

**Arbitrato e Società**  
**Problemi e prospettive dell'arbitrato societario**

A cura di Valentina Allotti

---

**INDICE**

<b>Prefazione di Margherita Bianchini</b>	p. 5
<b>Introduzione di Diego Corapi</b>	p. 8
<b>Note sulla clausola compromissoria statutaria - <i>Mario Stella Richter jr</i></b>	p.16
1. Arbitrato e società commerciali	p.16
2. Lo statuto e le sue clausole a contenuto processuale	p.18
3. Unità dell'atto costitutivo risultante da più documenti e autonomia della clausola compromissoria	p.19
4. Forma e ambito soggettivo di efficacia della clausola compromissoria	p.20
5. La clausola compromissoria tra diritto comune e norme speciali: "binario (forse triste, ma) sicuramente solitario"	p.21
<b>Le controversie societarie compromettibili in arbitri - <i>Vincenzo Donativi</i></b>	p.24
1. Occasioni mancate e meriti della riforma dell'arbitrato societario	p.24
2. Ricognizione delle controversie societarie compromettibili: necessità di distinguere tra arbitrato speciale e arbitrato di diritto comune; e tra compromettibilità in ragione di "materie" arbitrabili o in ragione di presupposti diversi	p.25
3. Le controversie compromettibili in arbitrato speciale (d.lgs. n. 5/2003)	p.26
3.1 Ricognizione dei dati normativi relativi alle controversie compromettibili in ragione dei presupposti (e rinvio)	p.26
3.2 La compromettibilità in ragione dei presupposti "soggettivi"	p.27
3.3 La compromettibilità in ragione di presupposti afferenti alla fonte negoziale dell'arbitrato: clausola compromissoria statutaria vs. compromesso ad hoc o clausola compromissoria contenuta in patti parasociale o contratti extrasociali	p.30
4. Le controversie compromettibili in arbitrato di diritto comune (artt. 806 ss. c.p.c.)	p.31

- 
5. Ancora sulle controversie compromettibili in arbitrato speciale: profili sistematici e l'area delle controversie societarie compromettibili in ragione dei presupposti oggettivi afferenti alle "materie" p.35
    - 5.1 La non compromettibilità di controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero p.36
    - 5.2 La nozione di "diritti disponibili" relativi al rapporto sociale nell'accezione sottesa all'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/2003 e i tre possibili approcci ermeneutici p.38

**Sede all'estero dell'arbitrato societario: tra tutela dell'autonomia negoziale e limiti procedurali - *Andrea Atteritano, Antonio Di Pasquale*** p.50

1. Premessa p.50
2. Scelta della sede e implicazioni per l'arbitrato societario p.51
3. Le sorti della clausola statutaria per arbitrato estero p.53
4. Considerazioni conclusive p.54

**La teoria del "group of companies": confronto tra esperienza straniera e italiana - *Edoardo Marcenaro*** p.56

1. Teoria della volontà delle parti e della volontà implicita p.56
  - 1.1 Teoria del "group of companies" p.56
  - 1.2 Teoria dell' "estoppel" p.59
2. Sviluppi recenti nei regolamenti e nella prassi arbitrali p.60
3. Conclusioni p.60

**Arbitrato societario e controversie infragruppo: l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento - *Valentina Allotti*** p.62

1. Premessa p.62
2. Cenni sulla responsabilità da direzione e coordinamento p.63

- 3. Arbitrato societario e azione di responsabilità nei confronti della capogruppo p.65
- 4. Arbitrato societario e società quotate p.68

## PREFAZIONE

*Margherita Bianchini\**

L'idea di affrontare i temi dell'arbitrato societario, prima in un seminario<sup>1</sup> poi in questo quaderno che raccoglie alcuni dei contributi presentati in quell'occasione (e rielaborati per il presente studio), nasce dal desiderio di ampliare la riflessione sul tema della giustizia per le imprese, seguito con attenzione da Assonime<sup>2</sup>.

L'efficienza della giustizia è uno dei nodi cruciali per la modernizzazione del sistema giuridico italiano, strettamente legato a quello dell'efficacia delle regole nell'ordinamento: un sistema efficiente deve garantire risposte celeri alla domanda di giustizia, qualità degli esiti e certezza del giudizio, limitando il più possibile il ricorso opportunistico alla tutela giurisdizionale.

Il tema dell'efficienza della giustizia per le imprese deve essere dunque letto in stretto collegamento con quello della competitività del sistema e della sua capacità di attrarre investimenti. Gli investitori esteri possono essere scoraggiati dai tempi abnormi della nostra giustizia e il più delle volte, nell'ambito dei contratti commerciali, vengono inserite clausole arbitrali o di riserva giurisdizionale (arbitri internazionali o ricorso a giurisdizioni straniere) proprio al fine di aggirare il problema della giustizia italiana.

Nel corso delle ultime legislature, la giustizia è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, finalizzati a ridurre la domanda eccessiva e contemporaneamente migliorare l'efficienza dei tribunali, per smaltire l'enorme carico arretrato di giudizi da definire. I cambiamenti hanno riguardato sia profili di semplificazione delle procedure, sia aspetti organizzativi, in particolare la geografia giudiziaria. In questo quadro di recupero di efficienza e di deflazione del contenzioso, il legislatore ha dato nuovo spazio anche agli istituti dell'arbitrato e della conciliazione.

---

\* Vice-Direttore Generale - Direttore Area Diritto Societario, Assonime

<sup>1</sup> [Seminario AIA-Assonime sull'arbitrato societario, Roma 25 novembre 2013](#)

<sup>2</sup> Sulle riforme della giustizia civile si vedano in particolare: Circolare n. 11 del 2015, "Misure di semplificazione delle esecuzioni e del processo civile"; Note e studi n. 8 del 2014, "Misure per migliorare il funzionamento della giustizia: alcune osservazioni"; Circolare n. 10 del 2013, Nuove misure per il miglioramento della giustizia civile; Circolare n. 38 del 2009, La nuova disciplina sull'azione di classe. Sugli strumenti alternativi al ricorso al giudice si vedano: Circolare n. 2 del 2014, "Mediazione civile e commerciale e ulteriori modifiche alla giustizia civile"; Circolare n. 48 del 2009, L'arbitro bancario finanziario; Circolare n. 8 del 2009, Le procedure di conciliazione e di arbitrato davanti alla Consob.

---

Abbiamo voluto inserire le riflessioni in materia di arbitrato societario in questa prospettiva, riflessioni che colgono un aspetto peculiare della vita dell'impresa, quello delle relazioni – e delle controversie – endosocietarie.

La disciplina sull'arbitrato societario è stata introdotta nel 2003 nel quadro di una precisa scelta di politica legislativa. Da un lato, c'era la riforma organica della disciplina delle società di capitali, introdotta con il d.lgs. 6/2003, con l'obiettivo di adeguare l'ordinamento ai sistemi più avanzati di regole societarie e di renderlo competitivo. D'altro lato, c'era la consapevolezza dell'inutilità di un intervento volto a innovare la disciplina sostanziale di un settore, in assenza di adeguate formule processuali idonee ad assicurarne l'attuazione. Da qui la previsione del cd. "processo commerciale", introdotto dal d.lgs. 5/2003, che disciplinava anche forme di risoluzione delle controversie in materia societaria, quali la conciliazione e l'arbitrato societario, alternative al ricorso alla giustizia ordinaria. Dell'impianto normativo processuale disegnato dal d.lgs. 5/2003, tuttavia, sono rimaste in vigore le sole norme relative all'arbitrato societario.

La disciplina dell'arbitrato societario ha risolto molte delle problematiche che sorgevano nella pratica: quelle relative alla definizione della compromettibilità delle controversie in materia societaria, quelle relative alla nomina degli arbitri legate alla dimensione potenzialmente multiparte del procedimento arbitrale, quella dell'opponibilità *ex lege* della clausola compromissoria statutaria a soggetti astrattamente terzi, quali i sindaci e gli amministratori. Sono state inoltre previste misure volte a incoraggiare l'uso dello strumento: in questo senso va la previsione del potere degli arbitri di sospendere l'efficacia della delibera societaria impugnata e la possibilità dell'intervento di terzi e di altri soci al procedimento arbitrale.

Con questi interventi, il legislatore auspicava di introdurre uno strumento efficace e moderno che potesse incrementare il numero di casi di arbitrato internazionale con sede in Italia<sup>3</sup>. L'idea era quella di rendere il sistema più attraente anche per gli investitori esteri. In questa prospettiva, si potrebbe allora ripensare anche la scelta, operata dal legislatore del 2003, di vietare alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio di prevedere una clausola compromissoria nello statuto. I tempi sembrano maturi per sostenere un più ampio ricorso all'istituto arbitrale. Lo stesso legislatore, con gli interventi normativi più recenti, sopra citati, ha valorizzato questo istituto in chiave di più celere ed efficiente composizione della controversia e di

---

<sup>3</sup> In questo senso, cfr. Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo 5 del 2003, p. 8.

deflazione del contenzioso giudiziario. Anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte più recente giungono indicazioni di una interpretazione estensiva sulla controvertibilità in arbitri delle controversie societarie<sup>4</sup>.

Con gli studi che qui si pubblicano, l'Assonime vuole dare il proprio contributo per una riflessione comune e un approfondimento del tema dell'arbitrato in materia societaria.

---

<sup>4</sup> Si fa riferimento alla recente sentenza della Cass. Civ., Sez. VI, 28 agosto 2015, n. 17283, con cui la Corte di Cassazione ha dichiarato la competenza degli arbitri in relazione alle controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari anche nel caso in cui lo statuto preveda una generica attribuzione all'organo arbitrale delle controversie che possono sorgere - in dipendenza dell'attività sociale e aventi a oggetto diritti disponibili - tra la società e i soci o tra i singoli soci della stessa.

## INTRODUZIONE

*Diego Corapi\**

Le relazioni che seguono sono state presentate in un seminario di studi su Arbitrato e Società promosso dall'Assonime e dall'Associazione italiana per l'arbitrato.

Non è sorprendente che il tema abbia suscitato l'interesse di quest'ultima, ma neppure deve sorprendere che l'Assonime abbia volto ad esso la sua attenzione.

Invero clausole compromissorie si rinvengono in oltre la metà degli statuti delle società per azioni italiane (come risulta da uno studio del 2010 dell'Isdaci – Istituto scientifico per l'arbitrato e il diritto commerciale, richiamato da Mario Stella Richter nella relazione al seminario). D'altro canto, clausole compromissorie si trovano inserite anche nei patti parasociali e nei gli accordi per il trasferimento di partecipazioni societarie e controversie in materia sono oggetto di molti arbitrati anche internazionali (come risulta dalle statistiche pubblicate nei Bollettini dalla ICC di Parigi e come è stato ricordato dall'intervento al seminario svolto da Eliana Tornese, in base alla sua esperienza presso la stessa ICC), ponendo così il problema di distinguere l'ambito della loro applicazione e la loro efficacia rispetto alle clausole compromissorie statutarie.

La previsione dell'arbitrato come modo alternativo di soluzione delle controversie che possono insorgere in relazione ai rapporti societari pone, poi, numerose altre questioni, la cui soluzione richiede una riflessione attenta sulla natura e la efficacia che in tale caso esso assume.

L'arbitrato è, infatti, una tecnica adeguata per la risoluzione di controversie che possono insorgere nella vita dei contratti bilaterali, di scambio tra due parti, che disputano su reciproci diritti e obblighi, e che non toccano interessi dei terzi o interessi generali (o addirittura pubblici).

Diversa è la situazione nei rapporti societari, che nascono dall'accordo di più parti per un fine comune da perseguire per mezzo di un'attività comune e il cui svolgimento incide su terzi.

Di qui alcuni aspetti specifici dell'impiego dell'arbitrato in tali rapporti e la necessità di un intervento legislativo per la loro disciplina.

---

\* Professore Emerito, Università di Roma "Sapienza", Vice Presidente dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato



---

Un intervento legislativo si può riscontrare anche in relazione all'impiego dell'arbitrato in alcuni tipi di rapporti di scambio, come ad esempio i contratti di lavoro o i contratti con i consumatori. In tali casi, però, la disciplina legislativa, più o meno favorevole, ma comunque inderogabile, è dettata da esigenze di tutela degli interessi generali che tali rapporti coinvolgono.

Anche nell'impiego dell'arbitrato nell'area dei contratti commerciali possono essere previste norme specifiche. Così, ad esempio, avviene nel caso in cui il compromesso o la clausola compromissoria coinvolgano più di due parti e occorra quindi assicurare il diritto di tutte le parti alla nomina degli arbitri ovvero nel caso in cui terzi siano interessati e occorra quindi disciplinare il loro intervento nel procedimento.

Ma rispetto alle controversie societarie la presenza di una pluralità di parti e l'interesse di terzi ad intervenire presenta aspetti particolari.

Nei rapporti societari, invero, diritti ed obblighi dei partecipanti sono definiti attraverso le regole di svolgimento di una attività comune, che pone in essere una organizzazione complessa, riconosciuta come centro di imputazione di proprie e di stinte situazioni soggettive, e – nelle società di capitali – qualificata come persona giuridica. Le questioni poste dalla presenza di più parti e di terzi interessati nei procedimenti per risolvere eventuali controversie relative a tali rapporti sono allora di natura più complessa.

La soluzione delle controversie relative ai rapporti societari richiede anzitutto che la stessa clausola compromissoria abbia natura ed efficacia analoghe o comunque compatibili con quelle delle altre regole che governano il rapporto societario e che la adesione alla clausola compromissoria venga dalle parti espressa in maniera consona alle modalità della loro partecipazione al rapporto societario. Inoltre la esigenza di partecipazione di tutti gli interessati al procedimento arbitrale va anch'essa soddisfatta in modi e forme consoni alle previsioni del regolamento del rapporto societario.

Di qui le questioni fondamentali che si pongono rispetto all'arbitrato societario:

(i) se e in qual modo la clausola compromissoria nello statuto di una società possa vincolare tutti i soci, anche quelli che non l'hanno espressamente approvata, nonché gli amministratori, liquidatori e sindaci della società (c.d. *arbitrabilità soggettiva*);

(ii) quali diritti e obblighi dei soci e degli amministratori, liquidatori o sindaci, quali delibere della società possano essere oggetto di arbitrato (c.d. *arbitrabilità oggettiva*);

(iii) se e in qual modo tutti gli interessati (anche terzi) possano essere informati ed eventualmente partecipare ad un procedimento arbitrale iniziato soltanto da alcuni di essi;

(iv) quale sia l'efficacia di un lodo che decide una controversia relativa all'applicazione di regole societarie;

(v) se e in qual modo l'arbitrato previsto con la clausola statutaria è diverso da quello previsto dalla clausola per la soluzione di controversie relative agli accordi tra i soci per la gestione dei loro diritti sociali (accordi parasociali).

Non sono molti gli ordinamenti nei quali tali questioni siano state compiutamente regolate dal legislatore. In Spagna, la recente legge di riforma dell'arbitrato (Ley 11/2011 de 20 de mayo) ha introdotto alcune norme relative alla c.d. *arbitrabilidad soggettiva* e anche in Brasile ci si è posti nella stessa strada con un progetto di riforma della Lei da Arbitragem n. 9.307/96<sup>5</sup>.

Il nostro legislatore è andato, invece, più avanti.

In attuazione dell'art. 12, comma 3 della legge 3 ottobre 2001, n. 366 di delega per la riforma del diritto societario, il decreto legislativo n. 5 del 2013, ha previsto agli articoli da 34 a 37 una disciplina specifica dell'arbitrato societario nelle società commerciali.

Queste norme, sopravvissute all'abrogazione delle altre del decreto che introducevano il c.d. "processo commerciale" rigettato dalla pratica, hanno risolto le questioni: - della introduzione, modifica o soppressione nello statuto di società di una clausola compromissoria con delibera assembleare a maggioranza; - della efficacia di tale clausola nei confronti di tutti i soci (anche di quelli che non abbiano stipulato o approvato l'atto costitutivo o lo statuto concernente la clausola compromissoria) e nei confronti degli amministratori, sindaci e liquidatori (che pure non sono parti del rapporto sociale); - della possibile presenza di una pluralità di parti nel procedimento; - della rimessione della nomina degli arbitri a soggetto estraneo alla società, così da garantire la parità di situazione delle parti in merito a tali nomine; - dell'efficacia vincolante del lodo nei confronti della società, dei soci e dei terzi.

Ho avuto occasione di occuparmi di recente di queste norme e mi si consenta quindi di rinviare per una loro analisi più completa al mio articolo *Appunti in tema di arbitrato*

---

<sup>5</sup> Il progetto è stato recentemente approvato con Lei 13.129 del maio 2015.

---

*societario* in corso di pubblicazione nella *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*<sup>6</sup>.

In questa sede mi limito ad osservare anzitutto che queste norme hanno avuto una rilevanza anche al di là della materia specifica che ne è oggetto.

Queste norme, invero, hanno fatto un po' da battistrada al graduale "convogliamento" della disciplina dell'arbitrato rituale verso la disciplina del processo ordinario. Basti pensare che soluzioni quali l'eliminazione del riferimento alla "transigibilità" nella definizione dei diritti oggetto di arbitrato e l'introduzione in suo luogo del riferimento alla loro "disponibilità", nonché quali l'ammissibilità dell'intervento dei terzi, varate con la disciplina dell'arbitrato societario, sono state successivamente accolte dalla riforma dell'arbitrato comune con il decreto legislativo n. 40 del 2 febbraio 2006, mentre altre, quali il riconoscimento del potere degli arbitri di disporre provvedimenti cautelari (la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari dinanzi ad essi impugnate è prevista dall'art. 35, comma 5 del decreto n. 5/2013), sono in attesa di un auspicato intervento legislativo che finalmente le recepisca anche per l'arbitrato rituale.

Nel complesso emerge da questa normativa un quadro organico di soluzioni. Non sono tuttavia mancate e tuttora perdurano su taluni aspetti incertezze dottrinali e contrasti giurisprudenziali.

La Cassazione Sezioni Unite con l'ordinanza n. 24153 dell'8 ottobre 2013, depositata il 25 ottobre 2013, ponendosi nella scia delle decisioni della Corte Costituzionale (sentenza n. 127 del 14 luglio 1977, sentenza n. 376 del 28 novembre 2001, sentenza n. 223 del 19 luglio 2013), e con un *revirement* rispetto al *dictum* di cui alla sua sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, ha riconosciuto con fermezza il carattere giurisdizionale dell'arbitrato rituale e ha fornito così un importante sostegno alla interpretazione e applicazione delle norme sull'arbitrato societario.

Anche nelle relazioni presentate al seminario è stata presentata una analisi dei problemi e soluzioni in linea con la affermazione del carattere giurisdizionale dell'arbitrato.

I presenti, pur con qualche voce in dissenso, hanno argomentato condiviso la considerazione che nelle società commerciali la clausola compromissoria è necessariamente statutaria e l'arbitrato è necessariamente rituale (ancorché un inciso dell'art. 35 comma 5 del decreto legislativo n. 5/2013 richiami anche l'arbitrato non rituale) risulta difficile se non impossibile.

---

<sup>6</sup> Ora pubblicato nel n. 1 della rivista 2015, II, 1.

---

Mario Stella Richter ha sottolineato nella sua relazione come la clausola compromissoria statutaria (al pari di tutte le clausole statutarie) per essere tale e quindi avere natura ed efficacia genuinamente sociali, debba appartenere all'atto (costitutivo) di società che, pur potendo comporsi e constare di più elementi, ha natura giuridica unitaria. Ciò non toglie ovviamente che la clausola compromissoria statutaria goda comunque di autonomia rispetto all'atto di cui fa parte (cioè che anche ad essa si applichi il principio di cui all'art. 808, comma 2, c.p.c.) e che quindi essa possa ritenersi efficace anche se la società è dichiarata nulla o si scioglie per altra causa. Ma altro è l'autonomia della clausola, altro è la sua natura che resta statutaria, cioè di clausola retta dalle stesse regole che reggono lo statuto della società.

Si noti – *en passant* – che l'art. 35 del decreto legislativo n. 5/2003, pur indicando quale proprio oggetto nella rubrica le *clausole compromissorie statutarie*, nel testo fa riferimento a clausole compromissorie previste negli *atti costitutivi di società*. La scelta è dovuta alla circostanza che tali clausole possono afferire anche a società personali o società a responsabilità limitata rispetto alle quali sarebbe improprio fare riferimento ad uno statuto.

Per altro verso questa precisa indicazione conferma che la normativa sull'arbitrato societario non si estende alle società semplici, dove il rapporto non è regolato da un atto costitutivo ma solo dal contratto (sul punto da ultimo App. Roma 7 febbraio 2013, in *Riv.dir.comm.*, 2014, II, 425, con nota di S.A. Cerrato).

Tornando al punto focale della normativa specificamente dedicata alla clausola compromissoria statutaria, va rilevato che essa si compone di regole inderogabili, che – come anche Mario Stella Richter ha ribadito – impediscono il riconoscimento della validità di clausole che ne escludano l'applicazione (si conferma così la non ammissibilità della teoria del "doppio binario").

