

ANDREA ZOPPINI

I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario *

SOMMARIO: 1. La disponibilità delle pretese private. — 2. L'arbitrato societario nel quadro dell'efficienza del governo societario. — 3. Le regole emerse nel diritto giurisprudenziale. — 4. La disponibilità dei diritti «relativi al rapporto sociale». — 5. (*Segue*). — 6. Principali conseguenze dell'impostazione adottata. — 7. L'arbitrabilità dei procedimenti. — 8. La risoluzione dei contrasti sulla gestione: raffronto.

1. Cos'è *disponibile* quando si tratti d'un diritto soggettivo?

A questa domanda si può dare una risposta sul piano essenzialmente formale, interrogandosi se la disponibilità sia un predicato logico della situazione soggettiva o, invece, si ponga al di fuori di essa, essendo allora un coelemento della fattispecie modificativa o traslativa, necessariamente estrinseco a ciò su cui gli effetti incidono. Così che alla metafora della mano che scaglia la pietra si era ricorso per affermare che il potere di disposizione costituisce un'entità giuridica autonoma, che può sussistere indipendentemente dal diritto ⁽¹⁾.

Al contempo, non può dubitarsi della natura eminentemente politica dell'interrogativo, sì che taluno non esita ad affermare che, giusrealisticamente, l'affermata disponibilità costituisce un *posterius* una volta che sia stata accertata l'idoneità del nuovo assetto di interessi a realizzare una più efficiente allocazione di risorse scarse ⁽²⁾.

(*) È la relazione, con l'aggiunta dei riferimenti e delle indicazioni bibliografiche che sono parse essenziali, tenuta al convegno organizzato dalla Camera Arbitrale di Milano il 28 maggio '04.

⁽¹⁾ A. THON, *Rechtsnorm und Subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeine Rechtslehre*, Weimar, 1878, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. a cura di A. Levi, Padova, 1951, 318.

⁽²⁾ Molto chiaramente in M.J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (Mass.)-London, 1993, 23 ss., 147 ss.

Questa duplice prospettiva, l'una propriamente tecnica e formale, l'altra attenta alle implicazioni di politica del diritto, ricorre quando si è chiamati a dare un senso alla possibilità di far decidere ad arbitri le controversie «che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale» ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (che s'intende qui richiamato per tutti gli articoli per i quali non è indicata una diversa fonte). Dunque, a riflettere se vi siano, e allora quali, *nuove* materie arbitrabili a séguito delle norme volute dalla legge di delega per la riforma del diritto societario.

L'identificazione delle materie arbitrabili ha una duplice ricaduta pratica, in relazione alla possibilità che la clausola statutaria abbia inteso devolvere ad arbitri «alcune *ovvero* [...] tutte le controversie insorgenti tra i soci ovvero tra i soci e la società», ponendosi nel secondo caso il problema di stabilire l'ambito oggettivo delle controversie demandate alla clausola compromissoria, nel primo caso dovendosi preventivamente selezionare tali possibili controversie ⁽³⁾.

2. Non credo possa ragionevolmente dubitarsi che il legislatore delegato alla riforma abbia inteso estendere il novero delle materie suscettibili di devoluzione ad arbitri e così, pure, abbia voluto superare molte, se non tutte le incertezze interpretative sorte in materia di clausole arbitrali nel campo delle società.

L'aspettativa di un più sicuro e ampio ricorso all'arbitrato si collega, infatti, alla considerazione che tale strumento di risoluzione dei conflitti endosocietari ha diretta incidenza sull'efficienza del governo dell'impresa ⁽⁴⁾. Come noto, infatti, l'efficienza della *governance* non discende solo dalla scelta delle regole sostanziali, ma anche dalle modalità e così pure, soprattutto, dai tempi che consentono di amministrare le controversie che si determinano nella vita della società ⁽⁵⁾. Problema, evidentemente cruciale in un ordinamento, qual è quello italiano, in cui il primo grado di una causa civile dura circa quattro anni contro la media di otto mesi degli altri ordinamenti europei.

⁽³⁾ V. R. SALI, *Arbitrato e riforma societaria: la nuova clausola arbitrale*, in *N. giur. civ.*, 2004, II, 114 ss.

⁽⁴⁾ Per un'analisi in questo senso v. in part. G.R. SHELL, *Arbitration and Corporate Governance*, in *North Carolina Law Rev.*, 67 (1989), 517 ss.

