalle richiamate parole della legge di delega. La dottrina a cui si è inteso fare riferimento è DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, Padova, 2010, 407 che, scartando l'impostazione che vorrebbe il dettato dell'art. 806 c.p.c. comunque valido per ogni controversia anche in campo di operatività del decreto legislativo in commento e comprese quelle avente ad oggetto le delibere assembleari, ritiene più convincente una seconda prospettiva. Nello specifico individua le delibere assembleari come sempre impugnabili, mentre per le altre controversie sarebbe necessario l'indagine sulla disponibilità del diritto, sempre che non sia previsto l'intervento del p.m. (nello stesso senso Trib. Como 29 settembre 2006, in *Società*, 2007, 1277, nt. FANTI).

⁸¹ Cfr. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss. Secondo il commento di attenta dottrina ciò che colpisce di tale ricostruzione è “la posizione avanguardista, volta a conferire il massimo di potenzialità alla previsione della delega - nel punto in cui autorizzava l'estensione a materie di norma non compromettibili - e, più in generale, a valorizzare il progressivo accostamento al giudizio togato del processo arbitrale, ormai idoneo, nella prospettiva di quella dottrina, a sorreggere la trattazione di questioni un tempo preclusegli” (così DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 235).

⁸² Cfr. Trib. Torino 9 luglio 2008, in *Pluris*; Trib. Modena 12 maggio 2004 (decr.), in *le Società*, 2004, 1270, nt. SOLDATI, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 614; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 707 ss.; RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2004, 505 ss. Secondo il commento di DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 235, di questa soluzione “avvinca la valenza sistematica assegnata all'art. 34, comma 1°, che nel fungere da preambolo di tutte le disposizioni successive, farebbe da ideale ponte fra il principio generale espresso dall'art. 806 c.p.c. e le norme del titolo V del d. legisl. n. 5/2003, collocando l'arbitrato nel solco della tradizione che lo vuole confinato ai diritti disponibili”.

Infatti, secondo quest'ultima tesi le controversie si distinguono in due sole categorie: quelle che sorgono dalle impugnazioni di delibere assembleari e quelle che coinvolgono soci, società, amministratori, liquidatori ovvero sindaci. Secondo tale impostazione le prime controversie sarebbero sempre arbitrabili⁸³, mentre le seconde lo sarebbero solo nei casi in cui vertano su diritti disponibili e non sia necessario l'intervento del p.m.⁸⁴.

Come già autorevolmente sostenuto, è proprio l'approccio da ultimo riportato che sembra essere sorretto da una maggior coerenza sistematica e testuale⁸⁵.

⁸³ Sembra sostenere ciò anche la lettura dell'art. 36 comma 1 del d.lgs. in commento nella parte in cui prevede il potere di decidere degli arbitri anche su questioni non compromettibili. In altre parole, sostenere la compromettibilità di tutte le controversie aventi ad oggetto le impugnazioni delle delibere assembleari, comprese quelle su questioni non compromettibili, non sembra una forzatura proprio perché un potere simile e previsto dallo stesso legislatore. Sembra dello stesso avviso DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, op. cit., 408.

⁸⁴ Su tutti ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, op. cit. 942 e MICCOLIS, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in www.judicium.it, § 5. Cfr. DELLA PIETRA op. cit. in nota 77.

⁸⁵ Il riferimento è a DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 235 che così argomenta: "1) in chiave concettuale è possibile distinguere fra giudizi su diritti relativi al rapporto sociale, nei quali l'interesse del socio è immediato e diretto, dai giudizi che hanno ad oggetto la validità di delibere assembleari, in cui quello stesso interesse è mediato e indiretto. Sul piano letterale le disposizioni del titolo V (art. 34, comma 1°, art. 35, comma 5°, art. 36, comma 1°) sembrano coltivare quella distinzione; 2) ai sensi dell'art. 36, comma 1°, "anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2°, 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". Se l'impugnativa di delibere non si ritiene sempre arbitrabile, riesce difficile spiegare perché la materia si sottrae alla regola propria dell'arbitrato su diritti disponibili per essere equiparata a quella propria delle questioni che a mente dell'art. 806 non possono formare oggetto di convenzione arbitrale; 3) la soluzione si armonizza con la non lieve revisione del settore dell'impugnazione delle delibere assembleari operata dal d. legisl. n. 6/2003, sostanzialmente volta a ridurre il rilievo e la portata dei vizi delle delibere assembleari. Maggiore tipizzazione dei casi

Lasciando il campo delle ricostruzioni teoriche generali, si può affermare, in linea di prima approssimazione, che le controversie arbitrabili sono quelle che trovano la loro *causa petendi* nel rapporto sociale, ovvero quelle controversie relative all'esistenza, inesistenza, qualificazione e disciplina del rapporto societario e dei diritti che derivano dallo stesso⁸⁶.

Tale prima indicazione, sicuramente grezza e meritevole di approfondimenti, deve fare i conti con l'attività dei giudici che, spesso, non si sono fermati alla verifica della compromettibilità delle relative questioni per accertare l'arbitrabilità di una controversia. Infatti, il criterio spesso utilizzato è stato quello "degli interessi" coinvolti; in altre parole, si riteneva non arbitrabile quella categoria di controversie che coinvolgeva interessi ultraindividuali, dedotti, spesso, anche

d'invalidità, riduzione dell'area della nullità a favore dell'annullabilità, riduzione del novero dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione di annullamento, fissazione di un termine anche all'azione di nullità, previsione di casi di sanatoria della nullità stessa, mostrano la tendenza a ridimensionare l'area e le conseguenze dei vizi d'invalidità, con l'indiretto e forse auspicato effetto di circoscrivere (se non proprio eliminare) la potenziale indisponibilità della corrispondente materia. Ben si sposa con questa visione una lettura delle disposizioni in tema di arbitrato che, spazzando il campo dalle disquisizioni che fin qui hanno impegnato la giurisprudenza, rende compromettibile l'impugnazione delle delibere senza distinguere fra oggetto e oggetto, fra annullabilità e nullità, fra interesse dei soci e interesse della società, e fra interesse di questa e interesse dei terzi".

⁸⁶ Così GALLETTO, *Commento sub arbitrato societario, op. cit.*, 474. In giurisprudenza si segnala Trib. Milano 13 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2723 secondo cui sono compromettibili in arbitrato anche liti vertenti su fatti relativi al rapporto sociale verificatosi anteriormente all'inserimento della clausola nello statuto. Non compromettibili per l'indisponibilità dell'oggetto sono le controversie relative allo scioglimento nello statuto (Trib. Salerno 12 aprile 2007, in *Giur. comm.*, 2008, II, 865, nt. CORSINI; Trib. Ravenna 3 febbraio 2006, in *Soc.*, 2006, 607, nt. MORELLINI; Trib. Modena 12 maggio 2004 (decr.), in *Società*, 2004, 1270, nt. SOLDATI, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*.

dall'esistenza di norme imperative nelle diverse materie⁸⁷. È facile osservare come, in campo societario, tutte le controversie in qualche modo coinvolgono interessi diversi da quelli dei singoli soci, anche tenendo presente l'efficacia del lodo all'interno della società medesima.

Eppure il monito di autorevole dottrina sembra chiaro quando invita a non confondere il problema della dicotomia diritti disponibili/indisponibili con la distinzione tra norme derogabili e norme inderogabili⁸⁸. In altre parole non è l'inderogabilità della norma a rendere il diritto non disponibile, ben potendo dalla stessa nascere un diritto disponibile. A ben riflettere, quando il nostro ordinamento impone una norma inderogabile non fa altro che costituire un limite al giudizio dei giudici. Cosa diversa è la non compromettibilità di una situazione che, per ciò solo, non può essere oggetto di transazione e quindi di compromesso⁸⁹.

⁸⁷ Ha osservato CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1287 che l'utilizzo di tale criterio determina una pericolosa discrezionalità nella definizione di cosa è arbitrabile e cosa non lo è, con la buona pace della certezza del diritto. Cfr. in giurisprudenza App. Firenze, 31 gennaio 2001, in *Riv. arb.*, 2002, 315 nt. FUSILLO.

⁸⁸ Il riferimento è alle parole di BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit.. Sempre sul tema, risultano illuminanti le parole di LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 563, il quale afferma che un ruolo importante è svolto dell'ordine pubblico, "applicando il quale, non è la decisione in sé della controversia ad essere sottratta agli arbitri, quando è l'effetto oggettivamente prodotto dal lodo ad essere sindacabile in termini di incompatibilità con l'ordinamento".

⁸⁹ Diverse ed autorevoli sono le voci che hanno dedicato pagine al tema, fra gli altri, PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 968; BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit.; CARPI – ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV., *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806 – 840*, CARPI (a cura di), Bologna, 2001, 16; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA. VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, VERDE (a cura di), Torino, 2000, 60; LUISO,

Da ciò se ne deduce, agevolmente, che l'inderogabilità della norma non importa necessariamente l'indisponibilità del diritto, in quanto, con la prima viene garantita da regole di «tecnica arbitrale» come l'impugnabilità del lodo, e la partecipazione dei terzi, mentre con la seconda si incide a monte sulla «tutela arbitrale»⁹⁰.

La conferma di quanto appena detto è cristallizzata nella disposizione dell'art. 36 del d.lgs. 5/2003 che sembra imporre agli arbitri di applicare le norme inderogabili ogni qual volta la controversia decisa sia disciplinata da tali norme, prescindendo dalla diversa eventuale volontà delle parti; in più, proprio per il carattere inderogabile della disciplina applicata, chi ha interesse potrà sempre far valere il vizio del lodo per violazione e falsa applicazione di legge.

Se ne deduce che, nonostante la giurisprudenza, è la transigibilità delle controversie a rendere le stesse arbitrabili⁹¹.

L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norma inderogabile, in *Riv. Arbitrato*, 1994, 500.

⁹⁰ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 824-bis*, in CIAN-MAFFEI ALBERTI- SCHLESINGER (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2007, n. 6, 1154. Sembra chiaro che non è possibile che sia confuso il piano del diritto indisponibile con le differenti situazioni giuridiche soggettive oggetto di norme inderogabili; in altre parole l'indisponibilità del diritto non deriva sempre e semplicemente dall'inderogabilità della norma sottostante. Diversamente opinando si andrebbe contro il dettato degli artt. 806 e 807 c.p.c. che individuano la sola indisponibilità del diritto come unico limite all'arbitrato (cfr. ROSIN, *L'arbitrato nel diritto societario*, in AA.VV., *L'arbitrato*, CECHELLA (a cura di), Torino, 2005, 523).

⁹¹ Cfr. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit.; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1288 il quale afferma che “essendo la transigibilità delle controversie l'unico criterio da impiegare per decidere se una questione sia arbitrabile, deriva che quello della compromettibilità delle liti societarie sia un problema sostanziale, prima ancora che processuale”. E' indicativa la pronuncia del Tribunale di Lucca, 3 novembre 2004 – 11 gennaio 2005 la quale afferma che “al

Leggendo l'art. 34 del d.lgs. 5/2003, risalta subito come alla individuazione dell'ambito oggettivo del comma 1, si aggiunge quella del comma 5 richiedendo, per tale motivo, un coordinamento tra le sue norme. Alla tesi di chi sostiene la natura di "interpretazione autentica" della seconda norma⁹², nel presente lavoro si ritiene di dover condividere l'altra lettura che attribuisce mera valenza esemplificativa al dettato dello stesso comma 5⁹³.

L'impressione che si ha alla prima lettura della normativa

fine di individuare le materie che possono formare oggetto di compromesso nell'ambito dei rapporti societari, occorre fare riferimento all'art. 34 del d. lgs. 5/03, il quale pone il limite delle controversie che abbiano per oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale. Il nuovo sistema normativo dell'arbitrato in materia societaria può quindi essere così schematicamente riassunto: (a) l'oggetto del giudizio arbitrale rimane limitato, ex art. 34, alle sole materie compromettibili secondo i tradizionali criteri; (b) in queste materie, ex art. 36, l'arbitro può «conoscere» di questioni non compromettibili incidenter tantum, in tal caso dovendo decidere inderogabilmente secondo diritto; (c) in ogni caso l'arbitro deve decidere secondo diritto, finanche ove non sussista la necessità di conoscere di questioni non compromettibili, se l'oggetto del giudizio è costituito dalla validità di delibere assembleari. E' condivisibile l'orientamento che affronta il problema dell'abuso e dell'eccesso di potere come vizio di legittimità della delibera assembleare alla luce del criterio della buona fede oggettiva e della correttezza stabilito dall'art. 1375 c.c.; si ritiene tuttavia preferibile quella dottrina che differenzia l'abuso dall'eccesso di potere, individuando il primo come limite negativo alle prerogative assembleari (quello cioè di non perseguire pure finalità extrasociali, id est contrarie all'interesse sociale) ed il secondo, l'eccesso di potere, come limite positivo (quale quello della proiezione della delibera nell'ambito del perseguimento dell'interesse sociale, ma con violazione di diritti di singoli soci non disponibili da parte della maggioranza). Al fine di individuare il criterio dettato dall'art. 2473, co. 3° c.c., per la determinazione del valore della quota del socio receduto, è possibile ricercare l'intenzione del legislatore quale emerge dalla relazione ministeriale ove è chiarito che «la disciplina dettata dal comma 3 dell'art. 2473 (...) tende ad assicurare che la misura della liquidazione della partecipazione avvenga nel modo più aderente possibile al suo valore di mercato; ed introduce un procedimento volto a superare le soluzioni penalizzanti tuttora adottate dal diritto vigente». L'art. 2473 co. 3 c.c. va, pertanto, inteso nel senso che al socio è riconosciuto il diritto di ottenere il valore di mercato della sua partecipazione, determinato con riferimento al momento in cui è stato esercitato il recesso.