Aggiungerei che la inderogabilità di tali norme esclude o rende comunque soltanto scolastica la possibilità che la clausola statutaria preveda un arbitrato non rituale. Infatti, nonostante che un inciso dell'art. 35 comma 5 del decreto legislativo n. 5/2003 richiami anche questo tipo di arbitrato, sta di fatto che un eventuale arbitrato non rituale non potrebbe sfuggire alla loro applicazione.

Altrettanto netta nel ribadire il carattere statutario della clausola compromissoria, è poi stata la relazione di Vincenzo Donativi, che ha sottolineato la necessità di distinguere tra arbitrato statutario e arbitrato di diritto comune anche al fine di individuare nel modo più ampio (secondo il *favor arbitratu*s sotteso alla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366) l'area delle controversie compromettibili. In questo senso Vincenzo Donativi si è

---

fondato sulla considerazione che la clausola compromissoria statutaria non costituisce un patto tra i soci *uti singuli*, ma partecipa piuttosto della natura organizzativa propria dello statuto e costituisce dunque un patto che coinvolge i soci *uti socii*, e ha concluso con la condivisibile affermazione che le controversie sui “*diritti disponibili relativi al rapporto sociale*”, previste dall’art. 37 del decreto legislativo n. 5/2003 come oggetto della clausola compromissoria statutaria, sono quelle relative a situazioni giuridiche soggettive che hanno rilevanza organizzativa nella società e quindi anche tutte quelle relative alle impugnazioni di delibere assembleari (o di altri organi sociali) senza alcuna distinzione di oggetto.

Implicazioni derivanti dalla natura statutaria della clausola compromissoria e quindi necessariamente legata nella sua applicazione alle norme anche legislative sulla costituzione e riconoscimento delle società, sono venute in luce, poi, anche nella relazione di Andrea Atteritano e Antonio Di Pasquale sui problemi posti dalla previsione che un arbitrato societario abbia sede all’estero.

A differenza degli arbitrati in altri campi, l’arbitrato societario disciplinato da una clausola che è parte della struttura della società resta ancorato al presupposto fondamentale delle regole che governano questa struttura, quello cioè di essere regole che hanno la propria fonte di efficacia in un determinato ordinamento (le società, come è noto sono “*creatures of the statutes*” dalle quali sono regolate). Una clausola statutaria per arbitrato estero porrebbe quindi problemi di incompatibilità con le norme dell’arbitrato societario, che – come già rammentato - sono espressamente dichiarate inderogabili dall’art. 35 del decreto legislativo n. 5/2013.

La presenza di una clausola arbitrale nello statuto di una società assume, poi, rilevanza anche nella determinazione dei rapporti di gruppo.

Nella relazione di Valentina Allotti si è invero esaminata la possibilità dell’esercizio in via arbitrale di una azione di responsabilità della capogruppo ex art. 2497 cod.civ., quando lo statuto della società controllata preveda una clausola compromissoria.

In questa ipotesi può avvenire che la società capogruppo chiamata a rispondere per le conseguenze della sua attività di direzione e coordinamento sia una società quotata ovvero una società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell’art. 2325-bis del codice civile e rispetto alla quale, quindi, è esclusa dall’art. 35, comma 1 del decreto legislativo n. 5/2013 la devoluzione ad arbitri delle controversie insorgenti tra i soci.

---

La delicata questione di compatibilità tra le diverse normative applicabili mette in evidenza l'illogicità della esclusione voluta dal legislatore.

Del resto nessuna motivazione in merito è stata offerta dalla relazione al decreto che l'ha prevista. Nel commentare la norma ci si è limitati a rilevare che l'introduzione di una clausola compromissoria nelle società che fanno appello al pubblico risparmio provocherebbe difficoltà per il numero elevato delle parti di un eventuale procedimento arbitrale, per la mancanza di adeguate informazioni sull'arbitrato da parte dei soci che sono normalmente piccoli risparmiatori, per i maggiori costi dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario.

Queste difficoltà però non esistono, ovvero non sono tanto gravi da impedire un funzionamento efficiente dell'arbitrato.

Non tutti i soci delle società che fanno appello al pubblico risparmio sono piccoli risparmiatori. Un ruolo molto importante nel mercato dei capitali è svolto dagli investitori istituzionali e specialmente quelli stranieri apprezzerebbero i vantaggi offerti da un arbitrato rispetto al giudizio civile in Italia.

In realtà le difficoltà poste da un arbitrato non sarebbero diverse da quelle che si incontrano nel processo civile e che potranno essere superate solo introducendo nel processo civile e nell'arbitrato, la possibilità di una azione collettiva (*class action*) e un diverso regime dell'onere della prova.

Queste difficoltà potrebbero, però, essere almeno in parte superate anche attraverso l'introduzione di norme specifiche sulla quotazione di società nei regolamenti di borsa.

Anche il costo dell'arbitrato, che resta il suo unico reale svantaggio, potrebbe essere disciplinato da tali regolamenti.

Il tema dell'arbitrato nei rapporti di gruppo è stato poi proposto nel seminario da Edoardo Marcenaro in altra, diversa prospettiva, quella della rilevanza che il legame che si crea tra le società appartenenti ad uno stesso gruppo può assumere al fine di determinare che un procedimento arbitrale in cui è parte una società appartenente ad un gruppo possa essere esteso alla capogruppo e/o ad altre società dello stesso gruppo. Sono state così esaminate nella sua relazione le diverse costruzioni dottrinali e soluzioni giurisprudenziali in base a cui si può giungere ad affermare che una clausola compromissoria stipulata tra una società appartenente ad un gruppo e un terzo risulta vincolante anche nei confronti della società capogruppo (e/o di altre società dello stesso gruppo).

---

I lavori del seminario, anche con gli interventi di Ilaria Pagni che ha esaminato questioni di carattere processuale poste dall'arbitrato societario e di Eliana Tornese che ha riferito della sua esperienza di arbitrati societari incentrati nello svolgimento della sua attività presso la ICC di Parigi, hanno confermato l'importanza e l'attualità del tema.

Si è concordato, in conclusione, che la normativa vigente è da considerarsi nel complesso soddisfacente e tale da consentire che, ritenuta la natura rituale dell'arbitrato societario, si possa, anche alla luce del suo carattere giurisdizionale (riconosciuto dalla ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione già richiamata), superare l'incertezza ancora talvolta emergente in giurisprudenza e dottrina sul suo ambito di applicazione (in particolare superare la residuale incertezza sul riconoscimento della arbitrabilità delle azioni di nullità e annullabilità di alcune categorie di delibere societarie, quale quelle in materia di bilancio).

Tuttavia, come ho avuto occasione di sottolineare nel corso del seminario, potrà essere opportuno rappresentare alla commissione ministeriale che studia la riforma della normativa dell'arbitrato comune l'esigenza di introdurre almeno due modifiche anche alla disciplina dell'arbitrato societario:

- a) un espresso chiarimento della natura esclusivamente di arbitrato rituale dell'arbitrato societario con l'eliminazione dell'improvvido richiamo all'arbitrato non rituale contenuto nell'inciso dell'art. 35 comma 5 del decreto legislativo n. 5/2013;
- b) la soppressione della previsione dell'art. 34, comma 1 del decreto legislativo n. 5/2013 che ingiustificatamente esclude l'applicazione delle norme sull'arbitrato societario alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

## NOTE SULLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA STATUTARIA\*

Mario Stella Richter jr\*\*

### 1. Arbitrato e società commerciali

Chi abbia presente la storia delle società commerciali e dell'arbitrato sa quanto siano risalenti i punti di contatto tra questi due istituti.

Ad attestare tale intima connessione è sufficiente richiamare quanto prevedeva, già nel 1673, l'art. 9 del *Titre IV: Des sociétés* della ordinanza colbertiana sul commercio, anche nota come *Code Savary*<sup>7</sup>: «*Toute société contiendra la clause de ses soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre les associés; et encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer, ce que les autres seront tenus de faire; sinon en sera nommé par le Juge pour ceux qui en feront refus*». Nel 1807 il codice di commercio napoleonico ribadiva la regola del ricorso obbligatorio all'arbitrato per la risoluzione delle liti tra soci<sup>8</sup> e disciplinava nel dettaglio le modalità di nomina degli arbitri, lo svolgimento della procedura arbitrale, le impugnazioni del lodo, ecc.<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda l'Italia si conoscono statuti di società del XVII e XVIII secolo che contenevano clausole compromissorie. La più antica testimonianza di clausola compromissoria statutaria a me nota è quella contenuta nell'*Atto privato della Compagnia di negozio per il commercio con il Portogallo ed il Brasile*, fatto a Torino nel 1681, il cui art. 23 prevedeva: «Tutte le differenze che potessero nascere per li negozi dipendenti dalla compagnia anche fra li medesimi compagni, non solo essa durante, ma eziandio nella terminazione fino all'intero ritiro degli effetti, si rimettono sin d'ora alla decisione de' signori sovra Intendenti con assistenza di due negozianti, ed

---

\* Predisposte in occasione di un seminario su "L'arbitrato societario", organizzato a Roma il 25 novembre 2013 dalla Assonime e dall'AIA-Associazione italiana per l'arbitrato, e destinate al "Liber amicorum *Diego Corapi*". Su questo stesso tema è recentissimamente apparso, quando ormai il dattiloscritto di queste note era stato da tempo chiuso e inviato per la pubblicazione, uno scritto dell'onorato: *Appunti in tema di arbitrato societario*, in *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, tomo I, Milano, 2015, p. 101 ss.

\*\* Ordinario di Diritto Commerciale, Università di Roma "Tor Vergata"

<sup>7</sup> Ufficialmente *Édit du roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands tant en gros qu'en détail*.

<sup>8</sup> Cfr. l'art. 51 (che sarebbe stato abrogato nel 1856): «*Toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres*».

<sup>9</sup> Cfr. artt. da 52 a 63.



eziandio, d'uno, o più Giureconsulti, ove fossero necessari, eligendi gl'uni e gl'altri da detti signori sovra Intendenti»<sup>10</sup>. Ancora più notevoli esempi si ritrovano, poi, negli statuti di quattro compagnie di assicurazione veneziane: la *Veneta Società di Assicuratori* del 1787<sup>11</sup>; la *Compagnia Veneta di Sicurtà* sempre del 1787<sup>12</sup>; il *Banco d'Assicurazioni* del 1794<sup>13</sup>; e la *Veneto-Illirica Società di Assicurazione* del 1795<sup>14</sup>.

Ma il binomio arbitrato e società non rileva solo in prospettiva storica; pure l'attuale pratica commerciale indica la importanza dell'arbitrato nella vita delle società commerciali e anche a questo riguardo è sufficiente richiamare pochi dati. Uno studio del 2010 (a cura dell'ISDACI-Istituto scientifico per l'arbitrato e il diritto commerciale) stima, sulla base di una indagine a campione sulle società per azioni costituite tra il 2000 e il 2007, che la clausola compromissoria sia presente in oltre la metà degli statuti. Inoltre, dalla più recente rilevazione analitica a me nota – quella svolta su tutti gli arbitrati amministrati dalla Camera di commercio di Milano tra il 2007 e il 2012 – risulta che la maggioranza (relativa) degli arbitrati abbia avuto ad oggetto questioni societarie (quasi un terzo di tutte le questioni).

---

<sup>10</sup> Lo si legge, insieme agli statuti in appresso citati, in appendice a P. Ungari, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma, 1974, p. 119 ss.

<sup>11</sup> Si veda l'art. XVI dello statuto che prevedeva: «Nascendo dispareri frà Socj nel corso della presente Società, o terminata che sia ogni e qualunque differenza vi fosse, dovrà con impegno di onor mercantile esser rimessa in comuni amici, uno per parte eletti, col terzo in caso di discordia, e dovrà essere eseguito, come un giudizio definitivo, quello da essi, o dalla maggior parte di essi venisse terminato o deciso; proibito restando qualunque Atto giudiziario, in pena di Ducati mille correnti applicabili al Pio Ospedale della Pietà, qual pena anche supplita, dovrà eseguirsi quanto nel presente capitolo si conviene di remissione definitiva in comuni Amici».

<sup>12</sup> Cfr. l'art. XV: «Qualunque caso nascendo di Questione, e C ontroversia trà Socij, o l'egittimi Rappresentanti li medesimi componenti la presente Compagnia, e per occasione della stessa tanto in corso della medesima e spirata ch'ella sia, s'intenda sempre proibito di procedere per le vie del Foro con'Atti Giudiziari, in Penna di Ducati Mille, applicabili all'Ospedale della Pietà, a chi mancasse; qual penna ancora supplita, fermamente si stabilisce, che ogni e qualunque Questione, che nascesse, abbia ad'essere rimessa in due Soggetti uno per Parte scielti, con facultà a medesimi di scegliere un Terzo, per ogni caso di Discordia in deffinitivo Giudizio, con'obbligo d'immancabilmente eseguire, quanto da essi, o dalla maggior parte di essi, sarà terminato, laudando, ora per'allora, le loro Terminazioni, e Giudizi, come se fossero Spazzi di Laudo de' Ser.mi: Consigli, e Collegi».

<sup>13</sup> Cfr. l'art. XVI: «Ogni differenza tra i Socj tanto nel corso degli anni, quanto nello stralcio della presente, dovrà essere rimessa in arbitri, sotto pena di Ducati Mille cr.ti. Applicabili alla Pietà».

<sup>14</sup> Cfr. l'art. XII: «Nascendo disparere fra Socj nel corso della presente o terminato che sia sarà sempre rimessa la decisione a Comuni Amici, ed al Terzo al caso di discordia e si osserverà come un giudizio definitivo ed innapelabile ciò che venisse da essi o dalla maggior parte di essi deciso; restando vietato qualunque atto o ricorso giudiziario in pena di Ducati Mille Correnti applicabili al Pio Ospedale della Pietà senza che mai possa alcuno sottrarsi ne pure col pagamento di essa pena da quanto si è convenuto nel presente articolo».

Tuttavia, a fronte di questa lunga tradizione storica e di questa chiara manifestazione d'interesse da parte della pratica societaria verso l'istituto arbitrale, non può peraltro tacersi che una visione nettamente statalista e una concezione – diciamo schiettamente – autoritaria del processo civile ha finito per prevalere nel corso del XX secolo e ha comportato una serie di conseguenze penalizzanti per l'arbitrato, soprattutto per quelle che sono state le principali tendenze giurisprudenziali in materia.

## 2. Lo statuto e le sue clausole a contenuto processuale

Chi si volga oggi a ricercare la rilevanza dell'istituto dell'arbitrato sul diritto societario non limiterà l'attenzione alle sole clausole compromissorie contenute negli statuti, ma terrà presente che all'arbitrato potrà (almeno in teoria) anche ricorrersi in base a compromessi e che convenzioni arbitrali – e dunque tanto compromessi quanto clausole compromissorie – possono essere relativi ad atti diversi dagli atti costitutivi (statuti) e quindi, per esempio, riferirsi a negozi aventi ad oggetto partecipazioni sociali o a contratti parasociali. Qui si deve, tuttavia, limitare il discorso alle sole *clausole compromissorie statutarie* e conseguentemente trascurare l'osservazione degli altri pur significativi momenti di emersione dell'arbitrato nel diritto delle società.

Le clausole compromissorie statutarie sono, a loro volta, una specie di quel più ampio genere di norme degli atti costitutivi a contenuto per così dire processuale, nelle quali con una certa frequenza ci si imbatte leggendo gli statuti delle società. Clausole “a contenuto processuale” sono nella pratica quelle previsioni volte a prevenire, conciliare, dirimere una controversia relativa al rapporto sociale o a stabilire regole per la sua definizione. Appartengono a questa categoria, oltre alle clausole compromissorie, le clausole di arbitraggio societario (previste in particolare nell'art. 37 del d.lgs. n. 5/2003), le clausole che impongono un tentativo di conciliazione obbligatorio delle controversie, le clausole di deroga al foro competente e anche le clausole relative alla prescrizione (almeno se essa s'intenda riferita – come io credo debba – all'azione e non al diritto)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Di queste clausole avevo tentato uno studio tendenzialmente compiuto e organico in *Forma e contenuto dell'atto costitutivo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1\*, Torino, 2004, p. 291 ss., e in *Atto costitutivo (artt. 2326-2328)*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti e altri, Milano, 2008, p. 145 ss.

### 3. Unità dell'atto costitutivo risultante da più documenti e autonomia della clausola compromissoria

Ora, per venire finalmente allo specifico tema della clausola compromissoria statutaria, è a dirsi che essa pone tutt'oggi una serie di delicati problemi. Io non mi occupo di quelli ai quali sono dedicate specificamente le due successive relazioni, e cioè quali siano le questioni compromettibili e quelle non compromettibili in arbitri e tutti i problemi di carattere più schiettamente processuale, e segnalo quindi le principali restanti questioni.

Da un punto di vista, per così dire, sostanziale, ci si è anzitutto chiesti se la clausola compromissoria "statutaria" possa risultare da un atto diverso dallo statuto. Il primo periodo dell'art. 808, comma 1, cod. proc. civ. – intitolato, appunto, alla *clausola compromissoria* – prevede infatti che «[l]e parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri...». Ciò significa che la clausola compromissoria si caratterizza, e si distingue dal compromesso *ad hoc*, per il fatto di deferire in arbitri le controversie relative ad un certo rapporto di fonte contrattuale prima che esse sorgano, ma a prescindere dall'atto in cui la stessa sia contenuta. Tuttavia, per quanto specificamente attiene alle *clausole compromissorie statutarie*, la questione della loro inclusione in atto separato è legata non alla nozione di *clausola compromissoria* ma, appunto, a quella di *clausola statutaria*. Ed in vero per essere statutaria una clausola, pur potendo contenersi in un documento diverso dall'atto costitutivo (o, meglio, da quello definito atto costitutivo), dovrà di questo condividere la natura: è, in effetti, quanto usualmente avviene con lo statuto il quale pur potendo risultare da un documento «*separato*» dall'atto costitutivo in senso stretto ne forma comunque «*parte integrante*» (così espressamente, per le società azionarie, l'art. 2328, comma 3, primo periodo, cod. civ.).

In definitiva, la clausola compromissoria statutaria, tanto che si rintracci nell'atto costitutivo (in senso stretto) quanto che sia contenuta in altro documento (denominato "statuto", "regolamento sociale" o in altro modo ancora), dovrà comunque rispettare le regole relative a forma e pubblicità dell'atto costitutivo della società; diversamente, si tratterebbe bensì di clausola compromissoria ma priva di quella efficacia statutaria e cioè "sociale", della quale torneremo a occuparci nel paragrafo seguente; essa quindi, in quanto priva della natura genuinamente sociale, esplicherebbe una efficacia limitatamente alle parti che la hanno espressamente sottoscritta. Quanto appena detto chiarisce come la clausola compromissoria statutaria (al pari di tutte le clausole statutarie), per essere tale e quindi avere natura ed efficacia genuinamente sociali,

debba appartenere a quell'atto (costitutivo) che, pur potendo comporsi e constare di più documenti, ha natura giuridica unitaria.

Tanto stabilito, deve anche aggiungersi che la clausola compromissoria statutaria si caratterizza altresì per un certo grado di *autonomia* rispetto all'atto di cui fa parte: infatti, come oggi si trova espressamente chiarito nell'art. 808, comma 2, cod. proc. civ., «[l]a validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo *autonomo* rispetto al contratto al quale si riferisce». Ciò significa che eventuali vizi dell'atto costitutivo della società non rendono inefficace la relativa clausola compromissoria; il che mi pare valere non solo, come è ovvio, per quei vizi che, una volta iscritto l'atto costitutivo nel registro delle imprese, non comportano comunque la sua invalidità, ma anche per quelli che diano luogo alla nullità della società: infatti, anche in questo caso l'atto costitutivo, seppure viziato, rimane efficace e tanto più efficace, quindi, dovrebbe reputarsi la clausola compromissoria in esso contenuta. In definitiva, la società dichiarata nulla entra in stato di liquidazione e in tale condizione non vi è ragione di sottrarre le controversie sociali alla cognizione degli arbitri<sup>16</sup>.

In base ad analogo ragionamento riterrei efficace la clausola compromissoria statutaria nei casi in cui intervenga altra causa di scioglimento della società e, a più forte ragione, in caso di proroga del suo termine di durata<sup>17</sup>.

Gli effetti del suddetto principio di autonomia della clausola compromissoria potrebbero, viceversa, soffrire alcuni limiti qualora: (i) si abbia a che fare con una società la cui fase di liquidazione si sia conclusa e che, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese, sia da considerarsi estinta; e (ii) si faccia questione della stessa validità della deliberazione assembleare con la quale sia stata introdotta nello statuto la clausola compromissoria<sup>18</sup>.

#### **4. Forma e ambito soggettivo di efficacia della clausola**

La questione più rilevante e discussa, almeno dal punto di vista del diritto sostanziale, è comunque quella dell'ambito di efficacia della clausola.

