This is a pre print version of the following article:

Ancora una netta presa di posizione a favore dell’arbitrabilità della delibera di approvazione del bilancio, ma non a favore dell’arbitrato
societario / De Santis, Michela; Winkler, Matteo. - In: RIVISTA DELL'ARBITRATO. - ISSN 1122-0147. - STAMPA. - 2:(2012), pp. 115-134.

Terms of use:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

28/04/2024 18:49

(Article begins on next page)

NOMELAV: ottolinivarese.it PAG: 1 SESS: 88 USCITA: Mon Oct 22 12:29:06 2012
/giuffre/giuffre/riviste/arb–4–2012/12–piergrossi–de–santis

TRIBUNALE DI MODENA, Sez. I civile; sentenza 25 ottobre 2011; ROVATTI *Pres.*; DI PASQUALE *Est.*; M.A. c. Cogenergy S.p.a.

Arbitrato societario - Impugnativa di delibera assembleare di approvazione del bilancio - Compromettibilità in arbitri - Sussistenza.

Arbitrato - Decisione sulla compromettibilità in arbitri - Natura della pronuncia - Merito.

Sono compromettibili in arbitri le controversie in materia di impugnazione delle delibere assembleari di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso.

Stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile — ovvero sia stata correttamente deferita — agli arbitri costituisce una questione di merito, restando conseguentemente esclusa l'applicazione della disciplina processuale in materia di conflitti di competenza fra giudici.

CENNI DI FATTO. — M.A. propone impugnazione avverso le deliberazioni dell'assemblea della società X S.p.a., con le quali è stata approvata situazione patrimoniale che evidenziava come la società si trovasse nelle condizioni di cui all'art. 2447 c.c. —, ed è stato deliberato l'azzeramento del capitale sociale ed il successivo aumento a pagamento in denaro con sovrapprezzo.

L'attore lamenta che la situazione patrimoniale non sia stata redatta con chiarezza e non fornisca una rappresentazione veritiera e corretta delle condizioni patrimoniali e finanziarie della società e del risultato economico di esercizio. L'attore, con separato ricorso, chiede, in via cautelare, la sospensione delle deliberazioni impugnate, ai sensi dell'art. 2378 commi 3 e 4 c.c.

Il Presidente del Tribunale emetto il provvedimento richiesto dal ricorrente, fissando l'udienza per la conferma, modifica della sospensione.

Si costituisce X S.p.a. eccependo in via pregiudiziale l'improcedibilità, o comunque l'inammissibilità o nullità, del ricorso e/o del procedimento, per violazione della clausola arbitrale contenuta nello Statuto S.p.a.

Con ordinanza successiva è revocato il provvedimento di sospensione e dichiarata improponibile, la domanda cautelare di sospensione.

Avverso tale ordinanza è proposto da M.A. reclamo *ex* art. 669-**terdecies** c.p.c., respinto dal Tribunale per carenza del requisito del *fumus* della domanda cautelare.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — 1) L'art. 32 dello Statuto di X S.p.a. dispone che « Qualsiasi controversia che dovesse insorgere tra i soci e la società e/o gli amministratori e/o i sindaci e/o i liquidatori ad eccezione delle controversie che per legge non possono compromettersi e di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, saranno decise in via esclusiva per mezzo di un arbitrato rituale di diritto... La devoluzione di arbitrato non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-*quater* del codice di procedura civile, fatto salvo il potere degli arbitri di disporre la sospensione dell'efficacia

delle delibere assembleari secondo quanto previsto dall'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 ». (*Omissis*).

2) Si deve fare riferimento agli artt. 34 ss. del D.Lgs. n. 5/2003 — tuttora vigenti — che hanno ridisegnato l'istituto dell'arbitrato nelle controverse societarie. L'art. 34, comma 1 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, stabilisce che le clausole compromissorie inserite negli statuti sociali possono « prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra soci ovvero tra soci e società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale ».

Con riferimento alle impugnative delle delibere sociali, però, deve tenersi conto della necessità di coordinare l'art. 34 con le previsioni degli artt. 35, comma 5, e 36, comma 1, del medesimo decreto legislativo: il primo prevede che la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'art. 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamatile, la sospensione dell'efficacia della delibera; il secondo, che « anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2, c.p.c., quando per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari ».

3) Parte attrice fa riferimento a giurisprudenza non pertinente, perché relativa a controversie introdotte prima della entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Nel vigore delle norme previgenti era prevalente, nella giurisprudenza di legittimità, la tesi che il problema non potesse essere risolto in astratto, ma solo con riferimento all'oggetto della deliberazione impugnata, riconoscendo o negando la compromettibilità della controversia a seconda che esso coinvolgesse gli interessi individuali dei singoli soci ovvero interessi di carattere più generale, come quelli posti a tutela della società o che concernono la violazione di norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi. A tal fine, peraltro, si era precisato che l'area della indisponibilità doveva ritenersi circoscritta a quegli interessi protetti da norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte, quali le norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio (v. per tutte Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2005, n. 3772).

4) Con la riforma del diritto societario la situazione é radicalmente mutata. In primo luogo il legislatore societario ha previsto la possibilità di deferire agli arbitri ogni ipotesi d'impugnativa di delibere assembleari.

La linea di confine tra liti arbitrabili e non arbitrabili é ora ancorata alla distinzione tra diritti disponibili e diritti indisponibili.

Si può a tal fine ritenere — come fa anche parte ricorrente — che tra i vari orientamenti affermatisi prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario in relazione al profilo dell'indisponibilità dei diritti quale limite di arbitrabilità per le impugnazioni di delibere societarie in base al disposto dell'art. 806 c.p.c., doveva ritenersi preferibile quello che, partendo dall'orientamento prevalente basato sulla qualificazione, sociale o personale, dell'interesse fondante il potere di impugnazione e quindi sulla distinzione tra azioni *uti singulus* e *uti socius*, ne ren-

deva più concreta la portata attraverso l'affermazione della disponibilità di tutte le controversie aventi ad oggetto delibere annullabili e dell'indisponibilità di tutte le controversie aventi ad oggetto delibere nulle.

Tale opinione va esaminata — ed aggiornata — alla luce dell'attuale particolare regime dell'invalidità delle deliberazioni assembleari societarie.

Con la riforma del diritto societario sono state individuate rigorosamente le ipotesi di nullità ed annullabilità delle delibere con l'esclusione della categoria dell'inesistenza (artt. 2377 e 2379 c.c.).

Le citate disposizioni hanno esteso la possibilità di consolidamento per effetto dell'omessa impugnazione alle ipotesi più ricorrenti di delibere nulle (art. 2379 c.c.). A ciò si aggiunge la previsione generalizzata della conciliabilità delle cause aventi ad oggetto le impugnative di delibere (art. 2378, comma 4).

Condivide il Collegio l'opinione che, adattando al nuovo quadro normativo l'orientamento tradizionale di riferimento dell'arbitrabilità al tipo di invalidità della delibera, ritiene che tutte le impugnative di delibere sono ormai arbitrabili, ad eccezione di quelle riguardanti le nullità più radicali, per cui il legislatore ha previsto un potere di impugnazione senza limiti di tempo (in tal senso Trib. Verona, Sez. IV, 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409 e Trib. Napoli, Sez. VII, 8 marzo 2010, quest'ultimo con specifico riferimento ai vizi riconducibili alla categoria della nullità prevista dall'art. 2379 c.c. e, in particolare, in materia di invalidità delle deliberazioni di approvazione del bilancio, anche laddove si deduca la violazione delle nonne a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso; v. anche Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 9, 2252).

Nel caso di specie l'impugnativa è diretta a far valere un vizio di nullità non radicale e quindi, per quanto sopra detto, deve affermarsene l'arbitrabilità.

