
A proposito dell'orientamento di alcune decisioni di merito che estendono i limiti di applicabilità delle clausole compromissorie per arbitri alle controversie societarie

1. – La dominante giurisprudenza di legittimità e di merito ⁽¹⁾ insegna che «non sono compromettibili per arbitri le controversie che coinvolgono gli interessi della società o violano le norme poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci o dei terzi, perché si tratta di accertamenti sottratti all'autonomia delle parti».

Nello stesso senso è la dottrina prevalente ⁽²⁾.

Un principio del genere è stato di recente affermato in modo tassativo, per le impugnative di bilancio da Cass. Civ. Sez. Unite 21 febbraio 2000 in *Giur. It.* 2000 I, II, 1210 e ss.

La giurisprudenza di legittimità condiziona altresì la operatività della clausola arbitrale, in presenza di un rapporto con pluralità di parti, come quello societario, alla circostanza che la lite abbia ca-

Da «Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali» 2002, n. 1.

(1) Per le decisioni di legittimità: Cass. Civ. 30 marzo 1998 n° 3322, Cass. Civ. 18 febbraio 1988 in 1739 in *Società* 1988, p. 476 e ss.; per quelle di merito, tra le molte, Tribunale Milano 4 giugno 1990 in *Giur. It.* 1991, I, II, 175, App. Milano 11 febbraio 1997 in *Società* 1997, p. 1149.

(2) SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, Milano 1959-1968, p. 206; SILINGARDI, *Il compromesso in arbitri nelle società di capitali*, Milano 1979; JAEGER, *Appunti sull'arbitrato e le società commerciali*, in *Giur. Comm.* 1990, I, p. 299, ss.; ROVELLI, *Competenza degli arbitri nella risoluzione delle controversie sociali in società*, 1991, p. 761; TETI, *L'arbitrato nelle società*, *Riv. Arbitrato* 1993, 297 ss.; RUBINO - SANMARTANO in *Diritto dell'arbitrato*, Padova 1994 p. 131 e ss.; DE FERRA, *Clausole arbitrali nel diritto delle società*, in *Riv. arbitrato* 1995, p. 185 ss.

rattere bipolare, per cui le parti possano essere a posteriori raggruppate in due centri di interessi omogenei e contrapposti (ciò si esprime col dire che la clausola deve avere carattere binario)⁽³⁾.

Le controversie societarie, con pluralità di parti, non riducibili a due centri di interesse, omogenei e contrapposti, come sono i procedimenti «multipolari» non vengono ritenute compromettibili per arbitri e la clausola è invalida e inapplicabile.

Ciò spiega anche la ragione per cui gli arbitri devono essere in numero dispari e vengano designati dai titolari di centri di interesse contrapposti.

Da alcuni anni, in aperto contrasto con questa giurisprudenza prevalente, si è mosso il Tribunale di Milano che con decisione 4 giugno 1990 in *Giur. It.* 1991 I, II, 175 e ss. e altre di pugno dello stesso estensore, ha inaugurato una svolta, fin qui però rimasta isolata.

Il Tribunale di Milano ha affermato che le controversie societarie sono in genere materia compromettibile per arbitri «ancorché regolata da norme di interesse generale».

Secondo questo orientamento l'azionista sarebbe cioè libero di esercitare i propri diritti nelle forme di legge e secondo le clausole arbitrali.

Lo stesso Tribunale ha ribadito questa sua svolta poi con successiva sentenza di 10.1.2000 in *Giur. It.* 2000, I, addirittura in materia di bilancio. Sempre lo stesso Tribunale di Milano con l'ultima decisione 13.11.2001 n. 11132 che qui si annota, è andato oltre compiendo una fuga in avanti.

Essa ha portato questo suo isolato orientamento alle estreme conseguenze, stabilendo il principio che sono compromettibili per arbitri tutte le liti che si riferiscono a diritti in astratto disponibili, ad esclusione di quelle che non sono disponibili per la sola illiceità del negozio e che, come tali, non sono transigibili a sensi dell'art. 1972 c.c.

Tutte le controversie societarie rientrerebbero, secondo questa linea, nella sfera di applicazione della clausola compromissoria per arbitri, salvo le liti non transigibili, per la illiceità del negozio.