Dal punto di vista soggettivo, la questione si collegava tradizionalmente con quella relativa alla *forma* richiesta al patto compromissorio e si traduceva, quindi, nel

<sup>16</sup> Nel medesimo senso parrebbe S. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società. Profili sostanziali*, Torino, 2012, p. 39 ss.

<sup>17</sup> Cfr. S. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società*, cit., p. 50 ss.

<sup>18</sup> S. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società*, cit., p. 43 ss.

chiedersi se alla clausola compromissoria statutaria si applicassero le regole poste dagli artt. 1341, comma 2, o 1342, comma 2, cod. civ. In tale prospettiva mi era parso (e continua ad apparirmi) necessario, per inquadrare correttamente la questione, stabilire con precisione la natura della clausola e ciò in base al duplice presupposto (a) che non tutte le previsioni contenute nell'atto costitutivo di una società abbiano per il fatto stesso di esservi ricomprese natura genuinamente sociale e (b) che la imposizione della espressa e autonoma sottoscrizione della clausola compromissoria può valere solo se si abbia a che fare con una pattuizione di natura *non* genuinamente sociale.

Sulla base di tali presupposti, al fine di stabilire la natura della clausola compromissoria, è all'evidenza anzitutto decisivo il concreto tenore della singola clausola e, in particolare, il tipo di riferimento che la stessa opera alle controversie da risolversi per mezzo di arbitri. Tuttavia, quando la clausola sia formulata in termini generali (come peraltro normalmente avviene), manifestandosi la volontà di investire gli arbitri della competenza a risolvere «tutte le questioni connesse con il rapporto sociale», allora mi pare che ad essa deve riconoscersi una duplice valenza: sia *sociale* sia *parasociale*. E ciò dal momento che quelle formulazioni sono idonee a compromettere in arbitri sia *situazioni* giuridiche (perfette e quindi) *extra-* (ancorché *para-*) *sociali*, sia *posizioni sociali*.

##### **5. La clausola compromissoria tra diritto comune e norme speciali: “binario (forse triste, ma) sicuramente solitario”**

Sul punto poi incide, come è noto, la norma dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003, che è stata introdotta con la riforma organica del diritto delle società di capitali proprio al fine di dirimere le questioni interpretative alle quali si è fatto riferimento e che, tuttavia, finisce per generare quel grande equivoco che va sotto la locuzione gergale di “doppio binario”. Si tratta di stabilire quale sia il rapporto tra la disciplina speciale dell'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 e quella generale contenuta nel codice di rito.

Su tale tema, in questi dieci anni, sono apparse decine di contributi dottrinali e oltre sessanta decisioni giurisprudenziali (per limitarci a quelle edite)<sup>19</sup>, con le quali si sono

<sup>19</sup> Per dettagliati riferimenti si confrontino: S. Cerrato, *La clausola compromissoria nelle società*, cit.; E. Dalmotto, *L'arbitrato nelle società*, Bologna, 2013; P. Montalenti, *L'arbitrato societario: appunti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1275 ss.; Id., *L'arbitrato societario dopo le riforme*, in Id., *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 335 ss. Dello stesso P. Montalenti si veda il recente *L'arbitrato societario: criticità e prospettive di riforma*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1522 ss.

sostenute tutte le possibili tesi: dalla validità della clausola compromissoria statutaria conforme al codice di procedura civile ma non alla norma speciale (teoria del “doppio binario”) alla invalidità (sistema del “binario unico”), passando per soluzioni intermedie quali quella della validità delle clausole pre-esistenti alla entrata in vigore del regime speciale e della invalidità delle clausole previste dopo il 1° gennaio 2004<sup>20</sup> e quella della nullità (parziale) delle clausole non conformi al nuovo dettato normativo ma con loro integrazione automatica attraverso il meccanismo dell’art. 810, comma 3, cod. proc. civ.

In vero, a me è sempre parso sufficientemente chiaro quanto segue. La devoluzione ad arbitri di controversie tra soci, tra soci e società o tra componenti gli organi sociali e società, che abbiano ad oggetto diritti relativi al rapporto sociale, in base ad una clausola contenuta nello statuto è, a far data del 1° gennaio 2004, regolata da una disciplina speciale. Ciò significa che le *clausole compromissorie statutarie* devono uniformarsi alle prescrizioni di forma del citato art. 34 d.lgs. n. 5/2003 (meccanismo di nomina dell’arbitro o degli arbitri) «*a pena di nullità*», almeno per quello che concerne la loro efficacia sociale. Non è dato ipotizzare sul piano genuinamente statutario, e quindi con effetti tipicamente sociali, un concorso di clausole compromissorie di diritto comune (cioè conformi alle sole prescrizioni del codice di rito) e di clausole compromissorie di diritto speciale (in quanto ossequiose anche dei requisiti posti dal d.lgs. n. 5/2003).

Infatti, malgrado la diversa intenzione di alcuni redattori di quelle norme, che ha pure forse trovato una eco nella relazione illustrativa al provvedimento normativo in questione, non è pensabile che la regola speciale (e per di più sopravvenuta), formulata in termini chiaramente ed espressamente inderogabili, non prevalga su quella generale.

A tali conclusioni sembra ora essere giunta la opinione dominante. Possono al riguardo ricordarsi due “massime” del Consiglio notarile di Milano, a mente delle quali «la clausola compromissoria, contenuta in uno statuto societario, che non risulti conforme alla disciplina introdotta dal comma 2 del l’art. 34, d.lgs. n. 5/2003, deve essere considerata, dopo il 1° gennaio 2004, contraria a disposizioni inderogabili di legge» e «la deliberazione assembleare di adeguamento o modifica di tale clausola, adottata dopo il 1° gennaio 2004, si sostanzia nella adozione di una nuova clausola

---

<sup>20</sup> Ciò si è fatto invocando, non convincentemente, la irretroattività della legge: così, ad esempio, App. Bologna, 26 marzo 2012, secondo cui «la validità di una clausola compromissoria in relazione all’art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003, deve essere valutata con riferimento al momento in cui è stata redatta; sotto il profilo sostanziale trova, infatti, applicazione il principio della irretroattività della legge nel tempo».

compromissoria ed è soggetta, come tale, alla disciplina prevista dall'art. 34, comma 6, d.lgs. 5/2003», e una della Corte di appello di Milano (del 13 febbraio 2013), secondo cui «la norma dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, contempla l'unica ipotesi di clausola compromissoria che possa essere introdotta negli atti costitutivi delle società, restando escluso il ricorso in via alternativa od aggiuntiva alla clausola compromissoria di diritto comune prevista dall'art. 808 cod. proc. civ. Ne consegue che se, in violazione di tale prescrizione, l'atto costitutivo preveda invece una forma di clausola compromissoria che non rispetti i requisiti, in punto di nomina, degli arbitri indicati dalla norma speciale, la nullità di tale pattuizione comporta che la controversia societaria possa essere introdotta soltanto davanti alla autorità giudiziaria ordinaria».

Ma ciò che più conta è che, da ultimo, la Suprema Corte ha consolidato l'orientamento favorevole alla tesi della esclusività del modello arbitrale di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 5/2003 (nell'ambito, ben si intende, di applicazione della norma), sancendo, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, che tale soluzione debba ormai ritenersi "pacifica"<sup>21</sup>.

In conclusione: il binario sarà forse triste, ma è sicuramente solitario!

---

<sup>21</sup> Così Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2554, in *Riv. notar.*, 2012, p. 81, in *Società*, 2012, p. 211, con nota di N. Soldati, e in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 487, con nota di L. Felletti. In senso conforme cfr., *inter alia*: Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 348; Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1528; Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2112, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 772, con nota di L. Salvaneschi, e in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 488, con nota di L. Felletti; Cass. 10 ottobre 2012, n. 17287; e, con riguardo a clausole compromissorie che prevedevano il deferimento delle controversie a un arbitrato irrituale, Cass., 10 ottobre 2012, n. 17287, e Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867 (superando le più risalenti pronunzie in senso contrario di Cass., 4 giugno 2010, n. 13664, e App. Napoli, 14 gennaio 2009). Da ultimo, è ulteriormente intervenuta Cass., 17 febbraio 2014, n. 3665, fissando il seguente (amplissimo) principio di diritto: «la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario (e nel caso, di società di persone), che prevede la nomina dell'arbitro unico ad opera dei soci, e nel caso di disaccordo, ad opera del Presidente del Tribunale, su ricorso della parte più diligente, è affetta da nullità sopravvenuta, sia che sia previsto arbitrato rituale che irrituale, non rispettando la prescrizione di cui all'intervenuto art. 34 d.lgs. 5/2003, e tale sanzione per le società di persone opera a far data dall'entrata in vigore del detto d.lgs.; né si pone la questione dell'ultrattività della clausola medesima, in forza dell'art. 41, 6° comma del d.lgs. 5/2003, che fa salvi i soli atti processuali e non sostanziali; né può ritenersi la nullità parziale della clausola in oggetto, limitatamente alle sole modalità di nomina degli arbitri, né è suscettibile la clausola nulla di sostituzione di diritto con norma imperativa di legge, ex art. 1419, 1° e 2° comma c.c. Ne consegue che la nullità della clausola, rilevabile d'ufficio, ove non fatta valere altra e di versa causa di illegittimità in via di azione, comporta che la controversia possa essere introdotta soltanto avanti al Giudice ordinario».



---

## LE CONTROVERSIE SOCIETARIE COMPROMETTIBILI IN ARBITRI

Vincenzo Donativi\*

### 1. Occasioni mancate e meriti della riforma dell'arbitrato societario

La questione della esatta individuazione delle “controversie in materia societaria” compromettibili in arbitri è da sempre fonte di gravi incertezze, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

La gran parte di tali incertezze preesisteva alla riforma introdotta con gli artt. 34 ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che sembra dunque aver perso l'occasione per fare chiarezza per lo meno sui limiti della compromettibilità delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione di deliberazioni assembleari, che pure da sempre costituiva e costituisce il tema più discusso e controverso e sul quale, anche sul piano “quantitativo”, la stessa giurisprudenza (ordinaria e arbitrale) era ed è tuttora chiamata con maggior frequenza a pronunciarsi.

Per vero, l'ulteriore – e di gran lunga più ghiotta – occasione che si presentava al legislatore della riforma del 2003 sarebbe stata quella di optare per soluzioni di politica legislativa più estreme e coraggiose, peraltro ampiamente giustificate e legittimate dal nitido *favor arbitratus* sotteso alla legge delega 3 ottobre 2001, n. 366.

In tal senso, in primo luogo si sarebbe potuto evitare di fare ricorso, quale criterio selettivo delle controversie devolvibili ad arbitri, al presupposto della natura “disponibile” del diritto oggetto della controversia, poiché criterio che, per l'evidente assonanza col parametro classico di selezione delle liti arbitrabili e la sopravvenuta testuale omologazione ad opera del novellato art. 806 c.p.c., ha inevitabilmente condotto gli interpreti ad intenderlo secondo schemi formati sul terreno sistematico dei rapporti di scambio e delle situazioni giuridiche soggettive di stampo prettamente “individuale”, così finendo per rivelarsi pericolosamente fuorviante e per condurre a risultati del tutto inadeguati, tanto sul piano pratico quanto su quello della coerenza sistematica.

In secondo luogo, e in piena coerenza con la rimozione del criterio selettivo affidato al presupposto della “disponibilità” del diritto oggetto della controversia nella prospettiva individualistica di chi ne invoca la titolarità quale *petitum* o *causa petendi* dell'azione, si

---

\* Ordinario di Diritto Commerciale, Università LUM Jean Monnet di Casamassima Bari



sarebbe potuto stabilire, in modo esplicito e diretto, che tutte le controversie aventi ad oggetto l'invalidità delle deliberazioni assembleari (e, naturalmente, anche di quelle relative a deliberazioni e/o decisioni di altri organi sociali) sono, per loro stessa essenza, compromettibili in arbitri. A tale conseguenza si può pervenire in ogni caso in sede interpretativa, come si vedrà, ma attraverso un articolato percorso ermeneutico, inevitabilmente destinato a non formare oggetto di condivisione unanime.

La soluzione accolta dalla riforma, dunque, reca con sé incertezze applicative che finiscono per riflettersi in un incremento del contenzioso attraverso l'inevitabile aumento dei gravami per ragioni di "competenza" e delle inutili spendite di tempo e di energia processuale in cui si incorre ove si persegua una via poi qualificata dall'organo adito come non appropriata.

Ciò premesso, non possono tuttavia non essere rimarcati i meriti della riforma del 2003, che ha dettato una disciplina dell'arbitrato per molti aspetti innovativa e che anzi, non a caso, per diversi profili ha fornito spunti per la riforma generale dell'arbitrato successivamente attuata col d.lgs. n. 40/06, che ha esteso a livello generale soluzioni già adottate e sperimentate per la prima volta proprio per l'arbitrato societario.

Ed ancora, va ascritto alla riforma del 2001/2003 il merito di aver optato per un mercato *favor arbitratu*, testimoniato dai lavori preparatori, presente nella legge delega e recepito dal legislatore delegato, e che, oltre a costituire un dato di sicuro interesse in chiave di valutazione storica e di politica legislativa, merita anche di tradursi in una concreta e specifica direttiva da cui l'interprete non può prescindere.

In questa prospettiva, pertanto, è possibile ascrivere a canone ermeneutico dotato di assoluta dignità ed efficacia, in chiave sistematica e teleologica, quello di dover privilegiare le ipotesi interpretative che, nel dubbio, allarghino, piuttosto che restringere, l'ambito delle controversie compromettibili in arbitri, con applicazione, in punto di interpretazione della legge, di un criterio non dissimile da quello dettato dall'art. 808-*quater* c.p.c. con riguardo all'interpretazione della convenzione d'arbitrato.

## **2. Ricognizione delle controversie societarie compromettibili: necessità di distinguere tra arbitrato speciale e arbitrato di diritto comune; e tra compromettibilità in ragione delle "materie" arbitrabili o in ragione di presupposti diversi**

Fatta tale necessaria premessa, e venendo al centro della relazione che mi è stata assegnata, va subito detto che l'individuazione del perimetro delle controversie

---

compromettibili in arbitri in materia societaria è tema che impone talune precisazioni preliminari, che si traducono in altrettante distinzioni e classificazioni.

In primo luogo, invero, allorché si parla in termini generali di compromettibilità di “*controversie in materia societaria*”, non si può circoscrivere l’attenzione alle sole questioni compromettibili secondo la disciplina dell’arbitrato societario di cui al d.lgs. n. 5/03, non potendosi invero escludere che vi siano controversie *lato* o *stricto sensu* “societarie” che, pur estranee all’ambito applicativo della disciplina speciale, siano ancora devolvibili ad arbitri secondo la disciplina e gli schemi di diritto comune di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

In secondo luogo, poi, il perimetro delle liti arbitrabili trascende quello delle “materie” compromettibili, essendovi questioni devolvibili o non devolvibili ad arbitri non già in ragione della ricorrenza o meno dei presupposti (oggettivi) afferenti alla materia oggetto della controversia, ma in ragione della ricorrenza o meno di presupposti (soggettivi) concernenti il tipo o la condizione giuridica della società cui la controversia affinisce o di presupposti (nuovamente oggettivi) concernenti la natura e la collocazione del negozio compromissorio.

### **3. Le controversie compromettibili in arbitrato speciale (d.lgs. n. 5/03)**

#### **3.1. Ricognizione dei dati normativi relativi alle controversie compromettibili in ragione dei presupposti oggettivi (e rinvio)**

Seguendo la predetta articolazione, ma procedendo per il momento a una mera ricognizione per rinviare a più avanti un maggior approfondimento, i dati normativi dedicati alla delimitazione delle controversie compromettibili in ragione dei *presupposti oggettivi* appaiono di tre tipi: (a) quelli (essenzialmente contenuti nell’art. 34, comma 1, d.lgs. 5/03) cui il legislatore ha direttamente e specificamente affidato la funzione di procedere alla individuazione “in positivo” delle materie compromettibili; (b) quelli (dettati nell’art. 34, comma 5, d.lgs. 5/03) cui il legislatore ha, del pari direttamente e specificamente, affidato la funzione di contribuire “in negativo” alla individuazione delle materie compromettibili, attraverso l’espressa esclusione di controversie non arbitrabili; (c) quelli (ricavabili dagli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, d.lgs. 5/03) che, pur non avendo ad oggetto specifico la determinazione, in positivo o in negativo, delle controversie devolvibili in arbitrato, dettano una disciplina speciale che potrebbe avere una significativa ricaduta, a livello sistematico, ai fini della loro individuazione.

---

Quanto al profilo *sub (a)*, sono compromettibili secondo gli schemi e la disciplina dell'arbitrato speciale societario, in presenza di clausola compromissoria statutaria, alcune o tutte le «controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» (art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03).

Sempre a norma dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, poi, sarebbero arbitrabili con le stesse forme e la stessa disciplina anche le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti (con la precisazione che, a seguito dell'accettazione della carica, la clausola compromissoria sarebbe vincolante anche per costoro), ma solo in presenza di una previsione espressa in tal senso nella clausola compromissoria, non essendo sufficiente un generico riferimento alle controversie societarie.

Quanto al profilo *sub (b)*, invece, non sono compromettibili le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, come prescritto dall'art. 34, comma 5, d.lgs. n. 5/03.

Quanto, infine, al profilo *sub (c)*, si tratterebbe di verificare se e quale rilevanza abbiano, ai fini della determinazione del limite di compromettibilità delle controversie societarie, le disposizioni di cui agli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, d.lgs. n. 5/03, le quali menzionano il caso della devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di deliberazioni assembleari, rispettivamente, al fine di stabilire che, in tal caso, agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della deliberazione (art. 35, comma 5); e che, quand'anche la clausola compromissoria autorizzasse gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono in ogni caso decidere secondo diritto e con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2, c.p.c.. ovverosia per «violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia» (art. 36, comma 1).

Ma sul punto tornerò più avanti.

### **3.2. La compromettibilità in ragione dei presupposti “soggettivi”**

Sul piano dei *presupposti soggettivi*, poi, vengono in gioco una serie di ulteriori delimitazioni.

(i) In primo luogo, l'art. 34, d.lgs. n. 5/03, fa riferimento alle sole società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, così escludendo le società le cui azioni siano diffuse tra il pubblico in misura rilevante o siano quotate in un mercato regolamentato (art. 2325-bis c.c.).

È stato sostenuto che la *ratio* dell'esclusione andrebbe ravvisata nella natura del socio di società "aperta" e s egnatamente nella sua tipica mentalità e nel conseguente atteggiamento propri del socio investitore/risparmiatore, pronto a investire e disinvestire rapidamente, poco interessato alla gestione e poco propenso ad informarsi sulla stessa disciplina statutaria, ciò che comporterebbe la necessità di una tutela simile a quella che l'ordinamento riserva al consumatore nei contratti predisposti da un professionista ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 o al "contraente debole" a fronte di "condizioni generali di contratto" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1341 c.c.: con la differenza che, invece di subordinare la validità della clausola compromissoria a un particolare onere formale o alla condizione che la stessa sia stata oggetto di specifica trattativa, qui la soluzione sarebbe stata quella, ancora più radicale, della esclusione in radice di ogni possibilità di imporre la via arbitrale per la soluzione delle future controversie.

Secondo altri, la ragione andrebbe invece ravvisata nel maggior grado di rigidità della disciplina, naturalmente correlato alla necessità di salvaguardare interessi generali, e poi s egnatamente quelli legati all'efficiente funzionamento del mercato finanziario.

Altri ancora ha ritenuto che la giustificazione stia nelle particolarità dell'arbitrato societario (ampia efficacia soggettiva della clausola compromissoria, possibilità di intervento di terzi, nonché dell'intervento di soci per chiamata in causa o per ordine degli arbitri), che giustificerebbero quella limitazione onde evitare che il numero potenzialmente elevato di parti renda difficoltoso o impossibile lo svolgimento del giudizio arbitrale nei termini fissati dall'art. 820 c.p.c.

Non è da escludere, tuttavia, che la presenza di un gran numero di soci investitori/risparmiatori, più che essere stata valutata sotto il profilo della mancata partecipazione attiva alla scelta dello strumento di soluzione delle controversie e alla negoziazione/conformazione della relativa regolamentazione statutaria, possa aver avuto un ruolo in termini di valutazione di mera opportunità: opportunità di evitare che tali soggetti potessero incontrare nella via arbitrale una barriera all'accesso della tutela dei propri diritti semplicemente dovuta al maggior costo rispetto alla soluzione giudiziaria ordinaria.

(ii) Sempre sotto il profilo soggettivo, una seconda esclusione, attorno alla quale è registrabile un diffuso, ancorché non univoco, consenso, concernerebbe le società semplici e sarebbe ricavabile, se non dal tenore dell'art. 34, d.lgs. n. 5/03, da quello dell'art. 12, comma 3, della legge delega (l. n. 366/01), secondo cui «Il Governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengano clausole compromissorie, anche in deroga agli articoli 806 e 808 del codice di procedura civile, per tutte o alcune tra le controversie societarie di cui al comma 1», in uno con la necessità di prediligere un'interpretazione che preservi la norma dal rischio di una declaratoria di (sia pure parziale) incostituzionalità per contrasto con l'art. 76 Cost.