5) Si deve concludere che la controversia insorta tra le parti, avente ad oggetto l'impugnativa delle delibere assembleari del 30 settembre 2010, è sottratta, dall'art. 32 dello Statuto sociale, alla proponibilità davanti al giudice ordinario, essendo devoluta al collegio arbitrale, cui spetterebbe, a norma dell'art. 35, comma 5, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, anche il potere di sospensione dell'efficacia delle delibere impugnate. A tale rilievo consegue la pronuncia di improponibilità della domanda dinanzi all'AGO, posto che, a partire da Cass., Sez. un., sentenza n. 527 del 3 agosto 2000, si è definitivamente chiarito che anche nell'arbitrato rituale — come in quello irrituale — la pronuncia ha natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si configura quale patto di rinuncia all'azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato, con la conseguenza che lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o sia deferibile — o sia stata correttamente deferita — agli arbitri costituisce una questione di merito, restando conseguentemente esclusa l'applicazione delle regole di sistema dettate a presidio dei conflitti di competenza fra giudici.

6) Le spese di lite, comprese quelle della fase cautelare, seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Non vi sono i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c. (gravi ed eccezionali ragioni) per disporre la richiesta compensazione delle spese di lite, posto che:

— l'orientamento favorevole alla compromettibilità in arbitri delle deliberazioni societarie nel senso indicato in motivazione, è maggioritario nella giurisprudenza di merito più recente (v. sentenze citate in motivazione);

— il Tribunale di Modena non aveva un precedente consolidato orientamento giurisprudenziale in materia;

— l'attore, intervenuta la decisione nella fase cautelare, ha proceduto ad impugnare tale decisione ed ha poi coltivato la causa nel merito, pur avendo nel frattempo dato avvio ad un procedimento arbitrale avente identico oggetto, che risulterebbe attualmente pendente in fase istruttoria. — (*Omissis*).

Ancora una netta presa di posizione a favore dell'arbitrabilità della delibera di approvazione del bilancio, ma non a favore dell'arbitrato societario.

Con la pronuncia commentata il Tribunale di Modena prende una posizione netta nel dibattito giurisprudenziale sulla compromettibilità in arbitri delle azioni di impugnativa delle delibere di società, con particolare riguardo a quelle di approvazione del bilancio, schierandosi a favore della loro generale arbitrabilità, anche laddove si deduca violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso. La pronuncia, confermando il dato normativo, ribadisce poi il potere degli arbitri di pronunciarsi sulla sospensione dell'efficacia della delibera assembleare affermando, conseguentemente, l'improponibilità della domanda cautelare di sospensione proposta dinanzi all'autorità giudiziaria. La decisione del tribunale emiliano consente altresì un cenno sulla natura della più generale questione della validità del patto compromissorio, configurandola stessa come questione « di merito », e non « di competenza », sul presupposto della natura « privata »dell'arbitrato.

1. Anche il Tribunale di Modena ([1])ha deciso di prendere una posizione netta sulla annosa questione della compromettibilità in arbitri delle delibere assembleari. La pronuncia in commento merita attenzione e plauso, per la chiarezza con cui afferma l'arbitrabilità*tout court*delle delibere assembleari. La decisione, infatti, riconosce tale principio senza imporre distinzioni e/o criteri particolari, magari vaghi o empirici e forieri di dubbi sotto il profilo della certezza del diritto e della fiducia in ordine all'effettività dello strumento arbitrale, ma affermando*sic et simpliciter* un

([1]) Recentemente, hanno preso una *netta* posizione risolvendo in positivo la questione della compromettibilità in arbitri delle delibere assembleari: Trib. Milano, 3 giugno 2010, in *Corr. giur.*, 2011, 8, 1137 ss., con nota di Salvaneschi, e in questa *Rivista*, 2011, 2, 291 ss., con nota di Marinucci; Trib. Napoli, 8 marzo 2010, in *Le Società*, 2012, 12, 1510 ss., con nota di Izzo; Trib. Belluno, 8 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, 9, 2252 ss., con nota di De Santis; Trib. Verona, 7 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409 ss., con nota di Nardelli. *Contra*: Trib. Novara, 20 aprile 2010, n. 389, in *LPlus*; Trib. Prato, 19 marzo 2009, n. 391, in *Dir. & Giust.*, 2009. Questo è lo « stato dell'arte ».

principio di generale arbitrabilità, col solo limite della disponibilità dei diritti sottesi, come del resto sostenuto dal diritto positivo (2). Tale principio non può che essere accolto con favore da tutti coloro che credono nell'arbitrato come alternativa efficace al processo ordinario, specie nella materia societaria.

Il *favor arbitrati*della pronuncia, almeno sotto questo primo profilo, è evidente: quel*favor arbitrati*e quella volontà di promuovere la cultura dell'arbitrato che aveva in mente lo stesso legislatore delegante della riforma di cui al D.Lgs. n. 5/2003 che, come è noto, oltre a modificare tutto il rito societario, ha introdotto il c.d. « arbitrato societario » (3)con l'obiettivo primario di offrire uno strumento di giustizia efficace nel particolare settore societario, dove l'arbitrato comune aveva mostrato tutti i suoi limiti applicativi (4), e con cui, dunque, dovrebbero essere interpretate le norme *ivi* contenute.

Il passaggio della sentenza su cui focalizzare l'attenzione è infatti

---

(2) V. *infra*.

(3) Le norme relative all'arbitrato societario di cui al D.Lgs. n. 5/2003 (riforma del rito societario) sono tuttora vigenti, atteso che l'art. 54, comma 5, Legge 18 giugno 2009, n. 69, ha abrogato il rito societario di cui al decreto limitatamente agli articoli da 1 a 33, 41, comma 1, e 42 lasciando in vigore le sole disposizioni concernenti gli istituti dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale.

In dottrina, sull'arbitrato societario, si vedano: Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in questa *Rivista*, 2002, 443 ss.; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss.; Id., *Commento agli artt. 34, 35, 36*, in Luiso (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006, 555 ss.; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.; Briguglio, *Conciliazione e arbitrato nelle controversiesocietarie*, in *judicium.it*; Auletta, *Commento agli artt. 34, 35, 36, 37*, in Sassani (a cura di) *La Riforma delle società, Il Processo*, Torino, 2003, 327 ss.; Id., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in questa *Rivista*, 2004, 361 ss.; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 477 ss.; Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in questa *Rivista*, 2003, 411 ss.; Ruffini, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 495 ss.; Id., *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524 ss.; Chiarloni, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 123 ss.; Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, in *judicium.it*; Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929 ss.; Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *judicium.it*; Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1285 ss.; Soldati, *Le clausole compromissorie nelle società commerciali*, Milano, 2005; Rosin, *L'arbitrato nel diritto societario*, in Cecchella (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 515 ss.

Per le prime applicazioni giurisprudenziali dell'arbitrato societario, si vedano: Motto, *Esperienze del nuovo arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2006, 563 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato societarionell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 935 ss.

(4) Traspare ciò legge delega e dala Relazione al D.Lgs. n. 5/2003. Nella Relazione, consultabile sul sito *www.judicium.it*, si legge che il D.Lgs. n. 5/2003 contiene « numerose opzioni di rango processuale... che appaiono assolutamente funzionali alla promozione del-

proprio quello in cui si afferma che, dopo la riforma del diritto societario del 2003, che « ha previsto la possibilità di deferire agli arbitri *ogni* (corsivo nostro) ipotesi d'impugnativa di delibere assembleari » (5), quindi adattando il dato normativo all'orientamento giurisprudenziale tradizionale di riferimento dell'arbitrabilità, « *tutte* (corsivo nostro) le impugnative di delibere sono ormai arbitrabili ». Eccettuano « quelle riguardanti le nullità più radicali, per cui il legislatore ha previsto un potere di impugnazione senza limiti di tempo ».