(3) MANDRIOLI, *Corso diritto procedurale civile*, Torino 1995 III, 360 e ss. Tra le molte decisioni: Cass. Civ. 15 aprile 1998 n. 2983 in *Società* 1988, 585; Cass. Civ. 13 aprile 1998 n° 2940; Trib. Napoli 18 dicembre 1987 in *Società* 1988, 591.

Di conseguenza il Tribunale con la decisione in esame, ha declinato la propria competenza, quale giudice ordinario, a favore di un collegio di arbitri rituali, e ha ritenuto compromettibile la controversia che era chiamato a decidere.

È opportuno puntualizzare che, nel caso di specie, l'attore aveva impugnato perché simulata ed inesistente una delibera assembleare, concernente un vistoso aumento di capitale e aveva eccepito che la delibera di collocamento successiva degli amministratori era inesistente perché gli stessi non si erano riuniti e che il versamento dell'aumento di capitale era solo apparente e non era avvenuto.

Dall'esito della causa dipendeva la sopravvivenza della stessa società, perché in caso di accoglimento delle domande, essa doveva considerarsi sciolta per effetto delle gravi perdite cui era andata incontro, se l'aumento di capitale non fosse stato effettuato.

La controversia, in ogni caso contestava che la situazione patrimoniale della società rispondeva al principio di verità e questa era parte importante dei bilanci annuali che di per sé non erano compromettibili per arbitri, secondo la sopra indicata decisione delle nostre sezioni civili unite n° 27/2000. Questa medesima decisione del Tribunale di Milano n° 11132/2001, con motivazione contraddittoria nel respingere la eccezione di incompetenza mossagli a favore dell'arbitrato, per la parte che riguardava una serie di bilanci impugnati, confermava che si trattava di materia di esclusiva competenza del giudice ordinario.

A *fortiori* lo stesso partito doveva trarsi, per analogia, da quell'orientamento che non considera compromettibili le controversie in materia di revoca di un aumento di capitale e dalle deliberazioni assembleari di scissione e incorporazione di una società.

2. – Il Tribunale di Milano pone a fondamento del suo orientamento, che generalizza a gran parte delle controversie societarie la applicabilità delle clausole compromissorie, la esigenza di assicurare la maggiore celerità ed efficacia della loro definizione, rispetto agli odierni tempi lunghi.

Codesta *ratio*, mentre concerne tutti i procedimenti civili, non giustifica che ad essa sia sacrificato il prevalente interesse pubblico alla imparzialità e alla necessaria ponderazione delle decisioni giu-

diziarie ⁽⁴⁾, in un settore dove è richiesto il rispetto delle regole in quelle imprese economiche che hanno forma societaria.

Il pubblico interesse qui sacrificato rispetto a quello meno importante della celerità, aveva motivato il legislatore della recente riforma processuale nel predisporre il rito collegiale invece di quello monocratico, per questo tipo di controversie.

Il pubblico interesse al rispetto delle regole societarie è alla base della istituzione della Consob e delle sue competenze.

In un momento di globalizzazione dei mercati finanziari, che coinvolgono sempre più grandi sfere di risparmiatori ed investitori, la certezza delle regole societarie è condizione primaria degli investimenti e quindi dello sviluppo economico del paese.

Da questo punto di vista l'orientamento a compromettere per arbitri privati le controversie appare in netta controtendenza ed in una linea involutiva rispetto agli obbiettivi di politica legislativa comunemente avvertiti.

Il Tribunale di Milano estende la compromettibilità per arbitri di questo tipo di controversie sino al limite estremo previsto dall'art. 1972 c.c. che dispone la non transigibilità per i negozi relativi a contratti illeciti.

Questa forzatura non è condivisibile perché essa concerne una ipotesi marginale e residuale, che non è suscettibile di assumere valore di principio di diritto.

I limiti della compromettibilità per arbitri sono fissati in genere dagli artt. 806 e 808 c.p.c. e quelli da essi richiamati della non transigibilità dei diritti dall'art. 1966 c.c.