⁹² Così FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 444.

⁹³ Così BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit.; AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, op. cit., 336; LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 566.

richiamata è, infatti, quella di una disposizione generale che è contenuta nel comma 1, mentre quella del comma 5 è una disposizione che viene solo a specificare, in negativo, quale sia la compromettibilità delle controversie nelle quali sia previsto, per legge, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. La tenuta di quanto appena detto non sembra messa in pericolo da quanto disposto dal comma 3 dell'art. 35 d.lgs. 5/2003; in sostanza la norma permette all'arbitro una conoscenza *incidenter tantum* nel caso la controversia coinvolga diritti indisponibili⁹⁴. Ma, a ben riflettere, tale potere poteva essere desunto anche in precedenza, dal momento che non sembra ragionevole ritenere non applicabile alla disciplina arbitrale il principio di portata generale dell'art. 34 c.p.c..

Fissati i punti cardini, la trattazione del tema in argomento non può che svilupparsi in modo settoriale e, per così dire, più casistico, prendendo le mosse dalle varie controversie su cui la giurisprudenza ha avuto modo di pronunciarsi.

Un primo problema affrontato era legato alla verifica di compatibilità delle controversie in materia bancaria e finanziaria con

⁹⁴ Sembra della stessa posizione DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, op. cit., 410, quando afferma che “la disposizione non è una duplicazione dell'art. 34 c. 1, nel punto in cui riserva l'arbitrato alle liti su diritti disponibili. [...] E' vero che in molti casi l'intervento dell'organo pubblico si giustifica in ragione della natura non disponibile del diritto controverso; è certo anche, però, che possono darsi ipotesi di liti su materia indisponibile nelle quali non è obbligatorio l'intervento del p.m.. [...] Per converso, non è detto che nelle cause in cui è obbligatoria la partecipazione del p.m. sia sempre implicato un diritto indisponibile...”.

l'oggetto dell'arbitrato societario. Non avendo precisi indicazioni dalla lettera della normativa in commento, per risolvere il problema bisogna far riferimento a ciò che nella legge delega si prevedeva. Il primo elemento che si può notare è come la materia bancaria e finanziaria fosse indicata solo alla lettera b) del comma 1 dell'art. 12, mentre si parlava di diritto societario nella lettera a). Avendo a disposizione solo questi dati letterari, sembra corretto propendere per un'interpretazione restrittiva dell'oggetto dell'arbitrato societario e considerare le controversie in materia bancaria e finanziaria come “rapporti in materia di intermediazione mobiliare”⁹⁵.

Altra questione problematica era legata alla arbitrabilità o meno delle controversie in cui si dibatteva dell'esistenza di una causa di scioglimento di una società. In giurisprudenza si è andata delineando una posizione conforme nel senso di ritenere non arbitrabili tali controversie; infatti, con decreto 5 febbraio 2008, il tribunale di Reggio Emilia ha precisato che *“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*

⁹⁵ Così DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, op. cit., 896.

*compromettibile e devolvibile al giudizio di arbitri*⁹⁶.

Sembra condividere tale impostazione anche la dottrina che sostiene l'esclusione dall'ambito oggettivo dell'arbitrato societario di tutte quelle controversie arbitrabili che, pur vertendo tra soci ovvero tra soci e società, sono fuori dall'ambito del rapporto sociale in senso stretto, annidandosi, per così dire, a monte dello stesso⁹⁷.

Invero, tale orientamento, si rinveniva già nella giurisprudenza che si era andata a consolidare prima della riforma in cui si escludeva la compromettibilità di tutte quelle controversie avente ad oggetto interessi della società ovvero violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo sociale⁹⁸.

Con riguardo alla giurisprudenza della Cassazione si segnala la sentenza 30 marzo 1998, n. 3322 con cui la Suprema Corte ha affermato che *“non compromettibili e devolvibili al giudizio di arbitri (è) 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*

⁹⁶ Così in precedenza anche Trib. Ravenna (ord.), 3 febbraio 2006, in *Corr. di Merito*, 2006, 840.

⁹⁷ Così DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007, 897; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, op. cit., 711; in via indiretta si desume tale posizione anche in NELA, *Commento cit.*, 943.

⁹⁸ Per un'analisi completa della richiamata giurisprudenza si rimanda a CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1287.

*di maggioranza aventi la veste di amministratori vengano attribuiti compensi sproporzionati e non coerenti con la situazione economica della società*⁹⁹. Il ragionamento portato avanti dalla Suprema Corte si basava sul presupposto che la compromettibilità di una controversia è strettamente legato all'interesse concreto che di volta in volta viene coinvolto. Così, pur sottolineando che “*le deliberazioni in questione*” non riguardano materie indisponibili, viene in rilievo, come elemento discriminante, il fatto che tutti gli atti oggetto della controversia fossero connessi ad una finalità oggettiva che era in conflitto con un interesse generale della società, che nello specifico era alla distribuzione degli utili quale tutela dell'autofinanziamento, ed al contenimento dei compensi, nella loro specifica funzione.

Pur tuttavia, tale modo di ragionare, non sembra scevro da difficoltà applicative se solo si considera che in quasi tutte le controversie societarie è comunque coinvolto l'interesse della società, anche se in modo indiretto. In altre parole, risulta difficile tutelare l'interesse di un singolo socio senza toccare, se non addirittura, confliggere con un interesse sociale. Da qui deriva la fumosità del discrimine proposto dalla giurisprudenza innanzi richiamata, attesa la indubbia difficoltà di marcare il confine tra interesse singolo ed interesse

⁹⁹ Così Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

della società¹⁰⁰.

L'unico elemento positivo che determina un limite certo alla compromettibilità delle controversie per arbitrato societario è l'intervento del pubblico ministero previsto dal comma 5 dell'art. 34. In sostanza, la *ratio* che dalla norma si desume è quella di una incompatibilità della compresenza in una controversia di un arbitro e di un p.m. determinata per volontà del legislatore¹⁰¹. Come già accennato sopra, il contenuto del comma 5 dell'art. 34 si aggiunge a quanto disposto dal comma 1 con la conseguenza che anche in presenza di diritti disponibili, la partecipazione del p.m. determina la non compromettibilità della relativa controversia.

Problemi particolari sono determinati dal rapporto tra patti parasociali e limiti oggettivi dell'arbitrato societario.

Ed invero, nelle relazioni societarie non è insolito assistere alla formazione di patti parasociali che sono collegati agli statuti delle società; tuttavia tale collegamento non permette l'utilizzo della clausola compromissoria prevista dallo statuto per risolvere controversie nate in relazione ai primi rapporti, anche nell'ipotesi in cui tutte le parti della controversia siano contemporaneamente anche soci della società¹⁰². La relativa *ratio* è da ricercare nella semplice osservazione che la clausola arbitrale è funzionale alla risoluzione di controversie che nascono dal

¹⁰⁰ Secondo ROSIN, *op. cit.*, 522 ss. le soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza, a volte, sono condizionate dalla confusione tra l'indisponibilità dal diritto ed il concetto di inderogabilità della normativa.

¹⁰¹ Nello stesso senso AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 336.

¹⁰² Così CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario, op. cit.*, 1290.

rapporto sociale e che, nel momento in cui tali controversie si generano per lesione di patti che comunque si collocano al di fuori dello statuto sociale, tale circostanza determina automaticamente la non applicabilità dell'arbitrato societario. Tuttavia, sebbene questa posizione sia stata fatta propria da parte di autorevole dottrina¹⁰³, non è detto che un diverso risultato non possa essere raggiunto partendo da una lettura attenta del dato letterale della norma in commento. Infatti, l'art. 34 al comma 1 individua l'ambito di applicazione dell'arbitrato societario con riferimento ai diritti disponibili relativi ai rapporti sociali. Tale espressione è stata intesa come riguardante i diritti che siano idonei a riflettersi comunque sulla società, nonostante non siano societari in senso stretto. Da qui si fanno rientrare le controversie che sorgono dai patti parasociali nell'ambito dei diritti disponibili relativi ai rapporti sociali in senso lato¹⁰⁴.

Profilo leggermente diverso da quelli appena accennati, ma che sembra avere un riflesso su quanto detto, è stato oggetto di una pronuncia da parte del Tribunale di Prato che, con sentenza del 15 giugno 2010, ha affermato che *"è valida la clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale, che non demandi la nomina di tutti i membri del collegio arbitrale ad un soggetto estraneo alla società, essendo l'art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 5/2003 applicabile alle sole clausole compromissorie"*

¹⁰³ Cfr. per tutti LUISO, *Il nuovo processo societario*, op. cit., 557.

¹⁰⁴ Sono su tale posizione AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, op. cit., 337; ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Riv. trim.*, 2003, 935, n. 23.

*contenute negli statuti*¹⁰⁵. Da quanto statuito, sembra non percorribile la strada indicata dalla dottrina da ultimo citata, dal momento che la sentenza sembra fissare in modo netto un diritto di *esclusiva* degli statuti societari in relazione alla possibilità di far riferimento all'arbitrato di cui all'art. 34.

Problema in qualche modo connesso al tema sino ad ora trattato, che si caratterizza però per una propria autonomia, è quello relativo alla possibilità che patti parasociali possano rimandare ad una clausola compromissoria disciplinata dagli artt. 34 e ss. d.lgs. 5/2003.

La semplice risposta positiva, motivata dall'autonomia contrattuale delle parti, non lascia del tutto appagati; infatti, sebbene sembri in astratto possibile una tale possibilità, è da precisare come non siano comunque applicabili tutte quelle disposizioni che presuppongono la società come parte, né quelle che permettono l'intervento coatto dei soci terzi rispetto al patto compromissorio¹⁰⁶.

§.1.1. ...ed il rapporto con l'ambito applicativo dell'arbitrato di diritto comune (brevi cenni)

Quando l'art. 34 del d.lgs. 5/2003 fu introdotto nel nostro

¹⁰⁵ Così Trib. Prato 15 giugno 2010, nt. CORSINI, *Arbitrato societario e patti parasociali*, in *le Società*, 2010, 1504 ss.

¹⁰⁶ Cfr. sempre CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1290.

ordinamento si discostava in modo sensibile dalla previgente formulazione dell'art. 806 c.p.c. il quale richiedeva, tra l'altro, che la lite avrebbe dovuto riguardare diritti suscettibili di transazione per poter formare oggetto dell'arbitrato di diritto comune. In sostanza, la disciplina introdotta nel 2003, spostando l'analisi oggettiva sul piano della disponibilità del diritto, ha voluto superare l'impostazione restrittiva che la giurisprudenza maggioritaria aveva sedimentato nel tempo¹⁰⁷.

Così il legislatore del 2006, modificando l'art. 806 c.p.c., ha di fatto avvicinato lo stesso a quanto prescritto dall'art. 34 senza per questo uniformare le due discipline che mantengono rispettive peculiarità. Il punto centrale era stabilire che tipo di rapporti si sarebbero stabiliti tra le due norme e se l'una prevalesse sull'altra.

L'art. 34 fissa sicuramente due limiti, come visto in precedenza: l'oggetto dell'arbitrato societario può essere costituito solo da diritti disponibili, mentre ogni volta in cui si prevede l'intervento del p.m. non è possibile risolvere quella questione con lo strumento previsto dallo stesso art. 34, anche se la stessa questione dovesse vertere su diritti disponibili.

In sostanza, vista la peculiarità dei limiti previsti dall'ultimo

¹⁰⁷ Così NELA, *commento sub art. 806 c.p.c.*, in CHIARLONI (commentario diretto da), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, 1608, il quale, proprio in relazione alla richiamata giurisprudenza pregressa, afferma che la stessa era ferma sulla convinzione che la presenza di norme imperative regolatrici della materia, così come anche l'esistenza di interessi di altri soci, della società ovvero di terzi, comportava l'indisponibilità del diritto sotteso (sul punto mi sia consentito rimandare alle osservazioni svolte nel paragrafo precedente).

articolo richiamato, si può riconoscere che l'arbitrato societario è disciplina speciale rispetto all'arbitrato di diritto comune; a supporto di quanto detto è possibile far riferimento anche al fatto che la disciplina codicistica si applica solo in quanto compatibile, dove non diversamente disciplinato dall'art. 34 e seguenti.

Così il rapporto tra i due istituti non è di supremazia di uno sull'altro, ma ognuno si applicherà in relazione al proprio precipuo ambito applicativo. E' solo il caso di notare come il legislatore non abbia voluto recidere tutti i legami tra liti societarie ed arbitrato comune, se solo si pensa che a quest'ultimo continuano ad essere devolute le controversie in cui l'arbitrato trova fonte in un compromesso.

§.2. L'arbitrato societario e le società quotate

Altro tema che ha prestato il fianco a critiche e riflessioni sul piano dell'applicabilità oggettiva della disciplina in commento, è quello legato all'esclusione delle società che fanno riferimento al mercato del capitale di rischio *ex art. 2325 bis c.c.*¹⁰⁸. Infatti, l'articolo 34 si riferisce agli atti costitutivi delle società con l'esclusione, appunto, delle sole

¹⁰⁸ La norma richiamata fa riferimento alle società quotate in Borsa e "quindi emittenti di azioni quotate in mercati regolamentati" e delle società diffuse in misura rilevante. Quanto alle prime, sono di facile individuazione, mentre le "società diffuse" sono identificate attraverso criteri stabiliti dalla CONSOB con l'adozione di apposita delibera.

società quotate allargando l'ambito oggettivo di applicazione della norma rispetto alla lettera della delega¹⁰⁹. Tale estensione dovrebbe, almeno a prima lettura, implicare che anche le società semplici possano accedere all'arbitrato societario nonostante la lettera della delega¹¹⁰.