⁽⁵⁾ V. R. ROMANO, *Genius of American Corporate Law*, Washington (DC), 1993, 32 ss.; F. BARCA, *La riforma incompiuta del diritto societario*, in *Stato e mercato*, 2001, 108 ss. Sul tema del ruolo dell'intervento dei giudici nel governo societario merita di essere ricordato M. LUTTER, *Die Funktion der Gerichte im Binnenstreit von Kapitalgesellschaften - ein rechtsvergleicher Überblick* -, in *ZGR*, 1998, 191 ss.

Da ciò, l'atteggiamento di molti degli interpreti che si sono esercitati sull'esegesi delle nuove norme, che guarda con dichiarato favore agli esiti interpretativi che garantiscano un ampliamento delle materie e delle controversie arbitrabili.

Ritengo opportuno, sin da ora, segnalare che un'opzione interpretativa che faccia leva sull'efficienza del risultato esegetico non risponde solo ad un'inclinazione personale dell'interprete, ma si radica negli stessi principi che hanno ispirato la legge delega del diritto societario, ove l'obiettivo della competitività è espressamente indicato nell'*incipit* della legge che ha avviato il processo riformatore: all'art. 2, comma 1, lett. a), l. 3 ottobre 2001 n. 366, si legge infatti che la riforma mira a « perseguire l'obiettivo prioritario di favorire la nascita, la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali »⁽⁶⁾.

La norma, oltre a indicare un obiettivo per il legislatore chiamato a scrivere la disciplina della legge delegata, individua nella competitività un criterio *interpretativo* delle nuove regole, sì che, nello scegliere tra le opzioni esegetiche compatibili con il testo legislativo, l'interprete dovrà senz'altro favorire quella che — nel quadro dello spazio giuridico europeo e internazionale — appaia più idonea ad assicurare la capacità concorrenziale delle imprese italiane.

Ciò significa che, nell'attribuire un significato alle norme che si leggono agli articoli 34 ss. del d.lgs. 5/2003, segnatamente al fine di definire il perimetro delle materie arbitrabili, l'interprete sarà autorizzato a proporre la lettura più ampia ove sia persuaso — e non è disagevole esserlo — che un maggiore ricorso all'arbitrato ha l'effetto di rendere più concorrenziali le imprese del nostro Paese.

3. Per misurare il senso dell'innovazione normativa che si è prodotta, e così pure per apprezzare l'esito di possibili guadagni interpretativi, è opportuno essere avvertiti del dibattito che su questa materia si è registrato⁽⁷⁾. Tanto più che, almeno secondo talune delle proposte esegetiche che si sono levate a commento degli artt. 34 ss., non tutti i dubbi precedentemente sollevati sarebbero oggi caduti⁽⁸⁾. E ciò sarebbe ancora più eviden-

⁽⁶⁾ Sia consentito sul tema della concorrenza tra ordinamenti rinviare al volume collettaneo *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004.

⁽⁷⁾ V. l'analisi proposta da A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto comparato*, vol. I. *La nozione di compromettibilità*, Torino, 1999 e vol. II. *Le materie non compromettibili*, Torino, 1999, segnatamente 201 ss., ove i necessari i riferimenti.

⁽⁸⁾ V. le perplessità argomentate da G. GABRIELLI, *Clausole compromissorie e statuti sociali*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 85 ss.

te a fronte d'un'opzione offerta dal legislatore delegante, ma non sfruttata dal legislatore delegato, che sembrava consentire un'estensione dell'arbitrato anche alle materie non disponibili e non transigibili⁽⁹⁾.

L'arbitrato nelle controversie che nascono dai contratti associativi, nel suo complesso, ha fortemente risentito delle scelte interpretative imposte dal diritto giurisprudenziale, che — sino all'entrata in vigore della nuova disciplina — ha seguito due percorsi per decodificare il senso della (*in*)disponibilità della pretesa soggettiva che discende dal rapporto societario⁽¹⁰⁾.

Da un lato, si è avvalsa dell'articolazione che può costruirsi sulla natura individuale ovvero, direi, *metaindividuale* della controversia.