(iii) Non è invece revocabile in dubbio che, proprio stando all'espressione letterale della norma di delega, la "forma" commerciale sia sufficiente ad integrare il presupposto applicativo della disciplina speciale in tema di arbitrato societario, a prescindere dall'attività (eventualmente anche non commerciale) esercitata in fatto dalla società.

(iv) Del pari diffusa è l'ulteriore precisazione che la disciplina in questione è applicabile alle altre società di persone, e dunque alle società in nome collettivo e in accomandita semplice, atteso che né la legge delega, né il d.lgs. n. 5/03 prevedono una loro esclusione e non potendosi trarre argomento dal più ristretto ambito applicativo del d.lgs. n. 6/03, né dalla mancanza di una specifica disciplina transitoria.

(v) Sempre ed ancora sotto il profilo soggettivo, è discusso se siano da escludere le società di fatto e, in generale, quelle irregolari, la cui condizione è a taluni apparsa incompatibile con la disciplina di cui all'art. 35, comma 1 e comma 5-bis, d.lgs. n. 5/03, in tema di iscrizione nel registro delle imprese della domanda di arbitrato e dei dispositivi delle ordinanze di sospensione e dei lodi, con argomentazione superata, per altri, dal dato normativo di cui all'art. 1, d.lgs. n. 5/03, che comprende(va) nell'ambito applicativo della legge tutte le controversie relative a «rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto», dovendosi tuttavia tener conto non tanto e non solo del fatto che la norma è oggi abrogata, ma soprattutto che l'ambito da essa designato era riferito genericamente all'intero decreto legislativo, non potendosi poi escludere un perimetro applicativo più ristretto per una parte della disciplina.

### **3.3. La compromettibilità in ragione di presupposti afferenti alla fonte negoziale dell'arbitrato: clausola compromissoria statutaria vs. compromesso *ad hoc* o clausola compromissoria contenuta in patti parasociali o contratti extrasociali**

Quanto poi al profilo oggettivo afferente alla fonte e/o alla collocazione della convenzione arbitrale, l'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03 è testualmente riferito all'ipotesi della clausola compromissoria statutaria, che esaurisce quindi la fattispecie normativa.

Rimangono, pertanto, escluse le ipotesi di compromesso *ad hoc* o di clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale o in un contratto diverso (come, per esempio, un contratto di trasferimento di partecipazioni o di costituzione di usufrutto o di pegno su partecipazioni).

Al chiaro argomento letterale, del resto, possono aggiungersi indici interpretativi altrettanto significativi, tanto sul piano della ricostruzione "storica" della *voluntas legis*, quanto sul piano sistematico, atteso che l'arbitrato societario è concepito e disciplinato come una forma organizzativamente vincolante di "giustizia sociale", che si impone cioè in base alla particolare efficacia propria delle regole organizzative societarie.

Né sarebbe argomento sufficiente, in senso contrario, quello che si vorrebbe desumere dall'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 5/03, che comprendeva nell'ambito di applicazione del decreto legislativo anche i patti parasociali e gli atti di cessione di quote sociali, non solo e non tanto perché successivamente abrogato, quanto e soprattutto perché l'art. 1 si riferiva genericamente alla disciplina dell'intero decreto (e dunque anche e principalmente a quella del "processo societario"), dovendo poi fare i conti con la più delimitata applicazione della disciplina speciale in tema di arbitrato societario.

Anche in relazione ad esse, tuttavia, permangono dei dubbi interpretativi, giacché è incerto e di battuto se la loro mancata considerazione normativa debba essere interpretata (i) nel senso che si tratti di fonti negoziali cui non sarebbe consentita l'attivazione di un arbitrato con le forme e gli schemi dell'arbitrato speciale societario, ma solo semmai l'attivazione di un arbitrato di diritto comune; (ii) o nel senso che a tali fonti negoziali non sarebbe consentita l'attivazione di un qualsiasi tipo di arbitrato, quand'anche con le forme e gli schemi dell'arbitrato di diritto comune; (iii) o in un senso ancora diverso o, come avrò modo di prospettare più avanti, con soluzioni differenziate tra il compromesso, da un lato, e la clausola compromissoria contenuta in un patto parasociale o in un contratto diverso, dall'altro.

#### 4. Le controversie compromettibili in arbitrato di diritto comune (artt. 806 ss. c.p.c.)

Terminata la sintetica ricognizione delle “controversie compromettibili in arbitrato nelle forme e secondo la disciplina speciale dell’arbitrato societario” di cui al d.lgs. 5/03, occorre ancora chiedersi se vi sia spazio per la compromettibilità di controversie societarie secondo gli schemi e la disciplina dell’arbitrato di diritto comune di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

A tal fine, è possibile distinguere una serie di ipotesi, segnalando separatamente: (i) le controversie che, a mio parere, possono essere reputate sicure in positivo (ovverosia quelle che, pur avendo carattere *stricto sensu* o *lato sensu* societario, devono reputarsi certamente compromettibili in arbitrato di diritto comune); (ii) le controversie per le quali la questione si presenterebbe dibattuta in dottrina, ma che, a mio parere, possono invece essere reputate sicure in negativo (ovverosia quelle, di carattere *stricto sensu* o *lato sensu* societario, che devono reputarsi certamente non compromettibili neanche nelle forme dell’arbitrato di diritto comune); (iii) le controversie per le quali la questione si presenta oggettivamente dubbia ed incerta.

Sub (i). Procedendo nell’ordine, possono essere reputate sicure in positivo, ovverosia tali che, pur non compromettibili nelle forme e secondo la disciplina dell’arbitrato speciale societario, siano invece devolvibili in arbitrato di diritto comune: (a) le controversie afferenti a rapporti di natura “parasociale”, per le quali la soluzione arbitrale sia adottata in virtù di clausola compromissoria contenuta nello stesso patto parasociale o in apposito e separato compromesso; e (b) le controversie afferenti a situazioni giuridiche o a rapporti giuridici che hanno quale riferimento una determinata società, ma che traggano origine da un contratto diverso (come, per limitarsi agli esempi più ricorrenti, un contratto di trasferimento di partecipazioni o di costituzione di usufrutto o di pegno sulle partecipazioni) e di ano quindi luogo a rapporti di natura “extrasociale”, per le quali la soluzione arbitrale sia adottata in virtù di apposito compromesso o di clausola compromissoria contenuta nel contratto in questione.

Semmai, per entrambe le ipotesi il problema che meriterebbe di essere sollevato sarebbe un altro. Segnatamente: ove manchi una clausola compromissoria statutaria, nulla si opporrebbe alla validità e all’efficacia di un accordo di devoluzione delle controversie in arbitrato per il tramite di compromesso o di clausola compromissoria inserita nel patto parasociale o nel contratto extrasociale; in presenza invece di una clausola compromissoria nello statuto della società, ove la clausola fosse

---

genericamente riferita anche alle controversie “tra soci”, potrebbe porsi una questione di interpretazione del suo ambito applicativo.

Come si vedrà, tuttavia, la risposta va ricercata non solo e non tanto nella interpretazione della volontà negoziale sottesa alla clausola compromissoria statutaria, ma anche e soprattutto nell’interpretazione del precetto normativo sotteso all’art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, e, segnatamente, della nozione di “diritti disponibili” (relativi al rapporto sociale) che proporrò di intendere come riferita a quelle situazioni giuridiche che, avendo “rilevanza organizzativa”, possono formare oggetto di disposizione da parte della società.

La disciplina speciale dell’arbitrato societario, difatti, trova la propria peculiare giustificazione nella considerazione che si tratta di controversie il cui esito, a prescindere dal perimetro soggettivo delle parti contendenti, avrebbe (o potrebbe avere) “rilevanza organizzativa”, ovvero ricadute rilevanti sull’organizzazione o sul funzionamento della società. E se è vero che la disciplina speciale dell’arbitrato societario è stata costruita attorno alla considerazione della possibile rilevanza organizzativa degli esiti della controversia, la sua stessa interpretazione non potrebbe non tenere nella medesima considerazione tale fondamento, decisivo sotto il profilo ermeneutico per la sua valenza teleologica e sistematica.

Invero, è proprio in questa prospettiva che si spiegano, a tacer d’altro: (i) il fatto che nella disciplina dell’arbitrato societario, con soluzioni successivamente in parte riprese nella riforma del 2006 dell’arbitrato di diritto comune (art. 816-*quinquies* c.p.c.), è assicurato l’intervento di terzi e, *a fortiori*, di altri soci, anche attraverso il meccanismo della chiamata in causa (art. 35, comma 2, d.lgs. n. 5/03); (ii) la previsione della pubblicità della domanda di arbitrato, oltre che dei dispositivi dei provvedimenti cautelari e del lodo (art. 35, commi 1 e 5-*bis*, d.lgs. n. 5/03); (iii) la nomina “terza” degli arbitri, a pena di nullità (art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/03); (iv) il potere degli arbitri, in caso di controversie aventi oggetto la validità di deliberazioni assembleari, di adottare provvedimenti cautelari di sospensione della deliberazione impugnata (art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5/03); (v) la prescrizione, che si impone imperativamente anche contro le diverse previsioni eventualmente contenute nella clausola compromissoria, secondo cui, in caso di impugnazione di deliberazioni assembleari, l’arbitrato debba essere necessariamente secondo diritto e il lodo debba essere sempre impugnabile anche a norma dell’art. 829, comma 2, c.p.c., ovvero per violazione di norme di legge relative al merito della controversia (art. 36, comma 1, d.lgs. n. 5/03). Ciò premesso, allora, è coerente e consequenziale reputare che la disciplina speciale dell’arbitrato societario sia destinata a sostituire imperativamente e inderogabilmente quella dell’arbitrato di



---

diritto comune per tutte le controversie i cui esiti abbiano una possibile rilevanza organizzativa.

Così intesa la norma, andrebbe quindi escluso che la società possa, con regola organizzativa di fonte statutaria, disporre (e così imporre ai singoli soci) regole vincolanti anche per le controversie tra soci afferenti a situazioni giuridiche che non siano dotate di quella rilevanza organizzativa che sola ne giustifica la sottoposizione alla regolamentazione dettata secondo le regole del gruppo organizzato proprie del fenomeno associativo/societario.

La questione, che di per sé incrocerebbe il tema più generale della efficacia di clausole statutarie con cui vengano regolate situazioni giuridiche soggettive di ordine parasociale, sarebbe dunque qui risolta imperativamente con norma di fonte legale: sicché – mi preme sottolineare – la conclusione cui si perviene sulla questione specifica in esame non nec essariamente coincide con le soluzioni astrattamente prospettabili in tesi più generale.

Sub (ii). Su un versante radicalmente opposto si colloca poi una fattispecie che risulta dibattuta, ma che, a mio parere e stando all'orientamento nettamente dominante, meriterebbe invece di essere classificata tra quelle sicure in negativo. Si tratta del caso delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, che, come già rammentato, sono escluse, dall'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, dall'ambito applicativo della disciplina in materia di arbitrato speciale societario.

È stato invero da taluni affermato che non sarebbe preclusa la possibilità di devoluzione ad arbitrato di diritto comune per la duplice ragione che è il d.lgs. n. 5/03 ad estraniarle dal proprio ambito di applicazione, mentre gli artt. 806 ss. c.p.c. non contengono analoga esplicita esclusione, né sarebbe possibile argomentare nel senso di una ipotetica incompatibilità tra le due discipline e i due sistemi (quello dell'arbitrato di diritto comune e quello delle società "aperte"); e che, a voler interpretare invece l'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, come se recasse una (ancorché implicita) preclusione di carattere generale e assoluto, la norma finirebbe addirittura per risultare costituzionalmente illegittima.

Si tratta, tuttavia, di argomentazioni insufficienti, che conducono a una conclusione che non tiene in adeguata considerazione le ragioni per cui il legislatore del 2003 ha tenuto fuori le società "aperte" dal proprio ambito applicativo e che reca con sé una conseguenza che non può non apparire illogica ed assurda.

---

Le ricadute organizzative degli esiti di una controversia societaria, difatti, si pongono in una società aperta negli stessi termini in cui si porrebbero in una società chiusa. Ed anzi, semmai, la diffusione tra il pubblico delle azioni o la loro quotazione sono circostanze tali da sollecitare una sensibilità ancora maggiore per i riflessi sull'organizzazione corporativa di ogni controversia involgente la società, i soci e/o gli organi sociali e il cui oggetto sia tale da risultare non indifferente per l'organizzazione o il funzionamento della società medesima.

Sarebbe pertanto irrazionale e contraddittorio che per le società aperte fosse precluso l'arbitrato societario (con tutti i suoi vantaggi) e ammesso l'arbitrato di diritto comune (con tutti i suoi svantaggi e i suoi limiti). A maggior ragione sarebbe illogico non avere la pubblicazione della domanda di arbitrato e dei dispositivi dei provvedimenti cautelari e dei lodo proprio in società nelle quali, per il carattere "aperto" della compagine sociale, si porrebbe *a fortiori* un'esigenza di pubblicità; o, ancora, che proprio in società a compagine sociale diffusa e articolata non fosse disciplinato (o per lo meno non lo fosse con le forme specifiche di cui al d.lgs. n. 5/03 e/o non lo fosse stato affatto, per lo meno sul piano della regolamentazione espressa, prima del d.lgs n. 40/06) l'intervento di terzi; e, ancor di più, che proprio in quelle società non fosse prevista la nomina "terza" e i mparziale degli arbitri, nonostante si tratti di situazioni nelle quali la potenzialità di un arbitrato "multiparti" si presenta in termini ancora più accentuati. Né avrebbe senso che l'impugnazione per via arbitrale di deliberazioni assembleari non fosse, proprio in questa tipologia di società, sottoposta alle regole di cautela e di garanzia prescritte dagli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, d.lgs. n. 5/03, per esserlo esclusivamente nelle società chiuse; o che proprio per le società aperte non fosse previsto un potere degli arbitri di sospensione cautelare delle deliberazioni.

In altri termini, le ragioni dell'esclusione non starebbero nelle caratteristiche dell'arbitrato societario e in una presunta incompatibilità tra tali caratteristiche e i caratteri propri delle società aperte; ma semmai, in termini opposti e rovesciati, starebbero nelle caratteristiche delle società aperte (e, dunque, nella conformazione della loro compagine sociale, connotata dalla diffusione tra il pubblico o dalla quotazione in un mercato regolamentato delle relative azioni) e in una (ritenuta) incompatibilità di queste con la via arbitrale di soluzione delle controversie (*rectius*, come riterrei preferibile, nella valutazione legislativa di inopportunità dell'imposizione del ricorso alla via arbitrale per le ragioni cui si è precedentemente fatto cenno).

Non è, dunque, l'arbitrato societario, con le sue peculiarità, che mal si concilierebbe con la società aperta, ma è la società aperta, con le sue peculiarità, che (per lo meno nell'opinione, pur controvertibile, del legislatore del 2003) è stata ritenuta mal

---

conciliarsi con l'arbitrato *tout court*. Con il che sarebbe superata anche l'argomentazione basata sulla necessità di scongiurare il rischio che, ad interpretarla nel senso qui propugnato, la norma possa essere esposta a censure di legittimità costituzionale, atteso che la diversità di trattamento normativo rispetto alle società chiuse sarebbe dovuta a una precisa scelta di politica legislativa e troverebbe una propria giustificazione in una specifica valutazione di opportunità da parte del legislatore.

Sub (iii). Resterebbero infine le ipotesi oggettivamente dubbie, che non possono, però, qui essere affrontate per la sintesi imposta alla presente relazione e che mi limiterò pertanto semplicemente a menzionare per completezza: (a) quella (ampiamente discussa) della possibilità o meno di clausole compromissorie statutarie che prevedano un arbitrato a struttura binaria in società commerciali regolari chiuse, come ammesso dalla tesi del c.d. "doppio binario"; (b) quella (trattata solo marginalmente dalla elaborazione dottrina e giurisprudenziale) della possibilità di ricorrere a un arbitrato di diritto comune e a struttura binaria attraverso un compromesso *ad hoc* e, dunque, in assenza di clausola compromissoria statutaria o per controversie che esulano l'ambito di quelle coperte dalla clausola compromissoria statutaria; (c) quella (non affrontata per nulla in dottrina e in giurisprudenza per la sua scarsa rilevanza pratica) della possibilità o meno di ricorrere a un arbitrato di diritto comune in virtù di compromesso *ad hoc* o di clausola compromissoria nelle società semplici o in quelle di fatto o irregolari.

## **5. Ancora sulle controversie compromettibili in arbitrato speciale: profili sistematici e l'area delle controversie societarie compromettibili in ragione dei presupposti oggettivi afferenti alle "materie"**

Occorre ora tornare alle controversie societarie compromettibili in arbitrato speciale, per passare dalla mera ricognizione dei dati normativi a un loro approfondimento sistematico, qui svolto con la sintesi imposta alla presente relazione e per il cui compiuto svolgimento mi permetto di rinviare a un mio più ampio studio monografico in corso di ultimazione.

### **5.1. La non compromettibilità di controversie per le quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero**

Innanzitutto, a tenore dell'art. 34, comma 5, d.lgs. n. 5/03, «Non possono essere oggetto di clausola compromissoria le controversie nelle quali la legge preveda l'intervento obbligatorio del pubblico ministero».

Secondo parte della dottrina, la norma costituirebbe una sorta di interpretazione autentica dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, giacché la ragione della non compromettibilità di tali controversie starebbe nella circostanza che in siffatte fattispecie si verterebbe, per definizione, in materia di diritti indisponibili. Ed allora, considerando che la non disponibilità dei diritti oggetto della controversia già costituirebbe criterio selettivo generale delle materie compromettibili ai sensi dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03, la previsione di cui al quinto comma sarebbe superflua e priva di senso concreto, a meno di non intenderla, appunto, quale norma di "interpretazione autentica", ovvero sia quale norma volta a precisare e a specificare quale sia il novero effettivo e concreto dei diritti non disponibili in materia societaria.

Si tratta, tuttavia, di interpretazione non condivisibile, poiché il canone interpretativo di c.d. "conservazione" della norma sarebbe spendibile, allo stesso modo e con identica efficacia, anche in senso diametralmente rovesciato e, dunque, quale argomentazione a confutazione di tale ipotesi di lettura. Difatti, ad interpretarlo nel senso qui avvertato, si attribuirebbe al quinto comma un significato che, pur col dichiarato obiettivo di evitare uno svuotamento del senso e della portata concreta del relativo precetto, finirebbe immancabilmente per svuotare di senso e di portata concreta il criterio generale del primo comma. Non avrebbe, del resto, alcun senso dettare, nell'ambito della medesima disposizione, un criterio generale, come tale deputato ad individuare una fattispecie dall'ambito applicativo tendenzialmente "aperto", per poi subito dopo convertire quel criterio in una previsione che si limita a rinviare a una serie "chiusa" di fattispecie normativamente delimitate e determinate.

A conferma ulteriore, basta considerare i procedimenti giudiziari per i quali la legge prevede, in ambito societario, l'intervento obbligatorio del pubblico ministero. Si tratta, invero, di quattro sole ipotesi, di cui solo una potrebbe concretamente venire in considerazione ai fini dell'art. 34, comma 5, d.lgs. n. 5/03.

La prima ipotesi, difatti, è quella del procedimento ex art. 2409 c.c., attivabile anche dal p.m., ma solo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 2409, ult. comma, c.c.), alle quali, come si è visto, non trova comunque applicazione la disciplina di cui al d.lgs. n. 5/03. Seconda e terza ipotesi sono quelle di cui agli artt.

---

2436, comma 4, e 2446, comma 2, c.c., che nuovamente non assumono rilevanza ai fini dell'art. 34, d.lgs. n. 5/03, per trattarsi di procedimenti camerali di volontaria giurisdizione.

Resterebbe, pertanto, quale unica ipotesi astrattamente rilevante, quella di cui all'art. 2487, ult. comma, c.c., a tenore del quale «I liquidatori possono essere revocati dall'assemblea o, quando sussiste una giusta causa, dal tribunale *su istanza* di soci, dei sindaci o *del pubblico ministero*»: trattandosi di procedimento che può essere attivato dal pubblico ministero, lo stesso è invero riconducibile al novero di quelli per i quali è previsto anche il suo intervento obbligatorio, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 70 c.p.c..