Invero il motivo per cui il legislatore non ha creduto che lo strumento dell'arbitrato societario potesse positivamente operare per le società di cui all'art. 2325 *bis* c.c. è chiaro e radicato nel tempo, anche se in prima approssimazione potrebbe ritenersi che proprio tali società avrebbero potuto giovare maggiormente di tale istituto.

La diffidenza che tradizionalmente accompagna l'applicazione dell'istituto arbitrale a tale tipologia di società è stata sempre legata all'estrema diffusione del capitale azionario ed al conseguente squilibrio tra la posizione della società e quella del piccolo azionista¹¹¹. Eppure,

¹⁰⁹ La delega governativa non faceva riferimento a tutte le società ma solo a quelle commerciali; di fatto, però, il legislatore ha operato un'unica esclusione mirata, comprendendo tutte le altre società non espressamente escluse. Insomma, secondo la dottrina maggioritaria, l'articolo 34 potrebbe presentare profili di eccesso di delega. Sul punto appare condivisibile la ricostruzione proposta da NELA, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 958, in cui, operando una ricostruzione sistematica della lettera dell'art. 34 con il resto della normativa, il chiaro A. conclude per l'esclusione dell'arbitrato societario alle società semplici.

¹¹⁰ Cfr. nota precedente.

¹¹¹ Si è, infatti, ritenuto che chi sottoscrive un contratto di acquisto di partecipazione azionaria sia difficilmente cosciente di aver optato per un particolare regime di gestione delle controversie. Infatti, la preclusione del ricorso all'arbitrato societario nelle società ad azionariato particolarmente diffuso, è legata al fatto che la partecipazione alle stesse avviene spesso ad opera di investitori poco consapevoli e poco informati che rischierebbero perciò di scoprire solo al momento della lite l'esistenza del patto compromissorio loro opponibile. Pacifica la finalità, variegati sono i giudizi di valore espressi sulla limitazione. Della stessa opinione appena riportata sembrano SASSANITISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del D.Lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 70; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario, op. cit.*, 705 ss.. Parzialmente differente la posizione di AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*,

proprio tenendo conto delle caratteristiche peculiari dell'arbitrato societario, la disparità di trattamento non sembra poter essere più ragionevolmente sostenuto o almeno potrebbe essere giustificato qualche dubbio¹¹². Infatti, è proprio il meccanismo previsto dal comma 2 dell'art. 34 d.lgs. 5/2003 che potrebbe garantire l'imparzialità degli arbitri nominati e potrebbe rendere superati i timori che sempre hanno accompagnato l'accostamento tra il tipo di società di cui sopra e l'istituto arbitrale. Come è stato autorevolmente sostenuto, la ricostruzione che presenta un certo grado di fondatezza per spiegare la *ratio* dell'esclusione del comma 1 dell'art. 34, sarebbe ravvisata nella volontà di evitare la compressione del diritto di azione dei piccoli risparmiatori tutte le volte in cui i costi dell'arbitrato sono sproporzionati in relazione al diritto da far valere¹¹³.

La sensazione che si percepisce è quella paradossale di escludere dall'applicazione dell'istituto dell'arbitrato societario proprio quelle società che forse più di tutte se ne potrebbero giovare. Ed invero, se si

337, secondo cui l'esclusione in commento sarebbe stata operata "dove più recessivo è il valore del negozio fondamentale, cioè nelle società c.d. aperte".

¹¹² Sul tema cfr. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1290.

¹¹³ Sul tema cfr. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1291 il quale osserva che "paradossalmente, è allora più «pericoloso» una clausola arbitrale inserita nello statuto di una società non quotata, che non in quello di una che lo è. Nel primo caso, infatti, la partecipazione non è agevolmente trasferibile, non esiste un prospetto informativo ed il socio può essere anche convenuto in arbitrato. A ciò si aggiunga che, nelle società semplici o nelle s.n.c., egli è illimitatamente responsabile e quindi (quando non è amministratore) è interessato a controllare la gestione in maniera ben più penetrante rispetto all'ipotesi in cui partecipa a società quotate, ove la responsabilità è limitata".

cominciassero a guardare con occhio critico le preoccupazioni del passato¹¹⁴, non si vede perché le garanzie di trasparenza, terzietà del soggetto che nomina, pubblicità di talune attività - come il deposito della domanda di arbitrato - non si debbano applicare proprio nei confronti delle società che sono quotate in mercati regolamentati e che, di fatto, necessitano di tali garanzie. Inoltre, proprio queste società potrebbero avere più interesse ad una soluzione celere della controversia per via di un arbitrato specializzato come quello societario, tutte le volte in cui la pendenza di una lite può creare ripercussioni sulla quotazione di mercato della stessa società.

Se questa è la dimensione statica del problema, se ne potrebbe individuare un'altra, per così dire, dinamica in cui si assiste ad una società che ad un certo punto perde ovvero acquista i caratteri indicati dall'art 2325 *bis* c.c.. I problemi ipotizzabili sono due: il primo è legato alla sorte delle clausole di arbitrato societario regolarmente inserite prima della quotazione; il secondo può verificarsi in ipotesi in cui una società quotata si doti di clausola compromissoria per arbitrato societario

¹¹⁴ Come meglio verrà evidenziato nel prossimo paragrafo si dubita della legittimità costituzionale di un'applicazione automatica dell'istituto arbitrale a chi non ha consapevolmente operato tale scelta (il problema della prova del grado di consapevolezza è, evidentemente, un'altra questione che sicuramente prospetta non pochi profili di criticità).

(operazione non permessa) e solo successivamente si ritiri dal mercato regolamentato¹¹⁵.

La soluzione al primo quesito proposto dalla dottrina richiamata è quella di una sopravvenuta inoperatività della clausola arbitrale dal momento del cambiamento sopra prospettato; tale inoperatività varrebbe sia nei confronti dei soci già appartenenti alla società, sia nei confronti dei successivi. Stessa soluzione viene prospettata per i giudizi pendenti al momento dell'avvenuto mutamento e ciò in quanto la decisione di tale giudizio potrebbe avere riflessi sulla posizione dei nuovi soci¹¹⁶.

Quanto al secondo dei problemi sopra prospettati, la soluzione indicata è quella di nullità radicale della clausola compromissoria giustificata dalla necessità di dover tutelare i soci, anche dopo la perdita da parte della società dei requisiti di cui all'art. 2325 *bis*. c.c.¹¹⁷.

¹¹⁵ Per un'attenta analisi dei problemi prospettati v. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, *op. cit.*, 245 ss. il quale precisa che i cambiamenti indicati "potrebbe(ro) accadere o perché decide di fare il suo ingresso in borsa, o perché si trovi a varcare la soglia della misura rilevante stabilita dalla Consob, o perché, ferma la sua consistenza, sia la stessa Consob a variare al ribasso i parametri per la valutazione".

¹¹⁶ La posizione richiamata è utilizzata dall'A. per contestare altra parte della dottrina che invece sostengono come la sopravvenuta nullità/non operatività della clausola avesse effetti *ex nunc* (cfr. in tal senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim dir. proc.*, 2003, 945, che fa leva analogicamente al principio della *perpetuatio iurisdictionis*; ROSIN, *L'arbitrato nel diritto societario*, in *L'arbitrato*, CECHELLA (a cura di), Torino, 2005, 517 ss..

¹¹⁷ Il ragionamento del chiaro A. parte dalla considerazione che la clausola compromissoria ha natura particolare, nel senso che è destinato a operare solo quando sorge la lite, e dunque in un tempo in cui il regime di validità può anche essere mutato. Da tale punto di partenza l'A. deduce "che la ratio della prescrizione sta nel sottrarre all'operatività della clausola compagini ad azionariato diffuso i cui acquirenti, di regola interessati più all'investimento di capitali che all'acquisto della qualità di socio, potrebbero trascurare l'esistenza della clausola salvo inopinatamente scoprirla al tempo dell'eventuale lite. Se si condivide questa premessa, deve convenirsi che la tutela di questi soci deve permanere per l'intera durata della società, senza essere travolta dal

§.3. *Efficacia della clausola compromissoria verso i soci e verso la società*

Il comma 3 dell'articolo 34 sancisce espressamente che la clausola compromissoria è vincolante per la società e per i soci, inclusi i soci la cui qualità è soggetto della controversia devoluta in arbitrato. Quest'ultimo inciso, che sarà meglio analizzato in seguito anche in relazione ad un ulteriore specifico profilo, ha destato qualche perplessità in parte della dottrina¹¹⁸.

Per avere un quadro completo dei limiti soggettivi dell'istituto arbitrale, si deve far riferimento anche al successivo comma 4, che contempla la possibilità che le clausole compromissorie possano avere ad oggetto controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti e, in quest'ultimo caso, essa è vincolante al

*venir meno di condizioni che, presenti al tempo del loro acquisto, rendono per loro irreversibilmente intangibile il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria. Né sarebbe concepibile una distinzione fra soci divenuti tali quando esistevano i requisiti dell'art. 2325 bis e soci entrati nella compagine solo successivamente, per i quali la clausola avrebbe invece validità: gli art. 34 ss. disegnano una forma di giustizia del gruppo sociale organizzato di compatta e globale operatività, non suscettibile di applicazione "a macchia di leopardo" all'interno della medesima compagine. Semel nulla, semper nulla potrebbe dunque suonare il brocardo che condensa la risposta al secondo dei quesiti sopra agitati, ed al quale dovranno uniformarsi anzitutto gli arbitri cui fosse egualmente devoluta la controversia; in seconda battuta i giudici della nullità del lodo eventualmente investiti della questione ai sensi dell'art. 829, comma 1°, n. 1; in ogni caso il giudice togato investito direttamente della causa proprio in forza della nullità della clausola" (così in DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 245 e 246).*

¹¹⁸ Esprime tali perplessità LUISO, *Commento sub art. 34 op. cit.*, 568. Come meglio precisato da altra parte della dottrina, la disposizione in esame ha efficacia anche nei confronti del c.d. socio occulto (in tal senso ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, op. cit., 950).

momento dell'accettazione dei rispettivi incarichi.

Altra disposizione da tener presente, è il comma 4 dell'articolo 35 a norma del quale le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società.

Il primo profilo problematico da analizzare è quello relativo al tipo di rapporto che può esserci tra l'insieme delle richiamate disposizioni ed il generale principio di cui al comma 1 dell'articolo 24 Cost. Per comprendere qual è tale profilo problematico è necessario precisare che la tutela predisposta dall'articolo appena richiamato è effettivamente operante nella misura in cui coloro che sono soggetti agli effetti del lodo siano stati pienamente consapevoli della scelta di fondo effettuata¹¹⁹.

Per comprendere la delicatezza del problema, bisogna chiedersi se la vincolatività stabilita dal comma 3 dell'art. 34 coinvolga in modo

¹¹⁹ E' stato infatti notato come "lo Stato ha l'obbligo di garantire ad ognuno la tutela giurisdizionale dei diritti. Ma ognuno può scegliere un'altra via della tutela, purché sia libero nella sua scelta ed anche consapevole di ciò che fa, esigenza tanto sentita dal legislatore fino al punto di prevedere che il patto compromissorio sia validamente stipulato solo se le parti manifestano la loro volontà mediante la forma scritta" (cfr. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit.). In tema di vincolatività della clausola arbitrale, una tesi ricostruttiva lega a tale effetto vincolante la semplice accettazione dell'incarico sociale da parte degli amministratori, sindaci e liquidatori; chi osteggia tale tesi paragona tale tipo di meccanismo ad una sorta di arbitrato obbligatorio se non c'è, al momento dell'accettazione dell'incarico sociale, una espressa manifestazione di volontà nel senso di accettare la clausola compromissoria. Sul punto il Trib. Milano 13 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2733 ss. ha statuito che "la clausola arbitrale che abbia ad oggetto le controversie promosse da o contro i componenti degli organi sociali comprende anche quelle promosse da o contro un amministratore di fatto (Nel caso di specie la controversia si riferiva a condotte tenute da un soggetto che aveva svolto di fatto attività di amministrazione prima di essere formalmente nominato amministratore)". Tale pronuncia ha chiaramente inteso dire che indipendentemente da qualsiasi accettazione della clausola (addirittura prima di aver ricevuto l'incarico formale) l'organo della società è vincolato. *Contra* tale ricostruzione si schiera LUISO, *Il nuovo processo societario*, op. cit., 557.

automatico i soci subentranti¹²⁰, aspetto che merita attenzione proprio in relazione al sopra richiamato principio costituzionale.

Ricalcando il percorso già tracciato da una parte della dottrina¹²¹, sembra condivisibile la perplessità mostrata verso un'acritica accettazione dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi prima dell'adozione del d.lgs. 5/2003. Secondo tale precedente orientamento, infatti, la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo ovvero nello statuto di una società era vincolante nei confronti di chi avesse assunto successivamente la qualità di socio per il semplice fatto della sottoscrizione di un atto con il quale avesse dichiarato l'accettazione del documento contenente la predetta clausola¹²².