Arbitrabili sarebbero, pertanto, le controversie che incidono sulla posizione individuale e soggettiva del socio; non arbitrabili, invece, quelle che trascendono l'interesse delle parti della controversia e rifrangono i propri effetti sugli altri soci e/o sui soggetti terzi. Non arbitrabili, almeno tendenzialmente, l'invalidità delle deliberazioni assembleari (in particolare ed esemplarmente quella di approvazione del bilancio ovvero di riduzione del capitale sociale fuori dei casi previsti dalla legge), ma pure la lite sull'esclusione del socio diviene inarbitrabile quando da ciò possa scaturire lo scioglimento della società⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Si legge, infatti, al comma 3 dell'art. 12, l. 3 ottobre 2001, n. 366, che « 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. Nel caso che la controversia concerna questioni che non possono formare oggetto di transazione, la clausola compromissoria dovrà riferirsi ad un arbitrato secondo diritto, restando escluso il giudizio di equità, ed il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge ».

⁽¹⁰⁾ V. una rassegna in U. STEFINI, *Controversie compromettibili in arbitri in materia societaria*, in *N. giur. civ.*, 2000, II, 263 ss.; G. CABRAS e E. SILVESTRI, voce *Arbitrato in materia di società*, in *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, 1997, 57 ss. La giurisprudenza teorica ha costantemente contestato la riduzione teleologica operata dai giudici togati nella materia dell'arbitrato societario, v. tra gli altri P.G. JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 219 ss.; G. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 133 ss., in part. 142 s., *Id.*, *La riforma dell'arbitrato societario del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Corr. giur.*, 2003, 1524 ss.

⁽¹¹⁾ V. ad es. il Lodo reso in data 15 aprile 2002, in *Riv. arb.*, 2002, 557 ss., con nota di D. AMADEI, *In favore della compromettibilità in arbitri della controversia sulla esclusione reciproca dei soci di una società di due persone*, ove riferimenti. Cfr., tuttavia, in senso diverso l'orientamento del Trib. Milano 10 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, I, 1239 ss., sulla compromettibilità della deliberazione di approvazione del bilancio, e Trib. Milano 18 luglio 2002, *ivi*, 2002, I, 2329 s., sull'arbitrabilità della misura dell'ispezione nei libri sociali da parte del socio.

Insieme o talora alternativamente, i giudici togati hanno desunto l'inarbitrabilità della materia dall'*inderogabilità* delle norme involte nella controversia.

La norma imperativa segnerebbe, allora, l'inaccessibilità al giudizio arbitrale, in ragione della presenza d'un interesse pubblico assorbente che il giudice privato inevitabilmente sarebbe destinato a vulnerare ⁽¹²⁾. Nella medesima prospettiva s'iscrivono pure quelle proposte interpretative riduttive, che affermano la possibilità di ricorrere all'arbitrato quando la controversia abbia investito norme dalla cui violazione discende l'annullabilità della deliberazione, mentre la negano quando dalla violazione si produca la nullità della fattispecie ⁽¹³⁾.

Anche la materia societaria disponibile è stata, tuttavia, sottratta al giudice privato attraverso una diversa strategia adottata dalla giurisprudenza pratica, che ha talora affermato l'*inoperatività* della clausola compromissoria e la sua inidoneità *in concreto* a precludere la cognizione del giudice togato. In questi casi, l'inattingibilità della procedura arbitrale si argomenta in ragione del pregiudizio sostanziale degli interessi coinvolti nella controversia, segnatamente quando essi non siano rappresentati o non siano suscettibili di essere integrati nel giudizio che si celebra di fronte agli arbitri ⁽¹⁴⁾.

È questo, senza dubbio, il piano rispetto al quale è più agevole riconoscere e apprezzare lo sforzo del legislatore delegato al fine d'introdurre elementi nomostatici e cautele normative capaci di devitalizzare le ragioni che hanno sino ad oggi giustificato l'inoperatività della clausola arbitrale. E ciò (*mi*) pare evidente, solo che si presti attenzione:

i) alla necessità di decidere l'arbitrato secondo diritto «quando per decidere [gli arbitri] abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di deliberare assembleari» (art. 36);

ii) alla disciplina dell'impugnazione del lodo (art. 35, comma 3);

iii) all'idoneità della procedura ad assicurare la partecipazione di una pluralità di parti, quando la situazione incisa dall'atto societario

⁽¹²⁾ V. ad es. Cass. 23 ottobre 1998, n. 10530, in *Foro it.*, 1998, I, 3125 ss. Sul tema si v. tuttavia G. DE NOVA, *Nullità del contratto e arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 401 ss.; F. CRISCUOLO, *Nullità del contratto: tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, vol. I, Milano, 1993, 360 ss.