Ma la *ratio* che, a parere della migliore dottrina in argomento, sottenderebbe all'attribuzione legislativa di una legittimazione concorrente in capo al pubblico ministero non ha nulla a che vedere con una presunta natura indisponibile di un ipotetico diritto del liquidatore alla conservazione dell'ufficio e/o della società alla sua revoca. Basti, a tal fine, considerare che la revoca dei liquidatori, fatta eccezione per il profilo appena considerato, è per il resto retta da norme e principi identici a quelli che governano la revoca degli amministratori ed affatto diversi da quelli sottesi alla revoca dei sindaci o applicabili al c.d. mandato *in rem propriam*. Non si potrebbe affermare, dunque, che le posizioni giuridiche soggettive (*lato sensu* i "diritti") coinvolte(i) nella fattispecie siano "indisponibili", se è vero che il rapporto contrattuale e d'ufficio intercorrente tra la società e i liquidatori sarebbe per definizione instabile e potrebbe sempre e comunque essere anticipatamente interrotto per volontà unilaterale di ciascuna delle due parti (così anche degli stessi liquidatori, che ben potrebbero in qualunque momento rinunciare all'ufficio).

La vera *ratio* della legittimazione concorrente attribuita al pubblico ministero è dunque ravvisabile nel fatto che, dopo lo scioglimento, sarebbe più elevato il rischio che possano verificarsi episodi di collusione tra liquidatori e società (e/o soci) in frode ai creditori o, più in generale, nella considerazione che, nella valutazione del legislatore, alla vicenda liquidativa di una società di capitali, grande o piccola che sia, sarebbero sottesi interessi pubblicistici più intensi di quelli che si riscontrano durante la sua vita attiva e segnatamente un interesse pubblico al corretto svolgimento della liquidazione.

Si potrebbe, pertanto, semplicemente immaginare che la ragione sottesa alla non compromettibilità di cui al quinto comma stia in una scelta di politica legislativa, che si manifesta nel contempo sul terreno dell'opportunità e della coerenza sistematica. Così come l'istanza del pubblico ministero per la revoca per giusta causa dei liquidatori

sarebbe ovviamente di competenza del giudice ordinario, non potendo la clausola compromissoria avere rilevanza nei confronti di soggetti esterni all'organizzazione societaria, analogamente il legislatore deve avere reputato opportuno che il procedimento, quand'anche introdotto su istanza di singoli soci o del collegio sindacale, fosse in ogni caso attribuito alla competenza esclusiva del giudice ordinario per la semplice ragione che, implicando comunque l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, sarebbe stato inopportuno, oltretutto stridente con la pubblica funzione e con la posizione rivestita dal pubblico ministero nell'ambito dell'ordine giudiziario, imporre a quest'ultimo di dover intervenire innanzi a un collegio di arbitri privati.

Dal che si ricava ulteriore conferma del fatto che le controversie societarie non compromettibili non si identificano in (solo) quelle di cui al quinto comma dell'art. 34, che invero non esaurisce la portata applicativa del primo comma, non costituendone affatto una sorta di interpretazione autentica o di specificazione esaustiva.

## **5.2. La nozione di “diritti disponibili” relativi al rapporto sociale nell’accezione sottesa all’art. 34, comma 1, d.lgs. n. 5/03 e i tre possibili approcci ermeneutici**

Venendo quindi al criterio selettivo “positivo” di cui al primo comma dell'art. 34, si tratta essenzialmente di comprendere quale significato la norma abbia inteso dare alla doppia condizione cui la compromettibilità è subordinata: ovvero sia che la controversia abbia per oggetto diritti che siano qualificabili come “disponibili” e siano, nel contempo, “relativi al rapporto sociale”.

Prendendo le mosse dalla prima delle due condizioni, sarebbero possibili tre diversi approcci, che condurrebbero a tre diversi risultati interpretativi e applicativi.

Un primo approccio, coerente con l'impostazione tradizionale con cui viene utilizzata e intesa la nozione generale di “diritto disponibile”, sarebbe quello di riferire il *diritto* al soggetto che ne invoca la tutela (di solito, ma non sempre, il socio contro la società) e di qualificarlo come *disponibile* a condizione che si tratti di diritto di cui quest'ultimo possa liberamente disporre per via negoziale.

Un secondo approccio sarebbe invece quello di capovolgere la prospettiva e di valutare la disponibilità/indisponibilità del diritto avendo riguardo alla posizione giuridica della società e, per essa, della maggioranza, sicché sarebbe disponibile quel diritto di cui la maggioranza possa disporre anche contro la volontà del suo titolare (per ipotesi, ma, nuovamente, non sempre e non necessariamente, il singolo socio), facendo così

---

capo a una nozione di diritto indisponibile come diritto “intangibile” e/o evocando il tema dei “poteri indisponibili” della maggioranza, ovvero sia dei limiti ai poteri della maggioranza rappresentati dalla intangibilità di determinate situazioni giuridiche soggettive del socio.

Un terzo approccio, cui ritengo di dover pervenire in esito a un articolato ragionamento che cercherò qui di proporre in sintesi, sarebbe, infine, quello di rifuggire da impostazioni condizionate da un retaggio concettuale e culturale formatosi sul terreno classico della contrapposizione intersoggettiva (propria del contratto di scambio) e di optare invece per soluzioni più consone al fenomeno associativo e più coerenti quindi con lo sfondo sistematico in cui la norma è collocata ed è destinata ad essere applicata. In tale diversa prospettiva, allora, diritti disponibili sarebbero quei diritti o *rectius* sarebbe meglio dire quelle situazioni giuridiche soggettive o (se si vuole, in senso più ampio e generale) quelle materie o quegli ambiti normativi e contrattuali che presentino quella rilevanza “organizzativa” che è propria del fenomeno collettivo associativo e rispetto ai quali sia quindi consentito “disporre” (nel senso di imporre, nel rispetto delle condizioni legali e statutarie applicabili, con effetti organizzativi vincolanti) che le relative controversie siano sottoposte alla soluzione arbitrale.

(i) Il primo approccio è indiscutibilmente quello più “immediato” e presumibilmente è quello che il legislatore “storico” ha avuto in mente nel coniare la norma, proprio perché è il più aderente al modo classico e tradizionale in cui si intende il concetto di disponibilità del diritto, tanto in termini generali, quanto nella specifica materia della individuazione dei confini di arbitrabilità delle controversie, come ha poi anche testualmente confermato l’attuale art. 806 c.p.c., dopo le correzioni apportate con la riforma di cui al d.lgs. n. 40/06.

Ciononostante, lo stesso si dimostra poco coerente con i caratteri specifici delle situazioni giuridiche soggettive endosocietarie e con le peculiarità del fenomeno associativo. E ciò a prescindere dalle diverse possibili declinazioni con cui l’approccio *de quo* si presenta nella variegata dottrina in argomento.

In primo luogo, è sufficiente considerare che, stando alla nozione classica e generale, la “disponibilità” di un diritto discende dalla facoltà, per il suo titolare, di porre in essere atti “positivi” o “attivi” di disposizione del diritto medesimo per via negoziale (quali, ad esempio ed in primo luogo, il trasferimento, la rinuncia o la transazione); mentre la stessa “disponibilità” non potrebbe invece essere riconosciuta e predicata per il solo fatto che il diritto e/o la facoltà di azionare rimedi giudiziari avverso la sua lesione o



---

violazione possano estinguersi per l'inerzia, prolungata per un determinato tempo, del loro titolare.

Ciò premesso, non sarebbe affatto agevole, pena i nammissibili stravolgimenti concettuali, ravvisare dei "diritti sociali" di cui il titolare possa liberamente disporre mediante il compimento di atti negoziali positivi, atteso che, in materia societaria, vengono in considerazione (per lo più, se non esclusivamente) situazioni giuridiche soggettive di portata "organizzativa" (ovverosia corporativa, partecipativa e dunque di tipo "strumentale"), piuttosto che situazioni giuridiche soggettive di carattere "finale".

Molto spesso, infine, come accade in caso di impugnazione di deliberazioni assembleari, le situazioni giuridiche soggettive che vengono in considerazione, e l'oggetto delle controversie che le investono, si manifestano su un piano diverso da quello del diritto individuale del socio e concernono la legittimità dei processi deliberativi adottati dalla società, sotto il profilo del relativo *iter* formativo e/o sotto il profilo dell'oggetto o del contenuto del deliberato. Sicché, a meno di non voler convertire nuovamente il tutto in termini di diritto individuale, ma allora indulgendo ad evidenti forzature concettuali e sistematiche, si farebbe fatica ad individuare i parametri di valutazione cui riferirsi per giudicare della relativa disponibilità.

Né sarebbe utile, al riguardo, avvalersi degli indici che – come si vedrà – sono ampiamente utilizzati dalla giurisprudenza e dalla dottrina in argomento e che si basano prevalentemente sulla "sanabilità" (quand'anche nelle forme della "sostituzione" della deliberazione illegittimamente adottata con altra presa in conformità della legge o dello statuto) e/o sulla "prescrittibilità" dell'azione, poiché si tratterebbe di indici di disponibilità, semmai, del diritto all'azione (ovverosia dell'interesse alla reazione, in sede giudiziaria, contro la violazione di determinate norme) e della correlativa situazione giuridica soggettiva di ordine *lato sensu* "processuale", ma non necessariamente (ed anzi, quasi mai) della situazione giuridica soggettiva "sostanziale" sottostante di cui si invochi la lesione.

In buona sostanza, allora, se si dovesse giudicare della "disponibilità" dei diritti sociali avendo riguardo alla possibilità o meno di disporre per via negoziale, si finirebbe per dover escludere la compromettibilità di tutte le controversie in materia societaria, così pervenendo ad un risultato palesemente assurdo e irrazionale, che svuoterebbe praticamente di contenuto l'intera disciplina di cui al d.lgs. 5/03.

L'alternativa sarebbe allora quella di intendere il concetto di indisponibilità, *in subiecta materia*, in un modo diverso da quello classico e più "ritagliato" sulle specificità e sulla conformazione dei diritti sociali. Ma ogni tentativo di tradurre in concreto i connotati di



tale specificità, ove si rimanga ancora fedeli al primo approccio qui in esame, sarebbe nuovamente destinato all'insuccesso o, per lo meno, condurrebbe a conseguenze applicative ancora irrazionali ed incoerenti col sistema.

Ed invero, una prima opzione sarebbe quella di ritenere che ogni e qualsiasi diritto sociale, sia di natura patrimoniale che di natura amministrativa, sarebbe sempre e comunque "disponibile" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, d.lgs. n. 5/03, in ragione della immanente connotazione causale e finalistica di ordine economico/patrimoniale. Con il che, tuttavia, si perverrebbe a un risultato che, per ragioni speculari a quelle precedentemente spese, andrebbe scartato in quanto, estendendo l'ambito applicativo dell'art. 34, d.lgs. n. 5/03, a tutte le controversie anche solo *lato sensu* societarie, svuoterebbe di ogni significato e priverebbe di ogni portata effettiva il precetto recante quel presupposto oggettivo al quale il legislatore aveva invece manifestamente inteso attribuire una specifica funzione selettiva positiva.

Una seconda opzione, del pari inaccettabile, sarebbe allora quella di adottare criteri che consentano una qualche discriminazione tra situazioni giuridiche soggettive disponibili e indisponibili, guardando caso per caso alla relativa regolamentazione legale e statutaria e/o avendo riguardo, più che alla possibilità di compiere atti di disposizione della *titolarità del diritto* in quanto tale, alla possibilità di incidere sull'esito delle relative controversie attraverso atti posti in essere anche senza la volontà o la partecipazione di chi invochi la titolarità del diritto in questione e/o ne faccia valere l'asserita violazione (e, in una prospettiva, ad es. empirio, riconoscendo la compromettibilità delle impugnazioni di deliberazioni assembleari per le quali sia ammessa la possibilità di "sostituzione" della deliberazione impugnata con altra presa in conformità della legge e dello statuto ex art. 2377, comma 8, c.c.

Tuttavia anche tale impostazione appare inaccettabile, giacché, per limitarsi a una sola di numerose possibili eccezioni, la sostituzione della deliberazione invalida con altra presa in conformità della legge e dello statuto, lungi dal costituire atto di disposizione del diritto fatto valere dall'impugnante, semmai ne rappresenta il coronamento e la soddisfazione.

Una distinzione basata, caso per caso, sulla derogabilità della disciplina per via statutaria sarebbe anch'essa inaccettabile, come dimostra, per limitarsi a uno di tanti possibili esempi, il caso dei diritti particolari dei soci di s.r.l., di cui all'art. 2468, comma 3, c.c. Detti diritti, invero, in base a un'applicazione formalistica dell'impostazione tradizionale e stando dunque all'ipotesi di soluzione qui in esame, andrebbero qualificati come "diritti indisponibili", per la semplice ragione che non sono trasferibili né

---

autonomamente, né assieme alla stessa quota di partecipazione, tanto che ad essi viene comunemente riconosciuta la natura giuridica di diritti a valenza “organizzativa”, ma di carattere “personale”. La connotazione “personalistica”, tuttavia, è in essi ravvisata in un senso profondamente diverso da quello tradizionalmente attribuito ai diritti personali indisponibili dalla teoria classica e, segnatamente, viene intesa in un significato che ne rimarca la contrapposizione alla connotazione “reale” dei normali diritti sociali, i quali, per contro, si trasferiscono assieme alla quota, in tal senso “seguendo la *res*”. Del resto, ove volesse invece attribuirsi rilevanza al fatto che tali diritti sono anche non modificabili se non all’unanimità (e dunque, volesse in ciò ravvisarsi un’ulteriore ragione di “indisponibilità” del diritto particolare), si finirebbe forse per dover riconoscere carattere disponibile al medesimo diritto particolare nel caso in cui fosse adottata la deroga statutaria consentita dal quarto comma del medesimo art. 2468 c.c. Sembra evidente, per contro, come l’intera impostazione di fondo risulterebbe viziata dal fatto che il diritto particolare, svincolato dalla quota, non sarebbe mai trasferibile come tale, a meno di non ipotizzare una (per vero spericolata) soluzione interpretativa che ammetta una siffatta regolamentazione per via statutaria nelle maglie delle deroghe consentite dal ridetto quarto comma. Quand’anche allora il diritto fosse trasferibile con la quota, ne muterebbe la natura sotto il profilo della circolazione, ma limitatamente alla sua trasferibilità quale accessorio della quota, non già alla sua possibilità di circolazione in via autonoma ed indipendente.

A tacer d’altro, del resto, la selezione tra le materie compromettibili e quelle non compromettibili dovrebbe essere fatta in astratto e per materia e non essere condizionata, in concreto, dalla specifica regolamentazione statutaria adottata dalla singola società. Anche perché, altrimenti, si finirebbe per spostare sul piano della compromettibilità questioni che piuttosto attengono (o potrebbero attenerne) al “merito” della controversia.

In conclusione, ogni tentativo di adottare un’interpretazione della locuzione “diritti indisponibili” appiattita sull’impostazione classica e tradizionale (e dunque in una dimensione individualistica e nella prospettiva dell’attore) condurrebbe a risultati inaccettabili, tanto sotto il profilo della compatibilità e della coerenza col sistema societario, tanto sotto quello della irrazionalità ed inefficienza delle conseguenze applicative. Sicché non resta che optare per un diverso approccio.

(ii) Anche il secondo approccio sopra menzionato sarebbe per diverse ragioni inaccettabile.

Potrebbe ingannare, in suo favore, una sorta di assonanza letterale col tema dei c.d. “poteri indisponibili” della maggioranza, di antica memoria e sistematicamente connesso con la problematica dei diritti individuali del socio e dei confini tra poteri dell’organizzazione e sfera individuale intangibile.

Tuttavia, nel caso dei diritti indisponibili, la disponibilità è riferita alla capacità del titolare di porre in essere atti di disposizione del diritto; nel caso dei poteri indisponibili della maggioranza, per contro, la disponibilità/indisponibilità costituisce metro di misurazione/descrizione dei limiti entro i quali si svolge il principio maggioritario o, per converso, dell’area di estensione dei c.d. “diritti individuali” su cui la maggioranza non è in condizione di incidere e che risultano pertanto disponibili esclusivamente con l’unanimità dei consensi.

Si finirebbe, anche in questo caso, per spostare sul piano della “compromettibilità” questioni che piuttosto attengono (o potrebbero attenerne) al “merito” della controversia.

*(iii)* Scartati i primi due approcci, allora, non resta che adottare l’ultimo sopra prospettato, che presenta il vantaggio di consentire, diversamente dal primo, di pervenire al non semplice (e cionondimeno ineludibile) risultato di realizzare un efficace adattamento della nozione generale di diritto indisponibile alla peculiarità del fenomeno organizzativo societario, senza tuttavia cadere nei difetti e nel le contraddizioni che sono propri del secondo approccio.

A tal fine, per una corretta interpretazione dei sintagmi (“diritti disponibili” e “relativi al rapporto sociale”) utilizzati dalla norma e tra loro legati da un nesso logico e grammaticale, occorre partire dalla premessa del carattere “relativo” e “a geometria variabile” della nozione di “diritto indisponibile”; e dalla considerazione che non è certo la presenza o l’assenza di limiti all’autonomia negoziale a qualificare un diritto come indisponibile o, rispettivamente, come disponibile, essendo diverse le forme di limitazione dell’autonomia privata note al nostro ordinamento e di verse le stesse reazioni che il sistema normativo appresta avverso la violazione di detti limiti: sicché si dà vita, di volta in volta, a un quadro normativo e assiologico che costituisce variabile dipendente di complesse valutazioni di politica legislativa, tese al contemperamento di interessi e di finalità secondo lo schema che, per ciascuna fattispecie o gruppo di fattispecie, il legislatore reputa più adeguato e coerente con le finalità sottese al sistema o, più spesso, allo specifico (micro-)settore normativo di riferimento.

Un diritto, dunque, può essere e rimanere disponibile anche laddove gli atti di disposizione che lo riguardino siano per varie ragioni e a vario titolo sottoposti a una disciplina imperativa per taluni profili cogente e restrittiva.

Altra importante premessa, da cui non si può prescindere è poi di rammentare che la valutazione della disponibilità o meno di un diritto agli specifici effetti della compromettibilità in arbitri delle controversie che lo riguardano deve essere effettuata facendo riferimento alla posizione del titolare del diritto e al diritto (sostanziale) in quanto tale. In altri termini, non è dell'azione (ovverosia della domanda giudiziale o arbitrale) che occorre valutare e predicare la disponibilità, ma è piuttosto la disponibilità/indisponibilità del diritto sostanziale in sé a rendere ammissibile o meno l'impegno negoziale con cui il titolare dello stesso si vincola, in deroga alla giurisdizione ordinaria, a devolvere ad arbitri le controversie che dovessero insorgere in relazione alla sua titolarità o al suo esercizio.

Sotto altro profilo, un ulteriore, del pari pacifico, assunto è che la convenzione arbitrale di cui all'art. 34, d.lgs. n. 5/03, è, nello specifico, costituita da una "clausola compromissoria statutaria", ovverosia da una pattuizione inserita nel contratto sociale, per essere parte integrante del complesso delle "regole di organizzazione e funzionamento" della società.

Sono note le dispute che tuttora dividono la migliore dottrina in punto di individuazione del criterio di demarcazione della differenza tra patti "sociali" e "parasociali" e, per quel che qui interessa, in punto di riconoscimento o meno della presenza di clausole che, per quanto "statutarie" per collocazione, conservino natura "parasociale" in relazione alla natura intrinseca della pattuizione, alla sfera di interessi oggetto della specifica regolamentazione e alla conseguente rilevanza (personale e obbligatoria, in luogo che reale e organizzativa) del correlativo vincolo. Tuttavia, quand'anche si ritenesse di optare in tesi generale per la soluzione favorevole alla configurazione delle c.d. "clausole statutarie parasociali", appunto, tale non sarebbe mai la "clausola compromissoria statutaria" di cui all'art. 34, d.lgs. n. 5/03, la cui speciale disciplina presenta connotazioni sufficienti a una qualificazione in termini di pattuizione (a tutti gli effetti) "sociale".

Il che conduce a concludere che la convenzione arbitrale non costituisce un patto tra i soci *uti singuli*, ma piuttosto una regola organizzativa che li coinvolge *uti socii* e che, anzi, ove previsto espressamente nella clausola, coinvolge e vincola anche i titolari degli organi sociali, all'unica condizione che abbiano accettato la carica e senza alcuna necessità di una specifica ulteriore manifestazione specifica di accettazione del vincolo compromissorio (art. 34, comma 4, d.lgs. n. 5/03). E difatti la clausola potrebbe essere introdotta anche *durante societate* senza necessità di consenso unanime, ancorché con *quorum* rinforzato di due terzi del capitale sociale e con diritto di recesso in favore dei soci assenti o dissenzienti (art. 34, comma 6, d.lgs. n. 5/03); e vincola anche i soci

entrati successivamente in società, «inclusi coloro la cui qualità di socio è oggetto della controversia» (art. 34, comma 3, d.lgs. n. 5/03). Non si tratta, quindi, di classico compromesso o di clausola compromissoria frutto della pattuizione intercorsa tra i contraenti ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 807-808 c.p.c., ma di vincolo che condivide la natura e la portata delle clausole statutarie, quali regole di organizzazione e di funzionamento della società e del “gruppo organizzato”. La clausola compromissoria statutaria ex art. 34, d.lgs. n. 5/03, dunque, al pari delle altre regole organizzative, è “regola di gruppo”, la cui “pattuizione” non è riconducibile ai soci individualmente considerati e come contrapposti gli uni agli altri o alla società, né tanto meno sarebbe riconducibile ai componenti degli organi sociali come contrapposti ai soci (singoli o assieme) o alla società, ma è invece imputabile alla società medesima o, se si vuole scongiurarne una non voluta ipostatizzazione, al “gruppo organizzato” che ad essa imputa le proprie manifestazioni (anche negoziali) di esercizio in comune dell’attività economica organizzata per la quale l’ente è costituito.