Questa ultima norma al primo comma fissa il requisito che chi transige abbia «la capacità di disporre i diritti che formano oggetto della lite» e al secondo comma stabilisce «la nullità della transazione se tali diritti per loro natura o per disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità della parti».

Il richiamo alla non transigibilità del diritto per potersi compromettere per arbitri una lite appare riferirsi alle clausole compromissorie che prevedono arbitrati irrituali invece di quelli rituali,

(4) Cass. Civ. 30 agosto 1999 n° 9157; App. Milano 6 novembre 1992 in *Società* 1993, 781 e ss.; Trib. Milano 4 giugno 1990 in *Giur. It.* 1991 I, II 1175 che qualificano l'imparzialità un principio indisponibile di ordine pubblico.

dato che i primi configurano ipotesi negoziali, la cui logica e il loro risultato partecipano di quelli della transazione. Sotto questo profilo il riferimento della non compromettibilità della lite alla non transigibilità dei diritti appare inadeguata.

La interpretazione dell'art. 1966 c.c. ha dato luogo a serie controversie da parte dei cultori del diritto.

È noto che per taluni di essi il 1° comma si riferisce alla capacità di agire in senso tecnico, mentre il 2° comma riguarda tra l'altro piuttosto la legittimazione di chi transige⁽⁵⁾. Per altri il 1° comma contempla anche la legittimazione, mentre il 2° comma riguarderebbe più propriamente un requisito dell'oggetto della transazione⁽⁶⁾. Su questa linea è la giurisprudenza (Cass. Civ. 30 gennaio 1990 n. 635 in *Giur. It.* 1990, I, 1, 1102 tra le altre). Il 2° comma stabilisce la nullità della transazione se i diritti «per loro natura o per espressa disposizione di leggi sono sottratti alla disponibilità delle parti». A quest'ultima categoria appartengono le controversie che riguardano la materia di lavoro e di previdenza, le questioni di stato, la separazione personale tra coniugi e in genere i diritti non disponibili. In ogni caso la circostanza che varie ipotesi dei 2 commi dell'art. 1966 c.c. configurino casi di nullità, toglie rilevanza alla loro distinzione, ai nostri fini.

Con una evidente petizione di principio l'art. 806 c.p.c. definisce non compromettibili le liti relative ai diritti non transigibili, e l'art. 1966 c.c. come non transigibili le liti concernenti i diritti, sottratti alla disponibilità delle parti. È abbastanza evidente che il requisito per cui colui che transige o compromette per arbitri una controversia deve avere la disponibilità del diritto, coincide con la sua legittimazione a poterne disporre in via esaustiva, per cui è compreso nel 2° comma.

Può accadere che colui che transige o compromette per arbitri un suo diritto, non pregiudica l'eguale diritto alla impugnativa di altri azionisti e in questo caso assistiamo al fenomeno della diffusione dei diritti tra quanti sono i soci. In questa ipotesi costoro possono trarre profitto ma non essere pregiudicati da un giudica-

(5) PUGLIATTI, *Della transazione* 1949, p. 466 ss.

(6) CARRESI, *Transazione*, in *Noviss. Dig.* 1973, 130 e ss., SANTORO PASSARELLI, *La transazione* 1975-1997; in questo senso Cass. Civ. 16 febbraio 1957 n° 565 in *Foro It.* 1958 I, 1758; Cass. Civ. 5 luglio 1993 n° 7319 in *Foro It.* 1995, I, 650.

to formatosi tra estranei, in base al principio *res iudicata tertiis jvant sed non nocet*.

3. – Condizione di validità e di operatività della clausola compromissoria per arbitri, come si è detto sopra e che essa abbia carattere binario e cioè che la lite abbia consistenza bipolare.

Quando si ha una lite con pluralità di parti, come è il caso di una controversia societaria, la clausola compromissoria, opera se si determina a posteriori uno spontaneo raggruppamento degli interessi in due gruppi omogenei e contrapposti e così abbiamo due parti.

Non basta che gli interessi siano in astratto raggruppabili in due poli omogenei, ma occorre che i soggetti che ne sono titolari decidano spontaneamente di raggrupparsi e designino un arbitro di comune fiducia. Un raggruppamento coatto non è ipotizzabile.