⁽¹³⁾ Ad es. v. Trib. Roma 23 luglio 1984, in *Le società*, 1985, 492 ss.; L. ROVELLI, *L'arbitrato nelle società*, in G. ALPA, *L'arbitrato profili sostanziali*, Giur. Bigiavi, Torino, 1999, p. 889 ss.

⁽¹⁴⁾ V. a questo riguardo F. AULETTA, *Sub Art. 34 ss.*, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 327 ss.

esorbita rispetto alle parti effettive del giudizio arbitrabile (art. 35, comma 2) ⁽¹⁵⁾.

Una disciplina, quella appena richiamata, che consente di argomentare una prima conclusione: la regola imperativa determina l'oggetto della decisione, ma non seleziona né perimetra la materia arbitrabile ⁽¹⁶⁾. Altro è, infatti, *la regola del giudizio*, altro è *la materia del giudizio*.

4. Cosa significa, dunque, « *diritti disponibili relativi al rapporto sociale* »?

Più d'un indizio può trarsi da quelle norme che fanno esplicito riferimento alla « validità di delibere assembleari » e, così pure, alle « controversie promosse da amministratori, liquidatori e sindaci ovvero nei loro confronti (e, in tale caso, la clausola arbitrale, a séguito dell'accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro) » (cfr. gli artt. 34 e 35).

Giustificata è, però, la domanda se siano queste seconde previsioni ad illuminare il senso del primo precetto, estendendo il campo della materia societaria alle materie soggettivamente indisponibili ⁽¹⁷⁾; ovvero, se valga il contrario ed è, allora, il riferimento ai diritti disponibili ad imporre una lettura restrittiva, se non a dirittura ortopedica, del significato da attribuirsi alla materia delle deliberazioni invalide ovvero dei conflitti con gli amministratori ⁽¹⁸⁾.

Una risposta a questa domanda credo debba muovere da un più radicale interrogativo: se la disponibilità che rileva nel contesto settoriale dell'arbitrato societario ricalchi e debba necessariamente derivare dalla nozione che si è soliti argomentare dal coordinarsi della norma processuale con quella sostanziale (dell'art. 806 c.p.c. con l'art. 1966 c.c.), dove si legge che « le parti [non] possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte » « se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti » ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Su cui v. F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss., in part. 718 ss. e G. TARZIA, *L'intervento di terzi nell'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 349 ss.

⁽¹⁶⁾ C. CONSOLO, *Sul « campo » dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.*, 2003, 261 ss.; G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2° ed., Torino, 2000, 43 ss., in part. 61 s.

⁽¹⁷⁾ E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 517 ss.

⁽¹⁸⁾ G. RUFFINI, *La riforma* (nota 10), 1532 ss. Ciò mi pare ancor più rilevante ove dall'indisponibilità si volesse derivare l'incostituzionalità della nuova disciplina, cfr. per talune posizioni critiche E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.*, 2002, 443 ss., F. CRISCUOLO, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, *ivi*, 2002, 45 ss.

⁽¹⁹⁾ Su cui si v. E. DEL PRATO, voce *Transazione - c) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol.

Non v'ha dubbio che l'elaborazione teorica sollecitata dalla norma appena invocata è stata costruita sul paradigma concettuale del contratto di scambio, che ha costituito, dogmaticamente e storicamente, il modello della disciplina generale del contratto, sì che si misura l'*arbitrabilità* della controversia con il metro dei risultati attingibili dalle parti della lite. Di qui l'asserita equivalenza, normativa se non a dirittura semantica, tra la disponibilità del diritto, la capacità di trasferirlo, il potere di rinunziarvi.

Recita il brocardo latino: *transigere est alienare*.

La compravendita rappresenta il paradigma del contratto i cui effetti sono conchiusi entro la sfera giudica delle parti e l'imputazione del diritto è costruita sull'*a priori* del soggetto di diritto. La cosa è o mia o tua e tale può essere sulla base della constatazione elementare, ma logicamente necessitata, dell'alterità soggettiva ⁽²⁰⁾.

Nulla di più distante si verifica nel contratto associativo, ove si assiste alla predisposizione di regole organizzative, a contenuto necessariamente procedimentale, e così pure alla produzione e imputazione di effetti a livello metaindividuale.