A fronte di tale impostazione, per la verità un po' approssimativa nella parte in cui non differenzia il tipo di "successione" del nuovo socio, non sembra irrilevante considerare in modo diverso la posizione di chi è nuovo socio perché succeduto ad altro, ovvero entrato nella società in conseguenza di un aumento di capitale. Il presupposto da cui la dottrina citata muove è la centralità della clausola compromissoria considerata come contratto processuale e nient'affatto accessorio al contratto

¹²⁰ Concordavano in tal senso i primi commentatori es. E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 524.

¹²¹ Il riferimento è a BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit..

¹²² Così Cass. 18 febbraio 1985, n. 1367, in *Dir. fall.*, 1985, II, 344, con cui si specifica anche l'inapplicabilità in tali casi dell'art. 1341 c.c. non vertendosi in ipotesi di condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti, né di contratti conclusi mediante moduli o formulari. In dottrina, tra i tanti, ZUCCONI GALLI FONSECA, in *Riv. trim.*, 2003, 946.

sostanziale¹²³. Ne consegue che, per affermare l'operatività di tale clausola compromissoria, anche nei confronti di un socio succeduto ad un altro, sia necessario almeno dar conto nel contratto successorio dell'esistenza della clausola compromissoria¹²⁴. Questa impostazione sembra necessaria per evitare che una successione "automatica" del nuovo socio possa configurare una violazione dell'art. 24 Cost. perché non consapevole di aver devoluto determinate future controversie ad arbitrato societario¹²⁵.

L'altro aspetto problematico prima evidenziato è legato all'entrata del nuovo socio come conseguenza di un aumento di capitale. In tale ipotesi, sostiene una parte della dottrina, che il punto di equilibrio tra eccessivo garantismo individuale da un lato, ed esaltazione massima del "gruppo" dall'altra, sia da individuare nel contenuto del comma 6 dell'art. 34, che, *mutatis mutandis*, si applicherebbe anche a questa situazione. La norma, infatti, evita di imporre la scelta del "gruppo" circa

¹²³ Tale precisazione è importante nell'economia del contributo del chiaro A. soprattutto per criticare chi, un po' apoditticamente, sostiene che alla successione nel diritto sostanziale segue automaticamente e necessariamente anche nel patto compromissorio, considerato mero accessorio del primo.

¹²⁴ In sostanza il meccanismo sarebbe quello del rapporto *per relationem* tra il contratto di cessione e il diverso atto in cui è contenuta la clausola compromissoria. Dello stesso avviso sembra, tra gli altri, ZUCCONI GALLI FONSECA, *ult. op. cit.*, 946.

¹²⁵ Il ragionamento del chiaro A. parte dal dettato della norma costituzionale richiamata per affermare che "lo Stato ha l'obbligo di garantire ad ognuno la tutela giurisdizionale dei diritti. Ma ognuno può scegliere un'altra via della tutela, purché sia libero nella sua scelta ed anche consapevole di ciò che fa". Perché la scelta del nuovo socio possa essere consapevole, quindi, l'atto in cui è contenuta la clausola compromissoria a cui si fa riferimento deve essere almeno conoscibile dal firmatario, e a tale scopo si ritiene, appunto, sufficiente che vi sia un riferimento a tale clausola. In altre parole, in assenza di tale richiamo, una successione automatica *tout court* nei rapporti sociali del precedente socio implicherebbe una scelta non consapevole per la devoluzione arbitrale e perciò effettuata in violazione dell'art. 24 Cost..

la devoluzione ad arbitrato societario di determinate questioni a soci dissenzienti o assenti, dando loro la possibilità di uscire dalla società. Secondo l'A. richiamato, tale possibilità potrebbe essere concessa anche al socio che, conosciuto solo successivamente alla sua entrata nella società l'esistenza della clausola compromissoria, non se ne voglia assoggettare¹²⁶.

La norma da ultimo richiamata ha creato più di una perplessità legata al potere concesso alla maggioranza dei soci di poter distogliere gli altri soci dal giudice naturale¹²⁷.

Guardando sempre il comma 6 dell'art. 34, in una dimensione più sistematica, è possibile notare come la stessa gioca un ruolo diverso a seconda che venga applicato a società di persone ovvero a quelle di capitali¹²⁸.

Nelle società di persone, infatti, vige la regola generale dell'unanimità prevista dall'art. 2252 c.c. in caso di modifica del contratto sociale; la regola in commento, quindi, introduce una deroga in senso meno garantista nella misura in cui richiede la maggioranza per l'introduzione della clausola compromissoria. Effetto evidentemente opposto a quello appena descritto si ha nelle società di capitali in cui il

¹²⁶ Così BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, op. cit..

¹²⁷ Dubbi di legittimità costituzionale prospettano RUFFINI *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2004, 516; NOVIELLO, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005, 61 ss. In senso diverso VERDE, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, op. cit., 110.

¹²⁸ Cfr. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 227.

quorum prescritto dagli artt. 2368, comma 2 e 2369, comma 3 c.c., per le modifiche statutarie è più basso di quello richiesto dalla norma in commento.

Forte perplessità sull'ambivalenza di questa norma è stata espressa da autorevole dottrina¹²⁹ la quale, ragionevolmente, propende per la conclusione che *“in difetto di ragioni plausibili, sembra evidente che nel comporre il comma 6° dell'art. 34 il legislatore delegato abbia pensato in prima battuta alle società di capitali”*.

Discorso speculare a quello appena delineato può essere svolto per l'ipotesi di soppressione della clausola compromissoria, con la precisazione che l'abolizione sopravvenuta della clausola non incide sulla procedibilità dei giudizi arbitrali pendenti¹³⁰.

Volendo rimanere fedeli al dato letterale, il comma 6 in commento sembra non prevedere nulla circa la modifica delle clausole compromissorie preesistenti, parlando solo di modifiche *“introdottrive o soppressive di clausole compromissorie”*. A ben intendere la *ratio* della previsione in commento, una simile interpretazione lascerebbe poco

¹²⁹ Sul tema sempre DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 228, il quale osserva che *“in linea teorica nulla esclude che una disposizione sia congegnata in chiave ambivalente. Occorre, però, rinvenire le ragioni che avrebbero indotto tanto profonda divaricazione, ragioni che a mio avviso nel concreto non si danno. Dal versante delle società di capitali si comprende che una deliberazione di tale portata da lambire i precetti degli artt. 24 e 25, comma 1° Cost., richieda una maggioranza più elevata di quella pur prevista per l'assemblea straordinaria. Dal canto delle società di persone non si spiega quale opposta esigenza dovrebbe indurre a diminuire la tutela per i soci, per ogni altra modifica collocata di norma al massimo livello dall'unanimità”*.

¹³⁰ Sul tema cfr. DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 229.

tutelati i soci dissenzienti proprio in relazione all'ipotesi da ultima delineata. Infatti, è stato acutamente osservato che non solo l'introduzione o l'esclusione della clausola compromissoria, ma anche la previsione della disciplina arbitrale, nel suo concreto atteggiarsi, incide in modo rilevante sulla sfera dei diritti dei singoli soci¹³¹.

Tale ragionamento, di per sé già sufficiente per sostenere l'applicabilità del comma in commento anche all'ipotesi in discussione, è rafforzato dalla stessa lettera della norma che in sostanza fissa una soglia di tutela nei casi di modifica del tipo di tutela vigente nel complesso sociale¹³².

§.3.1. *Lo strano caso del socio "contestato"*

Nel delineare i limiti soggettivi dell'arbitrato societario, il comma 3 dell'art 34 precisa che la clausola è vincolante anche per "coloro la cui

¹³¹ Sono incisive, in tal senso, le parole di DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 229, che a ragione sottolinea come "l'accordo che sottrae al giudice statale la cognizione della lite è frutto di una valutazione che coinvolge non solo il se della clausola, ma anche il modo del giudizio privato. Rituale o irrituale, di diritto o secondo equità, il litigante non è indifferente al tipo di arbitrato cui presta consenso: dalla scelta discende l'intensità della tutela, l'ampiezza dei rimedi, la stabilità dei risultati. Se ne trae che la deroga alla giurisdizione statale non conosce la via unica e teorica del processo arbitrale purchessia, ma può assumere forme diverse e mai equivalenti in ragione della specie di arbitrato concretamente adottata".

¹³² Lo si desume ancora una volta dalle parole di DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 229 il quale afferma che "dato rilevante ai fini dell'applicazione della norma non è il passaggio tout court dalla giurisdizione statale a quella degli arbitri, bensì l'alterazione della specie di tutela fin lì vigente nella compagine sociale". Cfr. anche AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, op. cit., 338.

qualità di socio è oggetto di controversia”. Perplessità sul punto sono state espresse da più parti¹³³, come sopra accennato.

Tale perplessità nasce dalla constatazione che, secondo la lettera della norma, sarebbe vincolato alla clausola compromissoria un soggetto che contesta di essere mai stato parte della società e che quindi non ha mai accettato il vincolo arbitrale¹³⁴. L'aspetto prospettato, quindi, risulta problematico tutte le volte in cui la contestazione non sia relativa a fatti estintivi del rapporto bensì riguardi i fatti costitutivi della qualità di socio. La delicatezza e la problematicità della questione, dunque, sta nel fatto che gli arbitri sarebbero competenti solo se l'acquisizione della qualità di socio sia effettivamente avvenuta¹³⁵.

In questa situazione gli arbitri dovranno esaminare la questione nel merito, solo se ritengono che il soggetto che contesta la propria qualità di socio sia stato effettivamente tale¹³⁶.

¹³³ Tra i tanti LUIISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 568; DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 916.

¹³⁴ E' chiaro LUIISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 569 quando afferma che “se la contestazione circa la qualità di socio si fonda proprio sulla inesistenza/inefficacia dell'atto costitutivo di tale qualità, mi sembra difficile poter affermare che, anche in tal caso, sussiste l'operatività della clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo”. Cfr. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario, op. cit.*, 1292; DE SANTIS, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 916; LUIISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 569.

¹³⁵ Nota BUONCRISTIANI, *Socio o non socio: lodo di rito o di merito?*, in www.judicium.it, come “problema ulteriore è poi stabilire se sia o meno sufficiente aver acquisito anche di fatto la qualità di socio ovvero se occorra anche un'accettazione (almeno tacita) della clausola compromissoria, per essere vincolati al rispetto della via arbitrale”.

¹³⁶ Cfr. LUIISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 569; nello stesso senso anche DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria, op. cit.*, 229 il quale afferma come “la potestas iudicandi degli arbitri non può in radice essere esclusa per il solo fatto che tema del contendere sia proprio il presupposto da cui discende l'operatività della clausola”.

Tali perplessità sono sicuramente condivisibili, sebbene sia opportuno rilevare come quella prospettata sia solo una delle ipotesi di operatività della norma in commento; infatti, ci sono anche ipotesi in cui non si contesta di aver mai fatto parte della società, ma ulteriori circostanze relative ad esempio la cessazione della propria qualità di socio. Evidentemente, tali ultime ipotesi, sebbene rientrino nel tema che si sta affrontando, non presentano le problematiche di cui sopra nel senso che non presentano incertezza circa l'operatività della clausola che senz'altro si ritiene applicabile¹³⁷. Infatti, a tali ultimi soggetti si estende l'efficacia della clausola compromissoria per tutte le controversie relative al periodo in cui sussisteva la qualità di socio.

Nello stesso senso RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, op. cit., 515 secondo il quale la norma sarebbe da intendere come conferma del fatto che la contestazione della qualità di socio non sottrae agli arbitri il potere di giudicare sulla propria competenza, con la precisazione che, se la qualità di socio è negata, la decisione da adottare sarebbe in rito con dichiarazione di inesistenza dell'accordo compromissorio. In giurisprudenza è da segnalare la sentenza del Trib. Milano 2 febbraio 2006, in *Soc.*, nt. SALAFIA in cui si sottolinea come la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società semplice, sebbene comprenda le controversie tra soci, non è applicabile a quella fra un socio e chi, contro la sua contestazione, rivendica per sé la qualità di socio.

¹³⁷ Cfr. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit., 1292; DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, op. cit., 916; LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 569.

§.4. *Il soggetto estraneo alla società e la nomina degli arbitri*

Il comma 2 dell'art. 34 in commento trova la sua ragione nel tentativo di ovviare a esigenze che in passato avevano creato non pochi problemi procedurali. La prima esigenza da tutelare è ovviamente quella di garantire l'imparzialità¹³⁸ del collegio arbitrale, mentre la seconda, di taglio decisamente più pratico, è quella di trovare una soluzione per superare le difficoltà di nomina degli arbitri negli arbitrati c.d. multi parti¹³⁹. Il presupposto da cui è partito il legislatore, almeno in questo secondo caso, si fonda evidentemente sulla constatazione che, a differenza di altri tipi di controversie, in ambito societario la plurisoggettività delle stesse controversie è assai frequente¹⁴⁰ e quindi

¹³⁸ Il principio dell'imparzialità è stato da sempre tenuto in considerazione particolarmente in ambito di arbitrato societario; infatti, la giurisprudenza della Cassazione ha più volte avuto modo di affermare la volontà di tutelare tale principio come con Cass. 21 giugno 1996, n. 5778, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1438 in cui si è sostenuto che “è nulla la clausola statutaria di una società cooperativa a responsabilità limitata che devolva la risoluzione di determinate controversie tra la società e i soci ad un collegio arbitrale formato dai probiviri (o sindaci) della società, difettando in tal caso il requisito dell'imparzialità” (cfr. anche Cass. 5 febbraio 1997, n. 1090, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass. 25 marzo 1998, n. 3136, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass. 30 agosto 1999, n. 9114, in *Mass. Giur. It.*, 1999).