Così, i giudici modenesi finiscono con l'affermare l'arbitrabilità dell'impugnativa di una delibera di approvazione del bilancio che l'attore asseriva non fornisse una rappresentazione chiara, veritiera e corretta delle condizioni patrimoniali e finanziarie della società e del risultato economico di esercizio.

Per i giudici modenesi, dette impugnative (di approvazione del bilancio)sono « disponibili » (6), « anche laddove si deduca violazione delle norme a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso » (7), poiché sono dirette a far valere un vizio di nullità per cui il legislatore ha comunque previsto la possibilità di sanatoria (anche)della nullità in caso di mancata impugnazione della delibera entro un determinato limite di tempo. Ed è proprio da questo dato normativo che si può trarre la disponibilità del diritto oggetto dell'impugnazione, quindi la sua arbitrabilità.

Il ragionamento dei giudici modenesi è logico e lineare: se l'unico limite all'arbitrabilità di una controversia è la disponibilità del diritto che si fa valere, dimostrata la disponibilità del diritto, si può concludere che la controversia è arbitrabile.

2. Il principio per cui l'unico limite all'arbitrabilità è la disponibilità del diritto che si fa valere si ricava dal diritto positivo, e cioè (per l'arbi-

---

l'arbitrato endo-societario » e che « è ragionevole confidare altresì nell'incremento del numero di casi di arbitrato internazionale con sede in Italia ».

Come si vedrà, è stata la giurisprudenza a restringere la possibilità di ricorrere all'arbitrato, affermando la non compromettibilità di tantissime controversie e creando incertezza. La sentenza *de qua* sembra invece andare incontro alle reali intenzioni del legislatore della riforma.

(5) Cfr. Cass. civ., Sez. I, 23 febbraio 2005, n. 3772, in *Società*, 2006, 5, 637 ss., con nota di Soldati, secondo cui « la possibilità di devolvere alla cognizione degli arbitri le controversie concernenti la validità delle delibere assembleari è oggi riconosciuta in modo esplicito dal legislatore ». L'art. 35, comma 5, del D.Lgs. n. 5/2003, così come il successivo art. 36, affermano inequivocabilmente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari. V. *infra* e nota 12.

(6) Consapevoli che il concetto di « disponibilità » attenga ai soli « diritti », verrà talvolta ricondotto, per semplicità espositiva, all'« oggetto » dei cui diritti si discute. Risulterà comunque virgolettato per l'imprecisione linguistico-giuridica che porta con sé.

(7) Il Tribunale di Modena, in questo passaggio fondamentale, richiamano: Trib Napoli, Sez. VII, 8 marzo 2010, cit., 1513.

trato societario) dal D.Lgs. n. 5/2003. Più esattamente, si ricavano dal diritto positivo: sia l'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto, specificamente ([8]), la validità delibere assembleari(*ex* art. 35, comma 5 e*ex*art. 36), sia il principio per cui l'unico limite al fine di stabilire se una controversia, più in generale, *societaria* sia o non sia arbitrabile, è la disponibilità del diritto che ne costituisce l'oggetto (art. 34). Infatti, in base all'art. 35, comma 5, « [...] *se* la clausola compromissoria consente la *devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari* agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera » e in base all'art. 36 « anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell'articolo 829, comma 2, del codice di procedura civile quando [...] *quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari* ». Così, ai sensi dell'art. 34 « gli atti costitutivi delle società [...] possono [...] prevedere la devoluzione ad arbitri di alcune ovvero di tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale ».

Al di là dell'interpretazione letterale delle prime due norme sopraccitate con riguardo, *specificamente*, alle delibere assembleari (su cui torneremo *infra*, andando oltre quella meramente letterale), quello della « disponibilità dei diritti » di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, è un principio *generale* del diritto dell'arbitrato, anche di quello comune (art. 806 c.p.c.), che trova applicazione « in ogni caso » e che mai dovrebbe essere contratto in favore di altri principi di fonte giurisprudenziale, di incerta definizione e applicazione:le parti possono far decidere da arbitri tutte le controversie tra di loro insorte purché abbiano ad oggetto diritti disponibili. La legge non impone ulteriori restrizioni in tema di compromettibilità in arbitri.

Il Tribunale di Modena, con la pronuncia commentata, ha dunque correttamente confermato tale principio, e cioè che « la linea di confine tra liti arbitrabili e non arbitrabili è ora [dopo la riforma del diritto societario del 2003] ancorata alla distinzione tra diritti disponibili e indisponibili », senza imporre ulteriori restrittivi parametri/criteri di valutazione della compro-

---

([8]) La materia delle impugnazioni delle delibere assembleari riceve, nell'ambito delle norme sull'arbitrato societario, una disciplina a sé (una « tutela rafforzata », v. *infra*), regolata dall'art. 36 D.Lgs. n. 5/2003. Così, efficacemente, Salvaneschi, *Impugnativa in via arbitrale della delibera di approvazione del bilancio*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 59 ss., 64. Nello stesso senso, E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 521, il quale, tuttavia, delinea le liti aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari quale materia indisponibile e, ciononostante, arbitrabile ai sensi degli artt. 35 e 36 che, secondo l'Autore, derogherebbero al principio generale di disponibilità di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003. V. *infra* nota seguente.

mettibilità che, semmai, avevano un senso prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, prima cioè che il legislatore, per tramite dell'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003, estendesse alla materia societaria l'applicazione del principio di « disponibilità dei diritti », quale unico limite all'arbitrabilità della lite societaria (9).

Peraltro le distinzioni introdotte dalla giurisprudenza per stabilire che cosa, all'interno dell'insieme « controversie che hanno ad oggetto diritti disponibili », rientri nel sottoinsieme « controversie arbitrabili », hanno ulteriormente creato confusione e incertezza *in subiecta materia*: si trattava di distinzioni basate su criteri talmente vaghi ed empirici, come quello « degli interessi in gioco », che finivano col rimettere alla discrezionalità delle corti, le quali non hanno mai assunto un atteggiamento di particolare favore nei confronti dell'arbitrato societario (10), il *discrimen* della compromettibilità della lite, con conseguente incertezza e sfiducia circa l'effettività dello strumento arbitrale (11).

Così la giurisprudenza distingueva anzitutto a seconda del tipo di vizio denunciato, ritenendo compromettibili soltanto le impugnazioni per annullamento e non quelle per nullità (12), non tenendo conto del fatto che, come emerso dalla sentenza in commento, anche in relazione ai vizi della

---

(9) Si afferma, a tal proposito, che il legislatore delegato non abbia sfruttato appieno la possibilità conferitagli dalla delega (art. 12 Legge n. 266/2001) di prevedere che gli statuti delle società contenessero clausole compromissorie anche *in deroga* al limite di compromettibilità fissato dal codice di procedura civile. La delega consentiva, di fatto, l'assoggettabilità ad arbitrato societario anche di questioni attinenti a diritti indisponibili, tanto da suscitare molte preoccupazione tra i primi commentatori. Cfr. Fazzalari, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 444; Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 145 ss.; Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in questa *Rivista*, 2002, 1, 42 ss.

Il legislatore delegato ha infatti preferito mantenere il limite della « disponibilità dei diritti » di cui all'art. 806 c.p.c. riportandolo nell'art. 34 D.Lgs. n. 5/2003. La maggior parte della dottrina afferma infatti che l'art. 34 del D.Lgs. n. 5/2003 non abbia, di fatto, mutato il regime della compromettibilità ed abbia, conseguentemente, lasciato aperti i problemi esegetici circa la disponibilità, in concreto, delle singole controversie societari. Così, Luiso, *Sub art. 34*, cit., 564; Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, cit., 420; efficacemente, Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1288.