Mi sia consentito, a questo proposito, ripetere l'esempio che si ascolta sui banchi delle università d'oltre oceano. Nella *team production* ciascuno conferisce un ingrediente per fare una torta: chi le uova, chi la farina, chi lo zucchero, chi apporta la propria capacità «manageriale» di impastare e cuocere la torta, sì che mentre taluni apporti hanno un valore di mercato, altri hanno un valore idiosincratico riferibile al particolare contesto in cui tali risorse sono utilizzate. È evidente, tuttavia, che una volta che l'impasto è stato realizzato non è più agevole dire di chi è lo zucchero o la farina, mentre è cruciale stabilire chi ha il potere di decidere come procedere e quando tirare fuori la torta dal forno.

L'esempio banalizza l'insegnamento che si legge in un, ormai classico, saggio sui contratti associativi, secondo il quale quando si discute di diritto soggettivo si è fuori o al margine del fenomeno associativo, volendosi così

XLIV, Milano, 1992, 841 ss., G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 234 ss., C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, vol. I, Padova, 2000, 242 ss., A. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000, 318 ss., F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 131 ss., G. CERDONIO CHIARMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova, 2002, 121 ss. Cfr. anche R. CARLEO, voce *Controversie non compromettibili*, in *Dizionario dell'arbitrato*, con prefazione di N. Irti, Torino, 1997, 263 ss.

⁽²⁰⁾ Su questo modello di comprensione della realtà si v., naturalmente, R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto* (1960), ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 115 ss.

dire che le posizioni giuridiche derivanti dal contratto di società non sono riconducibili a situazioni di titolarità ⁽²¹⁾.

Altro è, infatti, una posizione *pretensiva* fondata su norme di relazione, e rappresentabile in termini di diritto soggettivo, altro è quella *partecipativa* radicata in norme di azione, e solo descrittivamente riassumibile con il termine *status*.

Non a caso, la metafora della « proprietà » dell'azionista ignora che le situazioni soggettive che si appuntano in capo al socio sono configurate in termini inequivocabilmente personali (si pensi al diritto all'utile) e non certamente reali: il socio non è titolare di un diritto di proprietà (per quanto *particolare* o *speciale*) sulla società e, semmai, vanta un diritto sul residuo del patrimonio sociale al termine della liquidazione ⁽²²⁾.

Se questo è vero, quando si tratti di accertare quali siano, all'interno del fenomeno societario, i « *diritti disponibili* » si deve abbandonare la prospettiva individualistica (: essere il socio titolare di una situazione soggettiva), prospettiva che induce ad apprezzare la disponibilità esclusivamente sulla base della possibilità di ottenere dal giudice privato una regola e di produrre un effetto identico a quello che i soggetti della lite potrebbero *autonomamente* attingere ⁽²³⁾. (D'altra parte, se così fosse, anche le norme che espressamente consentono di transigere la lite non autorizzerebbero a ritenere arbitrabile la controversia quando gli effetti della transazione siano risolutivamente condizionati all'opposizione d'una minoranza qualificata, come avviene per le azioni sociali di responsabilità della minoranza prevista dagli artt. 2393 e 2393-bis, 2476 c.c. ⁽²⁴⁾).

⁽²¹⁾ In quelle pagine si legge, infatti, che « ove vi è diritto soggettivo in senso proprio si è per noi fuori o al termine del fenomeno associativo », così P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 240, ma v. anche 234 ss. e 312, in part. testo e nota 19.

⁽²²⁾ Molto chiaramente e per una più diffusa dimostrazione v. P. MONTALENTI, *Riflessioni in tema di persona giuridica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1998, 559 ss. (ed ora anche in ID., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 1 ss.) e, volendo, A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 851 ss.

⁽²³⁾ D'altra parte, nessuno dubita dell'arbitrabilità dei diritti individuali del socio, e ciò a maggior ragione con la nuova disciplina dell'arbitrato societario, seppure vi siano diritti corporativi individuali che sono indisponibili anche con il consenso dell'interessato; tema sul quale si cfr. M. LUTTER, *Theorie der Mitgliedschaft - Prolegomena zu einem allgemeinen Teil des Korporationsrechts*, in *Arch. civ. Pr.*, 180 (1980), 84 ss., e in part. R. RÖTTGER, *Die Kernbereichslehre im Recht der Personenhandelsgesellschaften*, Heidelberg, 1989, secondo il quale diritti assolutamente indisponibili (*unverzichtbare Rechte*), sono il diritto all'informazione, alla partecipazione all'assemblea, all'impugnazione delle delibere assembleari invalide, ad estromettersi dal gruppo.