Nella prospettiva qui preferita, pertanto, l’espressione «relativi al rapporto sociale» servirebbe ad escludere che possano rientrare nell’ambito di efficacia della clausola compromissoria statutaria controversie che pure, sotto il profilo strettamente soggettivo, intercorrano tra soci o tra soci e società, ma che, sotto il profilo invece oggettivo, attingano a un genere di questioni che non afferisce al “rapporto sociale”, ma ad altra tipologia di relazioni giuridiche (così, per esempio, nel caso di un socio che abbia con la società un rapporto di lavoro o di consulenza che, beninteso, non formi oggetto di conferimento di opera o di servizi, come consentito nelle società di persone e nelle s.r.l.).

L’espressione «diritti disponibili», a sua volta, avrebbe la funzione di selezionare, tra le questioni relative al “rapporto sociale” come poc’anzi individuato, quelle che, incidendo su situazioni giuridiche soggettive o “materie” o ambiti normativi e contrattuali dotati della rilevanza “organizzativa” che è propria del fenomeno collettivo associativo, siano tali da consentire di “disporre” legittimamente che le relative controversie siano sottoposte alla soluzione arbitrale.

In altri termini, allora, la nozione di “diritto indisponibile”, che nella sua dimensione concettuale generale costituisce un limite alla compromettibilità per la ragione che di diritti siffatti il singolo non potrebbe disporre per via negoziale, quand’anche, direttamente o indirettamente, mediante negozi di natura compromissoria, stando all’approccio interpretativo qui preferito, e dunque con i rilevati necessari adattamenti alle peculiarità del fenomeno associativo, costituirebbe invece, più che un limite alla compromettibilità in quanto tale e in termini assoluti, un confine al “potere di

disposizione” della società (intesa come gruppo associativo organizzato), ovvero sia un limite al potere di imporre, con le regole del gruppo organizzato, per determinate controversie, la soluzione arbitrale quale regola organizzativa vincolante.

Raccordata alle peculiarità del fenomeno societario, quindi, la nozione *de qua* farebbe riferimento a diritti “disponibili” per il socio e per la collettività dei soci intesa come gruppo organizzato: dunque disponibile nel senso di diritto che rientra nell’area delle situazioni giuridiche soggettive che, per avere rilevanza organizzativa, sono sottratte alla sfera di titolarità soggettiva individuale, caratteristica dei diritti soggettivi perfetti, e sono sottoposte al regime di appartenenza alla dimensione organizzativa.

Tale significato appare viepiù coerente con la *ratio* sottesa alla disciplina dell’arbitrato speciale societario e, più in generale, con la *ratio* di un sistema normativo che tradizionalmente affida la funzione selettiva delle controversie compromettibili al parametro della disponibilità/indisponibilità dei diritti oggetto della controversia. In entrambi i casi, difatti, si tratta di ammettere o di precludere la via arbitrale avendo riguardo alla corrispondenza tra la titolarità di un potere negoziale di disporre del diritto sottostante e la facoltà di farne oggetto di un negozio compromissorio. Al di fuori del contesto associativo organizzato, vi è perfetta coincidenza tra il soggetto titolare del diritto sottostante (ovverosia del diritto sostanziale che costituisce *petitum* o *causa petendi* della pretesa azionata con la domanda introduttiva del giudizio, ordinario o arbitrale) e il soggetto autore e parte del negozio compromissorio. Nell’ambito societario, invece, il negozio compromissorio è contenuto nel contratto sociale, è introdotto, modificato o rimosso nel rispetto dei processi deliberativi/negoziali propri del gruppo organizzato e il soggetto che introduce l’azione è, da un lato, titolare di una situazione giuridica soggettiva la cui valenza non è declinabile secondo gli schemi del diritto soggettivo perfetto e, dall’altro, non è autore e parte del negozio compromissorio, ma semmai è membro della collettività organizzata che ha adottato e imposto la soluzione arbitrale tra le regole della propria organizzazione.

La corrispondenza con l’accezione tradizionale sta, pertanto, proprio in ciò, che in entrambi i casi il negozio compromissorio è validamente stipulato a condizione che le parti abbiano il potere di disporre per via negoziale del diritto controverso, con la peculiarità che, nel nostro caso: (a) il negozio compromissorio promana dalla società, intesa come gruppo organizzato, sicché è in riferimento ad essa che deve essere scrutinata la presenza di un correlativo potere di disposizione; (b) il potere di disposizione negoziale del diritto controverso, nella logica e nella prospettiva propria del fenomeno associativo, va riletto come potere di imporre regole di ordine organizzativo.

Si potrebbe essere tentati di ritenere che la soluzione qui prospettata non sia del tutto idonea e sufficiente, giacché sarebbe rivolta esclusivamente all'interno del gruppo organizzato e non terrebbe conto dei casi in cui sia coinvolto l'interesse dei terzi.

Ma si tratta di ragioni di opportunità che, per l'arbitrato societario, sono state risolte a monte, in radice e con una soluzione diversa da quella della radicale preclusione, atteso che la disciplina speciale, come è stato efficacemente osservato, è imperativamente connotata: *i)* dalla circostanza che il potere di nomina degli arbitri è in ogni caso attribuito a terzi estranei alle parti (art. 34, comma 2, d.lgs. n. 5/03); *ii)* da un processo di spinta "giurisdizionalizzazione" e di correlativa e speculare contrazione dell'autonomia delle parti, alle quali, allorquando si verta in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari, è altresì preclusa la possibilità di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità e di disporre la non impugnabilità del lodo per violazione di norme di legge attinenti al merito della controversia; *iii)* dalla predisposizione di un sistema di pubblicità (e da una parallela attenuazione delle caratteristiche di riservatezza e di confidenzialità tradizionalmente proprie dell'arbitrato); *iv)* dal riconoscimento agli arbitri di poteri riservati, in generale, solo al giudice statale, quale quello di ordinare l'intervento in causa di altre parti o, in caso di impugnazione di deliberazioni assembleari, di pronunciare provvedimenti cautelari.

Con il che, dunque, il divieto di sottoporre ad arbitri controversie su diritti indisponibili, così come tradizionalmente intesi, non troverebbe più, per l'arbitrato societario, una sua reale giustificazione.

Oltretutto l'interesse dei terzi, in materia societaria, è coinvolto in modo pressoché immanente; e ciò, ancora una volta, per le caratteristiche intrinseche del fenomeno associativo o per il fatto che lo stesso si svolge e si realizza proprio (e per definizione) attraverso l'esercizio di un'attività con i terzi. Ed è anche per tale ragione che il legislatore ha imposto le summenzionate regole speciali di garanzia e di "giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato societario.

Tutto ciò premesso, allora, a fronte di controversie coinvolgenti diritti sociali qualificabili come "non disponibili" nel senso qui propugnato, il risultato cui si perviene in via interpretativa non è nel senso della loro non compromettibilità in termini generali e assoluti, ma (solo) nel senso che non sarebbe consentito imporre la soluzione arbitrale mediante clausola compromissoria statutaria. Le ragioni a base della norma, difatti, non sono tali da impedire la devoluzione ad arbitri secondo gli schemi di diritto comune, come potrebbe legittimamente avvenire attraverso un compromesso tra i



contendenti o attraverso l'inserimento di una clausola compromissoria in un patto parasociale o in un contratto extrasociale.

La ricaduta applicativa del criterio qui prospettato sarebbe, dunque, così riassumibile: (i) non rientrano nel perimetro di efficacia di una clausola compromissoria statutaria le controversie tra soci relative a l'oro reciproci impegni di carattere parasociale o extrasociale, giacché, pur potendo essere qualificate come *lato sensu* "relative al rapporto sociale", le stesse sarebbero estranee alla sfera organizzativa societaria e, dunque, si collocherebbero al di là di quell'area sulla quale insiste il "potere di disposizione" (o, se si vuole, il potere di imporre regole di natura e di portata organizzativa e dunque, nella specie, di imporre la soluzione arbitrale anche per le controversie "tra soci") attribuito all'ente e (per esso e al suo interno) alla maggioranza (nella specie, "qualificata", ex art. 34, comma 6, d.lgs. n. 5/03) dei soci, in tale specifico significato potendo dunque essere qualificate come controversie "relative al rapporto sociale", ma aventi ad oggetto "diritti indisponibili"; (ii) ricadono, invece, nell'ambito applicativo della clausola compromissoria statutaria le controversie tra soci relative a rapporti di carattere sociale in senso stretto (così, ad esempio, quelle aventi ad oggetto la titolarità della partecipazione e non anche quelle aventi ad oggetto il pagamento del prezzo o le garanzie accessorie della relativa compravendita); (iii) ricadono, ancora, nell'ambito applicativo della clausola compromissoria statutaria le controversie tra soci e società "relative al rapporto sociale", in tal senso essendo pressoché implicita la "disponibilità" dei relativi diritti, ovverosia la riconducibilità a quell'area entro la quale è esercitabile il potere di imporre, quale regola di natura e di portata organizzativa, la soluzione arbitrale delle relative controversie; (iv) ricadono sempre nell'ambito applicativo della clausola compromissoria statutaria, beninteso a condizione che la stessa ne contempli un'esplicita estensione, le controversie con amministratori, liquidatori e sindaci, all'unica condizione che siano in concreto "relative al rapporto sociale"; (v) ricadono sempre nell'ambito applicativo della clausola compromissoria statutaria le controversie aventi ad oggetto impugnazioni di deliberazioni assembleari (o di altri organi sociali), senza distinzione alcuna, afferendo sempre e comunque alla sfera di rilevanza organizzativa dell'ente, a prescindere dalla tipologia e/o dalla gravità del vizio fatto valere e a prescindere dalla presenza o meno di termini di prescrizione o di decadenza e dalla applicabilità o meno di forme *lato sensu* di "sanatoria" o di sostituzione della deliberazione impugnata.

La conclusione appena raggiunta in tema di compromettibilità delle impugnazioni di deliberazioni assembleari coincide con quanto già sostenuto da una parte della dottrina, ma è basata su un diverso *iter* argomentativo che potrebbe forse superare –



per lo meno questo è il mio auspicio – le obiezioni che detta soluzione ha fin qui incontrato in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza

Alla medesima conclusione, del resto, potrebbe pervenirsi anche attraverso un procedimento ermeneutico “per esclusione”, ovvero sia attraverso una c ompiuta esposizione delle ragioni che avrebbero indotto e inducono, in ogni caso, a scartare le altre ipotesi di soluzione. Ma si tratterebbe di itinerario interpretativo che condurrebbe molto lontano e, sicuramente, oltre i confini assegnati alla mia relazione.

---

## SEDE ALL'ESTERO DELL'ARBITRATO SOCIETARIO: TRA TUTELA DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE E LIMITI PROCEDURALI

*Andrea Atteritano\* - Antonio Di Pasquale\*\**

### 1. Premessa

Le norme che disciplinano il c.d. arbitrato societario - introdotte dal D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 - sono essenzialmente rivolte a società con sede legale in Italia.

L'intenzione del legislatore del 2003, di ridisegnare il sistema dell'arbitrato relativo a controversie endo-societarie per le sole società italiane, emerge già dalla lettera delle disposizioni normative che, in più parti, fanno riferimento a norme e aspetti peculiari delle società costituite in Italia.

È molto probabile che l'assetto normativo del cosiddetto arbitrato societario non sia assolutamente applicabile ad una società straniera (anche qualora questa decidesse nel proprio statuto di richiamarne l'applicazione). In ogni caso, le difficoltà pratiche che una società straniera incontrerebbe non sarebbero quindi di poco conto, e la percorribilità di tale opzione dovrebbe essere valutata anche in base alle leggi dello Stato dove la società ha sede. La questione è, però, piuttosto teorica, non essendo, purtroppo, l'Italia sede tradizionale di arbitrati esteri.

Concreta, invece, è l'ipotesi che lo statuto di una società italiana preveda una clausola per arbitrato estero, specie se nella compagine sociale sono presenti soggetti stranieri che potrebbero sentirsi maggiormente tutelati in caso di una procedura con sede in un Paese straniero (magari terzo rispetto a quelli di appartenenza dei soci).

Sulla compatibilità di tale opzione con il nostro ordinamento e sulla validità/efficacia di una clausola statutaria che deferisca la soluzione di controversie endo-societarie a un arbitrato estero, la Corte di Cassazione non si è finora pronunciata e non constano precedenti dei giudici di merito. Diverse sono, tuttavia, le criticità che tale scelta comporta, poiché se da un lato occorre garantire il rispetto della volontà delle parti in arbitrato - in linea di principio libere di localizzare l'arbitrato dove ritengono opportuno -, dall'altro vengono in considerazione norme di carattere pubblicistico, espressamente qualificate dal legislatore del 2003 come inderogabili, che possono limitare l'autonomia

---

\* *Counsel*, Hogan Lovells Studio Legale, Roma

\*\* *Partner*, Hogan Lovells Studio Legale, Roma, Milano

---

negoziale dei contendenti. È su tali aspetti che si svolgeranno, di seguito, alcune riflessioni.

## 2. Scelta della sede e implicazioni per l'arbitrato societario

È noto che la scelta della sede arbitrale comporta numerose conseguenze giuridiche, prima fra tutte, la definizione della nazionalità dell'arbitrato, secondo quanto previsto dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'*enforcement* delle sentenze arbitrali straniere<sup>1</sup>: l'arbitrato con sede in Italia è nazionale per i giudici italiani - che non applicheranno, di conseguenza, la normativa pattizia ma le norme di diritto interno - ed è straniero per i giudici di altri Stati, che riconosceranno l'accordo arbitrale ovvero consentiranno l'immissione del lodo nel proprio ordinamento, nel rispetto e secondo quanto previsto dalla Convenzione di New York.

Inoltre, secondo quanto previsto dall'art. V(1) lett. a), d) ed e) della stessa Convenzione, se le parti non hanno diversamente stabilito (anche solo mediante rinvio a regolamenti arbitrali precostituiti), è la legge dello Stato sede dell'arbitrato a disciplinare l'accordo e il procedimento arbitrale, a definire il potere degli arbitri - incluso il potere cautelare - e a delineare il regime di impugnazione del lodo.

Anche in base alla normativa codicistica italiana la sede dell'arbitrato ha importanti conseguenze sul piano giuridico, individuando l'autorità giudiziaria competente a sostenere la procedura arbitrale in caso di stallo (ad es. in caso di ricusazione di uno degli arbitri) e a conoscere dell'impugnazione del lodo, nelle forme e nelle modalità previste dal nostro ordinamento. Se, infatti, l'art. 827, I co., c.p.c. consente l'impugnazione per nullità del lodo, la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo, la competenza a conoscere di tali impugnazione è inderogabilmente conferita dagli artt. 829, I co., e 831, III co., c.p.c. alle Corti d'Appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

Le numerose implicazioni sottese alla scelta della sede arbitrale impongono di valutare la possibilità di inserire una clausola per arbitrato estero nello statuto di una società italiana anche alla luce delle conseguenze che tale scelta avrebbe sulle disposizioni speciali del D. Lgs. n. 5/2003. Il riferimento è soprattutto all'art. 35, che ha introdotto una "*disciplina inderogabile del procedimento arbitrale*", con cui la scelta della sede

---

<sup>1</sup> La Convenzione di New York prevede anche un criterio aggiuntivo che è quello della legge di procedura applicabile all'arbitrato ma solo nei limiti in cui tale criterio sia previsto dalle normative nazionali, dove - con l'eccezione della Francia - non riscuote molto successo.

dell'arbitrato potrebbe interferire. E infatti, poiché in assenza di una diversa volontà delle parti, il procedimento arbitrale è retto dalla *lex loci arbitratus*, la fissazione all'estero della sede arbitrale potrebbe eludere l'applicazione di norme espressamente definite inderogabili e la cui applicazione non potrebbe essere esclusa dalle parti. Nemmeno indirettamente.

In estrema sintesi, per il disposto dell'art. 35, in caso di arbitrato societario, non sarebbe possibile escludere o limitare: (i) la possibilità per soci e terzi di intervenire in arbitrato (come previsto dall'art. 35, III co.) e (ii) i mezzi di impugnazione, e relativi motivi, esperibili avverso il lodo e che consistono nell'impugnazione per nullità (anche per errore di diritto quando gli arbitri decidono incidentalmente una questione non arbitrabile ovvero della validità di una delibera assembleare), nella revocazione straordinaria e nell'opposizione di terzo. Ne consegue che la scelta di una sede arbitrale straniera - generalmente rimessa al libero apprezzamento delle parti - potrebbe considerarsi compatibile con il sistema normativo delineato dal D. Lgs. n. 5/2003 nei limiti in cui non escluda o limiti le possibilità di intervento nel giudizio arbitrale e i mezzi di impugnazione esperibili.

Se la *lex loci arbitratus* - o anche il regolamento arbitrale scelto dalle parti - prevede l'intervento dei terzi e mezzi di impugnazioni analoghi a quelli previsti in Italia, *nulla quaestio*. Ma poiché non tutti i regolamenti delle istituzioni arbitrali consentono l'intervento dei terzi e, soprattutto, il lodo non è soggetto a revocazione e opposizione di terzo nella maggior parte degli ordinamenti statali, occorre capire se sia possibile localizzare l'arbitrato societario in uno Stato che non garantisca ai terzi e al lodo un "trattamento per equivalenti" analogo a quello delineato dal legislatore del 2003.

A ben vedere, il problema dell'intervento dei terzi può essere agevolmente risolto inserendo nella clausola compromissoria la volontà di consentirlo nei modi previsti dalla legge. In tal caso, la *lex loci arbitratus* non sarebbe di ostacolo - posto che la stessa trova applicazione in assenza di una diversa volontà delle parti -, a meno che la stessa non lo escluda con norme di carattere imperativo (opzione di difficile concretizzazione), che invaliderebbero la diversa scelta delle parti.

Più complessa è invece la questione del sistema di gravame, non potendo le parti attribuire al giudice statale poteri e competenze che non ha, né introdurre mezzi di impugnazione ulteriori e diversi da quelli previsti dall'ordinamento di riferimento.

Una soluzione in linea di principio percorribile potrebbe essere quella di scegliere un arbitrato libero (riconosciuto dall'art. 35, V co., D. Lgs. n. 5/2003), posto che il lodo irrituale non è - o non dovrebbe essere - soggetto a revocazione e opposizione di

terzo, sicché l'assenza di tali mezzi di gravame nello Stato sede dell'arbitrato non porrebbe problemi di incompatibilità con la normativa italiana. Tuttavia, il ricorso all'arbitrato irrituale potrebbe essere invalido, e comunque comportare complicazioni, nello Stato sede dell'arbitrato - essendo l'arbitrato libero un fenomeno tipicamente italiano - e in ogni caso potrebbe non rispondere alle esigenze di soci e società, che dovrebbero rinunciare alla possibilità di eseguire il lodo.

Resta il fatto che il D. Lgs. n. 5/2003, nel consentire il ricorso all'arbitrato libero (che sfocia in un lodo non suscettibile di revocazione e opposizione di terzo), fa sorgere dubbi sulla portata inderogabile del sistema di gravame previsto dal legislatore del 2003, e soprattutto della revocazione straordinaria e dell'opposizione di terzo: non si comprende, infatti, perché le parti possano escludere tali strumenti di impugnazione optando per un arbitrato irrituale, ma non possano poi farlo scegliendo un arbitrato estero caratterizzato dal sistema impugnatorio previsto dalla *lex loci arbitratu*s.

### 3. Le sorti della clausola statutaria per arbitrato estero

Posto che l'arbitrato estero pone problemi di incompatibilità con le norme dell'arbitrato societario - specie se non consente l'intervento del terzo nel giudizio arbitrale o l'impugnabilità del lodo nelle forme previste in Italia -, occorre chiedersi quali siano le conseguenze di tale contrasto.

La tesi della nullità della clausola arbitrale non sembra francamente sostenibile.

L'art. 34 D. Lgs. 5/2003 stabilisce *expressis verbis* che la clausola compromissoria è nulla se prevede meccanismi di nomina degli arbitri diversi da quelli previsti *ex lege*, aggiungendo che non possono essere oggetto di arbitrato controversie per cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero. Non c'è una sola disposizione in tutto il D. Lgs. n. 5/2003 che imponga la fissazione in Italia della sede dell'arbitrato a pena di nullità della clausola arbitrale, il che porta a escludere - anche per il principio del *favor arbitratu*s - che la scelta di una sede straniera infici la volontà di compromettere delle parti. Anche se con una clausola per arbitrato estero, la volontà di arbitrare è stata espressa e non avrebbe senso far rivivere la giurisdizione ordinaria delle corti statali.