¹³⁹ Per approfondimenti sul tema v. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, 163 ss. Sono dello stesso avviso ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, op. cit., 923; SANGIOVANNI, *Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale*, in *Notariato*, 4, 2010, 399; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, op. cit., 714;

¹⁴⁰ LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 573 in cui il chiaro A. precisa che “la ratio della disposizione, infatti, si fonda sulla constatazione che la plurisoggettività della controversia è assai frequente in materia societaria; e l'arbitrato multipartito trova due fondamentali ostacoli: la necessità che il patto compromissorio sia efficace nei confronti di tutti gli interessati; la necessità di garantire i pari poteri di tutte le parti nella nomina del o degli arbitri”. Sono sostanzialmente dalla stessa opinione BOCCAGNA, *Commento sub art. 35*, op. cit., 940 e DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, op. cit., 420 i quali aggiungono

uno strumento per far fronte a tale situazione si rendeva necessario. Per la verità è stata proposta da attenta dottrina anche un'altra utilità direttamente legata a tale meccanismo di nomina; infatti, tale sistema di nomina degli arbitri si rivela particolarmente adatto per "*rendere possibile, senza pregiudizio delle concrete possibilità di difesa, l'intervento volontario di terzi nel procedimento arbitrale*"¹⁴¹.

Tale previsione normativa, però, ha suscitato reazioni critiche da parte di quella dottrina che aveva denuncia l'eccessività della misura adottata, considerata tale in quanto si sarebbe potuto perseguire lo stesso risultato con una previsione che avesse escluso la coincidenza tra collegio arbitrale ed organi della società¹⁴². Invero, è da notare come, sia sotto il profilo della costituzionalità, sia sotto quello dei principi fondamentale in materia arbitrale, non pare che la norma leda alcuna disposizione fondamentale né determini un diverso "peso" delle parti nella costituzione del collegio arbitrale; basti pensare al fatto che nelle ipotesi di arbitro unico¹⁴³ le parti, di fatto, rinunciano all'arbitro c.d. di parte, e ciò non solo quando la designazione sia rimessa al terzo, come è

che l'apertura del legislatore nell'ammettere gli interventi di terzi nell'arbitrato è da mettere in relazione anche con una scelta di fondo verso una marcata assimilazione dell'arbitrato societario al processo davanti all'autorità giudiziaria.

¹⁴¹ Cfr. SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario*, op. cit. La tematica degli interventi è stata indicata in questa parte del lavoro solo per completezza espositiva; verrà approfondito nel paragrafo successivo.

¹⁴² Il riferimento è a CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemici e penombre*, in *Corriere giuridico* 2002, 1544 il quale dubita anche della conformità alla Costituzione della norma citata.

¹⁴³ Si noti che la disposizione normativa impone che la clausola indichi "*il numero e le modalità di nomina degli arbitri*" lasciando intendere che si possa prevedere anche un arbitro unico (cfr. ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, op. cit., 833).

per l'arbitrato societario, ma anche in caso di nomina concordata, come può accadere per l'arbitrato di diritto comune. Tale aspetto, a ben vedere, determina una riduzione della portata innovativa che a prima vista la norma sembra avere voluto apportare. Precisato tale punto, però, non si può non rilevare che probabilmente il legislatore avrebbe potuto realizzare i suoi intenti con strumenti più opportuni¹⁴⁴.

Lasciando stare ciò che si poteva fare e che evidentemente il legislatore non ha ritenuto di dover fare, letteralmente la norma sembra richiedere al terzo una estraneità formale alla società la quale potrebbe essere parte, anche in senso lato, della controversia. Rilevato ciò, non sembra opportuno fermarsi al dato letterale, dal momento che la soluzione appena prospettata non sarebbe utile per garantire l'effettiva imparzialità del terzo e quindi è preferibile richiedere che questo terzo sia anche ideologicamente estraneo ai conflitti oggetto della controversia¹⁴⁵ (sul tema v. *infra*).

L'importanza di tale estraneità anche ideologica si comprende non tanto nelle controversie in cui siano parte soci, quanto in tutte quelle controversie in cui si la stessa società ad essere direttamente coinvolta.

¹⁴⁴ Cfr. sul punto si rinvia all'analisi svolta da DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, op. cit., 411.

¹⁴⁵ Così in particolare LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, op. cit., 716. Sembra essere nello stesso senso la recente giurisprudenza della Cassazione n. 24867/2010 già citata. Vedi anche PAGNI che, in commento alla sentenza appena richiamata, afferma che "per terzo estraneo si intende un soggetto che non sia legato in alcun modo con la società, o con gli interessi di cui la società sia portatrice" (*Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24978/2010*, op. cit., 457. Cfr. su quest'ultimo punto anche Trib. Milano 18 luglio 2005, in *Giur. comm.*, 2007, 171 ss, nt. CERRATO).

Se infatti la scelta del terzo dovesse cadere su soggetti che in qualche modo sono legati alla società, o anche solo agli interessi di cui è portatrice, è evidente che quanto meno possano nascere dubbi sulla equidistanza che avranno le parti nei confronti di chi sarà nominato arbitro¹⁴⁶.

Invero non si può fare a meno di notare come tutti questi accorgimenti predisposti dal legislatore potrebbero portare alla nomina di un soggetto che solo in *astratto* sia terzo estraneo. Infatti, l'individuazione di un soggetto istituzionale in qualità di terzo estraneo (ad esempio il presidente dell'ordine degli avvocati di un certo foro) operata nel momento dell'inserimento nello statuto societario della clausola compromissoria potrebbe essere, in concreto, non sufficiente a garantire l'effettivo distacco di chi, magari anni dopo, si troverà a ricoprire tale carica¹⁴⁷.

Non sembra contrario alla lettera della norma l'indicazione dei requisiti professionali contenuti nella clausola compromissoria che

¹⁴⁶ Si segnala il Trib. Milano 18 luglio 2005, in *Giur. comm.*, 2007, II, 171 ss., nt. CERRATO: il caso oggetto della richiamata pronuncia riguardava una società commerciale che prevedeva nel proprio statuto la designazione, in qualità di terzo estraneo, del presidente dell'Ascomed di Milano, un sindacato di categoria a cui la società medesima era iscritta. Il Tribunale di Milano non ha ritenuto nulla ai sensi del comma 2 dell'art. 34 la nomina così formulata. Critico sul punto SANGIOVANNI, *Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale*, op. cit., 400 secondo cui "la decisione del Tribunale di Milano [...] non convince del tutto in quanto - ad avviso di chi scrive - l'iscrizione della società a tale sindacato è indice già "in astratto" di non sufficiente imparzialità e indipendenza del designatore".

¹⁴⁷ Nello stesso senso SANGIOVANNI, *Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale*, op. cit., 400.

dovranno essere posseduti dai futuri arbitri che lo stesso terzo estraneo dovrà nominare.

Altro problema da affrontare riguarda l'oggetto della nullità che il comma 2 dell'articolo in commento espressamente prevede nel caso in cui la nomina degli arbitri non fosse affidata ad un terzo estraneo. In altre parole, nell'ipotesi in cui si verifici tale ultima circostanza sarà nulla l'intera clausola compromissoria ovvero tale nullità colpirà solo la parte della stessa clausola che si è allontanata dal dettato normativo?

Quasi da subito la giurisprudenza, e più precisamente il Tribunale di Catania, si è schierato per la tesi della nullità radicale dell'intera clausola con un'interpretazione che, abbandonato l'impatto iniziale con il testo della norma, non lascia del tutto convinti¹⁴⁸. Il motivo di tale perplessità risiede in due ordini di motivi: il primo sotto il profilo più strettamente interpretativo; il secondo sotto il profilo, per così dire, più sistematico.

In primo luogo la perplessità sulla ricostruzione appena richiamata emerge appena si considera che la semplice circostanza della errata individuazione del soggetto estraneo non toglie certo peso alla

¹⁴⁸ Cfr. Trib. Catania 26 novembre 2004, in *Corr. giur.*, 2005, 1131, nt. SANGIOVANNI espressamente dichiara che "la clausola statutaria che devolve le controversie tra soci e società alla cognizione di un collegio di arbitri composto di tre membri nominati uno da ciascun contendente e il terzo d'accordo tra le parti o in mancanza dal presidente del tribunale è nulla e va dichiarata priva di effetti. La clausola va espunta dal contratto sociale. Si tratta di una nullità radicale che priva di qualsivoglia effetto nella sua interezza la originaria scelta compromissoria".

volontà espressamente manifestata dalle parti di voler comporre le proprie controversie con lo strumento arbitrale.

Passando al secondo motivo non si può non tener conto di come il legislatore abbia, di fondo, spinto perchè ci fosse un certo *favor* attorno all'istituto arbitrale. In sostanza, una ricostruzione che sia propensa a delineare gli effetti della suddetta nullità come generali, sembra allo scrivente eccessivamente penalizzante per le parti che hanno scelto l'arbitrato societario e non certo per il solo fatto che gli arbitri sarebbero stati nominati da un terzo estraneo alla società¹⁴⁹.

In dottrina si è proposto l'applicazione, nel caso in questione, del secondo periodo del comma 2 dell'art. 34 e quindi di equiparare l'ipotesi dell'inerzia del terzo designato con quella della sua invalida individuazione e ciò, si è sostenuto, a maggior ragione se è la stessa clausola arbitrale a prevedere la devoluzione della nomina degli arbitri ad un sostituto del terzo estraneo¹⁵⁰. Su tale questione ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Milano che con sentenza 22 dicembre 2006

¹⁴⁹ E' della stessa opinione SANGIOVANNI, *Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale*, op. cit., 401. Si deve dare atto che, sul punto, la giurisprudenza è alquanto ondivaga: a sostegno dall'impostazione qui sostenuta, sul presupposto che sia ammissibile una concorrenza tra la disciplina arbitrale speciale e di diritto comune, v. da ultimo App. Napoli 14 gennaio 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, 335 ss., nt. CERRATO; App. Torino 4 settembre 2007, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 546 ss., nt. SALVANESCHI; App. Torino 8 marzo 2007, in *Giur. it.*, 2007, 906, nt. CERRATO. Diversamente si è pronunciata altra giurisprudenza che ha posto a base della diversa posizione il principio della esclusività della disciplina speciale in ambito di arbitrato societario tra le altre; Cass. 9 dicembre 2010, 24867, in *Le società*, op. cit.; Trib. Milano 7 gennaio 2010, in *Giur. it.*, 2010, 2366; Trib. Milano 12 marzo 2009, *ivi*, 2009, 2224, nt. CAVANNA; Trib. Modena 5 febbraio 2010, in *Le società*, 2010, 894 ss, nt. SOLDATI.

¹⁵⁰ V. nota precedente.

ha affermato la nullità della clausola arbitrale limitatamente alla parte in cui individuava un terzo non estraneo; a tale nullità, però, ben poteva sopperire la seconda parte della medesima clausola che invece prevedeva l'individuazione del terzo estraneo nella persona del presidente *pro tempore* dell'ordine dei commercialisti¹⁵¹.

Sempre nel tentativo di salvare la validità della scelta arbitrale, il Tribunale di Torino con sentenza del 27 settembre 2004 ha affermato che *"ove sia applicabile il disposto dell'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003, va comunque fatta applicazione dell'art. 1419 cod. civ., atteso che, in ogni caso, la disposizione negoziale contenuta nella clausola compromissoria di nomina degli arbitri ad opera delle parti manifesta nella maniera più chiara e inequivocabile la volontà delle stesse di sottrarre alla cognizione dell'autorità giurisdizionale ordinaria ogni e qualsiasi tipo di controversia tra i soci e la società, con conseguente operatività della disposizione negoziale contenuta nella clausola arbitrale che rimette al presidente di un ordine professionale (soggetto indubbiamente "estraneo alla società"), la nomina degli arbitri non nominati dalle parti (e, dunque, di tutti gli arbitri)"*¹⁵².

Tale ultima soluzione, però, è stata avversata da autorevole dottrina, da un lato sostenendo che il dato *caratterizzante* tale nomina è l'operatività della nomina del Tribunale in ipotesi diverse da quella in

¹⁵¹ Trib. Milano 22 dicembre 2004, in *Giur. it.*, 2007, 399, nt. CERRATO.

¹⁵² In *Dir. e prat. soc.*, 2005, 10, 80 nt. SOLDATI.

commento¹⁵³; dall'altro lato c'è chi ha sostenuto che *“il meccanismo concepito dall'art. 1419, comma 2°, esige l'imperatività della norma cui si fa ricorso: ora, il disposto dell'art. 34, comma 2°, gode sicuramente di tale natura, ma la disposizione recata dall'art. 809, comma 3°, ha portata suppletiva e non imperativa; e poiché è alla natura di quest'ultima che occorre guardare, mi sembra impedito in radice l'inesco che conduce alla sostituzione in parte qua della clausola viziata”*¹⁵⁴.

Benché autorevolmente sostenute, le tesi appena riportate avrebbero come conseguenza quella di costringere le parti della controversia ad intraprendere la strada del giudizio ordinario che chiaramente avevano escluso di volere con l'introduzione della clausola compromissoria. In altre parole si verrebbe a mortificare la volontà di compromettere delle parti che si troverebbero a non poter usufruire dello strumento di giustizia liberamente scelto.