Un autorevole studioso dell'arbitrato è di contrario avviso. Nel sostenere la tesi che le controversie sulle deliberazioni assembleari sono sempre relative a materia indisponibile afferma che con la riforma del diritto societario « l'arbitrato fa vistoso ingresso nel campo delle controversie in materia non disponibile ». Così, E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 521.

(10) Così, Trib. Napoli, Sez. VII, ord., 8 marzo 2010, cit.

(11) Così, Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1287. In questo senso, la prevalente dottrina. Tra gli altri cfr. Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 929-972, 930; Criscuolo, *L'opzione arbitrale nella delega per la riforma delle società*, in questa *Rivista*, 2002, 45 ss., 51.

(12) Cfr. Trib. Napoli, 25 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1445; Trib. Milano, 7 feb-

delibera che ne comportano la nullità, il legislatore prevede meccanismi di sanabilità che sono indici della disponibilità del diritto di impugnazione; in secondo luogo, a seconda della natura derogabile o inderogabile delle norme applicabili alla fattispecie, ammettendo l'arbitrabilità nel primo caso e la non arbitrabilità nel secondo caso (13), ma non considerando che non è sempre vero che la presenza di una norma inderogabile cela la tutela di una situazione indisponibile (14); infine, a seconda dell'interesse coinvolto nella lite, affermando, come riportato anche dalla sentenza in commento, la compromettibilità delle controversie che coinvolgevano gli interessi personali dei singoli socie la non compromettibilità nell'ipotesi di interessi di carattere più generale (15).

---

braio 2002 con riferimento specifico alla deliberazione di bilancio, ivi, 2002, 1014; Trib. Roma, 23 luglio 1984, in *Le Società*, 1985, 492.

(13) Cass., 23 febbraio 2005, n. 3772, cit.., con nota di Soldati. Questa sentenza ha in qualche modo tentato di superare il « criterio degli interessi », applicato dalla giurisprudenza maggioritaria (v. *infra*), mostrandone i limiti e affermando efficacemente che « l'area dell'indisponibilità è più ristretta di quella degli interessi genericamente "superindividuali" e che, pertanto, la natura "sociale" o "collettiva" dell'interesse non po[ssa] valere ad escludere la deperibilità della controversia al giudizio degli arbitri, poiché la presenza di tale carattere denota soltanto che l'interesse è sottratto alla volontà individuale dei singoli soci, ma non implica che eguale conseguenza si determini anche rispetto alla volontà "collettiva" espressa dalla Società (o da altro gruppo organizzato) secondo le regole della rispettiva organizzazione interna, la cui finalità è proprio quella di assicurare la realizzazione più soddisfacente dell'interesse comune dei partecipanti ». Così finendo per affermare, meno efficacemente, che « perché l'interesse possa essere qualificato come "indisponibile" è necessario che la sua protezione sia assicurata mediante la predisposizione di norme inderogabili, la cui violazione determina una reazione dell'ordinamento svincolata da una qualsiasi iniziativa di parte, come, ad esempio, nel caso delle norme dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio di esercizio, la cui inosservanza rende la delibera di approvazione illecita e, quindi, nulla ». Tale conclusione è stata adeguatamente criticata da Groppoli, *L'incidenza dell'interesse sociale sull'arbitrabilità*, in questa *Rivista*, 2006, 2, 297 ss., 305, la quale nota come la inderogabilità delle norme indica il « modo » della decisione mentre l'indisponibilità riguarda l'oggetto del giudizio in relazione all'autonomia privata, sicché non sempre le norme inderogabili implicano l'indisponibilità dei diritti. V. *infra* e nota seguente.

(14) Cfr. Rosin, *L'arbitrato nel diritto societario*, in Cecchella (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 523, che fa riferimento, a titolo esemplificativo, alla normativa in materia di divisione degli utili, materia che è inderogabile, ma dà luogo ad una situazione sostanziale disponibile.

Sul fatto che inderogabilità (della normativa) e indisponibilità (del diritto) non siano due concetti coincidenti, per tutti Luiso, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, 357 ss.; Verde, *La convenzione di arbitrato*, cit., 93 ss.; Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri, I)*, cit., 62 ss., 81 ss.

(15) Tra molte, si vedano: Cass., 10 ottobre 1962, n. 2910, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2962 ss.; Cass., 24 maggio 1965, n. 999, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1575 ss.; Cass., 18 febbraio 1988, n. 1739, in *Foro it.*, 1988, I, 3349 ss. e in *Giust. civ.*, 1988, I, 1502 ss.; Cass., 6 luglio 2000, n. 9022, in *Dir. prat. soc.*, 2000, fasc. 21, 77 ss.; Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass., 19 settembre 2000, n. 12412, in *Giust. civ.*, 2001, 405 ss.; Cass., 21 dicembre 2000, n. 16056, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cass., 23 gennaio 2004, n. 1148, in *So-*

Quest'ultimo criterio, quello « degli interessi », è quello prevalente in giurisprudenza nonostante sia quello che, più degli atri, ha dato luogo a disfunzioni e incertezze: distinguere tra l'interesse personale del singolo socio e l'interesse della società e dei terzi è, quasi sempre, impossibile. Il contratto di società, come l'attività sociale, trovano attuazione mediante la contestuale e necessaria presenza dell'uno e dell'altro interesse. Distinguerli, almeno da un punto di vista oggettivo, non è possibile. Dunque la valutazione, necessariamente soggettiva, circa la definizione dell'interesse in gioco, è rimessa alla discrezionalità del giudicante, con il conseguente venir meno di quel minimo grado di certezza e prevedibilità circa la percorribilità della strada arbitrale che è condizione essenziale perché l'arbitrato possa effettivamente rappresentare un'alternativa alla giurisdizione statale per la risoluzione delle controversie, e non una mera occasione per porre in essere condotte dilatorie e strumentali a danno della parte più diligente.

Il Tribunale di Modena, nella spiegazione del sistema *ante* riforma — che correttamente dà per comprendere fino in fondo l'elaborazione sviluppatasi *post* riforma e quindi per affermare come la situazione sia « radicalmente mutata », esprime una preferenza nei confronti del primo dei criteri sopraccitati, ossia quello della annullabilità = arbitrabilità / nullità = non arbitrabilità, perché in grado, meglio di altri, di individuare la linea di demarcazione tra controversie arbitrabili e non arbitrabili.

Tuttavia, dopo la riforma del rito societario, il Tribunale afferma come non vi sia più spazio per distinzioni(nemmeno per la suddetta distinzione) e come il dato giurisprudenziale vada « aggiornato »: al fine di ammettere o negare la devoluzione in arbitrato della lite sulla validità della delibera assembleare l'unico parametro è quello, generale, della connotazione — disponibile o indisponibile — del diritto in contesa. Non hanno rilievo altri indici quali il tipo di vizio, di nullità o annullabilità, di cui la delibera è inficiata; la natura, derogabile o inderogabile, delle norme violate; infine, la natura, individuale o collettiva, degli interessi in gioco.

3. Il Tribunale di Modena, alla luce della nuova disciplina dell'arbitrato societario, afferma, senza possibilità di fraintendimenti, la disponibilità del diritto d'impugnazione con riguardo a *tutte* le delibere assembleari, anche di approvazione del bilancio, ad eccezione però di quelle riguardanti

---

cietà, 2004, 713 ss.; per la giurisprudenza di merito, tra le più recenti, confronta: App. Roma, 7 settembre 2006; Trib. Milano, 15 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 737 ss.; Trib. Arezzo, 2 marzo 2004, in questa *Rivista*, 2005, 311 ss.; Trib. Belluno, 26 ottobre 2005; Trib. Milano, 6 marzo 2003, in *Giur. it.*, 2003, 1411 ss.; App. Firenze, 31 gennaio 2001, in questa *Rivista*, 2002, 315 ss.; Trib. Milano 7 febbraio 2002, in *Giur. it.*, 2002, 1014 ss.; Trib. Trani, 14 ottobre 1999, in *Giur. mer*, 2000, 1999 ss.

le nullità più radicali, cioè quelle per cui il legislatore ha previsto un potere di impugnazione senza limiti di tempo.