Il contrasto tra arbitrato estero e norme inderogabili potrebbe essere più ragionevolmente risolto con le due alternative di seguito indicate.

La scelta di fissare all'estero la sede dell'arbitrato potrebbe essere intesa come volontà delle parti di deferire la soluzione delle controversie endo-societarie a un arbitrato di

---

diritto comune interamente sradicato dall'ordinamento italiano e retto dalla *lex loci arbitratu*s. In pratica, si potrebbe sostenere che i soci non hanno voluto inserire nello statuto il meccanismo dell'arbitrato societario, ma hanno preferito deferire la soluzione di controversie a un arbitrato "tradizionale" - di diritto comune - retto, però, da legge straniera. L'applicazione delle norme dell'arbitrato societario sarebbe integralmente esclusa dalla volontà delle parti e il problema dell'incompatibilità con le disposizioni procedurali inderogabili del D. Lgs. n. 5/2003 sarebbe risolto a monte, perché le parti hanno deciso di optare per un arbitrato diverso dall'arbitrato societario.

A chi scrive l'opzione sembra percorribile, ma potrebbe considerarsi in contrasto con l'orientamento (per quanto criticabile) della Cassazione che ha bocciato il meccanismo del "doppio binario", sostanzialmente affermando che l'unico arbitrato possibile per le controversie endo-societarie è quello disciplinato dal D. Lgs. 5/2003 e che per tali controversie le società italiane non possono ricorrere all'arbitrato di diritto comune previsto dagli artt. 806 ss. del codice di procedura civile. *Mutatis mutandis*, aderendo a questo orientamento, si potrebbe sostenere che le società italiane non possano ricorrere neanche ad arbitrati di diritto comune previsti da ordinamenti stranieri.

Altra soluzione potrebbe essere quella di fare ricorso all'art. 816, Il co., c.p.c..

Infatti, applicando il principio di conservazione del contratto ed equiparando la scelta della sede estera a una mancata scelta delle parti, potrebbero essere utilizzati i meccanismi integrativi di localizzazione dell'arbitrato previsti proprio all'art. 816, Il co., c.p.c..

Del resto, se la scelta delle parti di fissare all'estero la sede dell'arbitrato è considerata nulla, non per questo deve essere investita di nullità l'intera clausola arbitrale. La volontà di arbitrare delle parti è stata validamente espressa ed è fatta salva ma, essendo nulla la scelta della sede, l'arbitrato sarà privo di sede. Le parti, o gli arbitri, potranno quindi procedere alla scelta della sede in un secondo momento, ovvero la sede sarà fissata, a norma dell'art. 816, Il co., c.p.c., nel luogo in cui è stata stipulata la clausola arbitrale. E poiché la clausola è inserita nello statuto di una società italiana, la sede dell'arbitrato non potrà che essere in Italia. L'arbitrato diventerà nazionale, ma non rivivrà la giurisdizione statale.

#### 4. Considerazioni conclusive

È indubbio che la presenza di una clausola per arbitrato estero nello statuto di una società italiana presenti complicazioni rispetto alle norme procedurali inderogabili

---

previste dal D. Lgs. n. 5/2003. Chi scrive ritiene che tali criticità non siano insormontabili e, in ogni caso, non possono mai condurre alla declaratoria di invalidità della clausola di arbitrato e alla conseguente reviviscenza della giurisdizione ordinaria. Un'attenta formulazione della clausola arbitrale può essere certamente di sostegno, ma è chiaro che, quando tra soci si apre un contenzioso (magari per il controllo della società), ogni minimo aspetto critico può essere utilizzato per esercitare pressioni sugli organi sociali.

Le criticità di cui si è detto offrono indubbiamente alle parti strumenti di pressione notevoli perché, specie in mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, la parte interessata potrebbe contestare la competenza arbitrale e provocare una duplicazione dei procedimenti, con conseguente aggravio dei costi. Ogni delibera assembleare potrebbe essere impugnata sia davanti alle corti statali (sulla presupposta invalidità della clausola arbitrale) sia davanti agli arbitri (per avere un paracadute nell'ipotesi in cui il Giudice declini la sua giurisdizione), con richiesta a entrambi di misure cautelari e conseguente rischio di conflitti tra pronunce e aggravio dei costi.

In assenza di precedenti in materia, l'unico modo per scongiurare tali rischi sarebbe quello di optare per un arbitrato nazionale e dunque sacrificare in qualche modo le esigenze del socio straniero, che è poi quello che potrebbe teoricamente preferire un arbitrato non italiano. Il sacrificio di tali esigenze - che spesso nascono dalla poca conoscenza (o fiducia) che gli stranieri hanno del sistema arbitrale italiano - potrebbe essere in qualche modo "compensato" dalla scelta di un arbitrato amministrato da una istituzione arbitrale internazionale. La reputazione internazionale delle camere fungerebbe in sostanza da "calmiere" rispetto alle esigenze di internazionalità del procedimento, in modo da costituire un qualche contrappeso di fronte alla scelta "imposta" di un arbitrato italiano.

## LA TEORIA DEL “GROUP OF COMPANIES”: CONFRONTO TRA ESPERIENZA STRANIERA E ITALIANA

Edoardo Marcenaro\*

La presente relazione riguarda l’ambito soggettivo di applicazione di una clausola compromissoria stipulata tra una società appartenente ad un gruppo e un terzo, per verificare se sia vincolante o meno nei confronti della capogruppo (e/o di altre società appartenenti al gruppo stesso) che non siano parti del contratto.

### 1. Teoria della volontà delle parti e della volontà implicita

Le pretese di soggetti terzi in arbitrato potrebbero essere introdotte nel procedimento arbitrale invocando la teoria del c.d. “*implied consent*”<sup>1</sup>, nel senso che una parte, pur non avendo sottoscritto una clausola compromissoria, può consentire a partecipare alla procedura arbitrale fintanto che sia stata coinvolta nella negoziazione, esecuzione o risoluzione del contratto.

Le due teorie più note derivanti dalla dottrina dell’“*implied consent*” sono: la teoria del “*group of companies*” in Europa e la teoria dell’“*Estoppel*” in USA.

#### 1.1 Teoria del “*group of companies*”

La teoria del “*group of companies*” può essere considerata sotto due diverse prospettive<sup>2</sup>:

- a) A livello internazionale, essendo stata per la prima volta applicata nell’arbitrato ICC del 1982 “*Dow Chemical vs Isover Saint-Gobain*”, nel quale gli arbitri hanno

---

\* Head of Legal Affairs, Global Generation, Enel S.p.A.

<sup>1</sup> In dottrina si vedano L. Brekoulakis, *Third parties in international commercial arbitration*, in *Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law, July 4<sup>th</sup>, 2011* e W.W. Park, *Non-Signatories and International contract: an arbitrator’s dilemma in Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford 2009.

<sup>2</sup> Per la più recente dottrina in materia, si vedano N.D. Rubins, *Group of Companies Doctrine and the New York Convention*, in E. Gaillard – D. Di Pietro, *Enforcement of arbitration agreements and arbitral awards – The New York Convention in practice*, Cameron May, 2009, pp. 449 ss.; L. Brekoulakis, *Multiparty and multicontract arbitration*, in [www.qfinance.com](http://www.qfinance.com). Per i principi fondamentali della teoria del “Group of Companies” in diritto internazionale, si rimanda a O. Sandrock, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, in 27 Int’l Law 941/1993.



deciso, applicando la legge francese che non richiede la forma scritta per la validità della clausola compromissoria<sup>3</sup>, circa la possibile partecipazione nella procedura arbitrale della società controllante, seppur non avesse sottoscritto il contratto oggetto della lite, sulla base dei seguenti principi:

- (i) la volontà delle parti di essere vincolate dalla clausola compromissoria;
- (ii) il gruppo di società inteso come “*one and the same economic reality*”;

(iii) il ruolo attivo della controllante del *claimant* nella conclusione, esecuzione e risoluzione del contratto.

In senso contrario, va segnalato che l'articolo II della Convenzione relativa al riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, richiede espressamente la forma scritta per la convenzione mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre le controversie ad arbitrato<sup>4</sup>, peraltro non vietando agli Stati aderenti di riconoscere la validità di clausole compromissorie che non siano “*in writing*”.

- b) A livello nazionale: con il più rilevante caso della giurisprudenza anglosassone “*Peterson Farms Inc. v C & M Farming Ltd*” del 2004, in cui la *High Court* inglese, chiamata a dare esecuzione a un lodo ICC, ha ritenuto che la teoria del “*Group of Companies*” non fosse applicabile alla fattispecie in esame (i.e. risarcimento del danno alle società controllate del *respondent*), in quanto non prevista dalla legge applicabile al contratto, sollevando inoltre il concetto di “*separate legal entities*” tra holding e società controllate.

---

<sup>3</sup> In particolare, gli artt. 1492 e ss. del Code de Procédure Civile (come modificati dalle disposizioni dei decreti sull'arbitrato internazionale rispettivamente del 1981 e del 2011), non richiedono alcun requisito di forma per la validità di una clausola compromissoria.

<sup>4</sup> L'articolo II della Convenzione relativa al riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, stabilisce che:

1. Ciascuno Stato contraente riconosce la convenzione scritta mediante la quale le parti si obbligano a sottoporre ad arbitrato tutte o talune delle controversie che siano sorte o possano sorgere tra loro circa un determinato rapporto giuridico contrattuale o non contrattuale, concernente una questione suscettiva d'essere regolata in via arbitrale.

2. Per «convenzione scritta» s'intende una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi.

3. Il tribunale di uno Stato contraente, cui sia sottoposta una controversia su una questione, per la quale le parti hanno concluso una convenzione secondo il presente articolo, rinvierà le medesime, a domanda d'una di esse, a un arbitrato, sempreché non riscontri che la detta convenzione sia caduca, inoperante o non sia suscettiva d'essere applicata.

L'importanza della legge regolatrice del contratto è altresì evidenziata dalla dottrina inglese, che segnala come "(...) *exceptions to the principle of privity of contract have to be derived from precise, well-defined largely recognized rules of the respective domestic law to which the arbitration agreement in question is subject*"<sup>5</sup>.

Altro caso rilevante in materia è *Dallah v. Government of Pakistan*, del 2010, in cui le corti inglesi in prima battuta non hanno accettato che il Governo del Pakistan, agendo da garante di una delle parti, partecipasse al procedimento arbitrale instauratosi sulla base di una clausola compromissoria che non aveva sottoscritto, mentre in un secondo momento (per l'esattezza due mesi dopo), la Corte di Appello di Parigi ha ritenuto lo stesso Governo del Pakistan tanto coinvolto nella operazione finanziaria da consentirne la partecipazione al procedimento arbitrale davanti alla ICC<sup>6</sup>.

Con riferimento al diritto italiano, viene in rilievo la natura prettamente consensuale della clausola compromissoria, che richiede la volontà espressa delle parti (art. 807 c.p.c.). Al riguardo, la dottrina ritiene che adottando presunzioni circa la volontà implicita delle parti, "la certezza dei rapporti contrattuali internazionali verrebbe completamente sconvolta a vantaggio di ogni sorta di ricostruzioni di volontà implicite, ipotetiche o immaginarie"<sup>7</sup>.

La teoria del "group of companies" nel sistema giuridico italiano deve essere analizzata tenendo in considerazione i seguenti istituti:

- 1) efficacia del contratto: ai sensi dell'art. 1372 c.c., il contratto ha forza di legge tra le parti e produce effetto rispetto ai terzi solo nei casi previsti dalla legge;

---

<sup>5</sup> O. Sandrock, *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, in *The Arbitration Agreement - Its multiple critical aspects*, ASA Special Series No. 8, at 165, 169 (1994), citato in N.D. Rubins, *Group of Companies Doctrine and the New York Convention*, cit., pag. 473.

<sup>6</sup> In particolare, Lord Collins per la Suprema Corte inglese, concluse che: "There was no material sufficient to justify the tribunal's conclusion that the Government's behavior showed and proved that the Government had always been, and considered itself to be, a true party to the Agreement and therefore to the arbitration agreement. On the contrary ( ...) on the face of the Agreement the parties and the signatories were Dallah and the Trust". In senso contrario la Corte d'Appello di Parigi ha stabilito che: "(...) The Government behaved as if the Contract was its own; (...) this involvement of (the Government), in the absence of evidence that the Trust took any actions, as well as (the Government's ) behavior during the pre-contractual negotiations, confirm the creation of the Trust was purely formal and that (the Government) was in fact the true Pakistan party in the course of the economic transaction".

<sup>7</sup> A. Giardina, *Arbitrato Transnazionale e Lex Mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., Anno XVIII n. 4, ottobre – dicembre 1982, che commenta la sentenza della Corte di Cassazione dell'8 febbraio 1982 n. 722 in materia di riconoscimento di sentenze arbitrali straniere. Si veda, in particolare pag. 758.

- 2) l'articolo 1411 c.c. disciplina il contratto a favore di terzi;
- 3) l'articolo 1388 c.c. stabilisce che il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato; ai sensi dell'articolo 1398 c.c., colui che ha contrattato come rappresentante senza avere i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto;
- 4) da ultimo l'art. 1341 c.c. stabilisce che "non hanno effetto, se non sono specificatamente approvate per iscritto le condizioni che stabiliscono (...) clausole compromissorie o der oghe alla competenza dell' autorità giudiziaria".

## 1.2 Teoria dell'"estoppel"

In *common law* è diffusa la teoria dell'"estoppel", secondo la quale quando una persona, mediante dichiarazioni o la propria condotta, volontariamente o negligenzemente induce un'altra ad agire sulla base delle une o dell'altra, ad essa è fatto divieto ("estoppel") di invocare l'invalidità delle proprie dichiarazioni o disconoscere la propria condotta, se ciò arreca pregiudizio alla persona che su di esse ha fatto affidamento<sup>8</sup>.

Questo istituto è presente nei sistemi legislativi britannico, australiano e statunitense, ed è di diverse tipologie secondo la prova portata come evidenza della dichiarazione contraddittoria precedente<sup>9</sup>.

Può essere assimilato all'"*exceptio doli*" o divieto di "*venire contra factum proprium*" dei sistemi di *civil law*, sancito altresì dall'art. 1.8 dei Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali del 2010, che recita: "una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio"<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Un caso cardine fondato sul principio dell'"estoppel" è *Combe v. Combe* [1951] 2 KB 215.

<sup>9</sup> Si veda O. Sandrock, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, cit. in nota 3, con una interessante comparazione tra diritto francese, inglese, americano, tedesco e svizzero.

<sup>10</sup> Per tutti si veda, M.J. Bonell, *Un"codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995.

## 2. Sviluppi recenti nei regolamenti e nella prassi arbitrali

Le nuove regole ICC del 2012 nulla prevedono in materia di validità di una clausola compromissoria nei confronti di soggetti terzi che non l'abbiano sottoscritta.

L'art. 6.4 stabilisce che: *"The arbitration shall proceed if and to the extent that the Court is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist"*.

Inoltre, l'art.7, rubricato *Joinder of additional parties* consente di chiamare terzi nel procedimento arbitrale con la c.d. *Request for Joinder*, che una volta depositata, rende l'arbitrato pendente a tutti gli effetti anche nei confronti del terzo<sup>11</sup>.

Vi è in ogni caso una certa tendenza da parte della giurisprudenza arbitrale ICC di riconoscere che una clausola compromissoria sottoscritta da una società appartenente a un gruppo può vincolare la capogruppo o altre società che abbiano avuto un ruolo rilevante nella negoziazione, conclusione, esecuzione e/o risoluzione del contratto.

Il regolamento arbitrale UNCITRAL del 2010, d'altro canto, prevede la possibilità di far rientrare nel procedimento arbitrale richieste di terzi solamente a condizione che vi sia il consenso unanime delle parti della disputa<sup>12</sup>.

## 3. Conclusioni

Gli ordinamenti nazionali, nella maggior parte dei casi, hanno sviluppato normative sempre più dettagliate da tenere in considerazione quando si applica la teoria del *"group of companies"*. In particolare, le regole sull'efficacia del contratto, il contratto a favore di terzi, la rappresentanza e l'*"estoppel"* hanno determinato la creazione di sistemi giuridici certi e stabili.

I tribunali, sia ordinari sia arbitrali, devono dunque tenere in conto principalmente i fatti oggetto della controversia nonché la volontà delle parti alla luce dei principi di buona

---

<sup>11</sup> In particolare, l'art. 7.1 ICC stabilisce che *"A party wishing to join additional party to the arbitration shall submit its request for arbitration against the additional party (the "Request for Joinder") to the Secretariat. The date on which the Request for Joinder is received by the Secretariat shall, for all purposes, be deemed to be the date of the commencement of arbitration against the additional party"*.

<sup>12</sup> Ai sensi dell' art. 17.5 del regolamento arbitrale UNCITRAL del 2010 *"The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration"*.

---

fede e legittima aspettativa delle parti stesse. Considerata la diversa tendenza della giurisprudenza nazionale dei vari Paesi a non riconoscere la teoria del “*group of companies*” rispetto alla tendenza in senso contrario dei più recenti lodi specie ICC in materia, il problema di base che si cerca nella maggior parte dei casi di risolvere riguarda l’evidenza, per non di re la prova, del consenso della società terza a partecipare al procedimento pur non avendo sottoscritto la clausola compromissoria, problema quasi sempre preso in considerazione sotto il profilo contrattuale piuttosto che quello fattuale e sostanziale; in tal senso, giudici e arbitri nel prendere la loro decisione dovrebbero porsi la seguente domanda: che ruolo ha avuto la società che non ha sottoscritto il contratto, sia essa la controllante o una controllata, nella negoziazione, esecuzione ed eventuale risoluzione del contratto oggetto della controversia?

Inoltre, anziché applicare i principi del diritto del commercio internazionale e la c.d. *lex mercatoria*, i tribunali arbitrali in particolare dovrebbero decidere sui vari contenziosi tenendo in considerazione i suddetti istituti dell’efficacia del contratto, il contratto a favore di terzi, la rappresentanza e l’*estoppel*. La dottrina italiana in materia, sin dal 1982, rileva come “la soluzione di problemi concreti attinenti all’arbitrato commerciale internazionale possa ancor oggi esser meglio fornita da sicuri argomenti di fatto e di interpretazione giuridica, piuttosto che da affermazioni teoriche e di principio tanto moderne ed affascinanti quanto incerte nei loro presupposti e implicazioni”<sup>13</sup>.

In conclusione, ribadendo la primaria importanza della volontà delle parti, potrebbe essere auspicabile prevedere o escludere *ex ante* nella clausola compromissoria la possibilità per altre società appartenenti allo stesso gruppo, ivi inclusa la capogruppo, che non hanno sottoscritto il contratto, di partecipare al procedimento arbitrale. Resta inteso che una simile soluzione deve essere valutata caso per caso sulla base della opportunità o meno di estendere la controversia al gruppo anziché limitarla alla società parte del contratto oggetto della controversia, sempre tenendo a mente l’ordinamento giuridico di riferimento richiamato dalla clausola contrattuale della legge applicabile.

---

<sup>13</sup> A. Giardina, *Arbitrato Transnazionale e Lex Mercatoria di Fronte alla Corte di Cassazione*, in Riv. Dir. Int. Priv. Proc., cit. in nota 8, p. 765.

---

## ARBITRATO SOCIETARIO E CONTROVERSIE INFRAGRUPPO: L'AZIONE DI RESPONSABILITÀ DA DIREZIONE E COORDINAMENTO

*Valentina Allotti\**

### 1. Premessa

Attraverso la previsione di una clausola compromissoria nello statuto, la decisione delle controversie (tutte o solo alcune, a seconda della formulazione della clausola stessa) insorgenti fra soci o fra soci e società che abbiano a oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale è rimessa ad arbitri, secondo le modalità proprie dell'arbitrato societario introdotto dal d.lgs. 5 del 2003.

Si vuole qui indagare l'operatività dello strumento arbitrale in un contesto di gruppo, quando la clausola compromissoria è inserita nello statuto di una società eterodiretta e la controversia riguarda la responsabilità da direzione e coordinamento della società controllante.

Si assume che il potere di direzione e coordinamento della capogruppo sia fondato sulla partecipazione al capitale della società figlia; infatti, proprio in quanto socia, la società controllante risulta essere vincolata alla clausola compromissoria statutaria di quest'ultima<sup>1</sup>. Si assume poi che la clausola compromissoria abbia una formulazione ampia, volta a ricomprendere tutte le controversie che possono sorgere dal rapporto sociale (art. 34, d.lgs. 5 del 2003).

La domanda che ci si pone è: può l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. essere esercitata in via arbitrale? Se sì, con quali modalità e limiti? Occorre seguire una particolare cautela nella redazione della clausola compromissoria?