Nel caso in cui diversi azionisti propongano impugnazioni di delibere assembleari, con arbitri diversi di loro fiducia, non si può avere la riunione.

Non è neppure ipotizzabile un intervento autonomo di un singolo azionista in un procedimento pendente, promosso da altri, ove si pretenda nominare un arbitro diverso.

Quando le parti sono più di due e non avviene uno spontaneo raggruppamento, il procedimento arbitrale non può svolgersi e si deve ricorrere al giudice ordinario.

La clausola binaria, non opera neppure quando alle due parti contrapposte (sole o raggruppate) si aggiunge la società come polo autonomo di interessi⁽⁷⁾.

Questo è il caso in cui sono impuginate ad esempio le delibere assembleari di scissione e incorporazione⁽⁸⁾, di aumenti di capitale⁽⁹⁾, di revoca⁽¹⁰⁾, di approvazione di bilanci⁽¹¹⁾ e così via.

(7) Cass. Civ. 15.4.1988 n. 2983; Cass. Civ. 13.4.1998 n. 2940; Cass. Civ. 18.2.1988 n. 1739; App. Milano 4.6.1990 in *Giur. It.* 1991, I, 2, 175; op. cit. loc. cit.

(8) Trib. Pescara 17 novembre 1992, in *Società* 1993, 528; RUBINO - SAMMARTANO, op. cit., 131 e ss.; Contra Trib. Milano 2 dicembre 1992, in *Società* 1992, p. 631.

(9) Tra le molte Trib. Roma 25.7.1984, 492 con nota di A. RORDORF, *Deferibilità ad arbitri di controversie relative a deliberazioni assembleari*, in *Società* 1985; G. SIRINGARDI, op. cit. loc. cit.; Trib. Como 26.5.1989, *Società* 1989, 951; Trib. Napoli 6.3.1993, *Società* 1993, 982.

(10) Trib. Lecce 3 luglio 1997 in *Società* 1988, p. 636.

(11) SALAFIA, *Competenza arbitrale controversie di bilancio*, in *Società* 1989, p. 951;

Ciò non ricorre nelle ipotesi in cui la controversia abbia per oggetto la impugnazione di una delibera, adottata da una assemblea di cui si eccepiscano i vizi che riguardano la convocazione⁽¹²⁾, la costituzione, il funzionamento dell'assemblea⁽¹³⁾ e la legittimità formale⁽¹⁴⁾.

Ciò si verifica *a fortiori* quando i vizi determinano la inesistenza giuridica dell'assemblea e perciò della delibera⁽¹⁵⁾.

Analogamente la clausola compromissoria non può operare nel caso in cui una impugnazione concerna una delibera che promuove una azione sociale di responsabilità contro alcuni amministratori, perché essa mette capo ad un procedimento multipolare⁽¹⁶⁾.

Lo stesso è da dirsi se la controversia riguarda il recesso o la esclusione di un socio di una società di persone⁽¹⁷⁾ che conduca lo scioglimento della società o lo liberi dalle sue illimitate responsabilità contratte in via addizionale alla società.

4. – L'orientamento del Tribunale di Milano di cui si è detto sopra, sembra essere stato fatto proprio di recente dal legislatore della legge delega 3.10.2001 n. 366 di riforma del diritto societario.

Essa amplia a dismisura la compromettibilità per arbitri delle controversie societarie.

La legge all'art. 12, 3° comma recita: «il governo può altresì prevedere la possibilità che gli statuti delle società commerciali contengono clausole compromissorie anche in deroga agli artt. 806, 808 c.p.c., per tutte o alcune tra le controversie societarie di

G.E. COLOMBO, *Bilancio di esercizio e consolidato*, Trattato Società, VII, Torino 1991, p. 57 e ss.; COTTINO, *Le società*, Padova 1999, p. 486 e 487, in giurisprudenza Cass. sez. uniti civ. 21 febbraio 2000 in *Giur. It.* 2000, 1, 2, 1210 ss.; Cass. Civ. 10 ottobre 1962 n° 2910; Trib. Padova 18 dicembre 1986 *Società* 1986, 1092.