Tale affermazione viene dalla constatazione che la riforma del diritto societario, oltre ad aver eliminato la categoria dell'inesistenza e individuato con rigore le ipotesi di nullità e annullabilità delle delibere assembleari (artt. 2377 e 2379 c.c.), ha reso « disponibile » anche il vizio della nullità. Più esattamente, il legislatore, nell'ottica di ridurre il più possibile le situazioni di incertezza e di precarietà ([16]), ha introdotto una serie di disposizioniche, come osservato dalla sentenza in commento, hanno esteso la « possibilità di consolidamento [o sanatoria] per effetto dell'omessa impugnazione » alle ipotesi di delibere « nulle » (art. 2379, comma 1, c.c.) ([17]).

Tale circostanza, secondo il Tribunale di Modena, si riflette sulla natura del diritto del diritto di impugnazione nel senso della sua disponibilità, quindi arbitrabilità. Ciò appare corretto: se i soci possono consolidare un bilancio illegittimo semplicemente non impugnando la relativa delibera di approvazione, vuol dire che possono disporre del relativo diritto di impugnazione, quindi anche rimettere agli arbitri la valutazione dei criteri di veridicità, chiarezza e correttezza che l'attore assume siano stati violati dalla delibera ([18]).

Il Tribunale ha seguito dunque questo ragionamento: anche volendo, tra i criteri di individuazione delle materie arbitrabili sviluppatesi in giurisprudenza *ante* riforma, preferire quello che fa leva sul tipo di invalidità della delibera impugnata, la riforma del diritto societario intervenuta del 2003 ha modificatoil regime dell'invalidità delle delibere, nel senso di una sanabilità anche del vizio di nullità;dunque non si può non concludere nel senso della « disponibilità » e arbitrabilità anche del vizio di nullità. Seguendo questo ragionamento, il Tribunale di Modena correttamente esclude

---

([16]) Cfr. Spagnuolo, *Sub art. 2377 c.c.*, in Sandulli, Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, Torino. 2003, 345; Associazione Preite, in Olivieri, Presti, Vella (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003, 128.

([17]) Sul fatto che la parte può disporre del proprio diritto di impugnazione anche con riferimento al vizio di nullità, come lo può fare con riferimento al vizio di annullabilità, Spagnuolo, *Sub art. 2379 c.c.*, in Sandulli, Santoro (a cura di), *La riforma*, cit., 376. Nello stesso senso, Corsini, *L'arbitrato nella riforma*, cit., 1289; Zucconi Galli Fonseca, *Sub art.* 34, in Carpi (a cura di), *Arbitrati speciali, commentario*, Bologna, 2008, 77 ss.; Chiarloni, *Appunti sulle controversie*, cit., 131.

([18]) Così, Salvaneschi, *Dall'equazione « impugnazione di bilancio = mai compromettibile » all'equazione « impugnazione di bilancio = sempre compromettibile »*, in *Corr. giur.*, 2011, 8, 1139 ss., 1140, la quale, efficacemente, commenta la sentenza del Tribunale di Milano del 3 giugno 2010 (nota 1), nella quale si legge: « la equazione delibera di "impugnazione di bilancio = mai compromettibile" è un equazione falsa », sentenza che, come afferma, l'Autrice è « non solo da condividere, ma anche da rileggere evidenziandone il nucleo centrale, che merita di essere depurato dalle apparenti limitazioni che scandiscono alcuni passaggi della motivazione ». Il Tribunale di Modena, con la sentenza qui commentata, è andato in questo senso.

l'arbitrabilità delle impugnative di delibere riguardanti quei particolari vizi di nullità che, per la loro gravità, non sono passibili di sanatoria col decorso del tempo: si tratta dell'ipotesi, di scuola, di deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili. Tutte le altre delibere, ivi comprese quelle il cui oggetto è « illecito o impossibile », devono essere impugnate entro tre anni dalla loro iscrizione o deposito nel registro delle imprese. Ragione per cui trattasi di materia « disponibile » e arbitrabile.

Per quanto riguarda, più specificamente, le delibere di approvazione del bilancio, quando queste violino i principi di chiarezza, verità e correttezza, esse sono definite da dottrina e da giurisprudenza prevalenti come delibere a oggetto *(contenuto)* illecito, quindi nulle ([19]). Esse rientrano dunque nell'ipotesi di nullità di cui all'art. 2379, comma 1, prima parte, per cui è previsto un termine di impugnazione (*ex* art. 2434-*bis* c.c.) decorso il quale la nullità è sanata, dunque trattasi di impugnativa « disponibile » e arbitrabile (« anche laddove si deduca la violazione delle nonne a presidio della verità, chiarezza e precisione del bilancio stesso »).

La posizione del Tribunale di Modena sembra dunque essere quella per cui, tutte le volte che si può rinunciare all'impugnazione della delibera, i diritti coinvolti sono disponibili e la strada arbitrale percorribile ([20]).

I giudici emiliani, quale ulteriore ragione a sostegno della disponibi-

---

([19]) È questa la conclusione cui perviene la dottrina prevalente (Colombo e successivamente, fra gli altri, Balzarini, Bocchini, Di Sabato, Fortunato, Jaeger) e la giurisprudenza ormai consolidata. L'evoluzione di tale conclusione è illustrata da Bocchini, *La « chiarezza » e la « precisione » dei bilanci delle società... nell'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. soc*. 1972, 373 ss.; e, anche per riferimenti, Colombo, *Il bilancio di esercizio delle società per azioni*, in Colombo, Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, 440.

([20]) Così anche Trib. Milano, 3 giugno 2010, cit., con riferimento a una delibera che aveva approvato il bilancio e determinato l'emolumento degli amministratori. Tuttavia il Tribunale di Milano, nel caso *de quo*, precisa che si trattava di un caso in il giudizio arbitrale « non rigurda[va] il generale obbligo di redazione del bilancio secondo il canone di verità, bensì la sola posizione del socio in ordine all'approvazione della delibera, in definitiva concernendo dunque il diritto del socio a non essere soggetto agli effetti della approvazione di un documento contabile incidente sulla configurazione della sua partecipazione sociale, id est riguardante un suo diritto patrimoniale, come tale per definizione disponibile ». Distingue, in alcuni passaggi della motivazione (in un certo senso trascurabili, rispetto al suo nucleo centrale, così Salvaneschi, *Dall'equazione*, cit., 1139) tra vizi di informazione che sono « sicuramente disponibili » e vizi relativi a un difetto di chiarezza e precisione del bilancio, per i quali varrebbe invece un discorso « logicamente diverso ». Subito dopo riconosce che il voto « è per sua natura disponibile » e che « le determinazioni sul bilancio hanno spazi di discrezionalità lecita in verità assai ampli » che « rappresentano altrettanti aspetti disponibili » (ad esempio, la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, la destinazione degli utili).

Il Tribunale di Modena invece non fa questa ulteriore specificazione, affermando la generale arbitrabilità dell'impugnativa della delibera di approvazione di un bilancio diretta a far valere un vizio di nullità sanabile.

lità del diritto di impugnazione delle delibere assembleari anche quando queste riguardino vizi di nullità, aggiungono che la riforma del diritto societario ne ha ammesso espressamente la conciliabilità (art. 2378, comma 4) ([21]).