Per rispondere, occorre definire l'ambito di applicazione della clausola compromissoria statutaria. Si tratta in altri termini di stabilire se la controversia in questione abbia ad oggetto diritti disponibili e se sia riferibile al rapporto sociale, come richiesto dal citato art. 34 del d.lgs. 5 del 2003.

---

\* Dirigente, Area Mercato dei Capitali e Società Quotate, Assonime

<sup>1</sup> Diverso sarebbe il caso dell'attività di direzione e coordinamento esercitata in virtù di vincoli contrattuali esterni al rapporto partecipativo, nel quale l'applicabilità della clausola compromissoria statutaria dovrebbe essere esclusa. Questo non impedisce che nei rapporti tra controllante da contratto e controllata possa essere prevista una clausola compromissoria; altra questione ancora, che non viene esaminata in questa sede, è quella della previsione di clausole compromissorie nei regolamenti di gruppo.

---

Ci si chiede poi se la soluzione a cui si perviene sarebbe diversa nel caso in cui la società eterodiretta fosse una società quotata. Il dubbio sorge perché l'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003 esclude espressamente la possibilità di prevedere clausole arbitrali statutarie per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. La domanda offre in realtà lo spunto per fare alcune riflessioni sulla scelta del legislatore italiano di precludere il ricorso all'arbitrato societario alle società quotate, alla luce della diversa tendenza che sembra emergere dall'esperienza internazionale.

## 2. Cenni sulla responsabilità da direzione e coordinamento

Prima di esaminare la questione se l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento possa essere decisa da arbitri, appare opportuno richiamarne molto sinteticamente i presupposti.

Ai sensi dell'art. 2497 c.c., le società che esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o al trui in violazione dei principi di corretta gestione societaria o imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

La responsabilità non sussiste quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette (cd. vantaggi compensativi). L'azione di responsabilità è promossa dal socio della società eterodiretta, ma il socio può agire nei confronti della capogruppo solo se non è stato soddisfatto dalla società soggetta a direzione e coordinamento.

Si tratta di una responsabilità diretta della capogruppo nei confronti dei soci della società controllata per danno riflesso, che deriva cioè dal pregiudizio arrecato alla società soggetta a direzione e coordinamento e alla sua idoneità a produrre reddito.

La natura della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, della capogruppo è discussa<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Per una ricostruzione dei termini del dibattito e per il rinvio alle posizioni della dottrina, si rinvia a G. Sbisà, *Commento sub art. 2497, Direzione e coordinamento di società, Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano 2012, p. 81 ss..



La relazione al d.lgs. 6 del 2003, che ha introdotto la disciplina sulla direzione e coordinamento di società, parla di responsabilità extracontrattuale. Nello stesso senso si sono espresse le prime decisioni giurisprudenziali e parte della dottrina<sup>3</sup>, che sottolinea come l'art. 2497 c.c. ricalca lo schema della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., sanzionando una condotta illecita definita espressamente come fatto lesivo e legittimando all'azione risarcitoria soggetti privi di qualsivoglia rapporto contrattuale con la *holding*. Secondo questa lettura, la direzione e coordinamento è dunque un'attività svolta dall'esterno ed è esercizio di una facoltà, non attuazione di un obbligo. Non si tratta perciò di una situazione configurabile come rapporto giuridico, da cui derivino diritti e obblighi per le parti per quanto concerne il compimento di operazioni imprenditoriali, ma di una situazione di mero fatto suscettibile di manifestarsi con le più diverse modalità<sup>4</sup>.

Vi sono tuttavia autorevoli commentatori che attribuiscono natura contrattuale alla responsabilità ex art. 2497 c.c., in quanto scaturente dalla violazione di obblighi specifici di comportamento individuati dalla norma; alla stessa conclusione pervengono recenti decisioni della giurisprudenza<sup>5</sup>. Viene al riguardo fatto rilevare che la regola di comportamento imposta dalla norma, e cioè l'osservanza dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, individua un obbligo di prestazione specifica a vantaggio di una o più controparti determinate o determinabili (i soci di minoranza e i creditori della società eterodiretta), tipica della responsabilità contrattuale. In altri termini, la clausola della correttezza gestionale societaria e imprenditoriale sarebbe espressione riassuntiva della serie dei doveri e dei canoni di comportamento che s'impongono al soggetto che esercita la direzione e coordinamento di società<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> “La responsabilità dettata da questa impostazione normativa è apparsa fundamentalmente di stampo aquiliano e necessariamente della controllante direttamente verso i danneggiati”, Relazione allo schema di d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, p. 3, pubblicato in Riv. Soc. 2003, I, 112. T. Napoli, sez. IV, 28 maggio 2008 (almeno con riferimento ai creditori sociali); T. Roma, 17 luglio 2007; T. Pescara, 3 febbraio 2009. In dottrina si ricordano, senza alcuna pretesa di completezza: G. Sbisà, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, Contr. Impr. 2003, p. 591; F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, 2005, p. 102 ss.

<sup>4</sup> In questi termini, G. Sbisà, *Responsabilità della capogruppo e vantaggi compensativi*, cit. in nota 17.

<sup>5</sup> Trib. Milano 17 giugno 2011; Trib. Milano 22 luglio 2013. In dottrina si ricordano, fra gli altri: A. Pavone La Rosa, *Nuovi profili della disciplina dei gruppi di società*, Riv. Soc. 2003, p. 770; V. Cariello, *Direzione e coordinamento di società*, in a cura di G. Niccolini – A. Stagno d'Alcontres, *Commentario*, Napoli 2004, p. 1853; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Giuffrè, Milano 2010, p. 35.

<sup>6</sup> G. Scognamiglio, “*Clausole generali*”, *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, Riv. Dir. Priv., 2011, 4, p. 517.



---

La questione sulla natura della responsabilità da direzione e coordinamento rileva, come vedremo in seguito, per stabilire se la relativa controversia sia relativa al rapporto sociale e quindi assoggettabile ad arbitrato societario.

### 3. Arbitrato societario e azione di responsabilità nei confronti della capogruppo

L'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003 definisce i limiti (oggettivi) del ricorso all'arbitrato societario con riferimento a due parametri fondamentali: quello della disponibilità del diritto oggetto della controversia e quello della riferibilità della controversia al rapporto sociale. Il primo parametro individuato dall'art. 34 fa riferimento alla compromettibilità per materia e attiene alla natura del diritto controverso. Il secondo riguarda invece l'ambito di applicazione oggettivo della clausola e la circostanza che la lite sia ad essa riconducibile in quanto relativa al rapporto sociale.

I due profili vanno letti congiuntamente e si spiegano alla luce delle peculiarità dell'arbitrato societario, che è stato introdotto come forma di giustizia del gruppo sociale organizzato. È la dimensione societaria e organizzativa della clausola compromissoria statutaria che ne delimita la portata, oggettiva e soggettiva, e che ne giustifica la disciplina speciale, con particolare riferimento alle modalità di nomina degli arbitri, alla pubblicità della domanda di arbitrato e anche alla possibilità di intervento nel procedimento di altri soci e di terzi.

Il parametro della disponibilità del diritto controverso deve dunque essere inquadrato alla luce della natura del rapporto societario relativamente al quale sorge la lite. Si tratta qui di un rapporto di natura associativa che vincola più soggetti nel perseguimento di un interesse comune: la disponibilità del diritto deve a sua volta essere valutata dal punto di vista del gruppo sociale e non del singolo socio. È dunque il potere di disposizione della società, in quanto gruppo organizzato, sul diritto controverso che ne determina la natura disponibile e quindi la sua compromettibilità<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> In questo senso si vedano, tra gli altri, A. Zoppini, *I "diritti disponibili relativi al rapporto sociale" nel nuovo arbitrato societario*, Riv. Soc. 2004, p. 1173; I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, Società 2011, p. 450; I. Capelli, *La disponibilità dei diritti nelle controversie societarie*, Riv. Dir. Soc. 2011, p. 670. Questo approccio consente di superare l'impostazione consolidata della giurisprudenza che era solita ricondurre la compromettibilità o meno della lite alla natura degli interessi coinvolti nella stessa, distinguendo tra controversie che attengono agli interessi individuali dei soci, e che sono sicuramente arbitrabili, e controversie che riguardano invece interessi della società o interessi collettivi di soci e terzi.

L'art. 34 prevede poi che la controversia deve essere relativa al rapporto sociale. La clausola compromissoria statutaria potrà dunque applicarsi alle controversie relative all'esistenza o all'inesistenza del rapporto sociale, alla sua qualificazione e disciplina, ma anche a quelle che trovano nel rapporto sociale la loro fattispecie costitutiva. Diversamente la clausola arbitrale statutaria, in quanto regola organizzativa del gruppo sociale, non è applicabile ad altri rapporti eventualmente intercorrenti, a diverso titolo, tra soci e tra soci e società<sup>8</sup>. In tale generica formula dovrebbero rientrare dunque non solo le controversie che abbiano direttamente a oggetto il rapporto sociale, ma altresì quelle che lo investano unicamente in via indiretta e mediata, involgendo un diritto o una situazione sostanziale che trova in quel rapporto la sua ragione giustificatrice<sup>9</sup>.

Individuati così i limiti (oggettivi) dell'arbitrato societario, si può tornare alla domanda iniziale e chiedersi se l'azione di responsabilità nei confronti della capogruppo ex art. 2497 c.c. possa essere esercitata in via arbitrale. In altri termini ci si chiede se l'azione di responsabilità da direzione e coordinamento abbia ad oggetto un diritto disponibile e, soprattutto, se la controversia sia riferibile al rapporto sociale.

Quanto al primo profilo, l'art. 2497 c.c. tutela l'interesse del socio alla redditività e al valore della partecipazione sociale, che subisce un danno a causa della violazione di quei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale che la società capogruppo è tenuta a rispettare nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento; da qui il diritto ad agire nei confronti della capogruppo per il risarcimento del danno subito. Si tratta di un diritto patrimoniale, per sua natura disponibile.

Quanto al secondo profilo, si può osservare che se la direzione e coordinamento, da un lato, è un potere che nasce da una situazione di controllo, che a sua volta si basa (almeno nella fattispecie che stiamo considerando) sul possesso di una partecipazione sociale qualificata nella società eterodiretta; dall'altro, essa realizza un'attività ulteriore rispetto al controllo e ai poteri attribuiti al socio in grado di esercitare un'influenza dominante nelle assemblee all'interno della società.

---

<sup>8</sup> A. Ruotolo, *Le clausole arbitrali e l'attività notarile*, Studio n. 5856/I, 2005, Consiglio Nazionale del Notariato; I. Pagni, *Arbitrato societario e arbitrato di diritto comune in materia societaria dopo l'intervento della Cassazione n. 24867/2010*, cit. in nota 21; M. Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, Giust. Civ. 2003, II, p. 473.

<sup>9</sup> A. Ruotolo, *Le clausole arbitrali e l'attività notarile*, cit. in nota 23; sul tema si veda anche G. Cabras, *Arbitrato societario, arbitraggio gestionale e conciliazione stragiudiziale*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'Alessandro, vol. I, *Il processo commerciale e l'arbitrato societario*, Piccin, Padova 2009, p. 233; A. Briguglio, *Gruppi societari e arbitrato*, Rass. Giur. En. El. 2004, p. 725.

---

Ci si deve allora chiedere se l'attività di direzione e coordinamento, e quindi la controversia sulla responsabilità della capogruppo, sia riconducibile al rapporto sociale, nel senso previsto dall'art. 34 del d.lgs. 5 del 2003.

La risposta sembra dipendere da come si considera l'attività di direzione e coordinamento: se come un fattore diciamo "esterno" alla società eterodiretta oppure come un fattore "interno", che ne permea le regole organizzative e di funzionamento e che, in definitiva, ne caratterizza lo stesso rapporto sociale. La questione appare strettamente connessa a quella relativa alla definizione della natura, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità da direzione e coordinamento.

Se si legge, come appare preferibile, la responsabilità della capogruppo in chiave contrattuale, si sottolinea il rapporto giuridico diretto che si crea tra la capogruppo e i soci della società eterodiretta in virtù di uno standard di comportamento, la corretta gestione societaria e imprenditoriale, richiesta dall'art. 2497 c.c.. Si tratterebbe allora di un'obbligazione giuridica che trova la sua fonte nel potere di direzione e coordinamento e che si riflette anche sulle modalità organizzative e di funzionamento della società figlia. Si pensi, solo a titolo d'esempio, alla previsione dell'art. 2497-ter c.c. che impone agli amministratori della società eterodiretta una puntuale indicazione degli interessi la cui valutazione ha inciso sull'assunzione della decisione originata dall'influenza della controllante; obbligo di motivazione che comporta un potere/dovere degli amministratori della società eterodiretta di adeguatamente considerare le finalità sottostanti all'esercizio della direzione unitaria nella determinazione del contenuto dell'interesse della società. In questa prospettiva, appare difficile negare la riconducibilità della controversia al rapporto sociale e quindi la sua deferibilità in arbitrato.

A una conclusione diversa si dovrebbe probabilmente giungere qualora si aderisse alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità da direzione e coordinamento. In questo caso, infatti, l'attività di direzione e coordinamento sarebbe considerata estranea al rapporto sociale e la relativa controversia non sarebbe riconducibile alla clausola arbitrale statutaria.

Altra e ancora differente questione è quella dell'efficacia della soluzione arbitrale per le controversie in materia di responsabilità da direzione e coordinamento. Il tema, che qui si vuole solamente accennare, è quello della capacità del procedimento arbitrale di coinvolgere tutti i soggetti potenzialmente interessati alla controversia.

La disciplina sulla responsabilità da direzione e coordinamento estende l'obbligo di risarcimenti del danno, in via solidale, a carico di chi abbia preso parte al fatto lesivo e,

nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio (art. 2497, comma 2, c.c.). Si può quindi immaginare il coinvolgimento dei componenti di vertice della capogruppo, dei partecipanti a un patto di sindacato nel quale sono accentrato le decisioni più rilevanti, dei soci della controllante, degli amministratori della società controllata, dei sindaci della holding e della società eterodiretta, ma anche dei soci esterni e dei creditori della società capogruppo, e così via.

L'ambito soggettivo di applicazione della clausola arbitrale contenuta nello statuto dipende dalla sua formulazione: essa può infatti avere ad oggetto anche le controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci o nei loro confronti, se così prevede; in questo caso, la clausola è vincolante per costoro a seguito dell'accettazione dell'incarico (art. 34, comma 4, d.lgs. 5 del 2003). La disciplina sull'arbitrato societario consente poi l'intervento volontario di terzi e l'intervento su istanza di parte o dell'arbitro per gli altri soci nel procedimento arbitrale già avviato, fino alla prima udienza di trattazione (art. 35, comma 2, d.lgs. 5 del 2003).

L'utilizzabilità quindi dello strumento arbitrale per le controversie infragruppo richiede un'attenta analisi dell'ambito di applicazione della clausola compromissoria e del procedimento arbitrale e anche una particolare attenzione nella redazione della clausola stessa.

#### **4 Arbitrato societario e società quotate**

L'ultima questione che si vuole esaminare è se l'azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. possa essere esercitata in via arbitrale nel caso in cui la capogruppo sia quotata.

Il dubbio almeno astrattamente si pone perché il d.lgs. 5 del 2003 ha introdotto un divieto di arbitrato societario per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 34, comma 1). Alle società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante, individuate ai sensi dell'art. 2325-*bis*, c.c., è dunque precluso il ricorso all'arbitrato per le controversie intrasocietarie.

Nel caso di azione di responsabilità da direzione e coordinamento intrapresa per via arbitrale nei confronti della capogruppo quotata, però, il divieto di arbitrato societario non dovrebbe rilevare, poiché la controversia sarebbe relativa al rapporto sociale della società eterodiretta e non della capogruppo.

Tecnicamente dunque non sarebbe una controversia endosocietaria della controllante e quindi non dovrebbe essere colpita dal divieto di cui all'art. 34. Appare però possibile

---

ipotizzare che, se ne ricorrono i presupposti, possono prendere parte all'arbitrato tra controllante e controllata, attraverso l'istituto dell'intervento di terzi, anche gli amministratori, i sindaci o i soci della capogruppo. Si tratta, a ben vedere, degli stessi soggetti ai quali è precluso il ricorso all'arbitrato societario in caso di controversia interna alla capogruppo stessa. Anche se è facile rilevare la differenza delle due situazioni: l'intervento di questi soggetti nell'arbitrato tra controllante e controllata avverrebbe infatti su base volontaria; sembrerebbero dunque non porsi i problemi di "violazione" del principio consensualistico dell'arbitrato adottati a sostegno del divieto di arbitrato societario per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

La questione offre comunque lo spunto per alcune rapide riflessioni sulla scelta del legislatore italiano di precludere l'arbitrato per le controversie intrasocietarie alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, alla luce di orientamenti diversi che emergono invece dall'esperienza estera.

Sul piano internazionale, il tema dell'arbitrato societario è visto nell'ottica dell'efficienza della *governance* e delle regole di diritto societario, efficienza che non discende solo dalla scelta delle regole sostanziali, ma anche dalle modalità - e dai tempi - che consentono di amministrare le controversie che si determinano nella vita della società.

La *Corporate Affairs Division* dell'OCSE si è occupata del tema arbitrato e *corporate governance*, con riferimento tanto alle società chiuse quanto alle società aperte e quotate, come veicolo per rafforzare la tutela degli azionisti e incoraggiare gli investitori esteri, soprattutto nei mercati emergenti<sup>10</sup>. Si segnala poi l'esperienza di diversi paesi che hanno previsto espressamente l'arbitrato societario per le società quotate come incentivo agli investimenti esteri: si veda il caso del Brasile, dell'Argentina, del Cile e della Cina.

---

<sup>10</sup> In un primo incontro, svoltosi nel 2003, è stata riconosciuta la specificità delle controversie endosocietarie; in quella sede, veniva analizzata la diversa diffusione dell'arbitrato come mezzo per la soluzione di controversie endosocietarie in diverse giurisdizioni, e venivano riconosciuti i maggiori ostacoli che incontra l'arbitrato inerente società con titoli quotati rispetto a quello relativo a società cosiddette chiuse ("*privately held companies*"); ciononostante, si registrava una tendenza crescente all'utilizzo dell'arbitrato come mezzo di soluzione anche delle controversie tra società quotate ed i loro soci, a dispetto delle difficoltà legali, di *policy* e pratiche che esso solleva. Successivamente, nel marzo 2006, l'OCSE, insieme con il centro per lo studio del diritto commerciale di Stoccolma, avviava un programma, coinvolgendo numerosi esperti appartenenti sia al settore pubblico sia a quello privato ed organizzazioni internazionali non governative, al fine di valutare i costi necessari per orientare i legislatori di paesi non appartenenti all'organizzazione per la cooperazione allo sviluppo economico a strutturare le riforme necessarie per disciplinare nei rispettivi paesi l'arbitrato endosocietario per le società quotate e dettare le direttive pratiche per la protezione dei diritti degli azionisti.

---

L'art. 34 del d.lgs. 5/2001 ha escluso dall'ambito di applicazione dell'arbitrato societario le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, anche se la legge delega non prevedeva alcuna limitazione. Prima della riforma del 2003, nel nostro ordinamento non mancavano società che facevano ricorso al mercato del capitale del rischio e che prevedevano una clausola compromissoria.

Non sono chiare le motivazioni di tale scelta né sembra che la struttura del capitale debba influire sulla scelta delle modalità di composizione della controversia tra soci e società.

Diverse sono le motivazioni addotte dai primi commentatori a sostegno di tale scelta. Innanzitutto, la violazione del principio consensualistico che governa l'istituto arbitrale. Si è infatti affermato che il piccolo investitore, interessato non tanto alla gestione della società quanto alla massimizzazione del proprio investimento, sarebbe tipicamente ignaro del contenuto dei documenti sociali e questo comporterebbe il rischio di divenire parte di un procedimento arbitrale (e rinunciare alla giustizia ordinaria) senza averne la piena consapevolezza. Questo timore sembra però rivelare un pregiudizio di fondo rispetto all'arbitrato che si ritiene che possa offrire meno garanzie rispetto al processo ordinario. Altre obiezioni, per lo più di natura fattuale, riguardano il problema del potenziale numero elevato di partecipanti all'arbitrato, nonché della loro disomogeneità, e la questione dei costi della procedura.

Non sono tuttavia mancate voci critiche rispetto alla scelta del legislatore italiano<sup>11</sup>. Riprendendo queste voci e volgendosi in un'ottica di maggiore efficienza della giustizia, sarebbe forse da valutare l'opportunità di ampliare gli strumenti per la risoluzione delle controversie a disposizione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, anche eliminando il divieto di arbitrato societario.

---

<sup>11</sup> Si veda ad esempio P. Bernardini, *Il decreto legislativo in attuazione dell'art. 12 della legge n. 366 del 3.10.2001 per la riforma del diritto societario*, in Atti del Convegno dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, "Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie", Roma 7 novembre 2002, p. 21.