⁽²⁴⁾ Mentre, a mio parere, le esigenze di tutela della minoranza che le norme invocate

Al contrario, la nozione di diritti disponibili *relativi al rapporto sociale* deve necessariamente essere colta nella dimensione procedurale/organizzativa caratteristica del diritto societario ⁽²⁵⁾: essere il giudizio arbitrale idoneo a caducare, integrare o sostituire un procedimento non conforme alla legge o all'atto costitutivo, *ove tale potere positivamente sussista in capo alla compagine sociale*.

Assume, in questa logica, un preciso valore sistematico il fatto che, mentre le parti d'un contratto non possono sostituire transattivamente un titolo valido ad un titolo illecito (art. 1972 c.c.) ⁽²⁶⁾, il procedimento deliberativo può sostituire la deliberazione invalida «con altra presa in conformità della legge e dello statuto» (come recita il comma 8 dell'art. 2377, richiamato pure dall'art. 2379 c.c.), impedendo così l'impugnazione della deliberazione annullabile o nulla, secondo un'ipotesi che in questo secondo caso viene annoverata tra i casi di eccezionale sanatoria (e vedi, infatti, l'epigrafe dell'art. 2379-bis c.c.).

Né (*mi*) sembra privo di significato, al fine di quanto si vuole dimostrare, che, ai sensi dell'art. 2434-bis c.c., le azioni previste dagli articoli 2377 e 2379 c.c. non possano essere proposte nei confronti delle deliberazioni di approvazione del bilancio dopo che è avvenuta l'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo. Il che, mi pare, attesti che nella dinamica dell'agire corporativo sussiste, anche in questa materia, una disponibilità degli effetti del procedimento deliberativo invalido e un potere emendativo dello stesso.

5. Ritengo, dunque, che la «disponibilità» di cui si legge all'art. 34, comma 1, si debba cogliere sul piano non dell'agire individuale, ma sul distinto piano dell'agire corporativo, sì che in sintesi può dirsi che ciò che è *socialmente* decidibile è, altresì, arbitrabile ⁽²⁷⁾.

pongono in luce si risolvono essenzialmente sul piano delle tutele che sono connesse all'introduzione della clausola arbitrale, v. *infra* par. 5.

⁽²⁵⁾ A questo riguardo v. per tutti P. FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, (Milano, 1976) ristampa inalterata, Milano, 1993.

⁽²⁶⁾ E. DEL PRATO (nt. 19), 845; S. D'ANDREA, *Transazione su titolo nullo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 606 ss.

⁽²⁷⁾ In ciò trovo conferma della convinzione, in altro luogo espressa, che il concetto stesso di *disponibilità* abbia un portato precettivo diverso in ragione del sotto-settore sistematico in cui esso è utilizzato (sia consentito rinviare a quanto scritto in *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 185 ss.). D'altra parte, storicamente la nozione stessa di disponibilità è stata dedotta per astrazione dalla fisionomia normativa che si riconosceva nelle pretese *patrimoniali individuali* ed è pertanto metodologicamente scorretto estendere quel concetto al di fuori del

Da questo angolo prospettico, diviene agevole spiegare perché in materia di arbitrato societario la clausola statutaria possa fare ciò che, invece, è in radice precluso al compromesso tra le parti della lite. Aspetto, questo, che è sembrato a taluno un elemento di irrazionalità nelle scelte operate dal legislatore ⁽²⁸⁾.

La clausola compromissoria acquista, infatti, essa stessa un rilievo e un valore organizzativo nell'ambito dei procedimenti societari, come conferma il fatto che «le statuizioni del lodo sono *vincolanti per la società*» (lo si legge all'art. 35, comma 4), in quanto il lodo integra la sequenza procedimentale dell'organizzazione societaria anche quando la società non sia parte del giudizio. E ciò parimenti spiega perché agli arbitri, quando la controversia concerne la validità di delibere assembleari, «compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera» ⁽²⁹⁾.

Proprio in ragione della capacità conformativa del rapporto sociale che l'arbitrato societario sottende, mi sembra possa trovare una coerente spiegazione la scelta di limitare l'arbitrato societario alle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell'art. 2325-*bis* c.c. ⁽³⁰⁾: il legislatore ha inteso assicurare l'*effettività* dell'opzione arbitrale, che non sussiste quando il socio assuma la veste, anonima e fungibile, dell'investitore.