Alla luce di quanto precede, il Tribunale ha correttamente concluso a favore della arbitrabilità delle delibere di approvazione del bilancio anche quando si deduca la violazione dei criteri di verità, chiarezza e precisione, come nel caso *de quo*.

A voler essere precisi, il Tribunale di Modena avrebbe potuto far uso di ulteriori argomentazioni a favore della « disponibilità » delle controversie *de quibus*, argomentazioni che altra giurisprudenza, specialmente quella milanese, ha recentemente sostenuto ([22]). E cioè: che « il voto », mezzo attraverso il quale esprimere consenso o dissenso rispetto a una decisione sociale, « è per sua natura disponibile »; che « i soci possono approvare o non approvare il bilancio di esercizio » e che « vi sono [...] nel bilancio degli spazi di discrezionalità che rappresentato altrettanti aspetti disponibili ».

Va poi ribadito che il fatto che vi siano norme inderogabili a presidio della veridicità, correttezza e precisione dl bilancio, non vale ad escludere l'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio dal novero delle controversie arbitrali. Si è accennato *supra*che a una normativa inderogabile non corrisponde sempre l'indisponibilità dei diritti disciplinati. L'inderogabilità di una norma implica semplicemente « il dovere degli arbitri di applicare la norma di carattere inderogabile esattamente come lo fa il giudice » ([23])e, più in generale, che la materia da esse regolata sia assistita da una« tutela rafforzata » che garantisca fino in fondo l'effettiva applicazione del diritto. A ciò ha pensato il legislatore del D.Lgs. n. 5/2003: ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. n. 5/2003, quando l'oggetto del giudizio arbitrale è costituito dalla validità di delibere assembleari, gli arbitri devono decidere sempre secondo diritto, quindi applicare le norme inderogabili, e mai secondo equità — che potrebbe escludere l'applicazione di tali norme — e

---

([21]) Omette, il Tribunale di Modena, quale ulteriore argomento, che si ricava dalla ri-disegnata disciplina della validità delle deliberazioni assembleari, a favore della disponibilità, l'applicazione dell'art. 2377, comma 7, c.c. (che disciplina l'annullabilità) espressamente richiamato dall'ultimo comma dell'art. 2379 (che disciplina i vizi di nullità), che ammette la possibilità di transazione della lite affermando che « l'annullamento [quindi, visto il richiamo, anche la nullità] della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto ». Così la lite può essere composta « attraverso un accordo che può avere un contenuto anche diverso dalla pronuncia che le parti potrebbero ottenere al giudice ». Così, Salvaneschi, *Dall'equazione*, cit. 1141.; Chiarloni, *Appunti sulle controversie*, cit., 131.

Tale argomento è stato utilizzato da Trib. Milano, 3 giugno 2010, cit.

([22]) V. nota prec. e nota 18.

([23]) Salvaneschi, *Impugnativa in via arbitrale*, cit., 68.

il lodo, contrariamente alla regola generale, può essere impugnato per violazione di norme di diritto.

Così, quand'anche la delibera riguardasse interessi collettivi, e non dei singoli soci(avendo, il legislatore del 2003, ben presente il consolidato orientamento giurisprudenziale che affermava il « criterio degli interessi »), l'impugnativa è arbitrabile ma a quelle due precise condizionicosì prevedendo, *in subiecta materia*, quella che è stata correttamente definita una « tutela rafforzata » e più garantista visto che l'arbitrato potrebbe coinvolgere interessi di carattere generale (24).

4. In un contesto di contraddittoria e oscillante prassi giurisprudenziale in punto di compromettibilità, il Tribunale di Modena afferma l'arbitrabilità*tout court* delle controversie aventi ad oggetto le impugnative di delibere assembleari col solo limite (generale) della disponibilità dei diritti ad esse sottesi, con argomentazioni che meritano di essere rilette e condivise.

Tuttavia, nell'accogliere l'eccezione di arbitrato, il Tribunale sembra svolgere una valutazione sulla natura dell'arbitrato che non appare coerente rispetto alla tesi estensiva, precedentemente sostenuta, sul possibile oggetto dell'arbitrato: assumere che la natura « privata » dell'arbitrato escluda l'applicazione delle norme in materia di competenza fra giudici e configurare la questione sulla compromettibilità ad arbitri come « questione di merito », e non come « questione di competenza » non ci pare del tutto corretto.

Sebbene la Suprema Corte (25), richiamata dal Tribunale di Modena nel corpo della sentenza in commento, si sia pronunciata sul punto affermando la natura « privatistica » del procedimento arbitrale e la natura meramente« negoziale » del lodo arbitrale e, conseguentemente, determinando una radicale inversione di tendenza nella giurisprudenza in tema di rapporti tra arbitri e giudici statali (26), stupisce come al tribunale emiliano sia sfug-

---

(24) Salvaneschi, *Dall'equazione*, cit., 1143. Nello stesso senso, Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit, 709-710; Miccolis, *Arbitrato e conciliazione nella riforma*, cit., par. 56.

(25) Cass. civ., Sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2001, 254 ss., con nota di E.F. Ricci; in *Corr. giur.*, 2000, 51 ss., con nota di Consolo, Ruffini, Marinelli); in questa *Rivista*, 2000, 699 ss., con nota di Fazzalari.

(26) Dalla natura negoziale del procedimento arbitrale, la Suprema Corte aveva tratto la conclusione che gli arbitri non avevano una funzione giurisdizionale e che, di conseguenza, lo stabilire se una controversia sia da attribuire al giudice togato o agli arbitri, non dava luogo a una questione di competenza ma ad una questione di merito, riguardante la validità, efficacia e/o interpretazione della convenzione arbitrale. Così, affermando ancora conseguentemente che: *a*) l'eccezione volta a far valere un patto compromissorio non è soggetta ai limiti temporali previsti per l'eccezione di incompetenza (territoriale derogabile) (così: Cass. civ., Sez. I, 8 agosto 2001, n. 10925, in *Foro it.*, 2001, I, 3079; Cass. civ., Sez. I, 30 dicembre 2003, n. 19865, in *Giur. it.*, 2004, 2054; Trib. Sciacca, 17 gennaio 2005, in questa

gitala riforma dell'arbitrato intervenuta con il D.Lgs. n. 40/2006 successivamente alla pronuncia delle Sezioni unite, riforma che, nel modificare il dato normativo, ha superato l'orientamento delle Sezioni unite e fornito un'interpretazione autentica della quale non si può non tener conto ([27]). Oltre all'art. 824-*bis* c.p.c. che, sotto il profilo dell'efficacia, pone sullo stesso piano il lodo arbitrale e la sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, il legislatore del 2006 ha introdotto l'art. 819-*ter* (uno dei corollari dell'art. 824-*bis* c.p.c.) ([28]) che, in materia di « rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria », ha in sostanza equiparato l'eccezione di arbitrato all'eccezione di incompetenza per territorio derogabile e la decisione relativa a una pronuncia sulla competenza ([29]), impugnabile, peraltro, mediante quel mezzo di impugnazione che è il regolamento di competenza, tipico delle decisioni sulla competenza, e non mediante la lunga strada dell'appello.

Consapevoli che l'intervento della riforma non ha posto fine alla questione e che la decisione in commento non è isolata ([30]), il Tribunale di

---

Rivista, 2006, 2, 337, con nota di Picozza; Cass. civ., Sez. I, 30 maggio 2007, n. 12684); *b*) la sentenza con cui il giudice statale si pronuncia sull'eccezione di arbitrato non è impugnabile con regolamento di competenza (per tutte, Cass. civ., Sez. I, 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 11, 1448, con nota di Consolo, Muroni; Cass. civ., Sez. un., ord., 25 giugno 2002, n. 9289, in questa *Rivista*, 2002, 2, 512, con nota di Briguglio).