Quindi, a parere di chi scrive e come già sopra accennato, sarebbe preferibile una lettura della norma che permettesse di salvare la scelta operata dalle parti con la sostanziale equiparazione della nullità della clausola all'ipotesi contemplata nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 34. In altre parole si potrebbe ritenere che il terzo malamente designato, non essendo legittimato a nominare gli arbitri, non abbia, per

¹⁵³ Così ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, op. cit., 926.

¹⁵⁴ Così DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, op. cit., 243.

tale motivo, provveduto¹⁵⁵. Inoltre è bene notare come il legislatore con la previsione del comma 2 dell'art. 34 non abbia voluto imporre una certa modalità di nomina degli arbitri, quanto piuttosto sembra aver voluto garantire alle parti un meccanismo che le ponessero alla stessa distanza dal soggetto indicato per designare gli arbitri¹⁵⁶.

E' appena il caso di notare come l'art. 34 non prevede in modo espresso che la scelta degli arbitri deve ricadere su soggetti estranei alla società; nonostante ciò non è dubbio che tale tipo di scelta non può che ricavarsi proprio dalla previsione la nomina del terzo deve ricadere su soggetto estraneo alla società. Infatti, sembra naturale tale ultima considerazione, dal momento che diversamente opinando la garanzia di imparzialità che si è voluto dare alle parti verrebbe mortificata un momento prima della scelta degli arbitri. Questo è da considerarsi sicuramente un passo in avanti rispetto alla prassi consolidata in ambito di arbitrato nel campo societario in cui si tendeva a nominare come arbitri soggetti interni alla società quali, ad esempio, il collegio sindacale o il collegio dei probiviri¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cfr. SANGIOVANNI, *Arbitrato societario, nozione di "atto costitutivo" e patto parasociale*, op. cit., 401.

¹⁵⁶ Tale ricostruzione è stata proposta da LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 577.

¹⁵⁷ Cfr. SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario*, op. cit.

§.5. *L'intervento nell'arbitrato societario*

Come accennato nel precedente paragrafo, la modalità di nomina degli arbitri, prevista dall'art. 34, sicuramente rende meno problematico rispetto al passato un eventuale intervento dei terzi. L'innovazione che il legislatore del 2003 ha voluto imporre all'arbitrato societario con la disciplina del comma 2 dell'art. 35 è stata di ispirazione per la successiva riforma realizzata con il d.lgs. 40/2006, diminuendo, di fatto, la peculiarità dell'arbitrato societario sotto tale profilo¹⁵⁸.

L'importanza di tale disposizione risiede nella soluzione che la stessa ha fornito ad un problema che precedentemente vedeva la dottrina interrogarsi sui diversi problemi legati a tale istituto ed adottare soluzioni differenti¹⁵⁹.

La prima considerazione da fare sulla citata previsione scaturisce dalla differente estensione di operatività dell'intervento tra volontario e

¹⁵⁸ Così BOCCAGNA, *Commento sub art. 35, op. cit.*, 940; DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale, op. cit.*, 420. La riforma che il legislatore ha attuato nel 2003 ha, di fatto, aderito all'orientamento a quel tempo minoritario che considerava legittimo l'intervento di terzi.

¹⁵⁹ Sinteticamente era per l'ammissibilità dell'intervento volontario dei terzi senza limiti FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 58; mentre propendevano per ammettere entro certi limiti tale intervento RUFFINI, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 647; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, vol. I, 564. Spiega LUISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 580 che "*l'intervento ma soprattutto la chiamata di terzi sono resi possibili dalle disposizioni contenute nel 3° comma [dell'art. 34] (che prevede l'efficacia della clausola compromissoria nei confronti dei soci) e nel comma secondo di quella norma (che elimina ogni ostacolo o difficoltà discendenti dalla necessità di garantire a tutte le parti poteri paritari nella nomina del o dei decidenti)*".

coatto¹⁶⁰. Infatti, solo per tale ultimo intervento, la norma prevede che chi intenda intervenire debba essere uno degli altri soci. Tale limitazione, più severa di quella prevista del legislatore nel 2006 per l'arbitrato di diritto comune¹⁶¹, è stata criticata da chi ha sostenuto che la *ratio* della norma sicuramente faccia rientrare tra i soggetti intervenienti anche la società, gli amministratori, i liquidatori ed i sindaci, nonostante il suo tenore letterale. La motivazione che fonda tale condivisibile considerazione è legata al fatto che tutti i soggetti appena citati sono destinatari, direi "naturali", degli effetti della clausola compromissoria e quindi del lodo¹⁶².

Perché i terzi interessati possano realmente esercitare il loro diritto di intervento, è stato notato come il legislatore ha previsto l'obbligo di pubblicità nella disposizione dell'art. 35, comma 1, il quale prevede che la domanda di arbitrato proposta dalla società o in suo confronto venga depositata presso il registro delle imprese e sia

¹⁶⁰ Secondo BOCCAGNA, *Commento sub art. 35, op. cit.*, 940 "nel caso dell'intervento coatto, la legge vuole dunque che il terzo sia soggetto alla clausola compromissoria".

¹⁶¹ Infatti l'art. 816 *quinquies* c.p.c. ammette la chiamata in causa del terzo estraneo alla convenzione arbitrale purché vi sia l'accordo delle parti e il consenso degli arbitri. Cfr. BOCCAGNA, *Commento sub art. 35, op. cit.*, 940.

¹⁶² Cfr. sul punto SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario, op. cit.* i quali precisano che "il testo normativo opera una distinzione tra gli interventi: mentre consente l'intervento volontario a tutti i terzi, limita ai soci quello su chiamata. La ratio di tale restrizione risiede nella circostanza che il soggetto terzo, con l'intervento nel procedimento arbitrale, diviene destinatario degli effetti del lodo, ragion per cui si ritiene opportuno limitare l'intervento coatto ai terzi già vincolati al patto compromissorio. Un'interpretazione conforme a tale ratio impone pertanto di consentire la chiamata anche della società e degli amministratori terzi rispetto al giudizio ma non rispetto all'ambito della clausola e all'ambito di efficacia del lodo"; AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario, op. cit.*, 652; LUISO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 581; BOCCAGNA, *Commento sub art. 35, op. cit.*, 941.

accessibile a tutti i soci. Nonostante tale indicazione la norma pone dei problemi nella parte in cui non chiarisce quale sia il soggetto onerato di tale attività¹⁶³. Le ricostruzioni sul punto sono sostanzialmente due: la prima ritiene che onerato di tale attività sia chiunque¹⁶⁴; mentre, secondo l'altra ricostruzione, toccherebbe agli amministratori provvedere alla pubblicità nel registro delle imprese¹⁶⁵. Altro problema interpretativo, che porta con sé la previsione in commento, è legato alla mancata determinazione delle conseguenze di un'eventuale inosservanza di tale obbligo, autorizzando per tal via, ancora una volta, interpretazioni in dottrina che vanno dall'assenza di conseguenze pratiche, fino alla tesi che vuole che il mancato deposito della domanda comporterebbe la decadenza del limite temporale entro cui effettuare l'intervento stesso¹⁶⁶.

Secondo la lettera del comma 2 dell'art. 35, dunque, a qualunque terzo sarebbe permesso l'intervento volontario senza i limiti, dal lato soggettivo, della soggezione alla clausola compromissoria, e dal lato oggettivo, della limitazione ad alcuni soltanto dei tipi di intervento volontario dell'art. 105 c.p.c.¹⁶⁷.

¹⁶³ Cfr. SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario*, op. cit.

¹⁶⁴ Così ritiene LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 579.

¹⁶⁵ Cfr. SANTAGADA (D'ALESSANDRO, GIORGETTI, ZUMPANO), *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006, 281.

¹⁶⁶ Per la prima ricostruzione cfr. LUISO, *Commento sub art. 34*, op. cit., 579. Sostengono la seconda ricostruzione ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, op. cit., 645; AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, op. cit., 345.

¹⁶⁷ Sono eloquenti le parole di E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 530 ad opinione del quale nell'arbitrato societario l'intervento dei terzi sarebbe ammissibile "esattamente negli stessi termini in cui sarebbe possibile davanti all'autorità giudiziaria"; nello stesso senso sono BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato*

Dal lato dell'intervento coatto, invece, si è criticato l'avvicinamento ai giudici dei poteri degli arbitri sotto il profilo della possibilità di imporre la chiamata; secondo tale dottrina, infatti, non sarebbe giustificata la concessione di un potere agli arbitri così rilevante da influire sulla posizione soggettiva di terzi non coinvolti nel giudizio¹⁶⁸. Così opinando però, soprattutto nel caso in cui il terzo sia parte del patto compromissorio, non si tiene presente che lo stesso procedimento dell'arbitrato societario si conclude con un lodo che di riflesso influirà su tutti i soci in modo più o meno intenso, soprattutto se si tiene a mente il tipo di interessi che sono normalmente oggetto di controversia. In altre parole, non sembra criticabile la scelta del legislatore di affidare un potere di chiamata agli arbitri del tutto simile a quello che hanno i giudici ordinari “*se ed in quanto il terzo sia vincolato al patto compromissorio*”¹⁶⁹. Inoltre, tenuto conto che anche la società si trova nelle stesse condizione degli “altri soci”, ben può essere possibile

societario, in *Riv. arb.*, 2003, 33; TARZIA, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 354; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, 426. PAGNI, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, *op. cit.*, p. 461. In dottrina si è proposta anche una lettura più restrittiva della norma ammettendosi interventi dei terzi estranei all'accordo compromissorio solo *ad adiuvandum*, mentre l'intervento *innovativo* di un terzo sarebbe ammissibile soltanto con l'accettazione delle parti originarie dell'allagamento dell'oggetto del giudizio (cfr. su tutti LUISSO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 583).

¹⁶⁸ Così FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 974.

¹⁶⁹ Così LUISSO, *Commento sub art. 34, op. cit.*, 581.

che la chiamata da parte degli arbitri possa essere rivolta anche nei confronti di questa¹⁷⁰.

Sul lato più strettamente procedimentale la norma in commento fissa un limite temporale per permettere l'intervento di terzi, limite che ha creato dubbi di interpretazione perchè incastonato in un contesto disciplinare tutt'altro che formalizzato e scandito da rigide preclusioni. L'aspetto più delicato è relativo alle possibili implicazioni che nell'economia del procedimento in commento si possono avere e se, in particolare, l'indicazione di una rigida barriera preclusiva implichi l'introduzione di un minimo di disciplina formale o meno¹⁷¹.

Nei casi di interventi coatti l'ipotesi dell'inosservanza dell'ordine del giudice ha diviso la dottrina: secondo una parte della dottrina il procedimento arbitrale dovrebbe essere dichiarato estinto¹⁷²; secondo un'altra parte, invece, non sarebbe concepibile che gli arbitri si

¹⁷⁰ Cfr. AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 347; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario, op. cit.*, 652. *Contra* TARZIA, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario, op. cit.*, 356.

¹⁷¹ Propendono per la prima opzione E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario, op. cit.*, 530; ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario, op. cit.*, 652. *Contra* SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario, op. cit.* secondo i quali "sembra [però] preferibile mantenere l'opinione per la quale l'articolazione del procedimento arbitrale resta libera, sicché, in mancanza di udienze (situazione rara in pratica ma non impensabile), il termine finale per l'intervento necessariamente spirerebbe con l'allegazione degli scritti con cui le parti concretamente determinano il thema disputandi". Nello stesso senso, AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 346, il quale ammette l'ipotesi di un procedimento arbitrale privo di udienze.

¹⁷² Cfr. ARIETA, DE SANTIS, *Diritto processuale societario, op. cit.*, 653.

sottraggano all'obbligo, contrattualmente assunto, di decidere il giudizio¹⁷³.

Ultima questione che deriva dai vari tipi di intervento in commento è legata al riflesso temporale che gli stessi hanno sul termine per l'emanazione del lodo almeno sotto due profili: sotto il primo profilo si ritiene cumulabile la proroga codicistica con quella che prevede il codice, mentre si ritiene non potersi usufruire di più proroghe in caso di molteplici interventi di diverso tipo¹⁷⁴. Sembra proprio quest'ultima la ricostruzione più convincente anche alla luce delle parole contenute nella Relazione di accompagnamento al decreto secondo cui *“in argomento, appare utile segnalare la autorizzazione ex lege alla proroga, per una sola volta qualunque sia l'incremento soggettivo del giudizio, del termine di resa del lodo in caso di intervento di terzi”*.

§.6. Le delibere assembleari e la tutela cautelare

La validità delle delibere assembleari rappresentato, per prassi, uno degli argomenti su cui si controverte di più nell'ambito di una

¹⁷³ Cfr. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Gius. civ.*, 2003, II, 486, con tutte le conseguenze che tale mancata integrazione potrebbe comportare sulla decisione (aggiungerei).

¹⁷⁴ Cfr. sul primo punto BIAVATI, *Arbitrato societario*, in *Arb. spec.*, in CARPI, Bologna, 2008, 129; sul secondo punto AULETTA, *Commento sub artt. 34-37, op. cit.*, 346.

società. Da sempre terreno di forti discussioni, con la riforma del 2003 il legislatore sembra aver preso posizione sulla possibilità di poter avere ad oggetto dell'arbitrato societario la validità delle delibere assembleari. L'impostazione positiva verso tale tipo di controversia sembra, in un certo senso, rafforzata anche dalla generale disposizione dell'art. 36 che espressamente prevede che “*gli arbitri debbano decidere secondo diritto [...] quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari*”.