Lo stesso può dirsi della necessità di *quorum* deliberativi qualificati al fine d'introdurre una clausola arbitrale nello statuto societario e, così pure, del collegamento funzionale che tale deliberazione postula con il recesso previsto a favore dei soci assenti o dissenzienti (art. 34, comma 6).

6. La logica che si è appena illustrata mi sembra intimamente coerente con i tratti peculiari della lite endosocietaria, orientata non alla definitiva aggiudicazione di un diritto, ma a ricostruire una tregua all'interno di meccanismi che — direbbero Bandenburger e Nalebuff — sono sempre e neces-

contesto che ad esso ha dato origine, come ha dimostrato F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, Paris, 2002, in part. 143 ss.

⁽²⁸⁾ Così G. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti* (nt. 10), 144, testo e nota 32.

⁽²⁹⁾ Mentre per una critica v. E. FAZZALARI (nt. 18), *loc. cit.*, sul presupposto della riserva a favore della giurisdizione ordinaria della tutela cautelare; cfr. anche G. RUFFINI, *La riforma* (nota 10), 1534 s.

⁽³⁰⁾ Per un'analisi che conforta questa scelta v. G.R. SHELL (nt. 4), *loc. cit.* ove si dà prova che l'arbitrato assolve un ruolo essenzialmente nell'ambito delle società a ristretta base sociale. Per informazioni sul sistema tedesco v. M.A. PAPMEHL, *Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten*, Frankfurt am M., 2001.

sariamente segnati dalla convivenza tra momenti e scelte «cooperative» e opzioni invece «competitive»⁽³¹⁾. In somma, prima di litigare su come dividere la torta, bisogna cooperare per farla.

Una prima conseguenza di quanto s'è detto può scorgersi quanto alla natura dell'arbitrato societario a raffronto di quello radicato nell'art. 808 c.p.c., che potremmo senz'altro definire di diritto comune, e, poi, per quel che concerne il destino delle clausole arbitrali difformi da quelle disegnate agli artt. 34 e seguenti contenute negli statuti delle società.

Se, infatti, è vero:

a) che la nozione stessa di disponibilità nell'ambito del diritto societario assume una dimensione tutt'affatto diversa da quella che è propria dei contratti di scambio,

b) che la disciplina che si legge agli artt. 34 e seguenti definisce un arbitrato speciale, riservato alla (*sola*) materia del diritto societario,

c) che la disciplina inderogabile del suddetto procedimento arbitrale societario, e gli effetti *organizzativi* ad esso connessi, riguardano (*esclusivamente*) il «procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34» — come testualmente si legge all'art. 35, comma 2 —,

d) che nessuna previsione determina l'inefficacia delle clausole statutarie delle società di capitali difformi dalle disposizioni inderogabili dettate agli artt. 34 e seguenti, così come non si danno previsioni di adeguamento obbligatorio delle clausole statutarie rivolte alle società di persone, cui pure la disciplina dell'arbitrato societario si rivolge,

non è disagevole pervenire alla conclusione che tale arbitrato speciale si affianca alle clausole arbitrali ovvero ai compromessi che siano stipulati ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.

Da ciò una triplice conseguenza⁽³²⁾.

La prima: ove la società intenda attingere agli effetti rilevanti sul piano dell'organizzazione societaria che l'arbitrato societario assicura, essa ha l'onere di conformare la clausola compromissoria nel senso tratteggiato dagli artt. 34 ss.

La seconda: le preesistenti clausole compromissorie perdurano nella loro efficacia, né le nuove norme determinano in questa materia un *Typusz-*

⁽³¹⁾ A.M. BRANDENBURGER e B.J. NALEBUFF, *Co-opetition*, New York, 1996.

⁽³²⁾ I primi due punti sono compiutamente dimostrati da F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis)-orientamenti del notariato*, in corso di pubblicazione in *Riv. arb.* (ma che può leggersi anche alla pagina http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm), i cui risultati mi limito a sinteticamente riportare nel testo.

wang, sì che il contratto di società — e più in generale ogni contratto associativo — non possa più includere clausole arbitrali rette dall'artt. 808 del codice di rito. Unica conseguenza dell'adozione d'una clausola arbitrale di diritto comune sarà, dunque, il fatto di soggiacere agli svantaggi che l'arbitrato di diritto comune importa nella materia del diritto societario, segnatamente per ciò che concerne le categorie di controversie (*in*)arbitrabili.