Il Tribunale di Modena, sul punto, nonostante la riforma intervenuta con D.Lgs. del 2 febbraio 2006, n. 40 che ha invertito l'orientamento e nonostante il giudizio fosse stato instaurato successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto, ha seguito questa tendenza.

([27]) *Contra* Cass. civ., Sez. un., 6 settembre 2010, n. 19047, in *Corr. giur.*, 2011, 1, 47 ss., con nota (critica) di Castagnola, Consolo, Marinucci, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie... sulla natura (mutevole) dell'arbitrato*, in cui si afferma che (massima) « non può assegnarsi ad una nuova norma natura di interpretazione autentica con efficacia retroattiva allorché essa disciplini una materia sulla quale si sia formato, da circa sei anni, un costante orientamento della Corte di cassazione pur se contrastato da una parte assai significativa della dottrina e dalla giurisprudenza precedente. Ai sensi della disciplina transitoria (art. 27, comma 4, D.Lgs. n. 40/2006), il regolamento di competenza (*ex* art. 819-*ter* c.p.c.) nei confronti di una sentenza del giudice togato, che affermi o neghi la propria competenza a decidere nel merito in relazione ad una convenzione di arbitrato, è ammissibile solo con riferimento a giudizi statali paralleli rispetto a procedimenti arbitrali iniziati dopo il 2 marzo 2006 ».

Riteniamo di appoggiare *in toto* l'efficace commento alla sentenza sopramenzionato. In particolare quel passaggio in cui gli Autori, con riguardo all'art. 819-*ter* c.p.c. (ma che noi ci sentiamo di estendere anche all'art. 824-*bis* c.p.c.) affermano che pur consapevoli che « il linguaggio utilizzato dal legislatore non è da solo decisivo per enucleare la portata di una norma; d'altra parte, non si può giungere fino al punto di *tout court* escludere la plausibilità delle interpretazioni che concordino da vicino con il tenore letterale della legge ».

([28]) Così, Castagnola, Consolo, Marinucci, *Sul dialogo (impossibile?)*, cit., 54.

([29]) Senza esitazione, Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2006, 22.

([30]) Anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, l'equiparazione delle questioni riguardanti la *potestas iudicandi* degli arbitri alle questioni di competenza è soltanto parziale, escludendo, il comma 2 dell'art. 819-*ter* c.p.c. l'applicabilità, nei rapporti tra

Modena, nell'argomentare a favore della compromettibilità, aveva l'occasione diconfermare il dato normativo dell'ultima riforma e « lasciarsi alle spalle » (31) quell'orientamento giurisprudenziale che certo non ha giovato allo strumento arbitrale. Così han fatto recentemente i giudici milanesi i quali, a fondamento dell'arbitrabilità dell'impugnativa di bilancio, hanno posto anche la piena alternatività del sistema arbitrale rispetto a quello dei giudici ordinari, nonché, conseguentemente, la conformità del lodo arbitrale ai canoni della giustizia statale e la sua pari dignità rispetto alla sentenza pronunciata dal giudice togato (32).

Concludendo, il Tribunale di Modena, rispetto alla domanda giudiziale e all'eccezione (fondata) di arbitrato rituale sollevata da parte convenuta, avrebbe dovuto dichiarare l'improponibilità della domanda non nel merito ma per assenza di uno dei presupposti processuali del processo ordinario, e cioè per « incompetenza ».

Oltre alla presa di posizione in materia di compromettibilità delle controversie, una simile decisione dal punto di vista processuale avrebbe costituito un forte segnale di apertura dei giudici modenesi verso l'arbitrato, quale autentica alternativa all'autorità giudiziaria, specialmente per la risoluzione delle liti societarie. Così, invece, seppur apprezzabile deve considerarsi l'interpretazione del Tribunale in materia di compromettibilità, la sentenza non convince fino in fondo laddove non riconosce la natura giu-

---

arbitrato e giudizio ordinario, regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 295 c.p.c. Si veda Boccagna, *Sub art. 819-ter*, in Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato interno e internazionale*, Padova, 2010, 279, per il quale « di fronte ad una così significativa esclusione, si è fatta strada l'idea, secondo la quale la configurazione dei rapporti tra giudice e arbitro come rapporti di competenza riceverebbe dalla disposizione piuttosto una smentita che non una conferma; con la conseguenza che l'interprete sarebbe libero di assumere una diversa, più appropriata ricostruzione come premessa per la soluzione dei problemi posti dalla nuova disciplina ». L'Autore richiama: Punzi, *Luci ed ombre della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 2, 411; Bove, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, su *www.judicium.it*, 2007, § 1.

In questo senso anche la sentenza in commento.

(31) Così, Salvaneschi, *Dall'equazione*, cit., 1140.

(32) Così Trib. Milano, 3 giugno 2010, cit., in un encomiabile passaggio che merita di essere riportato integralmente in cui si afferma che « milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato che non è più una alternativa "privata" di soluzione di liti, ma può essere configurato come un sistema processuale alternativo: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di "competenza degli arbitri" di cui all'art. 819-*ter* c.p.c. e all'art. 817 c.p.c., nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell'art. 819-*ter* c.p.c.) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell'arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratti di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio "privato" contrapposto al rimedio pubblico tradizionale ». Altrettanto encomiabile il passaggio in cui i giudici milanesi, con riguardo all'intervenuta riforma, affermano « oggi sicuramente meno di ieri compromettere in arbitri può significare transigere ».

risdizionale dell'arbitrato (almeno di quello) societario (33). Infatti, anche al di là delle considerazioni sopra svolte, che fanno riferimento alla normativa codicistica modificata dal D.Lgs. n. 40/2006 e che si inseriscono nella *vexata quaestio* sulla natura dell'arbitrato di diritto comune (34), altri elementi che depongono a favore della soluzione « giurisdizionale » si trovano proprio nella disciplina dettata per il più specifico arbitrato societario, cioè dal D.Lgs. n. 5/2003: basti pensare al potere cautelare riconosciuto agli arbitri di sospendere l'efficacia della delibera assembleare impugnata (*ex* art. 35, comma 5), all'ammissibilità di interventi in causa di terzi e di soci, anche coatti (*ex* art. 35, comma 2) e all'efficacia *ultra partes* del lodo. Tutte caratteristiche che contraddicono la tesi della natura contrattuale dell'arbitrato societario (35).

Per quanto riguarda poi, più nello specifico, le liti sulla validità delle delibere assembleari, l'imposizione agli arbitri di una decisione secondo diritto e la possibilità di un controllo illimitato sul lodo rappresentano una ulteriore conferma della natura « giurisdizionale » dell'arbitrato.

5. Merita un cenno la questione, affrontata tangenzialmente dal Tribunale, del potere cautelare degli arbitri di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari sottoposte al loro giudizio. Infatti, nel caso *de quo*l'attore, con separato ricorso all'autorità giudiziaria, aveva chiesto la sospensione della deliberazione impugnata ai sensi dell'art. 2378, commi 3 e 4 c.c. Il Presidente del Tribunale ha concessola sospensione e fissato l'udienza per la conferma, modifica o revoca del provvedimento. A quel punto, la parte convenuta si è costituita e ha eccepito in via pregiudiziale di rito « l'improcedibilità, o comunque l'inammissibilità o nullità, del ricorso e/o del procedimento per violazione della clausola arbitrale ». Con ordinanza il Tribunale ha revocato il provvedimento di sospensione e ha dichiarato « improponibile » la domanda cautelare. La motivazione della decisione di cui all'ordinanza è contenuta nella sentenza qui commentata, laddove si dice che « spetterebbe, a norma dell'art. 35, comma 5 D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, anche il potere di sospensione dell'efficacia delle delibere impugnate ». Avverso tale ordinanza è stato proposto reclamo, che il Tribunale ha respinto, questa volta, « per carenza del requisito del *fumus* della domanda cautelare ».