(12) Trib. Pescara, 17 novembre 1992 *Società* 1993, 528, Trib. Ascoli Piceno 4 ottobre 1993, *ibidem*.

(13) App. Milano, 11 febbraio 1997, *Società* 1997, 1149; Trib. Pavia 7 dicembre 1987, *Società* 1988, 280; Trib. Vicenza 7 ottobre 1982, *Società* 1983, 1888.

(14) MARULLI, *Impugnazione di delibere per vizi di forma e competenza degli arbitri*, in *Società* 1993, 356, DE FERRA, op. cit., p. 189, JAEGER, op. cit., 124.

(15) G. VALCAVI in *Riv. Dir. Fall.* 2001, p. 88 ss., 99 ss.

(16) Cass. Civ. 18 febbraio 1988 n° 1739 in *Società* 1988, 476 ss.; Cass. Civ. 15 aprile 1988 n° 2983 tra le altre.

(17) Cass. Civ. 3 agosto 1988 n° 7814, *Società* 1988 - 1135; Trib. Trieste 12 dicembre 1990 *Società* 1991, p. 818; Trib. Roma 26 marzo 1994 in *Riv. Arbitrato* 1995, p. 457.

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 e il lodo sarà impugnabile anche per violazione di legge.

Una affrettata riforma, così radicale, della normativa esistente in questa materia, suscita gravi perplessità che essa risponda al pubblico interesse della economia del paese.

Il ricorso alla giustizia alternativa nelle società di capitale o di persone, aumenta a dismisura i costi e le anticipazioni occorrenti per instaurare un procedimento e come tale privilegia quegli azionisti che hanno importanti interessi, mentre non offre agli altri (specie ai minori azionisti) garanzie di necessaria imparzialità e un lodo esecutivo, come ad esempio negli arbitrati irrituali.

Gli arbitrati costituiscono ancora oggi un fenomeno elitario, che non è riuscito ad entrare nella prassi dei contratti economici tra produttori, malgrado le raccomandazioni degli organi delle camere di commercio.

La classe dei professionisti, cui attingere arbitri è poco numerosa e ruota per lo più attorno alle stesse persone, che vengono chiamate ad alternarsi tra un arbitrato e l'altro.

Le clausole compromissorie al presente si traducono nella previsione di forme di tutela sovente assai appiattite sui gruppi e amministratori di controllo della società, la cui influenza risulta esaltata.

I tempi normalmente ristretti di un arbitrato offrono poco spazio per l'assunzione di prove e per pronunce approfondite, così che sotto l'urgenza del decidere e la preoccupazione che scadano i termini concessi dalle parti, la prassi induce a giudizi sommari e conferma che «presto e bene non conviene».

Ciò spiega la scarsa preferenza dei nostri soci e azionisti verso questo tipo di giustizia e spiega la ragione per cui queste clausole finiscono per disincentivare le scelte degli investitori al capitale della società.

La legge delega, prevede altresì clausole compromissorie per arbitrati rituali, secondo diritto, estendendole alle controversie che hanno per oggetto diritti che non possono formare oggetto di transazione, e ciò rappresenta un grosso limite alla generale impugnabilità delle deliberazioni societarie.

Queste previsioni normative unite alle recenti riforme del falso in bilancio, divenuto perseguibile a querela di parte, e comunque oggi, soggetto a prescrizione ridotta, non raccomandano certamente le nostre società agli investitori di capitali in un mercato finanziario globalizzato.

Resta poi il problema pressoché insolubile, di ridurre allo schema «binario» una controversia con pluralità di parti, come è quella societaria.

Le controversie in cui c'è di mezzo la società, come polo autonomo di interessi, presenti o potenziali, e plurimi soci e azionisti, non portatori di interessi omogenei e contrapposti o che fanno scelte di arbitri di loro fiducia diversi, sono «multipolari» e non possono essere ridotte allo schema bipolare.

Così sono, tra le molte, come si è detto, le impugnative in materia di scissione, incorporazione, bilanci, revoca di amministratori e azioni di responsabilità nei loro confronti, promosse dalle assemblee societarie o da singoli soci, in surroga della società.

La clausola compromissoria, in ipotesi di questo tipo non può funzionare.