Tale disposizione sembra infrangere definitivamente il muro di diffidenza che c'era attorno alla materia aprendo, in modo più generale, alla possibilità di poter conoscere, seppur in via incidentale, di questioni che diversamente non sarebbero state arbitrabili.

Statisticamente, in tema di compromettibilità dell'impugnazione delle delibere assembleari, si sono avuti diversi profili che di volta in volta sono stati evidenziati. Infatti, un primo orientamento riteneva compromettibile soltanto le questioni avente ad oggetto vizi delle delibere assembleari che ne comportassero l'annullamento e non quelle che comportassero, invece, la nullità¹⁷⁵. Una seconda ricostruzione, invece, argomenta la non compromettibilità *tout court* delle controversie

¹⁷⁵ Così si esprime Trib. Napoli 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1445: “*in tema di società di capitali, è valida la clausola compromissoria che deferisce al giudizio arbitrale anche le controversie relative all'impugnazione di delibere societarie, sempre che ne sia dedotta l'annullabilità e non la nullità*”. Dello stesso tenore è Trib. Milano 7 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1014.

aventi ad oggetto le delibere assembleari, giustificando tale approccio con la natura inderogabile delle norme applicabili al caso concreto¹⁷⁶. Ultimo approccio, che di riflesso interessa il tema sviluppato in questa parte del lavoro, è quello che individua l'interesse non meramente individuale come l'elemento che impedisce di ritenere compromettibili anche le controversie avente ad oggetto le delibere assembleari¹⁷⁷.

Queste impostazioni, in special modo l'ultima citata, sono il riflesso di una intrinseca difficoltà, oserei dire, congenita all'arbitrato di diritto comune e legata alla plurisoggettività che le controversie in commento naturalmente implicano.

Come attentamente notato in dottrina¹⁷⁸, con la riforma del 2003 il legislatore ha provveduto a recidere il binomio arbitrabilità-transigibilità spostando, invece, l'attenzione sulla natura della situazione giuridica soggettiva controversa e più precisamente sulla sua disponibilità. Fissato tale punto il passo successivo, e più importante dal punto di vista pratico, risulta alquanto arduo tanto che la medesima

¹⁷⁶ Così Cass. 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Foro it.*, 1998, I, 3125 secondo cui, partendo dalla constatazione che l'art. 806 c.p.c. che vieta la devoluzione ad arbitri delle questioni concernenti diritti indisponibili, conclude affermando che *"le disposizioni statutarie, che genericamente stabiliscono la devoluzione agli arbitri di "ogni controversia" insorta tra società e soci, devono pertanto essere interpretate alla luce del principio suddetto, escludendosi dalla competenza arbitrale quelle controversie che, per inderogabile norma di legge, non sono compromettibili. E fra queste rientrano certamente le questioni relative alla validità o meno delle delibere assembleari, in quanto coinvolgenti interessi sia della società che della collettività dei soci"*.

¹⁷⁷ Tra le tante pronunce sul punto Cass. 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. it.*, 2000, I, 405, nt. VIDIRI.

¹⁷⁸ Cfr. Trib. Napoli ord. 8 marzo 2010, in *le Società*, 12/2010, 1500, nt. IZZO, *Disponibilità del diritto e limiti alla compromettibilità per arbitri della delibera di approvazione del bilancio*, 1516.

dottrina richiamata sottolinea “*la difficoltà di individuare la nozione di situazione giuridica sicuramente disponibile nel contesto societario*¹⁷⁹”.

Secondo la condivisibile dottrina richiamata, il ragionamento che permette di giustificare la tesi della compromettibilità delle delibere assembleari in generale, e quelle di approvazione del bilancio in particolare, passa attraverso la lettura dei riformati articoli 2377 ss. c.c. che di fatto hanno individuato la categoria dell'annullabilità come categoria generale invertendo l'ordine tradizionale con il vizio della nullità¹⁸⁰.

Il discorso sulla compromettibilità delle delibere assembleari non è finalizzato, in questa parte del lavoro, a determinare l'ambito oggettivo dell'arbitrato societario, piuttosto deve essere collegato all'innovativo potere attribuito dalla seconda parte del comma 5 dell'art. 35. Ed infatti, discostandosi parzialmente dal generale divieto di adottare misure cautelari previsto per l'arbitrato di diritto comune, il richiamato articolo espressamente prevede che, in caso di controversia avente ad oggetto la validità delle delibere assembleari, “*agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia*”

¹⁷⁹ V. nota precedente IZZO, 1517.

¹⁸⁰ Cfr. IZZO, *ult. op. cit.*, 1518 che infatti conclude affermando che “*il giudizio sulla validità della delibera di approvazione del bilancio può, allora, costituire valido oggetto del vincolo compromissorio*”. Si deve dare atto, ed è la stessa dottrina richiamata a sottolinearlo, che tale ricostruzione non è stata fatta proprio dalla Cass. 23 febbraio 2005, in *le Società*, 2006, 637, nt. SOLDATI.

della delibera”¹⁸¹. La *ratio* di tale disposizione è piuttosto controversa dal momento che, da una parte c’è chi vede in questa la chiara volontà di evitare un’intromissione del potere giudiziale in materia; dall’altra parte si schiera chi sottolinea come la stessa disposizione non vieta la possibilità di sollecitare l’intervento del giudice togato qualora la necessità della sospensione si presenti precedentemente alla costituzione del collegio arbitrale¹⁸².

È bene chiarire subito che tale tipo di potere cautelare attribuito agli arbitri è diverso da quello proprio dei giudici ordinari dal momento che i provvedimenti che può adottare il primo sono privi di forza coercitiva. Infatti, si è affermato come l’ordinanza di sospensione non presuppone affatto un intervento coattivo sulla realtà fattuale e tale circostanza permette di evitare tutti i problemi legati alla mancanza di

¹⁸¹ Secondo autorevole dottrina, l’innovazione principale della riforma del 2003, sotto il profilo in commento, risiede nell’esclusività del potere di sospensione affidato agli arbitri riconoscendo l’esclusione dell’autorità togata dal richiamato inciso “*competere sempre*” (così sempre IZZO, *ult. op. cit.*, 1520).

¹⁸² Per la prima tesi così SASSANI, TISCINI, La riforma dei procedimenti in materia in materia di diritto societario, in *Giust. civ.*, 2003, II, 71; per la seconda si segnala tra i tanti LUISO, *Appunti sull’arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 724. In giurisprudenza propende per la competenza del giudice ordinario a provvedere sull’istanza di sospensione della delibera anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale, Trib. Verona 12 aprile 2005, in *Giust. it.*, 2006, 1475, nt. CATALANO; Trib. Milano 17 marzo 2009, in *Riv. arb.*, 2009, 311, nt. VILLA; nel senso di escludere qualsiasi potere di sospensione al giudice togato in tale ambito, Trib. Catania 14 ottobre 2005, in *Giust. it.*, 2006, 1475, nt. CATALANO; nel senso che, in base al combinato disposto dell’art. 35 c. 5 e dell’art. 669 *quinquies* c.p.c. la devoluzione in arbitrato rituale delle controversie in materia societaria non preclude al socio di ricorrere alla autorità giudiziaria ordinaria per ottenere il sequestro giudiziario delle azioni della società per azioni, Trib. Venezia 26 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, 287. Alla luce della richiamata giurisprudenza, e tenuto presente l’*incipit* del comma 5 in commento, la soluzione più convincente è stata proposta in dottrina da IZZO che afferma come lo spazio di operatività del giudice ordinario non può essere negato seppur limitato ad un momento precedente alla formazione del collegio arbitrale (così in *ult. op. cit.*, 1521).

imperium degli arbitri, argomento che tradizionalmente ha impedito qualsiasi riconoscimento di poteri cautelari a tali soggetti¹⁸³.

Il potere di sospensione previsto dal comma 5 dell'art. 35 è stato utilizzato come argomento per sostenere, tra l'altro, la natura giuridica giurisdizionale e non privata degli arbitri¹⁸⁴ e, per lo stesso motivo, si è ritenuto non esercitabile dagli arbitri negli arbitrato irrituali¹⁸⁵.

Si fa notare come il provvedimento con cui gli arbitri possono disporre la sospensione delle delibere sia l'ordinanza non reclamabile, proprio per evitare ingerenze di sorta della giustizia ordinaria. Ma, attesa la reclamabilità *ex art. 669 terdecies* c.p.c., c'è da chiedersi se tale differente regime giuridico sia in grado di superare il vaglio di conformità costituzionale come da più parti si è fatto notare¹⁸⁶.

§.7. L'efficacia del lodo nei confronti della società

Il comma 4 dell'art. 35 in modo espresso statuisce che il lodo è vincolante per la società. Per dare la reale dimensione dell'innovazione apportata con tale previsione, bisogna ipotizzare, come autorevolmente

¹⁸³ Su tutti PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988.

¹⁸⁴ Così CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, *op. cit.*, 1296.

¹⁸⁵ Cfr. DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, *op. cit.*, 426; *contra* LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, *op. cit.*, 723.

¹⁸⁶ Cfr. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, *op. cit.*, 725; VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, 263.

sostenuto, che la società non sia parte del procedimento arbitrale e che sia portatrice di interessi legati da un nesso di pregiudizialità con l'oggetto della controversia decisa in arbitrato¹⁸⁷. Così inquadrata, la disposizione in commento viene ad iscriversi in quella generale tendenza, voluta dal legislatore e concretizzatosi anche con la riforma del 2006 per l'arbitrato di diritto comune, di avvicinamento del lodo alla sentenza del giudice togato¹⁸⁸. Ovviamente, come già notato nel corso del presente lavoro, molte delle innovazioni introdotte dal legislatore nel 2003 in campo di arbitrato societario, sono state poi riproposte anche nel 2006 in relazione all'arbitrato di diritto comune; la norma che viene subito alla mente, in relazione al tema in commento, è ovviamente la norma dell'art. 824 *bis* c.p.c..

Inoltre la lettura che sembra dover essere data al comma 4 dell'art. 35 non è certo una lettura restrittiva, nel senso che l'efficacia riflessa dalla norma prevista sembra dover essere prevista anche nei confronti degli altri soggetti vincolati dalla clausola compromissoria¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Così FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, op. cit. 447; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, op. cit., 721; ID, *Il nuovo processo societario*, op. cit., 585.

¹⁸⁸ Così E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 527

¹⁸⁹ Cfr. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, op. cit., 722; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 526.

ALCUNI PROBLEMI DI COMPATIBILITÀ E BREVI CONCLUSIONI FINALI

SOMMARIO: §.I. *Arbitrato societario e arbitrato irrituale* - §.II. *Alcune riflessioni conclusive*.

§.I. *Arbitrato societario e arbitrato irrituale*

Si è molto discusso sul tipo di arbitrato che l'articolo 34 prevede; per risolvere tale interrogativo e per verificare la possibilità di prevedere un arbitrato irrituale in ambito societario non è possibile fermarsi alla lettura dell'articolo appena richiamato. Infatti, il problema della possibilità degli statuti sociali di recare clausole per arbitrato irrituale trova soluzione nell'inciso dell'art. 35, comma 5, che permette il ricorso alla via cautelare pur nel caso di devoluzione della lite ad arbitri non rituali. Tale inciso non può che avere una chiara valenza nel senso di prevedere come una possibile scelta quella tra arbitrato rituale e irrituale in campo societario¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Tra i tanti SASSANI, GUCCIARDI, *op. cit.*; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 513 ss.; DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, *op. cit.*, 252.

Affermare semplicemente che l'arbitrato irrituale è ammissibile non equivale a risolvere tutti i problemi legati alla compatibilità di tale tipo di arbitrato con la particolare struttura dell'arbitrato societario.

Infatti, far discendere dalla norma appena richiamata la possibilità di prevedere l'operatività di un arbitrato irrituale appare quanto mai avventato senza una attenta analisi di compatibilità con le altre disposizioni che impongono una valutazione più attenta sul punto. Tale considerazione è la naturale conseguenza dell'inquadramento sistematico delle norme sopra richiamate con la lettera di altre due norme. Ed invero, lo stesso articolo 35, ma soprattutto l'articolo 36 sembrano avere come presupposto un tipo di arbitrato che non può essere diverso dall'arbitrato rituale; infatti diversamente opinando si dovrebbero risolvere difficoltà di compatibilità con l'essenza dell'arbitrato di tipo irrituale.

I problemi che sono stati evidenziati dalle autorevoli dottrine che hanno analizzato la questione possono essere focalizzati sotto due profili.

La prima ha evidenziato il problema dell'eventuale ammissibilità di un arbitrato irrituale "di diritto comune" in ambito societario che si ponesse come alternativo rispetto allo speciale arbitrato societario. In realtà la soluzione di tale quesito è legato alla posizione che la giurisprudenza ha inteso prendere sul problema centrale e a monte della possibile convivenza tra arbitrato di diritto comune ed arbitrato societario in materia di controversia societaria. Come visto in precedenza il tema è

stato di recente al centro della sentenza n. 24867 del dicembre 2010 con cui la Corte di Cassazione ha concluso affermando che la tesi del doppio binario non trova alcuna giustificazione nella legge, sul presupposto che la lettera dell'art. 34 è inequivoca nella direzione di comminare la sanzione della nullità di ogni patto che non sia conforme alla legge speciale¹⁹¹.