La terza: le clausole arbitrali che afferiscono ai patti parasociali sono rette esclusivamente dagli artt. 808 ss. del codice di rito.

7. Un diverso portato della proposta interpretativa che ho formulato — misurarsi la disponibilità dei diritti relativi al rapporto sociale sul piano dell'agire corporativo e nei termini della conformità di tale agire alla legge e all'atto costitutivo — si può apprezzare quanto al fatto che, in questa prospettiva, divengono arbitrabili non solo le controversie che vertono su diritti, ma altresì quelle che vertono su procedimenti la cui conformità sia revocata in contestazione.

L'esempio che meglio consente di apprezzare il senso di quanto si è appena detto è la denuncia di gravi irregolarità della gestione prevista dall'art. 2409 c.c., ora che il potere di denuncia al tribunale è riconosciuto al pubblico ministero solo nelle società che (non possono avvalersi delle clausole arbitrali di cui agli artt. 34 ss. in quanto) fanno appello al mercato dei capitali di rischio.

La tesi della perdurante inarbitrabilità della materia è stata coerentemente desunta dal fatto che i procedimenti «sono inarbitrabili in un sistema che limita l'arbitrato alle “controversie [su] diritti”»⁽³³⁾. Al contrario, ritengo che sia suscettibile della conoscenza e del giudizio arbitrale societario qualsiasi vicenda dell'organizzazione, e del procedimento che essa sottende, sempre che questa possa apprezzarsi alla stregua della conformità alla legge e all'atto costitutivo.

A conforto di quanto si afferma, non è certamente senza rilievo sistematico che proprio l'art. 2409 c.c. preveda al terzo comma che il «tribunale non ordina l'ispezione e sospende per un periodo determinato il procedimento se l'assemblea sostituisce gli amministratori e i sindaci con soggetti di adeguata professionalità, che si attivano senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute». Così che la norma implicitamente attribuisce un potere di accertamento delle violazioni e di rimo-

(33) Così F. AULETTA (nota 14), 335 s.

zione degli effetti delle stesse in capo alla società e agli organi della medesima⁽³⁴⁾.

8. Emergono, in quanto sin qui detto, forse qualche punto di contatto ma anche recise differenze con il procedimento che il legislatore ha fissato all'art. 37, ai sensi del quale « [g]li atti costitutivi delle società a responsabilità limitata e delle società di persone possono anche contenere clausole con le quali si deferiscono ad uno o più terzi i contrasti tra coloro che hanno il potere di amministrazione in ordine alle decisioni da adottare nella gestione della società ».

Un istituto, questo, in cui ben possono identificarsi i tratti fisiognomici d'un'*amministrazione in forma arbitrale*⁽³⁵⁾.

Della fattispecie — che mi richiama alla mente la figura del *protector* nel *trust* di diritto anglosassone — si è denunciata l'estraneità rispetto alla materia propriamente arbitrale⁽³⁶⁾. E, tuttavia, anche in questa il giudizio del terzo arbitratore integra un momento del procedimento decisionale previsto dall'organizzazione societaria⁽³⁷⁾.

Qui con riguardo ad una valutazione inerente alla gestione dell'impresa, nel caso dell'arbitrato societario con un giudizio sulla conformità alla legge e all'atto costitutivo.

⁽³⁴⁾ « Ne risulta — scrive C. ANGELICI — con chiarezza trattarsi con il ricorso in questione di uno strumento volto in primo luogo, se non soprattutto, ad attivare una dialettica interna alla compagine dei soci » (*La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 133). Per taluni spunti in ordine all'arbitrabilità del procedimento si v. M. CASELLA, *Rilievi marginali sulla pratica dell'art. 2409 c.c.*, in questa Rivista, 1960, 58 ss.

⁽³⁵⁾ Riprendo l'espressione, usata in altro contesto, di G. NAPOLITANO, *Caratteri e prospettive dell'arbitrato amministrato sportivo*, dattiloscritto in corso di pubblicazione in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2004, che la cortesia dell'Autore mi ha consentito di leggere.

⁽³⁶⁾ E.F. RICCI (nt. 17), *loc. cit.*

⁽³⁷⁾ Sull'istituto descritto dall'art. 37 in particolare v. le notazioni sistematiche formulate da U. MORERA, *L'«arbitraggio» per la risoluzione dei contrasti gestionali nelle s.r.l.*, in *AGE*, 2/2003, 313 ss.; talune considerazioni si leggono in P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss., in part. 500 s.