Correttamente, dunque, il Tribunale di Modena rimette alla decisione

---

(33) Che sia « indubitabile » che l'arbitrato societario ha natura giurisdizionale, Chiarloni, *Appunti sulle controversie in arbitrato societario*, cit., 134.

(34) Anche malgrado il contrario orientamento della Suprema Corte, la natura giurisdizionale del lodo di diritto comune è riconosciuta dalla dottrina maggioritaria. Si rinvia a Chiarloni, *Appunti sulle controversie in arbitrato societario*, cit., 134, dove un ampio richiamo di dottrina.

(35) E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, cit., 532.

degli arbitri la sospensione della delibera. Infatti, ai sensi dell'art. 35, comma 5 del D.Lgs. n. 5/2003 « la devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell'articolo 669-*quinquies* del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari [come in questo caso]agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera ». Il dato normativo non sembra lasciare spazio a dubbi.

Si legge peraltro nella motivazione della sentenza che l'attore, intervenuta e impugnata la decisione nella fase cautelare, ha coltivato la causa nel merito e, contemporaneamente, dato avvio a un procedimento arbitrale avente il medesimo oggetto. Pertanto, non si pone qui nemmeno il problema di garantire fino in fondo il diritto alla cautela, *id est* dell'esclusività o meno del potere cautelare degli arbitri ([36]).

Tuttavia riteniamo che, come si è verificato nel caso *de quo* e nonostante la lettera dell'art. 35, comma 5, del D.Lgs. n. 5/2003, sia inevitabile l'intromissione « cautelare » del giudice prima della costituzione del tribunale arbitrale in tutti i casi di eccezionale e motivata urgenza: sull'istanza di sospensione della delibera assembleare impugnata può certamente provvedere *inaudita altera parte* il presidente del tribunale, con decreto moti-

---

([36]) Esclusività che deriverebbe dall'avverbio « sempre » di cui all'art. 35, comma 5, D.Lgs. n. 5/2003. Infatti se non può dubitarsi dell'esclusività della competenza in capo all'arbitro già investito della controversia sulla validità della delibera, non può dirsi lo stesso nel caso in cui il collegio arbitrale non si sia ancora costituito. Sul punto, sono maturate, sia in dottrina che in giurisprudenza, due contrapposte interpretazioni. Una per cui il potere di sospensione è sottratto al giudice statale « sempre » così da evitare decisioni contrastanti. In questo senso Vaccarella, *La riforma del processo societario: risposta ad un editoriale*, in *Corr. giur.*, 2003, 263; Iannicelli, *La contestata esclusivista del potere degli arbitri di sospendere l'efficacia di deliberazione assembleare di S.P.A.*, in *Studi sull'arbitrato offerti a Giovanni Verde*, 447. In giurisprudenza, Trib. Napoli, ord., 30 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 2246; Trib. Novara, ord., 12 aprile 2005, in *Tot capita..? Un anno di applicazione del nuovo rito societario fra incertezze e ricerca di uniformità*, in *www.judicium.it*; Trib. Catania, 14, ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1475, con nota di Catalano; Trib. Milano, 4 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1128, con nota di Cerrato. Seguendo questa prima interpretazione, dunque, « la parte che abbia interesse ad ottenere *prompte* la misura cautelare sarà chiamata [...] a sollecitare la formazione del collegio e la conseguente immediata pronuncia del provvedimento ». Così, Danovi, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, su *www.judicium.it*, § 14. Nello stesso sembra orientato Corsini, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, cit., 1298. Altra tesi, con l'obiettivo, con l'obiettivo di garantire una più ampia cautela, ha optato per una concorrenza di competenze distinguendo a seconda che il collegio arbitrale sia o meno costituito. Così, Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 724-725; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, cit., 491; Ruffini, *Il nuovo arbitrato*, cit., 529. In giurisprudenza, Trib. Milano, 20 settembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 371; Trib. Agrigento, 4 novembre 2004, in *Giur. comm.*, 2007, II, 222, con nota di Camellini. Così anche la sentenza in commento.

vato contenente la fissazione dell'udienza di comparizione delle parti davanti (non al giudice designato per la trattazione della causa di merito, ma) a sé per la conferma, modifica o revoca del provvedimento. Così deve ricostruirsi la normativa risultante dal combinato disposto dell'art. 2378, comma 3, c.c., dall'art. 669-*sexies*, comma 2, c.p.c. e dagli artt. 24 e 35, comma 5, del D.Lgs. n. 5/2003 (37).

Di conseguenza il collegio arbitrale, poi costituitosi, si troverà a decidere l'impugnativa dopo che sul *fumus* della stessa si è già pronunciato il giudice ordinario, anche (come qui) in sede di reclamo (38)e gli arbitri saranno chiamati a pronunciarsi su un'istanza di sospensione già inutilmente presentata al tribunale.

Le interferenze, nella fase cautelare, tra arbitri e giudice ordinario sono dunque inevitabili, come ha dimostrato anche il caso sottoposto ai giudici di Modena.

6. Il Tribunale di Modena ritiene che non sussistano legravi ed eccezionali ragioni che rappresentano i presupposti di cui all'art. 92 c.p.c.per disporre la richiesta compensazione delle spese di lite, sulla base di tre argomentazioni: la prima, per cui esisterebbe un orientamento giurisprudenziale maggioritario favorevole alla compromettibilità in arbitri delle deliberazioni societarie; la seconda, per cui il Tribunale di Modena non aveva un precedente consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di compensazione di spese ove ricorrano « gravi ed eccezionali ragioni » ai sensi del novellato art. 92 c.p.c.; la terza attiene alla condotta processuale di parte attrice la quale ha coltivato la causa di merito dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria e, contemporaneamente, instaurato un procedimento arbitrale avente il medesimo oggetto, ponendo in essere dunque un comportamento evidentemente contrario al principio di economia processuale.

Tali argomentazioni meritano di essere condivise. Anche se, relativamente alla prima, riteniamo che la decisione del Tribunale di Modena rappresenti più un auspicio — anche considerando la sentenza qui commentata — che il reale *status quo*. Che gli orientamenti giurisprudenziali in materia di compromettibilità del giudizio sulla validità della delibera di ap-

---

(37) Così, Ruffini, *Il nuovo arbitrato*, cit., 530.

(38) La reclamabilità dell'ordinanza resa dal tribunale sull'istanza di sospensione è incontestabile alla luce del combinato disposto dell'art. 2378 c.c. e dell'art. 24, commi 3 e 8, del D.Lgs. n. 5/2003. Così, Ruffini, *Il nuovo arbitrato*, cit., 530. Da qui i dubbi di illegittimità costituzionale dell'art. 35, comma 3, del D.Lgs. n. 5/2003, laddove afferma la irreclamabilità dell'ordinanza di sospensione emessa dagli arbitri. Cfr. Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., 1298; Consolo, *Esercizi immanenti sul c.p.c.: metodi sistematici e penombre*, in *Corr. giur.*, 2002, 1544; mentre per Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in questa *Rivista*, 2003, 1, 27-50, 44 s., è opportuna al fine di evitare una « ulteriore complicazione ed un appesantimento della procedura ».

NOMELAV: ottolinivarese.it PAG: 20 SESS: 88 USCITA: Mon Oct 22 12:29:06 2012
/giuffre/giuffre/riviste/arb–4–2012/12–piergrossi–de–santis

provazione del bilancio non siano (ancora) univoci e che vi sia molta confusione tra gli operatori del diritto, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2003, è del tutto evidente, come si è cercato di mettere in luce in queste pagine.

Alberto Piergrossi - Michela De Santis