Il secondo profilo pone il dubbio che un arbitrato irrituale possa legittimamente svolgersi nelle forme e con i limiti dell'arbitrato societario in senso proprio. Una certa parte della dottrina ha ipotizzato la possibile e legittima scelta in tal senso *“a condizione, però, che se ne escluda quale oggetto la validità di delibere assembleari, oggetto che dà necessariamente luogo ad un lodo di stretto diritto e sempre “impugnabile anche a norma dell'art. 829, secondo comma del codice di procedura civile” (art. 36 c. 1 d.lgs. n. 5/03)¹⁹²”*.

Ciò che con chiarezza emerge da quanto sinora detto sul punto è che il legislatore, nell'affrontare questo aspetto della disciplina, ha mostrato un atteggiamento quanto mai ambiguo e tutt'altro che deciso.

¹⁹¹ Prima della richiamata sentenza ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, op. cit. sembrava ammettere un arbitrato irrituale endosocietario che sarebbe stato “coerentemente” retto solo dalle norme di diritto comune dettate dall'art. 808-ter c.p.c., norma in cui si sarebbe escluso *“a contrario, il rinvio alla disciplina dell'arbitrato rituale. Dunque, si otterrà un lodo non esecutivo, avente efficacia di determinazione contrattuale e impugnabile secondo la disciplina specifica, esclusa la sindacabilità dell'errore di diritto”*.

¹⁹² Così SASSANI, GUCCIARDI, op. cit. che acutamente concludono nel senso che *“se così non fosse, si sarebbe trovato un escamotage per sfuggire (a buon mercato) ad una norma sicuramente imperativa”*.

Una prima soluzione interpretativa prospettata in dottrina prevede la possibilità di ammettere l'ipotesi di arbitrati irrituali ad opera degli statuti, ma agli stessi saranno applicate solamente le disposizioni del d.lgs. che possono ritenersi espressione di principi generali¹⁹³.

Altra dottrina ha proposto una diversa lettura delle norme in commento, anche se l'argomentazione proposta sembra avere minore forza persuasiva della prima. Secondo tale citata ricostruzione il richiamo che opera il comma 5 dell'art. 35 all'arbitrato irrituale sarebbe da intendersi come applicabile ai soli arbitrati derivanti da compromesso o clausola compromissoria non statutaria¹⁹⁴.

È stato evidenziato¹⁹⁵ come entrambe queste ricostruzioni presentino punti deboli ed incongruenze che danno l'impressione che solo forzando il dato normativo sia possibile addivenire ad una soluzione ricostruttiva che propende per l'ammissibilità di un arbitrato irrituale di tipo societario. Quanto alla prima interpretazione proposta, presenta sicuramente una difficoltà di fondo nella ricerca di questo sostrato normativo di principi generali che, ad ogni modo, escluderebbe tutte le norme che caratterizzano in modo innovativo la normativa in commento. Quanto alla seconda ricostruzione, invece, risulterebbe violare i limiti

¹⁹³ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, op. cit., 963; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, op. cit., 536 il quale vede nella disciplina in commento un elemento di ulteriore differenziazione tra l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale.

¹⁹⁴ Così BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, op. cit., 47.

¹⁹⁵ Per un'analisi approfondita sul punto si rimanda a BOCCAGNA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, op. cit., 405.

della legge-delega che autorizzava il governo a predisporre una disciplina limitatamente alle clausole compromissorie statutarie.

La difficoltà interpretativa delle disposizioni in commento è il riflesso anche delle pronunce giurisprudenziali in materia; infatti mentre il Tribunale di Genova ritiene che *"l'art. 34, comma 4 del d.lg. 17 gennaio 2003 n. 5 secondo il quale la clausola compromissoria inserita nello statuto o nell'atto costitutivo delle società è vincolante anche per gli amministratori, liquidatori e sindaci a seguito dell'accettazione dell'incarico, si applica anche alle clausole compromissorie per arbitrato irrituale in quanto l'art. 34 non fa alcuna distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale"*¹⁹⁶; la Corte di Appello di Napoli, in modo lapidario e netto, ha affermato 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"*¹⁹⁷.

In relazione al primo dei due arresti giurisprudenziali appena citati, non si può non notare come il Tribunale ligure sia stato eccessivamente sbrigativo nel fondare sul solo dato letterale la propria affermazione di fondo. Infatti, la contestualizzazione della lettera dell'art. 34, avrebbe permesso di notare come il legislatore sia stato costretto ad inserire l'inciso riferito all'arbitrato irrituale di cui al comma 5 dell'art. 35, proprio perché la disciplina dell'arbitrato societario si riferisce

¹⁹⁶ Trib. Genova, 2 novembre 2009, in *Riv. arbitrato*, 2010, 3, 481 nt. PIAZZA.

¹⁹⁷ App. Napoli, 14 gennaio 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 3, II, 335 nt. CERRATO.

naturalmente soltanto all'arbitrato rituale (diversamente non sarebbe stato necessario il suddetto richiamo¹⁹⁸).

Soprattutto dopo l'intervento legislativo del 2006, che ha definito l'arbitrato irrituale come "*determinazione contrattuale*", si è rilevato come l'incompatibilità tra la struttura prevista dalla normativa in commento e lo stesso arbitrato societario sia ancora più accentuata¹⁹⁹. Ma anche l'applicazioni di altre disposizioni, come quelle relative alla pubblicità del procedimento per arbitrato societario, mal si concilia con la riservatezza tipica dell'arbitrato irrituale²⁰⁰.

Altro elemento che conferma i dubbi di compatibilità dell'arbitrato irrituale con le disposizioni dell'arbitrato societario è la norma contenuta nell'art. 36 che, in relazione alle controversie avente ad oggetto le impugnazioni delle delibere assembleari, prevede che gli arbitri devono sempre decidere secondo diritto con lodo impugnabile *ex art. 829 comma 2 c.p.c.* È evidente che tale ultima norma non permette la

¹⁹⁸ Così LUISO, *Commento sub art. 34 cit.*, 556-7; PIAZZA, *Sull'applicabilità all'arbitrato irrituale societario derivante da clausola compromissoria statutaria della normativa speciale prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in *Riv. arbitrato*, 2010, 3, 485. È curioso notare come, in precedenza, lo stesso Trib. Genova, 7 marzo 2005, in *Corriere del merito*, 2005, 7, 759 avesse statuito che "*con la riforma del diritto societario è stato previsto un nuovo modello di arbitrato rituale endosocietario che si è aggiunto, senza sostituirlo, all'arbitrato di diritto comune disciplinato dal codice di riti*".

¹⁹⁹ Così NELA, in *Il nuovo processo societario*, in CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2008, 1252.

²⁰⁰ Così NELA, in *Il nuovo processo societario*, in CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2008, 1252, nota 114 in cui afferma che "*un arbitrato irrituale nel quale si dovrebbe depositare la domanda, l'eventuale ordinanza che decide la sospensione e il lodo relativo all'impugnativa della delibera, non sarebbe caratterizzato da quella riservatezza che spesso rappresenta il motivo preponderante per cui le parti scelgono la strada dell'arbitrato irrituale*".

possibilità di utilizzare l'arbitrato irrituale in tutte le controversie appena citate²⁰¹.

Si ritiene, dunque, che debba essere esclusa l'ammissibilità di un arbitrato societario irrituale da statuto perché, diversamente opinando, si finirebbe per creare un arbitrato, per così dire, "ibrido" col risultato di dover applicare alla disciplina dell'arbitrato irrituale solo quella parte del decreto legislativo in commento che risulta compatibile con la prima. Insomma si verrebbe a creare un tipo di arbitrato che non è stato voluto, né previsto dal legislatore delegato.

§.II. Alcune riflessioni conclusive

Gli articoli 34, 35 e 36 d.lgs. 5/2003, a distanza di quasi dieci anni dalla loro introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, continuano a presentare alcune ombre che non permettono di apprezzare al meglio le novità positive che la normativa in commento ha introdotto. Grazie anche agli interventi della Cassazione, si è provveduto a fissare punti fermi, ma per alcuni argomenti sembra proprio che non si riesca a trovare un equilibrio tale da garantirne la tenuta.

²⁰¹ Cfr. PIAZZA, *Sull'applicabilità all'arbitrato irrituale societario derivante da clausola compromissoria statutaria della normativa speciale prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, op. cit.*, 489.

L'arbitrato societario è stato calibrato per rispondere alle esigenze e peculiarità che le controversie societarie spesso richiedono e che il tradizionale istituto si era dimostrato non capace di garantire. Molte delle innovazioni analizzate nel presente lavoro sono state ritenute funzionali e sono confluite, sebbene alcune solo nel principio, all'interno della nuova disciplina codicistica del 2006, elidendo di fatto il solco che si era venuto a creare all'indomani dell'introduzione della disciplina in ambito di arbitrato societario.

Alcuni problemi sono stati affrontati e risolti in modo apprezzabile, ma si sono lasciati scoperti punti delicati che necessitano di essere affrontati e questo è dimostrato anche dal disorientamento riflesso dalla giurisprudenza anche su problemi non secondari.

BIBLIOGRAFIA

ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1977

ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004

AULETTA, *Commento sub art. 824 bis*, in CIAN-MAFFEI ALBERTI-SCHLESINGER (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2007

AULETTA, *Commento sub artt. 34-37*, in SASSANI (a cura di) *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003

AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recendi (dis)orientamenti del notariato*, in www.judicium.it

BARILE, *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963

BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003

BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in BOVE e CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006

BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it

BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Gius. civ.*, 2003

BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it

BRIGUGLIO, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003

BOCCAGNA, *Commento sub art. 35*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007

BUONCRISTIANI, *Socio o non socio: lodo di rito o di merito?*, in www.judicium.it

CARPI – ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV., *Arbitrato, Commento al titolo VII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806 – 840*, CARPI (a cura di), Bologna, 2001

CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003

CAROTTI, *Commento sub art. 41*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007

CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 2006

CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, I, 1923

CONSOLO, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, in *Corriere giuridico* 2002

CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. It.*, 2003

CORSINI, *Arbitrato societario e patti parasociali*, in *le Società*, 2010

D'ALESSANDO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 4/2007

DALMOTTO, *Commento sub art. 41*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004

DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006

DELLA PIETRA, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno ed internazionale*, Padova, 2010

DE SANTIS, *Commento sub art. 34*, in ARIETA-DE SANTIS, *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007

FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordina alla «natura» dell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000

FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997

FIECCONI, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, in *Corr. giur.*, 2003

GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004

GALLETTO, *Commento sub arbitrato societario*, in BUONFRATE-ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitrati delle conciliazioni e di ADR*, Torino, 2006

IZZO, *Disponibilità del diritto e limiti alla compromettibilità per arbitri della delibera di approvazione del bilancio*, in *le Società*, 12/2010

LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2000

LUISO, *Commento sub art. 34*, in LUISSO (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006

LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005

LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003

LUISO, *L'impugnazione del lodo equitativo per violazione di norma inderogabile*, in *Riv. Arbitrato*, 1994

MARZOCCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, *Sull'arbitrato*, Napoli, 2010

MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2a ed., Torino, 1995

MONTESANO, «Privato» e «pubblico» nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale, in *Riv. arbitrato*, 1998

MORELLINI, *Diritto transitorio e validità della clausola compromissoria*, in *le Società*, 2005

MURONI, *Clausola compromissoria statutaria e rapporto mutualistico*, in *Riv. arb.*, 2008

NELA, *Commento sub art. 34*, in CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004

NELA, in *Il nuovo processo societario*, in CHIARLONI (a cura di), Bologna, 2008

NOVIELLO, *I limiti soggettivi di efficacia della clausola compromissoria inserita negli statuti societari*, in *Riv. arb.*, 2005

PAGNI, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, in *Le società*, 4/2011

PIAZZA, *Sull'applicabilità all'arbitrato irrituale societario derivante da clausola compromissoria statutaria della normativa speciale prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5*, in *Riv. arbitrato*, 2010

PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb.*, 4/2005

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, voce *Arbitrato*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, Roma, 1988

RECCHIONI, *L'arbitrato in materia societaria fra clausola compromissoria preesistente e ius superveniens*, in *Riv. arb.*, 2004

E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. processuale*, 2001

E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. processuale*, 2002

E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. processuale*, 2005

E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003

ROSIN, *L'arbitrato nel diritto societario*, in AA.VV., *L'arbitrato*, CECHELLA (a cura di), Torino, 2005

RUFFINI, *Commento all'art. 819 ter*, in MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2007

RUFFINI *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2004

RUFFINI, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995

SALI, *L'arbitrato per le nuove società. Dodici (piccoli) nodi applicativi e qualche proposta*, in www.judicium.it

SANTAGADA, (D'ALESSANDRO, GIORGETTI, ZUMPANO), *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971

SALVANESCHI, *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008

SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999

SASSANI-GUCCIARDI, *L'arbitrato societario*, in www.judicium.it

SASSANI-TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del D.Lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. civ.*, 2003

SOLDATI, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di imparzialità e terzietà di nomina*, in www.judicium.it

SOLDATI, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005

SOLDATI, *Clausola arbitrale societaria e nomina del liquidatore*, in *le Società*, 2004

TARZIA, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004

VACCARELLA, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003

VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, 1.

VERDE, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2005

VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006

VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA. VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, VERDE (a cura di), Torino, 2000

ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003

ZUCCONI GALLI FONSECA, sub *Art. 34*, in *Arbitrato societario*, in CARPI (a cura di), Bologna, 2004

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento sub art. 824-bis*, in CIAN-MAFFEI ALBERTI- SCHLESINGER (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2007

ZUCCONI GALLI FONSECA, *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006